

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 2/2015

**Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli

*Direttore responsabile*

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

**Comitato scientifico**

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

**Redazione**

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

## SOMMARIO 2/2015

### **saggi**

- Manuel Gros, *«Prima lezione di diritto»: ordine morale, dignità umana e “neutralità” del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista* 237
- Giovanni Serges, *Adattamento al diritto internazionale pattizio e strumenti per assicurare la prevalenza degli “obblighi internazionali” nell’ordinamento italiano* 277
- Andrea Crismani, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza* 317
- Eduardo Gianfrancesco, *L’esposizione del crocefisso e degli altri simboli religiosi negli spazi pubblici* 367

### **osservatorio**

- Ilaria Del Vecchio, *Koinè costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa* 423

### **attualità**

- Andrea Turturro, *Il “quasi-oblio” in azione. I primi provvedimenti del Garante della privacy (novembre 2014 – gennaio 2015) sulla “deindicizzazione” per effetto della sentenza Google Spain: brevi osservazioni* 443



## SAGGI

*Manuel Gros*

con l'aggiunta di note di *Giuliano Serges*

### «PRIMA LEZIONE DI DIRITTO»: ORDINE MORALE, DIGNITÀ UMANA E “NEUTRALITÀ” DEL DIRITTO DAL LANCIO DEL NANO AL COMICO RAZZISTA\*

SOMMARIO: I. Premessa. – II. L'ordine pubblico dovrebbe essere, in teoria, un concetto strettamente materiale, o affermato in quanto tale. – III. L'ordine pubblico può essere morale? Il rispetto della dignità umana, componente intrinseca dell'ordine pubblico. – IV. L'ordine pubblico può essere politico: la “dilatazione” dell'ordine pubblico. – V. Conclusione. Il potere pretoriano ed il pensiero unico: un rischio per il principio della certezza del diritto? – A. Dalla coesione sociale al “pensiero unico”? – B. Un giudice francese troppo vicino all'amministrazione? – C. Una recente giurisprudenza rassicurante?

\* Il testo riproduce il contenuto della *Lezione inaugurale* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi «Roma Tre» per l'Anno Accademico 2014/2015, tenuta dal prof. MANUEL GROS il 22 settembre 2014 nell'*Aula Magna* dell'Università, ed è stato tradotto e rivisto da GIULIANO SERGES, al quale vanno altresì attribuite le note precedute dalla sigla NDT. A tal riguardo, si deve precisare che in alcuni casi si è preferito non rendere in lingua italiana talune espressioni richiamate in nota e tratte dai lavori di altri Autori poiché, se da un lato tali citazioni non sono state ritenute coesenziali alla comprensione globale del testo, dall'altro si è voluto evitare che un “eccesso di traduzione” non consentisse al Lettore di cogliere il reale significato e le esatte sfumature del testo originale. Allo stesso modo talvolta non è stato tradotto il nome di alcune delle Istituzioni della Repubblica Francese richiamate nel testo (ad esempio: *Conseil d'État* o *Conseil Constitutionnel*), in questo caso per non incorrere nel rischio di indurre in confusione chi legge tra il soggetto francese e l'omologo (o omonimo) italiano. In alcuni casi si è ritenuto, peraltro, di spiegare il significato dei termini francesi con delle note esplicative in italiano. Occorre, infine, segnalare che nel testo sono state utilizzate alcune abbreviazioni d'uso corrente nella saggistica giuridica francese, per le quali è possibile consultare l'elenco pubblicato dal *Syndicat national de l'édition* (SNE) e oggi disponibile all'indirizzo internet [http://xvm-12-234.gbst.net/img/pdf/SNE/Abr\\_principales\\_ref\\_matiere\\_juridique.pdf](http://xvm-12-234.gbst.net/img/pdf/SNE/Abr_principales_ref_matiere_juridique.pdf).

## I. Premessa

Quale relazione e, soprattutto, quale interesse giuridico possono presentare uno spettacolo di “lancio del nano”, svoltosi in una discoteca francese nel 1993, e la “*quenelle*”<sup>1</sup> effettuata dal comico Dieudonné nel 2013, vale a dire 20 anni più tardi.

Quale interesse possono rivestire all’“alba” dell’ingresso in una facoltà di diritto?

Una risposta dotta e scientifica potrebbe essere quella di affermare che questi due casi hanno condotto in Francia, a 20 anni di distanza, a due decisioni fondamentali del *Conseil d’État*, giurisdizione suprema dell’ordinamento giurisdizionale amministrativo francese<sup>2</sup>.

Più in particolare, il lancio del nano nelle discoteche francesi ha dato luogo, nel 1995, a due pronunce del *Conseil d’État*<sup>3</sup>, mentre il comico Dieudonné e la sua *quenelle*, nel 2014, hanno provocato più di 15 ordinanze dei tribunali amministrativi ed una pronuncia del *Conseil d’État*<sup>4</sup>.

Una risposta giornalistica alla domanda iniziale, invece, potrebbe essere quella di dire che questi due casi sono stati al centro della cronaca

<sup>1</sup> Il termine *quenelle* (letteralmente: “che ha forma oblunga”), spesso utilizzato in cucina per indicare preparazioni modellate a forma ovale, è intraducibile in italiano. Il gesto della *quenelle*, originariamente simbolo dell’anarchismo antisociale, è a metà tra quello che in Italia viene volgarmente definito “gesto dell’ombrello” ed il saluto nazista eseguito al contrario (con il braccio che punta verso il basso). Tale gesto, che ha reso tristemente celebre il comico Dieudonné, vantava già alcuni precedenti non meno celebri. Nel 1964, ad esempio, nel film *Il dottor stranamore* di Stanley Kubrick, il protagonista, interpretato da Peter Sellers, era “costretto” ad eseguire la *quenelle* per contenere uno strano *tic*, dato dalla necessità irresistibile del suo braccio destro di eseguire il saluto nazista: per impedire, quindi, al braccio destro di mettersi in questa sconveniente posizione cui era naturalmente portato, egli era obbligato a bloccarlo con quello sinistro, mettendosi dunque nella posizione della *quenelle*. Ripreso da Dieudonné, il gesto della *quenelle* è diventato, in Francia, proprio grazie al comico, espressione di antisemitismo. Il gesto della *quenelle* dunque, da simbolo dell’anarchismo antisociale, si è trasformato in simbolo dell’antisemitismo, notoriamente in certi ambienti legati all’integralismo islamico francese.

<sup>2</sup> Bisogna a tal riguardo precisare che in Francia – come anche in Italia, sia pure con qualche differenza – dopo la Rivoluzione del 1789, esistono due ordini giurisdizionali totalmente distinti: quello di diritto comune, al vertice del quale si trova la Corte di Cassazione, e quello amministrativo, dove al vertice troviamo, invece, il *Conseil d’État* o, più precisamente, una delle sei sezioni che lo compongono, la più importante, quella cosiddetta “contenziosa”.

<sup>3</sup> *Conseil d’État* francese (da qui CE), Ass., 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d’Aix-en-Provence*, in RDP, n. 96, p. 536, con nota di M. GROS.

<sup>4</sup> CE, 9 gennaio 2014, *Ministre de l’Intérieur / les productions de la plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, *rêq.* n. 374508.

francese, anche se, in verità, il caso del “lancio del nano” ha suscitato un reale interesse solo per i giuristi, mentre quello di Dieudonné ha diviso tutta la Francia, pur senza arrivare agli eccessi che, a suo tempo, ebbe l'*affaire Dreyfus*.

Una risposta giuridica, infine, potrebbe essere quella di dire che dietro la trivialità e, in un certo senso, la superficialità di questi casi, si nasconde un vero e proprio scontro tra regole giuridiche del più alto valore, quello costituzionale.

La questione “giornalistica” (o, se si preferisce, “sociologica”) è: si può ridere di tutto?<sup>(1)</sup>

La questione giuridica è: le libertà individuali sono assolute? In altri termini: in nome dell'ordine pubblico, possiamo vietare l'esercizio di una libertà costituzionale?

La questione non si pone, infatti, quando si tratti di comportamenti (individuali o collettivi) che non si traducono in libertà riconosciute dalla Costituzione e che sono espressamente qualificati come “reato” nel codice penale. Così a nessuno oggi può essere riconosciuta, per esempio, la libertà di rubare, di stuprare o di uccidere.

Più complicata si fa la questione quando, invece, si tratti della libertà

<sup>(1)</sup> NDT È questo, peraltro, il titolo di un recente libro pubblicato da PHILIPPE GELUCK (*Peut-on rire de tout?*, Saint-Amand-Montrond 2013). All'interno del volume, in un capitolo significativamente intitolato «*Peut-on rire des juifs?*», l'A. risponde al quesito posto nel titolo in tale modo: «Se quello che fa le battute non è sospettabile del minimo sentimento antisemita, allora, egli potrà, grossomodo, permettersi qualunque cosa. [...] Per contro, quando la “battuta” è proferita da un militante dell'estrema destra, da un cattolico integralista o dal presidente Ahmadinejad, essa rischia assai rapidamente di essere mal presa dalla comunità ebraica» (pp. 123 e 126). Dopo questa premessa (che, chiaramente, sfocia nel facètto), l'A. propone una serie di battute “classiche” sul tema, evidenziando il paradosso secondo cui esse sarebbero accettate solo quando proferite da alcune persone ritenute “insospettabili”, mentre tutte le altre sarebbero automaticamente marchiate col segno dell'antisemitismo. E ciò, osserva Geluck, non dipende da criteri oggettivi, ma varia semplicemente dalla sensibilità propria dell'interlocutore e, a volte, persino dalla mera conoscenza personale che egli ha del soggetto che ha fatto la battuta. Questo schema, al quale non si vuole (ovviamente) attribuire alcun valore scientifico, è però un utile compendio di ciò che viene comunemente ritenuto “politicamente corretto”. Ebbene, come vedremo nella parte finale di questo saggio (v. *infra*, § V, A), il “politicamente corretto”, sia pur presentato sotto forma di “coesione sociale”, sembra essere uno dei criteri più o meno implicitamente utilizzati dal *Conseil d'État* per decidere sul caso Dieudonné. L'adozione del “politicamente corretto” quale criterio, se non proprio “giuridico”, quantomeno giuridicamente rilevante, pone con tutta evidenza il problema di sapere come si possa conferirgli una base giuridica che sia rispettosa del principio di uguaglianza e, allo stesso tempo, della libertà di espressione.

di esercitare un mestiere o, più semplicemente, di parlare in pubblico. È legittimo vietare degli spettacoli che non sono politicamente (o giuridicamente) corretti?

Nei due casi presi in esame (ma se ne potrebbero citare molti altri), il divieto degli spettacoli da parte delle autorità di polizia competenti pone dunque la questione dei limiti delle nostre grandi libertà.

I due episodi, in particolare, rimettono in causa le libertà essenziali del commercio e dell'industria: il nano Manuel Wackenheim e, sia pure in un altro contesto, il comico Dieudonné, si prodigavano nel commercio dei loro spettacoli, che hanno dovuto interrompere in nome dell'ordine pubblico<sup>5</sup>.

Il caso del lancio del nano pone anche, come vedremo, la questione più generale della libertà individuale, poiché dopotutto egli non era obbligato da nessuno a svolgere quell'attività e, anzi, era lui stesso a proporsi volontario per farsi "proiettile umano" degli adolescenti nelle discoteche. In gioco c'era, quindi, la sua libertà, quella della sua immagine come quella del suo corpo.

Il caso Dieudonné pone, invece, le ulteriori questioni, da una parte, della libertà d'opinione – abbiamo il diritto di essere razzisti? – e soprattutto, dall'altra, della libertà di espressione – abbiamo il diritto di esprimere delle opinioni razziste (in generale) ed antisemite (nel caso particolare)?

Ciò permette di interrogarsi, nei due casi presi in esame, circa la "neutralità" del diritto e sui limiti oggettivi di quest'ultimo.

Sappiamo che il diritto è sempre il riflesso della stessa società che è tenuta ad osservarlo, e spesso ciò comporta una trasformazione di interessi particolari in interessi generali. Possiamo fare qualche esempio:

– l'omicidio era addirittura una "virtù costituzionale", secondo la celebre Costituzione "montagnarda" (o "giacobina") dell'anno I (1793), la quale prevedeva, all'articolo 27, «*che tutti gli individui che usurperanno la sovranità siano immediatamente messi a morte dagli uomini liberi*»<sup>6</sup>;

<sup>5</sup> In realtà solo il nano ha dovuto cessare qualunque attività professionale, mentre il comico Dieudonné continua ancora il suo spettacolo ma con un testo edulcorato.

<sup>6</sup> Questa Costituzione, d'ispirazione rousseauiana, assai rivoluzionaria ed intollerante, non fu mai applicata. Col nemico (le monarchie straniere) che spingeva alle porte del territorio francese, l'entrata in vigore della Costituzione fu infatti sospesa e la *Convention nationale* (l'assemblea che l'aveva redatta) instaurava un regime del terrore, statuendo che «il Governo provvisorio della Francia sarà rivoluzionario fino alla pace». Era stato dunque convenuto che la Costituzione non sarebbe entrata in vigore sino alla fine



– l’adulterio della donna fu sanzionato penalmente fino al 1975<sup>7</sup> in Francia, mentre solo delle sanzioni civili (divorzio) erano rivolte al marito adulterino. Sappiamo che ciò era frutto di uno specifico desiderio di Napoleone Bonaparte, il quale mal sopportava l’infedeltà di sua moglie Joséphine de Beauharnais, e al fatto che la disposizione sopraccitata fu votata da assemblee docili. E tuttavia la regola rimase in vigore nel sistema giuridico francese per più di due secoli;

– l’esonero dalla “imposta di solidarietà sulla fortuna” (ISF) delle opere d’arte non è certo estraneo al fatto che il Ministro francese dell’economia nel 1981, quando l’ISF è stata creata, era anche il figlio del più grande antiquario di Parigi.

Questa evidente interazione tra il diritto e la politica, la morale e la religione, è fortunatamente compensata tramite il riconoscimento di un principio fondamentale dell’ordinamento, chiamato in Francia (come pure in Italia), “principio di legalità”<sup>8</sup>. La sanzione per la violazione di questo principio sarà l’annullamento dell’atto amministrativo illegittimo

della guerra. Tuttavia, anche quando quest’ultima finì, si decise di non applicare la Costituzione del 1793, in quanto i rivoluzionari – primo fra tutti Robespierre – avevano mostrato i loro limiti democratici. Fu la Costituzione borghese del Direttorio (1795), dunque, a succedere alla prima Costituzione francese del 1791.

<sup>7</sup> La donna adulterina era passibile di un periodo di carcerazione da 3 mesi sino a 2 anni, mentre la legge dell’11 luglio 1973 ha depenalizzato l’adulterio femminile, facendolo diventare una mera causa di divorzio.

<sup>8</sup> Se alcuni regimi conoscono ancora la concezione dello “Stato di polizia” – secondo la quale l’efficienza deve prevalere su tutto, anche a detrimento di certe libertà e diritti fondamentali – la Francia ha optato per il modello dello “Stato di Diritto”. Quest’ultimo presuppone la prevalenza assoluta di alcune libertà e diritti fondamentali sulle esigenze amministrative. La concezione dello Stato di Diritto è stata consacrata, in Francia, dalla Rivoluzione. In termini di obblighi amministrativi si esprime attraverso il principio di legalità, da intendersi nel senso ampio di “regolarità”. Significa che l’amministrazione dovrà, nel suo agire, rispettare delle norme giuridiche superiori. L’espressione “principio di legalità” viene dal termine “legge” e trova la sua origine nel fatto che, fino al 1958 (Quinta Repubblica), le norme giuridiche non potevano promanare che da un organo *extra*-amministrativo, il Parlamento, titolare del potere legislativo. Il controllo di legalità di un atto amministrativo, dunque, consisteva nella verifica, svolta dal giudice, del rispetto, da parte dell’amministrazione, delle regole giuridiche superiori. Con la nascita della Comunità Europea (ora Unione Europea) e del suo sistema giuridico integrato, l’aumento dei poteri normativi di forza legislativa nella Quinta Repubblica, l’efficacia del diritto della Convenzione Europea dei Diritti Dell’Uomo e l’emersione di nuovi principî (soprattutto in materia ambientale), il significato dell’espressione “principio di legalità” è molto più confuso. Ai fini del controllo di legalità sarà, dunque, necessario fare, preliminarmente, una selezione all’interno delle norme giuridiche superiori, individuando quali siano quelle che l’amministrazione è tenuta a rispettare.

da parte del giudice amministrativo, adito in via di ricorso per eccesso di potere<sup>9</sup>. È quanto alle volte avviene, ad esempio, con i provvedimenti di *polizia* (come nei casi del “lancio del nano” e del “comico razzista”).

La polizia esiste da quando esistono gli Stati (o le città), e corrisponde al concetto di “Stato-gendarme”. Per definizione, tutte le attività di polizia sono restrittive delle libertà individuali.

Anche se il concetto di “polizia” è polisèmico<sup>10</sup>, la distinzione più conosciuta al grande pubblico (francese) è quella tra polizia amministrativa e polizia giudiziaria, la prima di natura preventiva, la seconda di natura repressiva<sup>11</sup>.

I casi che ci interessano riguardano, naturalmente, la polizia amministrativa (e, più in particolare, un provvedimento da essa adottato di *divieto preventivo di spettacoli od attrazioni*).

Va detto, prima di tutto, che la polizia amministrativa è sottoposta, in Francia, ad un controllo particolarmente approfondito da parte del giudice amministrativo, in applicazione di una storica decisione del 1933, risalente ma mai del tutto superata, relativa al c.d. “*affaire Benjamin*”<sup>12</sup>, riguardante il divieto, da parte del Sindaco, di una conferenza che il prof. Benjamin avrebbe dovuto tenere a Nevers.

<sup>9</sup> Tale rimedio conosce, tuttavia, alcuni limiti pratici: su 100 atti amministrativi sfavorevoli ai cittadini, possiamo constatare che solamente 10 saranno oggetto di un ricorso per eccesso di potere (paura di ricorrere alla giustizia, scarsa conoscenza del diritto, spese processuali...). Di questi 10, constatiamo statisticamente che solo uno si tradurrà in un annullamento. I rischi di sanzione per non rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione, se pure esistono, sono dunque statisticamente assai limitati.

<sup>10</sup> La polizia può essere di natura legislativa, costituita dai testi legislativi che hanno come scopo il mantenimento dell'ordine (codice della strada, legge sulle droghe o l'alcolismo, etc.). Essa può essere di natura amministrativa, sia per far rispettare la precedente (controllo del rispetto dei testi, sanzioni per la loro mancata applicazione), sia di tipo autonomo (potere generale dei Sindaci e dei Prefetti in materia di polizia). Può avere un carattere regolamentare, con l'adozione di regole generali e impersonali (imposizione di semaforo o di un cartello di divieto di sosta), o individuale, con l'adozione di misure individuali (foglio di espulsione, ritiro di un permesso di vendita di bevande).

<sup>11</sup> La distinzione tra le due tipologie di polizia è, nell'assenza di testi normativi generali di definizione, data dal giudice adito, che si riterrà o meno competente in funzione dell'attività di polizia svolta. La polizia amministrativa può definirsi come preventiva (evitare i disordini), mentre la polizia giudiziaria è repressiva (ricercare gli autori e le prove delle infrazioni). Ma questa distinzione teorica, apparentemente semplice, urta molto spesso con la complessità delle ipotesi pratiche: se la costituzione di un posto di blocco è necessariamente preventiva (polizia amministrativa), nel caso in cui questo blocco venga forzato da un automobilista le azioni di polizia compiute successivamente saranno di tipo repressivo (polizia giudiziaria).

<sup>12</sup> CE, 19/5/33, *Benjamin* R. 451 (v. *infra*, § II).

Tale decisione muoveva dal presupposto che in uno Stato di diritto le libertà siano ritenute prioritarie, diventando dunque assai delicata la collocazione nell’ordinamento delle misure di polizia che, come già ricordato, sono per definizione pregiudizievoli proprio delle libertà. La giustapposizione dei due obiettivi contrastanti – l’ordine e la libertà – ha dato luogo ad un controllo giurisdizionale specifico, del quale l’apparente perfezione teorica nasconde talvolta certi limiti che si manifestano in relazione all’efficienza pratica.

Il controllo esercitato sulle misure di polizia si aggiunge al controllo di legalità comune a tutte le attività amministrative e consiste, in alcuni casi, nell’individuazione di alcune misure ritenute generalmente vietate (a prescindere, dunque, da qualsivoglia valutazione relativa alla efficacia ed agli effetti della misura stessa) e, in altri casi, in una valutazione puntuale sull’adeguatezza delle misure di polizia rispetto ai fatti cui esse sono indirizzate, vale a dire sull’adeguatezza della misura rispetto al fine.

Se è vero, dunque, che esistono alcune misure che sono generalmente vietate nell’ambito della polizia amministrativa (pur essendo, talvolta, consentite ad altri soggetti ed in altri settori della pubblica amministrazione<sup>13</sup>), è vero pure che, salvo i casi flagranti e tenuto conto delle difficoltà concettuali legate alla stessa nozione di “divieto generale e assoluto”, il controllo giurisdizionale sulle misure di polizia è il più delle volte fondato sul caso di specie e, in particolare, sul loro carattere *eccessivo* in

<sup>13</sup> È il caso, ad esempio, del regime dell’autorizzazione preliminare. Se il Legislatore può prescrivere l’obbligo di una dichiarazione preliminare per l’esercizio di una libertà (com’è il caso, ad esempio, della libertà di manifestazione), se non di una vera e propria richiesta d’autorizzazione (nel caso, ad esempio, di organizzazione di prove sportive sulle strade pubbliche), analoga facoltà non è stata concessa dal giudice alle semplici autorità di polizia. Questo divieto è stato riconosciuto in occasione della celebre decisione *Daudignac*, riguardante la libertà di commercio e di industria in materia di circolazione, adottata dal *Conseil d’État* con deliberazione assembleare del 1951 (CE Ass., 22/6/51, *Daudignac* R. 362). Con tale decisione fu annullato un provvedimento del Sindaco di *Montauban* che subordinava ad autorizzazione l’esercizio dell’attività di fotografo nelle strade pubbliche. Negli anni successivi tale principio è stato esteso a tutte le libertà essenziali, soprattutto quella di movimento, per esempio per l’utilizzo di piste da sci di fondo (CE, 22/1/82, *Association foyer de ski de fond de Crévaux*, R. 30) o dei fiumi di proprietà privata (CE, 13/11/92, *Ligue du centre de canoë-kayak*, DA 93 n. 22). Sono oggetto della stessa sanzione giurisdizionale le misure che portano divieto generale e assoluto impedendo di fatto in maniera definitiva l’espressione di una libertà. Così sono stati annullati, ad esempio, il divieto totale di esercitare, durante tutta l’estate, l’attività di *photographe filmneur* sulla strada che portava a Mont-Saint-Michel (CE, 13/3/68, *Epoux Leroy* R. 178), o la più pittoresca ordinanza di repressione sistematica degli “abbaiamenti ed urla dei cani” adottata dal Sindaco di Mougins (CE, 5/2/60, *Commune de Mougins*, R. 83).

relazione alle esigenze di ordine pubblico che esse dovrebbero tutelare, e non già su di una mera proibizione di principio.

Si tratta, in altri termini, della grande questione della subordinazione della legalità delle misure alla loro effettiva necessità.

Aspetto specifico del controllo sulle misure di polizia amministrativa – spesso assimilato al c.d. “controllo in concreto” applicato in materia di espropriazione<sup>14</sup> – è, quindi, la verifica da parte del giudice della «*adéquation des mesures aux faits*» («adeguatezza delle misure ai fatti»), spesso chiamato dalla dottrina anche «*contrôle “maximum”*» («controllo massimo») o «metodo Benjamin», in ossequio alla decisione da cui ha preso avvio<sup>15</sup>.

Questo controllo necessita di un esame *caso per caso* da parte del giudice, e riposa non già sulla valutazione della misura adottata in sé, cioè considerata in quanto tale, ma su di una verifica di proporzionalità volta a stabilire se la misura contestata avrebbe potuto essere evitata con l'impiego di altre misure meno invasive. Così il giudice si troverà a dover bilanciare allo stesso tempo i rischi che le misure di polizia adottate sono volte ad evitare, ma anche la possibilità dell'utilizzo di altre misure alternative ed egualmente efficaci. Il “metodo Benjamin” è stato utilizzato nelle più disparate circostanze: a proposito della chiusura di una sala ballo<sup>16</sup> o di uno storico locale parigino<sup>17</sup>, del divieto di pesca<sup>18</sup>, del divieto di cerimonie religiose<sup>19</sup>, del divieto di circolazione<sup>20</sup>, del diritto di mani-

<sup>14</sup> Tale controllo consiste nel famoso «bilancio costi-benefici», inaugurato con la celebre decisione CE, 28/5/71 (RDP 72, 454, con commento di WALINE), poi oggetto di successivi sviluppi giurisprudenziali.

<sup>15</sup> Così, in occasione della decisione *Benjamin*, vero e proprio arco di volta dell'edificio giurisprudenziale in materia, il *Conseil d'État* rilevava che il divieto di una conferenza sarebbe stato eccessivo, in quanto «l'eventualità di disordini [...] non presentava un grado di gravità tale che non si sarebbe potuto, senza vietare la conferenza, mantenere l'ordine adottando le misure di polizia che gli spettavano».

<sup>16</sup> CE, 26/7/87, *Michel et Francis Guyot*, in *AJDA* 87, 689: «dal momento che il Sindaco aveva la possibilità di prevenire e di reprimere i nocimenti constatati adottando le misure di polizia appropriate».

<sup>17</sup> CE, 12/3/86, *Préfet de Police de Paris / Metzler*, in *DA* 86, n. 226: «spetta al Prefetto [...] prendere le misure appropriate».

<sup>18</sup> CE, 27/4/79, *Commune de Saint Germain*, R. 653.

<sup>19</sup> CE, 14/5/82, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, R. 179.

<sup>20</sup> CE, *Ordonnance del juge des référés*, 27 luglio 2001, *Ville d'Etampes*, n. 236489: divieto per i minori di meno di tredici anni non accompagnati da un maggiorenne di circolare sul territorio del Comune tra le 22 e le 6. Vista la dimensione della città e la mobilità delle bande dei giovani delinquenti sarebbe stato, nel caso di specie, del tutto sproporzionato limitare il divieto di circolazione solo a certe frazioni di quartiere.

festare<sup>21</sup>, nonché, praticamente, di tutti i settori in cui si possono esprimere le libertà individuali.

L'estrema delicatezza di tale “controllo massimo” esercitato dal giudice amministrativo ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla sua natura, evocando i rischi di un controllo che può estendersi sino a diventare di mera opportunità e che può configurarsi, quindi, quale illecita sostituzione da parte del giudice nei confronti dell'autorità amministrativa, relativamente alla valutazione delle misure potenzialmente meno restrittive delle libertà in relazione a quelle adottate dall'autorità stessa<sup>22</sup>.

È, dunque, soprattutto in relazione alla precisione della valutazione della misura in causa in funzione delle circostanze fattuali che si colloca l'originalità del controllo specifico sulle misure di polizia. Tale controllo, peraltro, ha recentemente subito un'evoluzione, nel senso che viene presa in considerazione la persona – intesa quale singolo individuo (o di singoli gruppi di individui) – suscettibile di causare dei disagi anche solamente eventuali<sup>23</sup>, e tale evoluzione ha condotto fino al punto che la valutazione dell'adeguatezza viene effettuata persino in relazione alle caratteristiche peculiari proprie della persona interessata dalla misura<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> CE, Ord. 5 gennaio 2007, *Ministre de l'Intérieur c/ Association Solidarité des français*, n. 300311: la libertà di manifestazione, invocata dall'associazione, non crea ostacolo al fatto che l'autorità di polizia vieti un'attività, se tale misura è la sola avente natura tale da prevenire un turbamento dell'ordine pubblico

<sup>22</sup> La critica opposta dalla dottrina ai giudici relativamente al “metodo Benjamin” potrebbe forse sembrare, ormai, eccessiva alla luce di più di cinquant'anni di giurisprudenza, essendosi ormai attestato il controllo in esame quale controllo di tipo “negativo”: se pure talvolta il giudice evoca «altre misure», egli non arriva mai ad esaminarle e si limita semplicemente a dire che i provvedimenti adottati avrebbero potuto essere «più appropriati». In realtà è proprio questo atteggiamento a suscitare maggiori perplessità poiché, collocandosi al di fuori di qualsivoglia ottica di leale collaborazione, l'autorità giurisdizionale amministrativa si ferma esattamente sulla soglia del mero controllo di opportunità, non facendo mai alcuna proposta esplicita su quali sarebbero le misure «più appropriate» e “accontentandosi”, di fatto, di scartare quelle «inappropriate», annullandole.

<sup>23</sup> CE, 26 luglio 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, in *RFDA* 86, 439, *Concl.* Genevois: quest'ultimo riteneva che «delle semplici voci su di un possibile attentato con esplosivo plastico» di un cinema da parte dell'organizzazione “Onore e Prestigio” e delle semplici minacce di un “Comitato di sostegno alle vittime” non erano credibili. Al contrario, se tali minacce fossero prevenute da un'organizzazione palestinese o si fosse trattato di minacce di blocco stradale da parte di camionisti, ci sono tutti i motivi di ritenere che esse sarebbero state prese in maggiore considerazione.

<sup>24</sup> Così, ad esempio, il *Conseil d'État* francese annullava il rifiuto di utilizzazione di una “voiturette” (lett. “macchinetta”, termine in uso corrente anche nella lingua italiana per indicare i quadricicli che si possono guidare senza patente) opposto ad un residente dell'isola di Houat (in Bretagna) «dal momento che egli era portatore di una grave insuf-

L'estrema delicatezza del controllo esercitato dal giudice in materia di polizia amministrativa è, dunque, fonte di una estrema soggettività della valutazione. La particolare natura della polizia, attività – come già più volte ricordato – per definizione restrittiva delle libertà, porta a pensare, dunque, che all'arbitrarietà dell'amministrazione sarebbe meglio l'arbitrarietà del giudice!

È in questo senso che alcuni Autori hanno potuto evocare, in tale ambito, una vera e propria *presunzione di assenza di motivi*<sup>25</sup>, spostandosi dunque sull'autorità di polizia l'onere di dimostrare la legalità di talune misure, contrariamente al diritto comune delle attività amministrative.

Questo controllo giurisdizionale arriva a ricomprendere, così, una valutazione dei fini perseguiti dall'autorità di polizia. Questi ultimi sono, secondo una celebre formula che trova la sua origine in una legge del 22 dicembre 1789 (poi ripresa dall'art. 97 della legge del 4 aprile 1884 recante disposizioni sull'organizzazione comunale e, attualmente, contenuta nell'articolo L. 2212-2 del *Code général des collectivités territoriales*), «*le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques*», che potremmo tradurre come «buon ordine, sicurezza-tranquillità, sicurezza-incolumità e salubrità pubblici». Questi quattro elementi compongono la nozione generale di “ordine pubblico”<sup>(2)</sup>.

ficienza coronarica e gli era impossibile spostarsi senza assistenza meccanica» (CE, 10/12/1993, *Madame Maes*, in RDP n. 94, 819, con nota di M. GROS).

<sup>25</sup> DE LAUBADERE, VENÉZIA, GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1992, Tomo 1, 718.

<sup>(2)</sup> NDT Per essere più precisi, proviamo a dare una definizione più puntuale di ciascuno dei quattro elementi che compongono la nozione di “ordine pubblico”: 1) la *sûreté (publique)* è la “sicurezza (pubblica)”, intesa quest'ultima nel senso di *tranquillità*, di “*ordine sociale*”, di rimozione o limitazione dei rischi derivanti da disordini (rumori molesti, alcoolismo tra i minori, *etc.*). In effetti il termine “*sûreté*” ha sostituito, rispetto a precedenti testi normativi in materia, quello di “tranquillità”, ma il significato è rimasto il medesimo. Di fatto la *sûreté publique* coincide con quello che un Autore italiano ha definito il “*diritto alla sicurezza*” e che, con qualche approssimazione, «può farsi corrispondere [con il diritto alla] *tranquillitas*, intesa come scopo della *civitas*», in virtù del quale «lo Stato dovrebbe garantire al singolo e alla collettività la conservazione di una condizione esente da disturbi» (M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli 2012, 17); 2) la *sécurité (publique)* è, invece, la “sicurezza” intesa nel senso di “*tutela della incolumità personale*”, consistente, in particolar modo, nella limitazione dei rischi derivanti da incidenti (ad es. regolamentazione dei limiti di velocità); 3) la *salubrité (publique)* corrisponde alla nozione di “salubrità pubblica”, intesa come igiene ambientale volta a prevenire i rischi di malattie (ad es. campagne di derattizzazione, bonifica, *etc.*); 4) quanto, infine, al *bon ordre (public)*, “buon ordine (pubblico)”, esso è un elemento pervasivo che ricomprende gli altri tre (*sûreté, sécurité, salubrité*) senza, però, esaurirsi in essi, presen-



Le incertezze e l'evoluzione del concetto di ordine pubblico sono il segno della natura eminentemente giurisprudenziale della materia in esame.

Naturalmente nella definizione di “ordine pubblico” influisce anche il regime politico<sup>26</sup> e la sua evoluzione nel tempo, poiché l'ordine pubblico, e per conseguenza gli obiettivi della polizia amministrativa, non sono fissati *ne varietur* e sono quindi destinati a mutare, anche in seno ad una medesima società<sup>27</sup>.

tandosi dunque, allo stesso tempo, come quarto ed ulteriore elemento, suscettibile, come si vedrà, di interpretazioni estensive e variabili nel tempo (le quali incidono, quindi, anche sulla definizione degli altri tre elementi) che hanno portato a far coincidere il concetto di ordine pubblico ora con una definizione, per così dire “materiale” (disordini “fisici”, violenze, rappresaglie, tumulti, etc.), ora con l'«ordine morale», ora, infine, con l'“ordine politico”. Possiamo, dunque, individuare due usi (e due accezioni) diversi con riferimento al “buon ordine”: il primo è di portata più ampia, ed è dato dalla somma (e dalla interazione) di tutti e quattro gli elementi costituenti i fini perseguiti dall'autorità di polizia; il secondo, invece, è di portata più limitata, ed s'identifica con uno solo dei questi quattro elementi componenti l'ordine pubblico, potendosi quindi parlare, in tal caso, di “buon ordine” in senso stretto. Quest'ultimo è l'elemento più soggettivo tra quelli che compongono la nozione di ordine pubblico: se da un lato, come già ricordato, esso ingloba gli altri tre, dall'altro aggiunge loro qualcosa in più, senza tuttavia che questo “qualcosa” sia chiaramente definito dal legislatore. Da questo punto di vista, dunque, il “buon ordine” costituisce il *vero elemento di variabilità della nozione di “ordine pubblico”*.

<sup>26</sup> È logico che la natura del regime politico determini il contenuto della nozione di ordine pubblico e condizioni l'estensione del potere di polizia. Con tutta evidenza, infatti, la concezione dell'ordine pubblico in uno Stato di Polizia sarà assai diversa da quella di uno Stato di Diritto. Va rilevato, però, come la nozione di ordine pubblico possa variare non solamente con riferimento alla forma di Stato, bensì anche con riguardo al particolare assetto politico di un certo Stato, in funzione dalle politiche svolte dal potere in carica. Così, per esempio, all'interno di uno stesso Stato di Diritto, la legislazione – e la relativa azione di polizia – in materia di lotta contro la tossicomania potrà essere più o meno preventiva o repressiva, secondo le maggioranze parlamentari e le personalità dei Ministri. Tali fattori politici comporteranno degli effetti che, visti nel breve periodo, daranno luogo solamente a variazioni leggere e tendenzialmente temporanee della concezione dell'ordine pubblico. Considerati nel lungo periodo, però, essi possono portare a variazioni più sensibili, sino ad incidere, di fatto, sulla stessa forma di Stato.

<sup>27</sup> Secondo le epoche, l'ordine morale potrà evolversi. Così, in materia di polizia cinematografica, la nozione d'immoralità ha seguito l'evoluzione dei costumi. Se in passato il giudice amministrativo aveva avallato il divieto della proiezione di film come *Le blé en herbe* (“Il grano in erba”) a Nizza (CE, 18/12/1959, *Société Les films Lutétia* R. 693) e *La jument verte* (“La giumenta verde”), a Cosne (CE, 9/3/62), oggi un tale approccio morale verrebbe certamente considerato anacronistico. Se nel 1960 la semplice “immoralità” di *Les liaisons dangereuses* (“Le relazioni pericolose”) aveva potuto giustificare un divieto di proiezione da parte del Sindaco di Lisieux, il *remake* dello stesso film uscito nelle sale venticinque anni più tardi (peraltro con l'inserimento di scene di sesso esplicite, di cui era privo il film del 1960) non è stato oggetto di alcun divieto. Per altro verso, se la sessualità

Allo stesso modo non c'è da stupirsi se, anche all'interno di un regime politico stabile (per es. la democrazia), in un arco di tempo costituito anche da periodi abbastanza brevi, vi siano delle variazioni del concetto dell'ordine morale, che ineluttabilmente si riflettono sulla concezione dell'ordine pubblico.

La nozione di ordine pubblico, inteso come elemento centrale degli obiettivi perseguibili tramite l'imposizione di divieti da parte della polizia, è quindi estremamente variabile in funzione del potere politico dell'epoca e del luogo presi in considerazione. Di conseguenza appartiene, inevitabilmente, al giudice amministrativo la fissazione degli elementi che costituiscono, in un dato tempo e luogo, la definizione del concetto di ordine pubblico, essendo egli incaricato di valutare, caso per caso, la liceità dei motivi sottesi alle misure di polizia.

È in questo contesto giuridico, caratteristico della nostra epoca moderna, che le necessità dell'ordine pubblico devono essere conciliate con i diritti e le libertà fondamentali e, quindi, che può rivestire un qualche interesse per il giurista – o per il futuro giurista – l'analisi di due casi giurisprudenziali riguardanti degli eventi apparentemente futili o “superficiali” (uno *spettacolo di pessimo gusto*, quale quello del lancio del nano, ed un *comico almeno discutibile*, quale è Dieudonné), arrivando così ad interrogarsi su cosa sia, o cosa debba essere, il «*bon ordre*» in una società moderna.

Vedremo ora come in Francia, dopo un lungo periodo intercorso nel XX secolo durante il quale l'ordine pubblico non poteva che essere inteso secondo una concezione materiale (I), il caso del “lancio del nano”, nel 1995, abbia aperto le porte ad un approccio morale dell'ordine pubblico (II), mentre lo “*affaire Dieudonné*”, nel 2014, abbia operato, in maniera forse perfino più inquietante, una dilatazione dell'ordine pubblico “morale” in ordine pubblico “politico” (III). Queste considerazioni ci porteranno, infine, a domandarci se il principio essenziale della *certezza del diritto* possa ritenersi soddisfatto dalle esaminate evoluzioni giurisprudenziali del concetto di ordine pubblico.

allo schermo non viene più considerata attentatrice dell'ordine morale, altre cose – quali, ad esempio, la legittimazione del traffico di stupefacenti o l'ironia sulla religione – sono ancora oggi a rischio di divieto. Certo, formalmente tali divieti sarebbero giustificati con considerazioni sull'ordine locale e sui rischi eventuali di disordini materiali dell'ordine pubblico, ma è evidente che dietro ad essi si nasconderebbero anche delle valutazioni di tipo morale. Il giudice amministrativo, nell'ambito del controllo della legalità dei provvedimenti di divieto, seguirà necessariamente l'evoluzione di tale ordine morale.



II. *L'ordine pubblico dovrebbe essere, in teoria, un concetto strettamente materiale, o affermato in quanto tale*

Da molto tempo, ed al di là della celebre “trilogia” degli elementi che costituiscono l’“ordine pubblico” (in senso ampio) assieme al “buon ordine” – vale a dire, come già ricordato, la *sûreté*, la *sécurité* e la *salubrité* – la nozione di ordine pubblico veniva intesa dalla dottrina come «l’ordine materiale e esterno». Maurice Hauriou, nel suo *Précis de droit administratif et de droit public* (1919), enunciava, per l’appunto, che «l’ordine pubblico [...] è l’ordine materiale e esterno», aggiungendo che «[la polizia] non persegue come fine ciò che, in una certa epoca, abbiamo chiamato l’ordine morale, [...] e se essa ci provasse, cadrebbe immediatamente nell’inquisizione e nell’oppressione delle coscienze»<sup>28</sup>.

Secondo questa ricostruzione, peraltro, la polizia avrebbe potuto impedire di svolgere attività suscettibili di portare pregiudizio alla morale ed al *bon costume* solo in casi del tutto particolari, vale a dire quando il disordine “morale” avesse avuto per diretta conseguenza il disordine “materiale”. In un primo momento, la giurisprudenza aveva fatto propria tale accezione<sup>29</sup>.

È su questo indirizzo che intervenne la celebre decisione *Benjamin*<sup>30</sup>. Parallelamente al rilievo considerevole di tale pronuncia quanto alla definizione dell’estensione del controllo giurisdizionale – corrispondente all’esigenza dell’adeguatezza «delle misure ai fatti», che dopo la decisione *Benjamin* non fu mai più rimessa in discussione – essa proponeva esplicitamente una concezione dell’“ordine pubblico” esclusivamente “materiale”: solo la «eventualità di disordini» (*éventualité de troubles*) – che tuttavia non presentava, nel caso particolare, una gravità sufficiente a giustificare una misura così drastica come il divieto – e la necessità di

<sup>28</sup> Celebre professore dell’Università di Tolosa (1856-1929), Maurice Hauriou è il fondatore della *École de la puissance publique*, che giustificava l’applicazione del diritto amministrativo (derogatorio al diritto comune) con la presenza della forza pubblica. La funzione del mantenimento dell’ordine pubblico riguarda proprio questo tipo di competenze. Nel 1927, in una riedizione del suo *Précis de droit administratif*, egli scriveva, nello stesso spirito, che «l’ordine pubblico, nel senso della polizia, è l’ordine materiale ed esteriore. [...] La polizia [...] non cerca punto di afferrare le cause profonde del male sociale, ma si accontenta di ristabilire l’ordine materiale. [...] In altri termini, essa non persegue l’ordine morale tra le idee».

<sup>29</sup> CE, 7 novembre 1924, *Club sportif châlonnais*, in *Rec.*, 863, relativa al divieto di combattimenti di pugilato.

<sup>30</sup> CE, 19 maggio 1933, cit.

«mantenere l'ordine» (*maintenir l'ordre*) avrebbero potuto connotare il divieto del Sindaco di Nevers quale provvedimento lecito. Ciò premesso, la decisione *Benjamin* passava dunque ad illustrare i motivi per i quali non era possibile riscontrare tale “concezione materiale” nel caso di specie, notando come essa richiedesse una valutazione del tutto “esterna” al contenuto specifico della conferenza di René Benjamin oggetto del divieto e relativa, dunque, unicamente all'ipotesi che essa avrebbe potuto provocare dei disordini.

Per spiegare meglio quest'ultima affermazione, possiamo provare a ragionare *a contrario*: se nel 1933, anziché quella di ordine “materiale”, fosse stata invocata un'altra concezione, maggiormente estensiva della nozione di “ordine pubblico” – in un'ottica, cioè, più prossima, se pur non identica, a quella delle decisioni *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence* (il caso del “lancio del nano”) –, il *Conseil d'État* avrebbe potuto considerare che la conferenza di René Benjamin portava pregiudizio alla «dignità della persona degli istitutori laici», e ritenere legittimo, per tale motivo, il provvedimento di divieto.

Rifiutando alle autorità di polizia il diritto alla censura morale, invece, il *Conseil d'État* ha continuato, durante tutta la prima metà del XX secolo, a definire l'“ordine pubblico”, in materia di polizia, come estraneo a qualunque accezione esclusivamente moralista.

Questa concezione meramente “materiale” fu, peraltro, “corretta” – pur senza essere abbandonata – con l'introduzione di considerazioni meno schiettamente “materiali”, nella celebre decisione *Société Les films Lutétia*<sup>31</sup>. Contrariamente alle conclusioni del Commissario del Governo Mayras, che difendeva ancora la concezione strettamente materiale dell'ordine pubblico<sup>32</sup>, il *Conseil d'État* ha riconosciuto ai Sindaci la possibilità «di vietare sul loro territorio la rappresentazione di un film al quale è stato accordato il *visto* ministeriale ma del quale la proiezione è suscettibile di provocare dei serî disordini», nonché la possibilità di procedere ad analogo divieto nel solo caso in cui «a ragione del carattere immorale

<sup>31</sup> CE, 18 dicembre 1959, *Société Les films Lutétia*, in *Rec.*, 693.

<sup>32</sup> Sirey 1960, 94. Secondo Mayras, infatti, l'ordine pubblico non poteva essere che – usiamo le stesse parole contenute nelle sue *Conclusions* – «materiale e esterno, non potendo prevenire l'autorità di polizia i disordini morali senza portare pregiudizio alla libertà di coscienza». Egli, inoltre, riteneva «impossibile ammettere che il solo pregiudizio alla moralità pubblica, vale a dire il turbamento delle coscienze» potesse essere costitutivo, di per sé, di un «motivo che giustificasse il divieto di rappresentazione di un film, se non è appurato che potrebbero risulterne dei disordini morali».

del detto film e delle circostanze locali» la proiezione potesse essere «pregiudizievole dell’ordine pubblico». Nella decisione in esame la condizione generale (disordini materiali) e quella particolare (immoralità intrinseca rinforzata da circostanze locali) erano presentate come *alternative* (essendo tale alternatività espressa dal sintagma «*ou d’être*», “ovvero/oppure d’essere”), e ciò non poteva prestare alcun dubbio sul superamento di una concezione strettamente “materiale” ed “esterna” dell’ordine pubblico, almeno quale requisito *esclusivo* della liceità di provvedimenti di polizia.

La possibilità di censure locali per immoralità era stata dunque accettata da parte del *Conseil d’État*, e ciò ha generato un cospicuo filone giurisprudenziale in materia cinematografica, tutto fondato sull’ammissione o sul rifiuto della immoralità «*localement constatée*» (“localmente constatata”), vale a dire valutata secondo le circostanze locali<sup>(3)</sup>.

Il celebre caso del film *Le pullover rouge*<sup>33</sup> (“Il pullover rosso”, ispirato dal celebre e omonimo romanzo di Gilles Perrault del 1978), ha però permesso, fortunatamente, il ritorno ad una concezione più oggettiva dell’“ordine pubblico locale”. Nel 1979, il Sindaco di *Aix-en-Provence* vietava la proiezione del suddetto film, che raccontava la storia di Ranucci, ultimo condannato a morte la cui esecuzione ha avuto luogo in Francia. La misura era motivata «in ragione delle circostanze locali pregiudizievoli dell’ordine pubblico». Adito contro la decisione del tribunale amministrativo di Nizza che aveva annullato il provvedimento municipale, il *Conseil d’État* confermava tale annullamento, dimostrando una certa desuetudine della “immoralità” come componente dei criteri

<sup>(3)</sup> NDT All’avveduto lettore italiano non sfuggirà certo la sorprendente somiglianza terminologica e concettuale tra la decisione del *Conseil d’État* “*Société Les films Lutétia*” ed alcune disposizioni contenute nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS) del 1931, adottato durante il periodo fascista e ancora parzialmente in vigore. Più in particolare, nel TULPS si stabiliva (artt. 70 e 74) il divieto di rappresentare spettacoli o di tenere trattenimenti pubblici «che possono *turbare l’ordine pubblico* o che sono *contrari alla morale* o al *buon costume*» (corsivi aggiunti), attribuendosi, inoltre, all’autorità locale di polizia «il potere di sospendere qualunque rappresentazione, *ancorché munita delle prescritte autorizzazioni*, qualora si ritenga che la medesima, “*per locali circostanze*” possa dar luogo a disordini» (P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, III ed., Torino 2011, 432). Deve evidenziarsi come tali norme erano senz’altro state pensate, all’origine, allo scopo di mantenere la “*coesione sociale*” ed evitare la propagazione di contenuti ritenuti moralmente o politicamente sconvenienti. Si vedrà più avanti (v. *infra*, § V, A) come il concetto di “coesione sociale” sembra aver ispirato il giudice amministrativo francese nella decisione sul caso Dieudonné.

<sup>33</sup> CE 26 luglio 1985, *Ville d’Aix-en-Provence*, in *Rec.*, 236.

di apprezzamento dell'ordine pubblico. In effetti, mentre il Commissario del Governo aveva scartato i rischi di disordini "materiali" legati alla proiezione del film, adottando il suo provvedimento sulla base della sola immoralità del film<sup>34</sup>, il Consiglio aveva invece precisato che l'immoralità, da sola, non poteva essere fondamento di un divieto, essendo necessario, a tal fine, anche il rischio di turbamenti dell'ordine pubblico<sup>35</sup>. Questo rifiuto (forse provvisorio, vista la mutabilità nel tempo del concetto di "ordine pubblico") di tenere conto della sola immoralità quale astrazione del rischio di disordini locali, sembrò, a lungo, costituire una giurisprudenza ormai consolidata.

Così, nel solco di tale filone, il tribunale amministrativo di Versailles<sup>36</sup>, nella decisione di prima istanza (anno 1992) riguardante il caso del Comune di *Morsang-sur-Orge* (l'*affaire* del "lancio del nano"), confermava il consolidamento di detto indirizzo giurisprudenziale annullando il provvedimento municipale che vietava gli spettacoli del nano sulla motivazione che «la circostanza che alcune personalità abbiano espresso pubblicamente la loro disapprovazione relativamente all'organizzazione di tale spettacolo non può essere di natura tale da lasciar presagire la sopravvenienza di turbamenti dell'ordine pubblico». Secondo il tribunale amministrativo, dunque, la carenza di rischi "materiali", «anche a voler supporre che il detto spettacolo abbia portato pregiudizio alla dignità umana», rendeva, «in assenza di circostanze locali particolari», del tutto illegittimo il provvedimento municipale.

In virtù del consolidamento operato da quest'ultima decisione, si poteva dunque supporre che l'approccio prioritariamente e forse, di nuovo, esclusivamente materiale dell'"ordine pubblico", operato dal *Conseil d'État* nel 1985 per il caso del film *Le pullover rouge*, costituisse quasi un *revirement*, un definitivo superamento della formulazione "alternativa" che invece caratterizzava la decisione su caso *Lutétia*<sup>37</sup> cui si è poc'anzi fatto accenno.

<sup>34</sup> «Il film "*Le pullover rouge*" è immorale e tende a rimettere in causa l'autorità del giudicato nonché a portare pregiudizio ad una istituzione fondamentale della società francese», Conclusioni di B. GENEVOIS, in *RFDA*, 1986, 439.

<sup>35</sup> «[Considerando] che non risulta dai documenti del fascicolo che questa proiezione, quale che fosse il carattere del film, sia stata di natura tale a portare turbamento al buon ordine o alla tranquillità pubblica nella città».

<sup>36</sup> TA Versailles, 25 febbraio 1992, *Société Fun Production*.

<sup>37</sup> Nello stesso senso, in materia cinematografica, un giudizio del Tribunale amministrativo di Bordeaux (TA Bordeaux 13 dicembre 1990, *United International Picatres/Commune d'Arcachon*, PA 11/12/91, 16, con nota di PACTEAU) annullava un provvedimento di divieto, adottato dal Sindaco di Arcachon, per la proiezione del film *The Last*

La decisione del 1995 del *Conseil d'État* sul caso del “lancio del nano”, della quale ci accingiamo a parlare, rimette, invece, tutto in discussione e, da questo punto di vista, segna una vera propria svolta, in quanto potrebbe apparire come una immissione dell’“ordine morale” nella composizione dell’“ordine pubblico”.

### III. *L'ordine pubblico può essere morale? Il rispetto della dignità umana, componente intrinseca dell'ordine pubblico*

Prima di esaminare più da vicino il caso del “lancio del nano”, è necessario, tuttavia, richiamare, sia pur sinteticamente, i fatti da cui scaturì la storica decisione del *Conseil d'État*. A tal scopo, dobbiamo preliminarmente ricordare che, ai sensi degli articoli L 131-1 e L 131-2 del codice dei Comuni<sup>38</sup>, i Sindaci dei Comuni di *Morsang-sur-Orge* e di *Aix-en-Provence* avevano vietato, con provvedimenti, rispettivamente, del 25 ottobre 1991 e del 23 gennaio 1992, l'organizzazione dei concorsi di “lancio del nano”, che la società *Fun Production* aveva indetto nelle discoteche situate sui territori dei due Comuni. Emanati in virtù dei poteri di polizia generale dei Sindaci, i provvedimenti in causa erano formalmente motivati sulla base del possibile turbamento dell'ordine pubblico, in particolar modo in relazione alla *sûreté* nonché, in via eventuale, alla *sécurité*, ma, in realtà, censuravano ciò che essi consideravano come un pregiudizio alla moralità, dato dal fatto che lo spettacolo avrebbe potuto portare pregiudizio alla dignità della persona umana.

I tribunali amministrativi di Versailles e di Marsiglia annullavano i provvedimenti municipali con *motivazioni diverse*: il primo, come già accennato, per carenza di circostanze locali particolari che avrebbero potuto giustificare un tale divieto<sup>39</sup>; il secondo per non aver riscontrato alcun pregiudizio alla dignità della persona umana<sup>40</sup>.

*Temptation of Christ* (*L'ultima tentazione di Cristo*, 1988), per il motivo che tale proiezione non era «di natura tale da provocare dei disordini *materiali* serî», e solo successivamente mettendo in rilievo – significativamente preceduti da un «inoltre» e da un «peraltro» – la «mancanza di circostanze locali» e l'«assenza di un pregiudizio grave alle coscienze».

<sup>38</sup> Ora trasposti negli artt. L 2212-1 e 2 del CGCT.

<sup>39</sup> TA Versailles 25 febbraio 1992 *Société Fun Production*. Il Tribunale Amministrativo di Versailles, in particolare, si è fondato sul fatto che, pure a voler supporre che lo spettacolo avrebbe portato pregiudizio alla persona umana, esso non avrebbe potuto essere oggetto di un divieto in assenza di circostanze locali particolari.

<sup>40</sup> TA Marsiglia 8 ottobre 1992, *Société Fun Production*. Per la precisione, il Tribunale

Smentendo i due giudici di primo grado con *motivazioni rigorosamente identiche*, la *Assemblée du contentieux* (la sezione contenziosa del *Conseil d'État*) annullava le due pronunce, con un "*Considérant de principe*" ("*Considerato in diritto*") *apparentemente* innovativo, nel quale si stimava che il lancio del nano costituiva una attrazione o uno spettacolo che «per il suo stesso oggetto [...] attenta alla dignità umana; che l'autorità investita del potere di polizia municipale poteva dunque vietarlo anche in assenza di circostanze locali particolari e pure malgrado il fatto fossero state adottate delle misure di protezione per assicurare l'incolumità della persona in causa [il nano] e che quest'ultima si fosse liberamente prestata a questa esibizione contro remunerazione».

Così queste due decisioni del *Conseil d'État*<sup>41</sup> – "*Commune de Morsang-sur-Orge*" e "*Ville d'Aix-en-Provence*" – sul "lancio del nano", vietato dai Sindaci di *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence*, sembravano rimettere in causa la definizione di "ordine pubblico" che era stata stabilita dalla decisione "*Benjamin*" del 1933 (v. *supra*, § II), con la quale si riteneva legittimo il divieto di attività suscettibili di turbare l'ordine pubblico emanato in virtù dei poteri di polizia solo a condizione che il "disordine morale" potesse avere come conseguenza un "disordine materiale".

A ben vedere, però, le due pronunce del 1995 erano solo apparentemente innovative, poiché in realtà l'abbondono di una concezione strettamente materiale dell'ordine pubblico si era già avviata negli anni precedenti<sup>42</sup>. Stimando che «il rispetto della dignità e della persona umana

ha assunto la sua decisione sulla base del fatto che l'attrazione contestata non portava pregiudizio alla dignità della persona umana, così come non metteva in causa né la sicurezza né la morale pubblica.

<sup>41</sup> CE *Ass.*, 27 ottobre 1995, in *RDP*, n. 96, 536, con nota di M. GROS, cit.

<sup>42</sup> Perché le due decisioni in esame si potessero considerare davvero "rivoluzionarie", infatti, esse avrebbero dovuto essere le prime a "rompere" con la concezione materiale di ordine pubblico individuata ai tempi della decisione "*Benjamin*", mentre in realtà a noi pare che la concezione strettamente materiale ed esteriore dell'ordine pubblico fosse stata già da molto tempo rimessa in causa, quantomeno con riferimento alla decisione *Lutétia* del 1959. A ben vedere, anzi, esse non sono altro che una conferma – sia pure, in qualche misura, "solenne" – dell'integrazione, già praticata in giurisprudenza, della moralità nell'esercizio del potere di polizia municipale. Possiamo ricordare, a tal riguardo, numerose decisioni precedenti, alcune delle quali già citate in precedenza (CE, 26/7/87, *Michel et Francis Guyot*, in *AJDA* 87, 689; CE, 12/3/86, *Préfet de Police de Paris / Metzler*, in *DA* 86, n. 226; CE, 14/5/82, *Association internationale pour la conscience de Krishna*, R. 179; CE, *Ord.* 5 gennaio 2007, *Ministre de l'Intérieur c/ Association Solidarité des Français*, n. 300311). Ma quella che forse più di tutte merita d'essere ricordata è una



è una delle componenti dell'ordine pubblico» (corsivo aggiunto) e «che l'autorità investita del potere di polizia municipale può, anche in assenza di circostanze locali particolari, vietare un'attrazione che attenta alla dignità della persona umana» il *Conseil d'État*, a dire il vero, sembra tornare alla concezione della decisione *Lutétia* (v. *supra*, § II), ammettendo che anche in assenza di rischi di disordini “materiali” e di circostanze locali l'ordine pubblico possa essere minacciato e, di conseguenza, tutelato dall'autorità di polizia locale. Dietro l'apparente innovatività delle due pronunce in esame, insomma, torna in realtà a configurarsi il rifiuto esplicito di una stretta concezione materiale dell'ordine pubblico.

In ogni caso, a voler aderire al ragionamento del *Conseil d'État* espresso nella sentenza sul “lancio del nano”, dovrebbe ammettersi, dunque, che la nozione di ordine pubblico permetta di incorporare tra le finalità della polizia anche alcune non espressamente menzionate nei testi normativi. E tuttavia, se si può comprendere che il giudice amministrativo abbia ritenuto che il lancio del nano fosse un'attività di spettacolo che portava pregiudizio alla dignità della persona umana, dobbiamo però chiederci se, di là da questo, cioè dell'interesse stesso dell'attività, non si ponga una reale questione circa la soggettività dell'apprezzamento pretoriano. Possiamo essere certi che l'apprezzamento “sovrano” dei giudici sia rappresentativo dell'ordine sociale?

Va notato, inoltre, che nel testo dell'articolo L 131-2 del Codice dei Comuni non vi è alcun riferimento esplicito al rispetto della dignità della persona umana. Il termine «*composante*» (componente/i), inequivocabile, utilizzato dal *Conseil d'État* («il rispetto della dignità e della persona umana è una delle componenti dell'ordine pubblico»), associato al riferimento espresso all'articolo L 131-2 del Codice dei Comuni, porta dunque il lettore ad interrogarsi sulla questione di sapere a quale componente precisa, anche se implicitamente, debba riferirsi il «rispetto della dignità della persona umana»<sup>(4)</sup>. Ricordiamo che le finalità della polizia

decisione del 1993 (*Conseil d'État* 28 luglio 1993, *Association laissez les vivre – SOS futures mères*, n. 107990) – che parrebbe essere una vera e propria “precursoria” della giurisprudenza sul “lancio del nano” – nella quale si affermava (a proposito del divieto imposto dal Sindaco di Mériel di apporre placchette commemorative recanti la scritta “ai tre milioni di bambini uccisi dall'aborto” sul monumento pubblico cittadino ai caduti) che «appartiene al Sindaco, nell'esercizio dei suoi poteri di polizia, anche in assenza di minacce di disturbi all'ordine pubblico, vietare...».

<sup>(4)</sup> NDT Il *Conseil d'État*, infatti, ha assunto le sue decisioni sul caso in esame invocando, per l'appunto, l'art. L 131-2, non già l'applicazione diretta delle norme costituzionali francesi (le quali, senz'altro, prevedono il rispetto della dignità umana). È per tale ra-

sono individuabili nella “triade” «*Sûreté, Sécurité, Salubrité*», alla quale si è poi aggiunto il «*bon ordre*».

Ebbene, potremo scartare senza difficoltà la nozione di «*salubrité pu-*

gione, dunque, che, nell’analizzare queste decisioni, bisogna ricercare il fondamento normativo con riferimento al testo dell’art. L 131-2, mentre non sarebbe corretto limitarsi ad affermare che il Consiglio abbia ritenuto i divieti dello spettacolo del ‘lancio del nano’ validi sol perché la Costituzione francese prevede il rispetto della dignità umana. A tal riguardo va precisato, peraltro, che, se il *Conseil d’État* avesse voluto invocare una sorta di applicazione diretta delle norme costituzionali, lo avrebbe potuto fare solo a costo di una forzatura, posto che i divieti impugnati erano stati adottati proprio in virtù dell’art. L. 131-2, tanto più che ai tempi, in assenza di un controllo di costituzionalità *a posteriori*, si riteneva vigente, sulla base di un riconosciuto principio generale dell’ordinamento, la c.d. “regola della *loi écrain*” (“regola della legge-schermo”), secondo la quale un provvedimento amministrativo era da ritenersi legittimo se emanato in osservanza delle norme di legge, non rivestendo particolare rilievo, se non ai fini dell’individuazione di una eventuale interpretazione conforme, il fatto che la legge fosse ritenuta dal giudice amministrativo conforme o meno alla Costituzione (v. M. GROS, *Il principio di precauzione*, in *DeS*, n. 4/2014). Forse si potrebbe ritenere, allora, che le decisioni in esame promanino da una sorta d’interpretazione conforme dell’art. L. 131-2 del Codice dei Comuni, il che però non renderebbe meno problematica la questione. Sulla base di cosa, infatti, il giudice amministrativo francese (culturalmente vicinissimo al potere esecutivo, v. *infra*, § V, B), avrebbe deciso, in totale autonomia, che cosa possa considerarsi contrario o meno alla dignità umana? E sulla base di cosa avrebbe ritenuto la dignità umana prevalente su di altri diritti e libertà, pure rientranti nel “blocco di costituzionalità” francese, quali, ad esempio, la libertà di espressione, il diritto al lavoro e la libertà di industria e di commercio? Se in Italia una tale tesi è stata autorevolmente sostenuta, ad esempio, da Gaetano Silvestri, il quale ritiene che la dignità umana non possa essere bilanciata poiché è «essa stessa la bilancia» (v. *La dignità umana dentro le mura del carcere, su dirittopenitenziarioecostituzione.it*), il *Conseil d’État* non ha detto niente del genere, e soprattutto non ha spiegato in virtù di cosa la dignità umana rientrerebbe nel concetto di ordine pubblico che sta a base dell’art. L 131-2 e, dunque, della decisione stessa. Resta, insomma, controverso *se ed in quale misura* il giudice amministrativo francese (che non è l’organo di giustizia costituzionale, bensì un organo dell’amministrazione), nel voler dare una interpretazione costituzionalmente conforme della legge, possa far prevalere un valore od un principio costituzionale (ad es. la dignità umana) su di un altro (ad es. la libertà di espressione), ed in ogni caso un tale bilanciamento dovrebbe essere particolarmente motivato, cosa che, invece, nel caso del “lancio del nano” non avviene: il *Conseil d’État* si limita a rilevare la lesione della dignità umana, sull’assunto implicito che solo essa potrebbe integrare la nozione (legislativa) di “ordine pubblico”. Né si potrebbe sostenere che il Consiglio abbia voluto integrare l’art. 131-2 aggiungendo un nuovo elemento rispetto agli altri pre-esistenti (buon ordine, tranquillità, incolumità, salubrità), poiché in tal caso non si tratterebbe più di interpretazione conforme, bensì di un intervento manipolativo additivo sulla legge, ciò che è sicuramente vietato al giudice amministrativo. Insomma, anche a voler condividere le conclusioni cui è pervenuto il giudice amministrativo francese – vale a dire che il lancio del nano dovesse essere vietato – le decisioni in esame non possono non suscitare qualche perplessità quantomeno in merito alle motivazioni addotte dal *Conseil d’État*.



*blique*», salvo a voler ammettere una concezione della “salubrità” quale “salubrità morale”, quale, cioè, “igiene morale”, che odorebbe però di censura del buono e del cattivo gusto e, per ciò, sarebbe oggi difficilmente accettabile.

Sarebbe parimenti vana l’invocazione della «*sécurité publique*», dal momento che lo stesso *Conseil d’État* l’ha espressamente scartata riconoscendo, come poc’anzi ricordato, che erano state adottate tutte le misure di sicurezza necessarie a garantire l’incolumità del nano<sup>43</sup>.

Quanto, infine, alla «*sûreté publique*», nel senso ricordato della “tranquillità”, risulta evidente come essa non fosse minimamente minacciata dallo spettacolo in questione, non essendoci alcun rischio di tumulti o altri turbamenti materiali dell’ordine pubblico<sup>44</sup>.

A meno che non si voglia ammettere, dunque, che il “rispetto della dignità umana” non sia un nuovo ed ulteriore componente dell’ordine pubblico, aggiunto dal giudice amministrativo a quelli già previsti dalla legge – ciò che però esporrebbe il *Conseil d’État* alla critica di aver manipolato in senso additivo il testo dell’art. L. 131-2 del Codice dei Comuni, sotto il pretesto di una falsa interpretazione conforme –, non resta che individuare nel «*bon ordre*» (buon ordine) la “valvola d’ingresso” che ha permesso di incorporare una finalità di polizia non espressamente sancita dal testo normativo.

Possiamo, dunque, legittimamente pensare che il *Conseil d’État* abbia ritenuto che il lancio del nano portasse pregiudizio alla dignità della persona umana a titolo di “buon ordine”, inteso quale elemento costitutivo dell’ordine pubblico.

Il giurista, certo, si guarderà bene dal criticare il passaggio in cui il *Conseil* ha argomentato che «l’attrazione del lancio del nano, consistendo nel far lanciare un nano dagli spettatori, conduce a utilizzare come proiettile una persona affetta da un *handicap* fisico e presentata come tale» e che, dunque, «per il suo stesso oggetto, questo spettacolo attenta alla dignità umana». Ci si limiterà, allora, a constatare che tale apprezzamento, ed il divieto cui esso riconosce legittimità, premono sulla libertà di commercio e, in un certo qual modo, sul diritto al lavoro, poi-

<sup>43</sup> Avendo già riportato la traduzione italiana del passaggio, possiamo qui richiamare l’originale francese tratto dalla decisione: «*alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause*».

<sup>44</sup> Lo stesso Tribunale amministrativo di Versailles (decisione del 25 febbraio 1992, già citata) aveva ritenuto che «l’organizzazione di un tale spettacolo non poteva essere di natura tale da lasciar presagire la sopravvenienza di turbamenti dell’ordine pubblico».

ché il nano interessato evocava il suo *status* di disoccupato ed il fatto che egli avesse trovato, grazie agli spettacoli contestati, un'attività professionale per la quale si era, per altro, proposto lui stesso<sup>45</sup>. Seguendo le indicazioni del Commissario del Governo – il quale stimava che «[poiché] il rispetto della dignità umana [...] non potrebbe essere “accomodato” sulla base di concessioni riconosciute in virtù dell'apprezzamento soggettivo che ciascuno può portare al proprio caso», era da ritenersi che la dignità umana dovesse «collocarsi fuori commercio» (cioè non fosse sacrificabile per esigenze legate al commercio)<sup>46</sup> – il *Conseil d'État* ha fatto prevalere – in modo, da un certo punto di vista, logico, dal momento che si ammette il rispetto della dignità umana come componente dell'ordine pubblico – il potere di polizia sulle libertà del lavoro e del commercio<sup>47</sup>.

Possiamo riscontrare, qui, una importante evoluzione delle finalità delle misure di polizia generale: esse, che originariamente avevano come fondamento solo la protezione degli individui contro gli abusi degli altri, hanno potuto, con il tempo, divenire strumento di tutela dell'individuo *contro egli stesso*. Contro la sua volontà, dunque, l'individuo si vedrà vietare delle azioni o dei comportamenti che non presentano alcun pericolo se non per sé stesso. Possiamo ricordare, a titolo di esempio, l'obbligo del casco (per le due ruote) o della cintura di sicurezza (per le quattro ruote)<sup>48</sup>, provvedimenti la cui legittimità è stata riconosciuta dal giudice<sup>49</sup>, in ragione della necessità di ridurre i rischi provocati dagli incidenti stradali<sup>(5)</sup>. Di là dal dibattito giuridico che può suscitare il ricono-

<sup>45</sup> Grazie ai suoi spettacoli, in media tre alla settimana, Manuel Wackenheim, nel 1995, percorreva in lungo e in largo la Francia e gli alberghi, accrescendo la sua notorietà nell'attirare la folla di curiosi venuti a vederlo farsi proiettare contro dei materassi, con il suo 1,18 m di altezza e il suo “peso-mosca”. Egli aveva una assistente di camerino, un presentatore. Viveva con la madre di 80 anni, alla frontiera tra l'Alsazia e la Lorena, e beneficiava della RSA (*reddito minimo garantito*), concesso in Francia ai cittadini che si trovino in condizioni di indigenza.

<sup>46</sup> Conclusioni di Frydman, cit.

<sup>47</sup> «Considerando che il rispetto del principio della *libertà del lavoro* e quello della *libertà di commercio* e dell'industria non pone ostacolo a ciò, che l'autorità investita del *potere di polizia* municipale vieti un'attività *anche lecita* se una tale misura è, da sola, di natura tale da prevenire o fare cessare un *turbamento dell'ordine pubblico*» (corsivi aggiunti).

<sup>48</sup> Decreto del 28 giugno 1973.

<sup>49</sup> CE, 4 giugno 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, in *Bec.*, 330; CE, 22 gennaio 1982, *Association autodéfense*, in *DA*, 82, n. 66.

<sup>(5)</sup> NDT Si noti, peraltro, la differenza tra il divieto di guida senza casco o senza cintura e quello del lancio del nano. Se nel primo caso il provvedimento potrebbe essere giustificato sotto il profilo della *sécurité* (sicurezza-incolumità), nel caso del lancio del nano,

scimento della legittimità, da parte della giurisprudenza, di tali misure di polizia – al cui riguardo si potrebbe forse obiettare che l’espressione «tutto ciò che non nuoce agli altri»<sup>50</sup> non significa necessariamente “tutto ciò che non nuoce alla società” – è evidente che la nozione di ordine pubblico, lontana dall’essere immutabile, evolva con il tempo. Da un punto di vista concreto, se pure il giudice non è sempre l’autore di tale evoluzione (che può avvenire, ad esempio, sul piano della regolamentazione), egli ne è certamente il testimone e l’interprete.

Nel caso di specie, dunque, il rispetto della dignità della persona umana ha per conseguenza di proteggere i nani da loro stessi e dalla tentazione che essi potrebbero avere di utilizzare il loro *handicap* contro la loro propria dignità.

Va detto, tuttavia, che, a prescindere dal caso del lancio del nano, rispetto al quale qualunque essere ragionevole sarà d’accordo sul fatto che lo spettacolo presentasse un interesse e un gusto almeno discutibili, si pone una reale questione circa la soggettività dell’apprezzamento giurisprudenziale. Prendiamo, ad esempio, il “mestiere più antico del mondo”. La prostituzione non è forse più pregiudizievole della dignità umana rispetto al lancio del nano? Per non parlare di altre attività ritenute del tutto lecite dall’ordinamento, quali gli spettacoli di *strip tease*, i combattimenti tra donne nel fango (o in qualunque altro modo), e molte altre attrazioni di questo tipo. Non portano, esse, pregiudizio alla dignità della donna, in particolare, e della persona umana, in generale? Nel caso particolare dei nani, infine, il Circo, il Teatro, il Cinema e, oggi, la Televisione, utilizzano da sempre il loro *handicap*, spesso a fini comici, con la benedizione dei poteri pubblici e per il piacere di grandi e piccini<sup>(6)</sup>. Vo-

come già è stato ricordato, l’incolumità, in senso fisico (“materiale”), non era posta a rischio – ed è lo stesso *Conseil d’État* ad averlo riconosciuto – né lo era quella dei partecipanti allo spettacolo. La “protezione dell’individuo contro sé stesso” trova qui, dunque, una nuova dimensione che non è più quella della protezione dell’individuo contro i danni che egli stesso potrebbe arrecare alla propria incolumità, ma sembrerebbe piuttosto essere la protezione dell’individuo contro i propri stessi convincimenti morali, non condizionali dall’autorità di polizia e per ciò ritenuti pregiudizievole per l’individuo stesso.

<sup>50</sup> Art. 4 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* francese del 26 agosto 1789.

<sup>(6)</sup> NDT Tra i numerosi esempî che si potrebbero fare di utilizzo cinematografico o televisivo dei nani, ne possiamo richiamare alcuni certo più noti al grande pubblico. Senza fare più che un cenno al film-shock del 1932 *Freaks* (di Tod Browning) – talmente pieno di esseri deformi che, pur senza essere stato vietato, fu la stessa casa produttrice Metro Goldwyn Mayer ad impedirne la distribuzione – ricorderemo allora, primo fra tutti, il “nano” della *red room* di *Twins Peaks*, storica serie televisiva d’inizio anni ’90,

lendo ragionare in modo estremo, non sarebbe del tutto inconcepibile – in un ragionare certamente soggettivo – ritenere che l'ironia fatta *da* un nano nei confronti del suo stesso *handicap*, valorizzi la sua dignità umana e che, al contrario, privarlo di tale possibilità ne costituisca un pregiudizio.

La sanzione inflitta da *Palais Royal* (l'antico Palazzo Reale di Parigi, dove oggi hanno sede il *Conseil d'État*, il *Conseil Constitutionnel* ed il Ministero della Cultura francesi) appare, così, come la messa al bando di una sola attività – certo ridicola, financo indegna – tra le molte legate a spettacoli passati, presenti e futuri che, invero, non conosceranno la sventura di un divieto municipale e l'onore di ben due pronunce del *Conseil d'État*.

Dobbiamo, inoltre, chiederci chi, nell'ambito del “giudizio morale”, possa dirsi sicuro di detenere quello rappresentativo dell'ordine sociale? Quando il Commissario del Governo Frydman concludeva, a proposito del caso in esame, che «non possiamo che essere colpiti dalla somiglianza che intercorre tra un tale spettacolo [il lancio del nano] con i giochi circensi dell'antichità, dei quali conosciamo il ruolo di canalizzazione delle pulsioni sadiche della popolazione», è forse possibile condividere la sua analisi. Allo stesso tempo, però, ci viene da pensare anche a quanto scriveva, nel 1916, Maurice Hauriou. Egli, nella sua analisi del teatro e della vocazione di quest'ultimo al servizio pubblico – analisi, invero, da ritenersi corretta per l'epoca<sup>51</sup>, ma completamente smentita solo pochi anni

considerata la capostipite di tutte le serie TV moderne, diretta da David Lynch. Proprio Lynch peraltro, sin dai suoi primi film (ricordiamo, ad esempio, *Elephant Man*), non nasconderà mai un'attrazione quasi morbosa per le deformità umane, non esitando ad utilizzare nei suoi film nani (*Mulholland Drive*) od altri individui affetti da *handicap* (a volte veri, come nel caso del nano, a volte ricreati al trucco). Più recentemente possiamo ricordare, poi, il nano della serie comica di *Scrubs*, Randall Winston, ridicolo nei movimenti ma dotato della capacità di assestare, a coloro che gli stanno antipatici, dei pugni tremendi, non tanto per la loro forza ma per l'altezza alla quale essi sono eseguiti. Infine, non può non farsi menzione, qui, del nano utilizzato nel film *The Wolf of Wall Street*, con Leonardo Di Caprio, dove i protagonisti si divertivano ad intrattenersi con un gioco che ormai tutti conosciamo: proprio il lancio del nano! Di là dagli utilizzi cinematografici, però, merita senz'altro una menzione il grande libro del *Guinness dei Primati*, agghiacciante pubblicazione annuale nella quale vengono esibite le foto di esseri umani deformi “premiati”...per essere i più deformi del loro genere! Questo libro viene tradotto e distribuito in ogni parte del mondo, senza che nessuna autorità abbia mai pensato di vietarlo.

<sup>51</sup> Nota alla decisione del *Conseil d'État* del 7 aprile 1916 *Astruc et société du théâtre des Champs Élysées / ville de Paris* (Sirey 1916, 49, ora anche su [www.revuegeneraledu-](http://www.revuegeneraledu-)

più tardi<sup>52</sup> – riteneva che: «la giurisdizione amministrativa debba condannare quella concezione che ergesse a servizio pubblico, come nel periodo della decadenza romana, i giochi circensi. [...] La sua giurisprudenza sui teatri deve riposare su questa idea, che l’impresa dello spettacolo, il cui svolgimento racchiuda così tanti elementi contrari alla moralità, ripugni di per sé stessa al servizio pubblico».

Davanti alla soggettività dell’apprezzamento in materia morale e, soprattutto, al fatto che l’ordine sociale evolve assai rapidamente, saremo dunque tentati di domandarci se le motivazioni addotte dal Tribunale amministrativo di Versailles, giudice di primo grado nel caso di specie, rifiutando, implicitamente, di valutare la moralità dello spettacolo di cui trattasi<sup>53</sup>, non fossero, in fondo, più conformi allo spirito del diritto in materia di moralità. Dopo tutto, il cittadino dotato del potere di approvare le leggi tramite *referendum* (art. 11 *Const. Fr.*), non è forse anche capace di giudicare lui stesso – rifiutando, all’occorrenza, di partecipare ai lanci del nano e ad altre attrazioni simili – ciò che è morale e ciò che non lo è? Come tutti i fenomeni alla moda – ma contrari allo “spirito del tempo” – anche il lancio del nano sarebbe presto divenuto *démodé* ed abbandonato dagli spettatori sino a scomparire, senza che il *Conseil d’État* si prendesse il rischio di permettere, con le due decisioni in esame, una sorta di ritorno alla censura morale, *a fortiori* municipale.

Lascia non di meno perplessi il fatto che, oltre alla soggettività inerente alla valutazione dello spettacolo del lancio del nano, il *Conseil* abbia assunto, contrariamente alla sua prassi, una severità notevole – e, per così dire, “moralmente orientata” – in materia di spese processuali. Pur avendo dovuto dirimere un problema di difficile soluzione, il Consiglio ha condannato, a titolo di spese processuali<sup>54</sup>, la sola società *Fun Pro-*

*droit.eu*), Hauriou continuava il ragionamento con un parallelo, che solo mezzo secolo dopo avrebbe stupito, tra il tabacco e il teatro: «Esaminiamo la questione dell’attività teatrale e del servizio pubblico dal punto di vista del buon costume. [...] Lo Stato ha organizzato il monopolio dei tabacchi, dal quale trae grossi proventi e che, in un certo senso, costituisce una distrazione o un divertimento, ma l’uso del tabacco, pur presentando alcuni inconvenienti, non è molto pericoloso per la salute pubblica, e soprattutto non ha influenza sulla moralità».

<sup>52</sup> CE 27 luglio 1923, *Gheusi*, D. 1923.3.57, nota di APPLETON.

<sup>53</sup> «Anche a voler supporre che il detto spettacolo abbia portato pregiudizio alla dignità umana e abbia rivestito un aspetto degradante, il divieto non poteva essere deciso in assenza di circostanze locali particolari» (25 febbraio 199, *cit.*).

<sup>54</sup> Sulla base dell’art. 75-1 della legge del 10 luglio 1991 sul *Conseil d’État*, oggi sostituito dall’art. L. 765-1 del *Code de Justice administrative*.

*duction* a versare, rispettivamente, 15.000 Franchi al Comune di *Aix-en-Provence* e 10.000 Franchi<sup>55</sup> al Comune di *Morsang-sur-Orge*. Ebbene, dovremo allora constatare che la summenzionata società non era appellante principale, avendo essa vinto in primo grado, e che il Tribunale amministrativo di Versailles aveva deciso di non concedere a nessuna delle parti il beneficio delle spese processuali<sup>56</sup>, mentre il *Conseil d'État* ha esonerato la persona fisica oggetto del litigio da tali spese. Di fatto, quindi, la condanna alle spese, rivolta alla sola società di produzione, incrementa l'impressione che alla base della decisione vi fosse l'esigenza, avvertita dal *Conseil d'État*, di far emergere la propria disapprovazione morale.

Tutto ciò premesso, però, è forse possibile attenuare la portata delle critiche fin qui mosse alle decisioni in esame, sotto due distinti profili.

Prima di tutto, si potrebbe dare alle decisioni una interpretazione restrittiva, secondo la quale esse avrebbero, in realtà, circoscritto la possibilità di intervento della polizia ai soli casi di pregiudizio della *dignità della persona umana*, senza tuttavia ritenere che tale potere si estendesse sino al punto di sanzionare qualunque violazione della *morale*. In effetti, il *Conseil d'État* non usa mai il termine “moralità”, e si può essere dunque portati a pensare che egli abbia voluto limitare il raggio d'azione di questa “nuova componente” dell'ordine pubblico ai soli casi estremi, come quello di specie, del quale chiunque potrà convenire che si collocava molto in basso nella piramide del buon gusto.

In secondo luogo, si può forse ritenere che le due decisioni in esame siano una sorta di «*Jurisprudence Labonne*»<sup>57</sup> al contrario. Con la decisione *Labonne*, infatti, il *Conseil d'État* aveva sancito che, pur in assenza di una specifica disposizione legislativa, il titolare del potere esecutivo ha il potere di adottare delle misure di polizia generale che devono essere applicate su tutto il territorio, ma che in tal caso le autorità locali – alle quali la legge attribuisce, in linea di principio, il potere di polizia generale – possono integrare, e persino “correggere” *in peius*, le misure del Capo dello Stato, adottando «tutte le prescrizioni regolamentari supplementari che l'interesse pubblico possa esigere nella località».

Nel caso del “lancio del nano”, allora, si potrebbe ritenere che, secondo il *Conseil d'État*, il «vuoto giuridico» – stavolta nazionale – in ma-

<sup>55</sup> Che oggi corrisponderebbero, rispettivamente, a 2.250 € e 1.500 €.

<sup>56</sup> Il Tribunale Amministrativo di Marsiglia aveva invece condannato la città d'*Aix-en-Provence* alla somma di 3000 Franchi (circa 500 €) a tale titolo.

<sup>57</sup> CE, 8 agosto 1919, *Labonne*, in R., 737.

teria di polizia, il quale portasse pregiudizio alla dignità umana, giustificherebbe una estensione dei poteri della polizia municipale.

Ma la decisione *Labonne*, riconoscendo al titolare dell'esecutivo la possibilità di interventi eccezionali in materia di polizia generale, indicava al contempo il limite di tali interventi, statuendo che «è chiaro che le autorità [locali di polizia generale] conservano, ciascuna in ciò che la concerne, la loro competenza per integrare la regolamentazione generale emanata» dall'autorità eccezionale. Qual è, invece, il limite dell'estensione dei poteri di polizia in materia di dignità umana? Sembra, allora, di tutta evidenza che la fissazione dei criteri di protezione della dignità umana sarà riservata, nel futuro, allo stesso *Conseil d'État*, malgrado meriterebbe senz'altro l'intervento del legislatore.

Per tutte le ragioni fin qui evidenziate, le due decisioni *Morsang-sur-Orge* e *Aix-en-Provence*, lungi dall'essere delle innovative “decisioni di principio”, sono niente più che delle “decisioni di sintesi”.

Esse, infatti, non costituiranno altro, se non una tappa nel graduale processo di *de-materializzazione* – o di “astrazione”, se si preferisce – del concetto di “ordine pubblico”.

#### IV. *L'ordine pubblico può essere politico: la «dilatazione dell'ordine pubblico»<sup>58</sup>*

Contrariamente alle apparenze e malgrado la solennità formale di una doppia pronuncia del Consiglio, era dunque possibile dubitare, già all'epoca, del carattere innovativo delle due decisioni in causa. In effetti, ad una più attenta analisi, le due decisioni non facevano che confermare l'abbandono di una stretta concezione materiale dell'ordine pubblico e, a voler accedere all'interpretazione da ultimo considerata, riconoscevano l'inopportunità di una valutazione locale della moralità pubblica, ma non dell'ordine pubblico. E tuttavia, nell'affermare ciò, accettavano pure, come abbiamo visto, che la valutazione circa l'ordine pubblico fosse di tipo assai esteso, venendo integrata tale nozione dall'importante elemento – pur se puntualmente circoscritto – del rispetto della dignità umana<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> L'espressione «la dilatazione dell'ordine pubblico» è di J. PETIT, *Les ordonnances Dieudonné. Séparer le bon grain de l'ivraie*, in *AJDA*, 2014, 871.

<sup>59</sup> Nella stessa logica il *Conseil d'État* aveva statuito la liceità di un provvedimento del Prefetto di polizia di Parigi che vietava una manifestazione organizzata da una asso-



Quasi vent'anni più tardi, in occasione di quello che è stato chiamato l'*affaire Dieudonné*, il *Conseil d'État* sembra estendere ulteriormente l'elemento astratto e soggettivo della dignità umana nella definizione giurisprudenziale di ordine pubblico.

A differenza del caso del “lancio del nano”, dove era il trattamento fisico degradante, secondo il *Conseil d'État*, a costituire attentato alla dignità della persona umana, nel caso Dieudonné si trattava invece dei propositi assunti dal comico nel corso del suo spettacolo intitolato «*le mur*» (“il muro”), inizialmente presentato a Parigi, poi in altre città della Francia. Infatti l'*humor* dell'interessato volgeva essenzialmente su di un'ironia a connotazione razzista, in generale, ed antisemita, in particolare. Questo spettacolo provocò un tale subbuglio mediatico che il Ministro dell'interno francese (Manuel Valls, oggi Primo Ministro) arrivò ad emanare una circolare<sup>60</sup>, rivolta ai Prefetti, nella quale si ricordava la possibilità che il Sindaco (o lo stesso Prefetto, in sostituzione) potessero, nell'esercizio dei poteri di polizia, vietare uno spettacolo come quello di Dieudonné, lasciando così intendere che, nel caso di specie, si ritenevano già sussistenti le condizioni affinché un tale intervento fosse legittimo<sup>61</sup>.

In occasione di uno spettacolo programmato il 7 gennaio 2014 a *Saint-Herblain*, il Prefetto della Loira-Atlantica vietava l'esibizione di Dieudonné in virtù del suo potere sostitutivo, legittimato dall'assenza di misure di polizia generale assunte dal Sindaco. Il giudice amministrativo di Nantes, adito per una sospensiva d'urgenza (tramite una procedura particolare chiamata, nel diritto francese, *référé-liberté*<sup>62</sup>), considerava, con decisione del 9 gennaio 2014<sup>63</sup>, che pure a voler ammettere, come aveva fatto il *Conseil d'État* in occasione del caso del “lancio del nano”, che «il rispetto della dignità umana è una delle componenti dell'ordine

ciazione d'obbedienza nazionalista nella quale sarebbe stata distribuita zuppa di maiale, ritenuta «susceptibile di ledere alla dignità delle persone private degli aiuti proposti e di causare così dei turbamenti all'ordine pubblico» (CE, 5 gennaio 2007, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. Asso. SDF*, n. 300311). Il caso della zuppa di maiale è rivelatore: il *Conseil d'État* si riferisce al fondamento ed al fine della manifestazione ed alle motivazioni rese note al pubblico tramite il sito internet dell'associazione.

<sup>60</sup> Circolare del 6 gennaio 2014 (NOR:INT K1400238C).

<sup>61</sup> Prima di questo caso, 12 decisioni del Tribunale Amministrativo, tra cui 10 ordinanze, avevano sospeso o annullato dei provvedimenti di divieto degli spettacoli di Dieudonné.

<sup>62</sup> Articolo L 521-2 del Codice di giustizia amministrativa francese.

<sup>63</sup> TA Nantes, 9 gennaio 2014, *Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, req. 1400110.



pubblico [...], il motivo addotto dell’attentato alla dignità della persona umana, nel caso di specie, non permetteva di emanare legittimamente il provvedimento di divieto impugnato». A causa della sproporzione tra la necessità del provvedimento di divieto dato dal rischio di turbamenti dell’ordine pubblico e i mezzi di cui disponeva il prefetto, il Tribunale di Nantes considerava, dunque, che il pregiudizio alla libertà di espressione fosse eccessivo e sufficientemente grave da giustificare la sospensione del divieto. Questa posizione del giudice adito in prima istanza era data da una combinazione, a suo modo coerente, tra l’esigenza di evitare rischi di turbamenti dell’ordine pubblico, quella di prendere in considerazione la dignità umana, tale quale essa era definita nella sentenza del *Conseil d’État* “*Morsang-sur-Orge*” (v. *supra*, § III), e, infine, quella di conciliare tutto ciò con la libertà di espressione garantita dalla Costituzione.

Il Ministero dell’Interno impugnò la decisione del tribunale di Nantes dinnanzi al *Conseil d’État* e quest’ultimo, con una celerità eccezionale, *lo stesso giorno*, alle ore 18.40 (!), invalidava la pronuncia del giudice di Nantes, con la conseguenza pratica di impedire lo svolgimento dello spettacolo in programma.

Il *Conseil d’État* motivava la sua decisione<sup>64</sup> principalmente sull’assunto che lo spettacolo in questione «contiene dei propositi di carattere antisemita, che incitano all’odio razziale e, nel ripudio della dignità della persona umana, fanno apologia delle discriminazioni, delle persecuzioni e degli sterminî perpetrati nel corso della Seconda Guerra mondiale». Veniva inoltre rilevata la circostanza che il prefetto, nel motivare la sua ordinanza, avesse opportunamente indicato che «il signor Dieudonné M’Bala M’Bala era stato oggetto di nove condanne penali, di cui sette definitive, per dei propositi della stessa natura».

Ciò premesso, però, il *Conseil d’État* “colorava” la sua decisione con un po’ di “materialità”, «considerando che *il reale rischio e la gravità di possibili turbamenti dell’ordine pubblico* menzionati dal provvedimento impugnato *risultano dimostrati tanto dai documenti del fascicolo quanto dagli interventi tenutisi in occasione dell’udienza pubblica*» e «*che al riguardo dello spettacolo previsto, tale quale è stato annunciato e programmato*, le rassicurazioni addotte [-] secondo le quali i propositi penalmente repressibili e di natura tale da mettere in causa la coesione nazionale, rilevati in occasione delle rappresentazioni tenute a Parigi, non

<sup>64</sup> CE, 9 gennaio 2014, *Ministre de l’Intérieur / Les productions de la plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, req. 374508.

sarebbero stati ripetuti a Nantes [-] *non sono sufficienti per scartare l'ipotesi* che lo spettacolo costituisca il serio rischio che siano nuovamente perpetrati dei gravi attentati al rispetto dei valori e dei principî, e in particolar modo della dignità della persona umana, consacrati dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e dalla [Costituzione] repubblicana» (corsivi aggiunti).

Questa decisione potrebbe non convincere l'osservatore oggettivo: c'erano veramente dei reali rischi di disordini materiali? Possiamo dubitarne. Erano già 6 mesi che lo spettacolo si teneva a Parigi, senza che alcun disordine si fosse manifestato<sup>65</sup>. Possiamo allora capovolgere il ragionamento: non è forse l'iper-diffusione mediatica, data dagli organi d'informazione e dai politici, che sarebbe stata all'origine dei rischi di disordini? In altri termini: se il Ministro dell'Interno (in corsa per divenire futuro Primo Ministro) non avesse fatto di questo caso il suo cavallo di battaglia, ciò che ha dato una rilevanza mediatica all'episodio, questo spettacolo avrebbe potuto realmente essere la causa di seri turbamenti dell'ordine pubblico?

In ogni caso, all'indomani della decisione del *Conseil d'État* (9 gennaio) appena richiamata, analoga situazione venne a crearsi relativamente alle rappresentazioni dello stesso spettacolo a *Tours* (10 gennaio) ed a *Orléans* (11 gennaio). Questa volta il Tribunale amministrativo d'Orléans si allinea, con due pronunce, a quanto stabilito appena poche ore prima dal *Conseil d'État*<sup>66</sup>. Quest'ultimo, adito in appello, ribadiva (11 gennaio) la sua posizione ma, correggendo un po' il tiro, rielaborava le proprie motivazioni in un'ottica più prudente.

Vero è che nelle due nuove decisioni si poteva leggere, in maniera del tutto analoga alla precedente pronuncia, che: «il *juge des référés* di primo grado ha potuto stimare, a buon diritto, che, in relazione allo spettacolo previsto, tale quale è stato annunciato e programmato, le rassicurazioni secondo le quali i propositi penalmente repressibili, di natura tale da portare grave pregiudizio a valori ed a principî quali la dignità della persona umana e da provocare l'odio e la discriminazione razziale, rilevati in occasione delle rappresentazioni tenute a Parigi, non sarebbero state riproposte a *Tours*, non sono sufficienti per scartare l'ipotesi del serio rischio che lo spettacolo previsto costituisca di per sé una minaccia di na-

<sup>65</sup> Senza considerare il fatto che le associazioni israelite avevano deciso ed annunciato che non avrebbero fatti interventi "sul campo" per non cedere alla provocazione.

<sup>66</sup> TA Orléans, 10 e 11 gennaio 2014, *req.* 1400043 e 1400080.

tura tale da turbare l'ordine pubblico»<sup>67</sup>. E tuttavia, nel leggere il resto delle decisioni, potremo rilevare due elementi di parziale discontinuità con la prima pronuncia. In primo luogo l'allusione alle nove condanne penali, che pure era stata riproposta del Sindaco di Orléans, non viene più usata dal *Conseil d'État* quale fatto a base della motivazione. D'altronde era legittimo domandarsi, con riferimento alla decisione del 9 gennaio, quale rapporto mai potessero avere le nove condanne con il divieto preventivo di uno spettacolo. In secondo luogo, ci pare che la formulazione relativa ai rischi di turbamento dell'ordine pubblico risulti, nelle decisioni dell'11 gennaio, temperata in una logica volta a valorizzare il carattere solo “eventuale” dei possibili disordini. Se nella prima decisione, infatti, il *Conseil d'État* aveva ritenuto, come ricordato, che i rischi di turbamento fossero dimostrati, «stabiliti» («*établis*»), ora esso si accontenta di considerare l'ipotesi di disordini come difficile da «scartare» («*écarter*»).

Ciò non toglie che il *Conseil d'État* abbia confermato i provvedimenti di polizia, con queste tre pronunce molto commentate e molto criticate, sul fondamento più o meno implicito di una circolare del Ministro dell'Interno, che costituisce un gravissimo attentato alla libertà di espressione, ammettendo che dei meri propositi (e non dei trattamenti fisici degradanti, come nel caso del “lancio del nano”) possano portare pregiudizio alla dignità della persona umana, in assenza di reali rischi materiali. Il fatto che lo spettacolo in questione sia più che criticabile, tanto nei principi enunciati quanto nei suoi contenuti e nella sua forma, e che la *questionelle* sia degenerata, non è sufficiente a giustificare, a nostro avviso, una tale limitazione (divieto) di una libertà costituzionale così essenziale quale la libertà di espressione<sup>(7)</sup>. Questa estensione, qualificata opportunamente come «dilatazione dell'ordine pubblico generale»<sup>68</sup>, non è

<sup>67</sup> CE, 11 gennaio 2014, *Société les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, req. 374528 e 374552. Analoga formulazione è stata usata per la decisione relativa allo spettacolo di Orléans.

<sup>(7)</sup> NDT Va fatta menzione, peraltro, di un fatto di qualche rilievo dal punto di vista processuale. Dieudonné e la sua società di produzione avevano proposto al *Conseil d'État* eccezione di costituzionalità (QPC), nel tentativo di vincere il ricorso facendo leva sulla libertà di espressione. Tuttavia il *Conseil d'État* ha respinto l'eccezione, rilevando come «la questione prioritaria di costituzionalità eccepita [...] è rivolta non già contro una disposizione di legge, bensì contro una decisione del *Conseil d'État* [...]», e concludendo, quindi, che la questione di costituzionalità «è, di conseguenza, irricevibile».

<sup>68</sup> L'espressione, come già ricordato, è di J. PETIT, *Les ordonnances*, cit.

esente dal pericolo di una soggettivazione dell'ordine pubblico ai voleri del potere di pressione dei gruppi ostili a questo o a quell'artista.

In effetti, nell'assetto della società francese, i poteri di polizia generale conoscono senz'altro dei limiti. Un Sindaco, per esempio, non può utilizzare i suoi poteri di polizia generale per vietare la coltivazione di piante geneticamente modificate<sup>69</sup>, o per tagliare l'elettricità<sup>70</sup> o l'acqua corrente<sup>71</sup>.

Per questo motivo le decisioni sul caso Dieudonné sono state oggetto di violente critiche, certamente in ambito politico, ma anche, e soprattutto, tra i giuristi. Ad alcuni è venuto naturale, ovviamente, citare le parole di Victor Hugo, secondo il quale «la censura ha sempre torto»<sup>72</sup>. Anche gli accademici di sinistra hanno contestato tale decisione, ritenendo che essa lasciasse «una profonda amarezza, [...] un gusto di censura in ragione della lesione parziale portata alla concezione dello Stato di diritto da parte del *Conseil d'État*»<sup>73</sup>.

Per far fronte alle critiche, il *Conseil d'État* si è espresso per via del suo vice-presidente Jean Marc Sauvé<sup>74</sup>, che ha posto l'accento sul fatto che il «*dossier*» del caso in esame presentasse una portata del tutto nuova<sup>75</sup>. «Il *Conseil d'État*», ha infatti affermato il Sauvé, «non si era mai confrontato con dei *dossiers* le cui caratteristiche fossero analoghe a quelle dello spettacolo che ha giustificato le misure di divieto. / In particolare, è la prima volta che si pone la questione di sapere come prevenire delle provocazioni ripetute all'odio ed alla discriminazione razziale e dei propositi lesivi della dignità umana». Il Vice-presidente ha dunque rite-

<sup>69</sup> TA Tolosa, 18 gennaio 2005, *Préfet Haute-Garonne c/ Commune de Bax*, DA 2005, 72.

<sup>70</sup> TA Cergy-Pontoise, 2 novembre 2004, *Préfet Seine-Saint-Denis c/ Commune Pierrefitte-sur-Seine*, n. 0407809.

<sup>71</sup> Cfr. S. BRACONNIER, *Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau. Une réponse juridique inadaptée à un problème social réel*, in *AJDA*, 2005, 644.

<sup>72</sup> La citazione completa è: «Il fischio può avere torto o ragione. La censura ha sempre torto» (*Projet de préface pour le "Théâtre en Liberté"*), ripreso da B. SEILLER, Professore all'Università "Paris II" Panthéon-Assas, in *AJDA*, 2014, 129).

<sup>73</sup> Così J. LANG, *La décision du Conseil d'État est une profonde régression*, su *Le Monde*, 13 gennaio 2014, a proposito dell'*affaire Dieudonné*. Jack Lang, prima di essere Ministro della Cultura sotto la presidenza Mitterrand, fu Professore di Diritto Pubblico, dapprima a Nancy e poi a Paris 10.

<sup>74</sup> Va ricordato, a tal riguardo, che in Francia il Vice-presidente è, in realtà, il "presidente di fatto", mentre il Primo Ministro ricopre il ruolo di Presidente solo a titolo onorifico.

<sup>75</sup> *Le Monde*, 11 gennaio 2014.

nuto che, «in questo caso, [il *Conseil d'État*] ha assunto una posizione di continuità con la sua giurisprudenza, che è protettrice delle libertà ma che ha anche integrato la dignità umana come componente dell'ordine pubblico. Quando egli si pronuncia, lo fa anche tenendo presente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), della quale gli articoli 10 ed 11 consentono avverso le libertà di espressione e di riunione delle restrizioni necessarie e proporzionate». Quanto alla dignità umana, conclude il Vice-presidente, si tratta di una nozione «che fa eco ai valori ed ai principî essenziali della nostra società, senza la quale il patto sociale sarebbe rotto».

L'utilizzo dell'espressione “patto sociale” fa, per così dire, il paio con quella, utilizzata dal *Conseil d'État* della “coesione nazionale”. È dunque di coesione sociale che si tratterebbe. È su di essa, a ben vedere (e per esplicita ammissione del *Conseil* e del suo vice-presidente), che sarebbe fondata la decisione Dieudonné.

Senonché questo fondamento della coesione sociale è senz'altro discutibile<sup>76</sup> e, a dire il vero, anche pericoloso. Prendiamo il caso delle manifestazioni politiche. Quando vi è il rischio di disordini, sta allo Stato di fornire i mezzi di polizia necessari per consentire la libertà di manifestazione<sup>77</sup>. Se si muovesse, invece, dalla premessa della controversa nozione di “coesione sociale”, si arriverebbe alla conclusione che dovrebbe essere vietata la manifestazione.

In ogni caso, una cosa è certa: l'ordine pubblico non è più, ormai, solamente “materiale”, bensì anche “morale” e, oggi, financo “politico”.

<sup>76</sup> D. ROMAN, Professore di diritto pubblico all'Università “François Rabelais” di Tours, intervistato da un giornalista di *Le Monde*, commentava così la vicenda: «Il giudice va oltre: parla di lesione della coesione nazionale. Quale definizione? Ci potremmo mettere dentro tutto e niente! Anche criticare l'azione del governo potrebbe essere considerato come tale. [...] Nelle dittature, [la coesione nazionale] ha giustificato l'incarcerazione degli oppositori al regime. Anche se non è questo il caso, è perturbante. Tutto ciò si scontra con la concezione francese della libertà di espressione».

<sup>77</sup> Si veda, in tal senso, la decisione della Corte EDU (*Alexeïev c. Russie*, req. nn. 4916/07, 25924/08 e 14599/09, pronuncia del 21 ottobre 2010, definitiva l'11 aprile 2011): il divieto della manifestazione “*Gay Pride*” in ragione dei turbamenti dell'ordine pubblico che tale genere di manifestazione comporta, costituisce una violazione degli articoli 11, 13, 14 CEDU da parte della Russia.

V. *Conclusion. Il potere pretoriano ed il pensiero unico: un rischio per il principio della certezza del diritto?*

Sulla base di tali premesse, dobbiamo ora chiederci se combinare il concetto di ordine pubblico con elementi morali e politici, unitamente al rilievo assunto dalla valutazione giurisprudenziale, non presenti un rischio in termini di libertà.

A. *Dalla coesione sociale al “pensiero unico”?*

Come abbiamo visto, il Vice-presidente del *Conseil d'État* ha giustificato la decisione Dieudonné facendone una problematica di coesione sociale.

Ma dalla “coesione sociale” al “pensiero unico”, non c'è che un piccolo “Rubicone” da attraversare.

L'espressione “pensiero unico” è generalmente utilizzata nel mondo politico-mediatico europeo per accusare di conformismo le idee considerate come maggioritarie nei rispettivi paesi e nell'Europa comunitaria, soprattutto a partire dall'ultimo quarto del XX secolo<sup>78</sup>.

Essa è rivolta a denunciare, per gli uni, ciò che viene considerata come una dominazione ideologica che promuove alcune possibili scelte della società, presentate come le sole legittime, riguardanti l'economia, l'integrazione europea, la liberalizzazione dei costumi e l'immigrazione e, per gli altri, ciò che viene vista come la permanenza di uno spirito statalista, collettivista, centralizzatore e nazionalista, presentato come la sola via rispettabile per servire l'interesse generale e che deve prevalere sulle libertà e responsabilità individuali e sull'apertura al mondo.

Malgrado tale definizione “classica”, in realtà bisogna rilevare come non esista più, oggi, “un solo” pensiero unico, ma vi siano, semmai, “numerosi” pensieri unici. Gustave Parking ha detto, con una *boutade*, che

<sup>78</sup> L'espressione è erroneamente attribuita al giornalista Ignacio Ramonet (Direttore di *Le Monde Diplomatique* dal 1990 al 2008) il quale intitolò un suo editoriale del 1995, per l'appunto, *La pensée unique* (“il pensiero unico”). Il termine evocava il consenso nazionale ed europeo in favore della moneta unica, che veniva deriso. Ma pare che sia il filosofo Alain de Benoist ad aver forgiato per primo l'espressione, nel 1993, in un editoriale della rivista *Éléments* (*Maccarthysme: Le retour*, in *Éléments*, n. 78, settembre 1993). In seguito essa ha conosciuto un certo successo, trasformandosi, da semplice *cliché giornalistico*, in slogan politico caricaturale e, infine, in soggetto polemico e provocatorio.

«tutti sono d'accordo nel criticare il pensiero unico»<sup>79</sup>. In effetti, volendo accedere ad una visione un po' caricaturale, possiamo notare come la sinistra e certi movimenti “altermondialisti” denuncino un pensiero unico “neoliberale”, mentre i movimenti liberali di destra denunciano un pensiero unico anti-liberale.

Per questo motivo, per cercare di restare obiettivi, si preferisce spesso utilizzare l'espressione «politicamente corretto», che è una sorta di coesione sociale “politica”, nel senso nobile del termine.

Ma il concetto di «corretto», accettabile in una cena *chic*, una festa di matrimonio, financo una lezione inaugurale, ha senso in termini di libertà di espressione, che è senza alcun dubbio uno dei nostri valori costituzionali fondamentali?

E poi – e soprattutto – chi ha la legittimazione per assicurare il controllo del “politicamente corretto”? Non la politica (né l'esecutivo, troppo parziale e interessato, né il legislativo, poiché bisogna consentire l'alternanza<sup>80</sup>), non l'amministrazione (che è, per definizione, al servizio del potere politico in carica<sup>81</sup>), non il popolo poiché il linciaggio, anche se confortato da largo consenso, non sarebbe accettabile.

Solo il giudice – e il giudice ordinario, poiché il giudice costituzionale non può essere adito in maniera rapida e diretta – potrebbe svolgere una tale funzione.

Dobbiamo però chiederci se esso abbia l'indipendenza necessaria.

### *B. Un giudice troppo vicino all'amministrazione?*

Abbiamo visto come il caso Dieudonné sia emerso a partire da una circolare del Ministro dell'Interno francese<sup>82</sup> che suggeriva ai Prefetti di vietare lo spettacolo di Dieudonné.

Ma in Francia, dai prefetti al giudice amministrativo, non c'è che un passo. Nell'ordinamento amministrativo, in applicazione della teoria dello “amministratore-giudice” – secondo la quale «giudicare l'ammini-

<sup>79</sup> G. PARKING, *Le retour des joies sauvages*, 2001.

<sup>80</sup> Potremmo mai concepire, in Italia, di vietare alla Lega Nord, al partito di Silvio Berlusconi, al movimento di Beppe Grillo, o a quello di Ilona Staller (in arte Cicciolina) o, ancora, a quello di Alessandra, nipote di Mussolini, di esprimere una opinione e di presentarsi davanti al popolo per essere eletti?

<sup>81</sup> «Amministrare» viene dal latino *administrare*, che significa “mettersi al servizio di...”.

<sup>82</sup> V. la circolare di Manuel Valls (allora Ministro dell'Interno, poi Primo Ministro) del 6 gennaio 2014.



strazione è pur sempre amministrare» – e per una più generale diffidenza diffusa nell'*Ancien Régime* avverso la magistratura, i rivoluzionari del 1789 hanno voluto un giudice amministrativo che facesse parte integrante dell'amministrazione stessa. Questa teoria, consacrata dal Consolato e dall'Impero e sempre ripresa dalle Repubbliche successive, è ancora oggi alla base del sistema di giustizia amministrativa francese, dove i giudici amministrativi sono "reclutati" in seno all'amministrazione, per la gran parte tra i diplomati della Scuola Nazionale dell'Amministrazione (*École Nationale d'Administration*) e, per il resto, tramite concorso amministrativo.

Viste le circostanze, se la competenza del giudice amministrativo non potrebbe essere, oggi, rimessa in causa, non possiamo che dubitare della sua reale indipendenza nei confronti delle parti in causa.

Di là dai testi normativi che enunciano una indipendenza di principio<sup>83</sup>, la realtà culturale, sociologica e anche della stessa carriera del giudice amministrativo non può che avvicinare i giudici amministrativi ai "giustiziabili" dell'amministrazione. Si sono formati alla stessa scuola ("spirito di promozione"), hanno fatto gli stessi *stages* in ambito amministrativo, hanno la stessa mentalità (primato del servizio pubblico, necessità di contenere i costi dell'amministrazione, senso dell'interesse generale) e, talvolta, partecipano perfino alle stesse attività (auguri del prefetto e delle altre autorità, convegni e seminarî...), ciò che, tra l'altro, costituisce per il giudice la possibilità di tornare, di fatto, all'amministrazione di origine. Bastano queste poche considerazioni per constatare come i giudici siano assai vicini – personalmente, professionalmente e culturalmente – alla principale tra le parti del processo amministrativo, e come tale vicinanza porti necessariamente a mettere in dubbio l'imparzialità del giudice amministrativo.

Ciò assume ancora più rilievo, sol che si pensi che il diritto amministrativo francese è, essenzialmente, un diritto giurisprudenziale e, come tutti i sistemi d'essenza aristotelica, relativista e senza criteri perentori ed irrefragabili. Riposa su di una sorta di "intima convinzione" del giudice e sulla risoluzione *in concreto* di ogni controversia, attraverso la tecnica giurisprudenziale, ormai affermatasi, del «*faisceau d'indices*»<sup>(8)</sup>, come già

<sup>83</sup> *Loi* 86-14 del 6 gennaio 1986.

<sup>(8)</sup> NDT L'espressione «*faisceau d'indices*» (lett. "fascio d'indizi"), che il giurista francese conosce bene, potrebbe risultare meno nota al giurista italiano che non abbia una solida conoscenza del diritto processuale d'oltralpe. Il sintagma è di per sé di difficilis-



rilevava mirabilmente Jean Dufau più di trent’anni fa<sup>84</sup>. Solo l’accrescimento quantitativo della giurisprudenza e la sedimentazione delle varie soluzioni del caso di specie permettono la costituzione di veri e proprî indirizzi giurisprudenziali.

Quanto al giudice ordinario, si pongono problematiche non dissimili riguardo alla medesima questione del “pensiero unico”.

Per esemplificare, possiamo ricordare un caso recente. Una candidata del *Front National* alle elezioni municipali svoltesi nel mese di giugno 2014, Anne-Sophie Leclère, aveva condiviso su Facebook un fotomontaggio nel quale Christiane Taubira, Ministro della Giustizia in carica, veniva implicitamente comparata ad una scimmia. Nel fotomontaggio, infatti, venivano affiancate la foto del Ministro e quella di una scimmia neonata, come se si trattasse della stessa persona. La Leclère è stata esclusa dal suo partito, e ciò è comprensibile.

Meno convincente è invece il fatto che il Tribunale di Grande Istanza di Caienna<sup>85</sup> (Guyana francese), adito su azione personale del Guardasi-

sima resa in italiano (anche se, in letteratura, se ne trovano sporadici utilizzi, di solito in traduzioni da testi stranieri od in documenti giuridici della svizzera italiana), nel senso che una traduzione letterale non ne esplicita chiaramente il significato. In realtà il significato concettuale dell’espressione è piuttosto banale. Si può dire che il *faisceau d’indices* è un insieme di elementi noti al giudice e che possono supplire sia alla mancanza di una prova decisiva, sia alla mancanza di indicazioni legislative sulla materia. Nel primo caso – che riguarda, naturalmente, soprattutto i giudici penale e civile – il «*faisceau d’indices*» consisterà in una serie di fatti, di elementi, di indici, di informazioni noti al giudice i quali non sarebbero idonei, da soli, a provare un fatto, ma lo diventano, invece, quando considerati nel loro insieme, essendo tutti concordanti tra loro. Il secondo caso – che riguarda, invece, soprattutto la giurisdizione amministrativa – attiene all’ipotesi in cui il legislatore, nel fornire la definizione di un certo istituto, rimette al giudice l’apprezzamento in concreto della sussistenza dei relativi presupposti rispetto al caso di specie. Possiamo fare l’esempio della definizione di “servizio pubblico” nel caso in cui il soggetto che lo abbia erogato sia un privato: il giudice dovrà mettere insieme una serie di elementi di fatto che, anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali, gli permettano di stabilire se siano soddisfatti o meno i requisiti (ad esempio: il fatto che l’attività rivesta interesse generale e che l’erogazione del servizio in causa sia stata delegata da un soggetto pubblico) che consentano di considerare il servizio quale pubblico. È ovvio che l’evoluzione della giurisprudenza giocherà un ruolo fondamentale: se, nel 2007, il *Conseil d’État* ha ritenuto (pur negandole la qualifica di servizio pubblico) che l’attività di proiezione cinematografica rivestisse interesse generale, con ogni probabilità in passato esso sarebbe giunto a conclusioni assai diverse (sul punto v. *La méthode du faisceau d’indices en matière d’identification du service public*, commento a CE, 5/10/2007, So. UGC-Ciné-Cité, su *FallaitPas-FaireDuDroit.fr*).

<sup>84</sup> Nota a CE Ass., 11 maggio 1959, in *AJDA*, 59, II, 228.

<sup>85</sup> Nel diritto processuale francese l’attore può scegliere il Tribunale di Grande

gilli, abbia condannato la candidata a 9 mesi di prigione, 5 anni d'ineleggibilità e 50.000 Euro di multa. Una decisione almeno sproporzionata, nella quale il cattivo gusto e l'imbecillità vengono fatti pagare ad un prezzo un po' caro.

Condannato, da parte sua, a una pena di 30.000 Euro di ammenda, il *Front National* aveva reagito qualificando il processo come una «*chasse-trappe*» (“trappola”), in ragione del fatto che «non si è riusciti a trovare a Caienna un avvocato che lo difendesse» e che la domanda di ricusazione del presidente del Tribunale di Grande Istanza, per appartenenza al *Syndicat de la magistrature*<sup>86</sup>, non era stata presa in considerazione.

In ogni caso, questo episodio mostra, una volta di più, le difficoltà di trovare un punto di accordo tra la morale, il pensiero dominante e l'applicazione del diritto.

### C. Una recente giurisprudenza rassicurante?

La recente crisi di Gaza, prolungatasi per tutto luglio ed agosto 2014, ha illustrato, sul piano della definizione giurisprudenziale dell'ordine pubblico in Francia, in assenza di una soluzione al conflitto armato, i limiti dei rischi dati dalla deriva dell'ordine pubblico.

Due manifestazioni anti-israeliane erano state vietate dal Prefetto di polizia di Parigi, a cagione dei «rischi di disordini materiali», in seguito a dei tumulti e dei danni provocati dai manifestanti in una precedente manifestazione. Benché la morale dominante – per non dire l'opinione politica dominante in Francia – pendesse senz'altro a favore delle vittime palestinesi, e quindi della causa difesa dai manifestanti, il *Conseil d'État*, con due pronunce<sup>87</sup>, ha confermato la legalità del divieto di ma-

Istanza (TGI, giudice in materia correzionale) del luogo della sua residenza, e *Madame Taubira*, originaria della Guyana, ha scelto un tribunale senz'altro più sensibile alle questioni di razzismo.

<sup>86</sup> Principale sindacato dei magistrati in Francia, schierato molto a sinistra e dichiaratamente vicino alle posizioni della Guardasigilli.

<sup>87</sup> Il *juge des référés* del *Conseil d'État* era stato adito per un ricorso contro il divieto di una manifestazione *pro-palestina* a Parigi. La prefettura della polizia stimava che il raduno, previsto un sabato alle 15 a *place de la République*, presentasse gli stessi rischi di violenze di una precedente manifestazione, anch'essa vietata, che era stata indetta per 19 luglio nel quartiere popolare di Barbès. Il Ministro dell'Interno stesso aveva contattato il venerdì gli organizzatori, ingiungendo di «rinunciare alla manifestazione» che avrebbe presentato dei «seri rischi di turbamento dell'ordine pubblico e dei rischi di scontri». La

nifestazione, in nome di una concezione materiale dell'ordine pubblico.

Vero è che, in quest'ultimo esempio, autorizzare la manifestazione anti-Israele avrebbe significato, per lo Stato francese, prendere, in un certo senso, posizione in favore delle istanze palestinesi e che, di là da ogni ingenuità, la questione dell'ordine pubblico Parigino non era la sola ad essere in gioco. È però comunque apprezzabile, per altro verso, il fatto che tanto il provvedimento del Prefetto, quanto la decisione del *Conseil d'État*, fossero scervi, almeno nella forma, da qualunque considerazione di ordine morale o politico.

In ogni caso, da tutto quanto fin qui è stato detto, ciò che può risultare utile sottolineare in una «prima lezione di diritto» è che, come abbiamo visto, *nel diritto nulla è semplice*, e, soprattutto, che la tendenza del diritto moderno delle nostre democrazie è più quella della *instabilità* che non quella delle *certezze*.

Ora, il principio della certezza del diritto, che condiziona l'efficienza dell'ordinamento giuridico, è di fondamentale importanza poiché la percezione diffusa di un “*non-diritto*”, ovvero sia della *incertezza del diritto* (assenza di regole predeterminate precise e stabili), è ancora peggio che quella di avere un diritto a geometria morale e politica variabile.

Penso alla famosa frase di Churchill («*la democrazia è il peggiore dei regimi, ad eccezione di tutti gli altri*»), e quasi mi viene da dire, per concludere, che un ordine pubblico esclusivamente materiale è, senza dubbio, il peggiore degli ordini pubblici, ma ad eccezione di tutti gli altri (quello morale e quello politico).

più alta giurisdizione amministrativa francese stimò che il divieto era giustificato, in ragione degli episodi violenti che si erano verificati in occasione di precedenti manifestazioni e dell'incapacità degli organizzatori di mettere in piedi un servizio d'ordine. Adito d'urgenza dagli organizzatori della manifestazione *pro-palestina*, il *Conseil d'État* aveva rigettato il ricorso e confermato il divieto. Il *juge des référés* del *Conseil d'État* ha infatti stimato che la prefettura della polizia, che aveva vietato la manifestazione il venerdì, era giustificata ad invocare le violenze occorse in precedenti manifestazioni nella capitale, il 13 e il 19 luglio, il fatto che gli organizzatori non avessero rispettato il termine di preavviso di tre giorni per annunciare la manifestazione e la loro incapacità di mettere in piedi un servizio d'ordine sufficiente.



ADATTAMENTO AL DIRITTO INTERNAZIONALE  
PATTIZIO E STRUMENTI PER ASSICURARE  
LA PREVALENZA DEGLI “OBBLIGHI  
INTERNAZIONALI” NELL’ORDINAMENTO ITALIANO\*

SOMMARIO: 1. L’estraneità del diritto internazionale pattizio ai meccanismi di adattamento previsti nella Costituzione del 1948. – 2. L’inserimento in Costituzione di una disposizione che vincola al rispetto degli obblighi internazionali e la sua interpretazione nella giurisprudenza costituzionale: il ruolo assunto dalla CEDU nella posizione della Corte. – 3. I trattati internazionali come norma interposta nel giudizio di costituzionalità: le questioni risolte ed i problemi aperti. – 4. L’ambito di operatività della formula “obblighi internazionali”. – 5. Vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed altri trattati internazionali: in particolare, i criteri alternativi alla proposizione dalla questione di costituzionalità per assicurare la conformità della norma interna al trattato. – 6. Rispetto degli obblighi internazionali e sviluppi recenti della giurisprudenza costituzionale con riguardo alla posizione della CEDU: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU.

1. *L’estraneità del diritto internazionale pattizio ai meccanismi di adattamento previsti nella Costituzione del 1948*

Il modello delle relazioni tra l’ordinamento italiano e l’ordinamento internazionale è originariamente delineato nelle due disposizioni – gli artt. 10 e 11 della Costituzione del ’48 – che risentono fortemente della tensione dei costituenti verso una apertura ai valori presenti nel sistema internazionale, nella direzione di quel rafforzamento “della pace e della giustizia tra le nazioni” al quale sembrava dischiudersi l’intreccio dei rapporti tra gli Stati nazionali dopo la drammatica esperienza del periodo bellico. Difficile negare che, tra le due disposizioni, quella dotata di un maggior carico di potenzialità sia proprio l’art. 11. Dietro la possibilità di

\* Il presente lavoro è destinato al *Liber amicorum* in onore di Stefano Maria Cicconetti.

acconsentire a limitazioni della sovranità statale verso un ordinamento che assicuri pace e giustizia tra i popoli emerge con maggiore evidenza la spinta verso una dimensione internazionale della statualità, l'aspirazione, insomma, a delimitare il potere statale quando entrino in gioco valori superiori di giustizia e di pacifica coesistenza. È pur vero che l'aspirazione a favorire esperienze sovranazionali ha poi trovato uno sbocco parzialmente diverso rispetto alle intenzioni dei costituenti quando, proprio facendo leva sulle limitazioni di sovranità, si è individuato nell'art. 11 il fondamento più robusto del processo di integrazione europea. Ma è altrettanto vero che i valori racchiusi in questa disposizione permeano di sé l'intera dimensione internazionale della nostra Costituzione e ad essi deve ancora guardarsi come uno strumento di interpretazione privilegiato nel complesso dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno<sup>1</sup>.

La proiezione internazionale configurata dalla Costituzione ha, invece, fin dall'inizio, mostrato un limite nella disposizione che esplicitamente richiama il diritto internazionale, ossia nell'art. 10, il quale – come è noto – impone l'adeguamento alle sole norme internazionali generalmente riconosciute, vale a dire alle sole norme di origine consuetudinaria gradualmente formatesi nell'ordinamento internazionale.

Si è così creato un meccanismo di adattamento automatico, un “trasformatore permanente” (secondo l'efficace formula risalente al Perassi<sup>2</sup>) che, da una parte, consente l'automatica creazione di “norme interne corrispondenti alla sostanza delle norme consuetudinarie internazionali”<sup>3</sup> e, dall'altra, esclude dall'orizzonte della trasformazione permanente i trattati internazionali.

La logica della concezione dualista nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, che comunque ispira anche la stessa trasformazione del diritto internazionale consuetudinario in diritto interno, si manifesta ancor più nettamente nella esclusione del diritto internazionale

<sup>1</sup> Cfr. A. CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Vol. I, Bologna 1975, 477, nonché, più di recente, A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli 2012, 437 il quale osserva che l'art. 11 costituisce “uno snodo centrale nel modello di disciplina delle relazioni tra ordinamenti accolto nella nostra Costituzione” ed “esprime plasticamente l'istanza di apertura nelle sue implicazioni cooperative e nelle sue ricadute istituzionali, oltre a caratterizzarla con forza sul piano assiologico”.

<sup>2</sup> V. T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 1962, Vol. II, 27 ss.

<sup>3</sup> Così, S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, 39.

pattizio dal sistema dell'adattamento automatico. Può ricordarsi, al riguardo, che durante i lavori preparatori della Costituzione non ebbe fortuna la proposta "Ago-Morelli" di introdurre una disposizione che accomunava diritto consuetudinario generale e diritto dei trattati imponendone il rispetto senza necessità che fossero emanate norme specifiche di adattamento<sup>4</sup>. È pur vero che anche questa proposta si muoveva nella tradizione della concezione dualista della separazione tra ordinamento internazionale e ordinamento dello Stato, sia perché, in fondo, era la stessa Costituzione statale ad ammettere la penetrazione del diritto internazionale, sia perché comunque il diritto internazionale pattizio, in tanto avrebbe avuto automatico ingresso all'interno in quanto si fosse rispettata la prerogativa parlamentare di autorizzazione alla ratifica, ma certamente il rispetto degli obblighi internazionali avrebbe assunto una diversa connotazione rispetto a quella poi accolta e che di fatto ne lasciava la decisione interamente nelle mani del legislatore ordinario. Il rispetto degli obblighi internazionali derivanti dai trattati rimaneva, così, interamente rimesso al piano della produzione normativa con la conseguenza che le norme internazionali, trasformate nel diritto interno, avrebbero assunto inevitabilmente la posizione del relativo atto di adattamento con il conseguente pieno assoggettamento alle regole generali sulla successione delle norme nel tempo e dunque con la possibilità che la loro immissione con una legge avrebbe potuto esporle agli eventuali ripensamenti del legislatore vanificando così il rispetto dell'obbligo internazionale (ferma restando la responsabilità per lo Stato derivante dall'inadempimento).

Il meccanismo di adattamento al diritto internazionale pattizio è descritto limpidamente da Stefano Cicconetti nel suo studio sulle "*fonti del diritto italiano*"<sup>5</sup>. Muovendo dalla considerazione che il rinvio che ogni ordinamento compie rispetto a norme esterne, a norme appartenenti ad un diverso ordinamento, si può, in via generale, ricondurre ad una ipotesi di "*creazione indiretta del diritto*", Egli sottolinea come la recezione di un trattato nell'ordinamento interno, una volta superata la fase della

<sup>4</sup> Sul punto v. F. SALERNO, *L'impatto del «fattore internazionale» sulla Costituzione: il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli 2006, 142 ss., il quale ricorda come nei lavori preparatori della Costituzione non viene mai messa in dubbio la scelta dualista, quanto piuttosto l'opportunità di accogliere una formulazione unica per l'insieme delle norme internazionali da attuare nell'ordinamento interno.

<sup>5</sup> S.M. CICCONE, *op. cit.*, 35 ss.



formazione, possa avvenire secondo due diverse strade, la prima delle quali, avverte, è la meno utilizzata anche per ragioni di pratica utilità. Si tratta dell'ipotesi di approvazione di un atto-fonte (una legge, ma anche un regolamento amministrativo) *“le cui disposizioni riproducano il testo delle clausole contenute in un trattato, eventualmente modificando il testo di taluna di esse per adeguarlo, senza mutarne la sostanza, alle caratteristiche dell'ordinamento nel quale avviene l'esecuzione”*. In realtà, la circostanza che l'atto-fonte prodotto nel diritto interno sia frutto di una autonoma determinazione dello Stato che decide di emanare un atto il cui contenuto è conforme o, addirittura, riproduttivo di un trattato (o di alcune sue disposizioni) attenua l'elemento della c.d. creazione indiretta, risolvendosi piuttosto in un atto che rivela la sensibilità del legislatore verso il contenuto di un trattato internazionale, ma rimane pur sempre frutto di una decisione politica non necessariamente collegata alla esplicita adesione al trattato.

Ma la via maestra dell'adattamento, prosegue il Cicconetti, quella che – potrebbe dirsi – spiega meglio il concetto di creazione di *“creazione indiretta”*, è quella dell'ordine di esecuzione, ossia *“di una disposizione con la quale, secondo una formula divenuta ormai rituale, si dà piena e completa esecuzione alle clausole di un trattato, il cui testo viene allegato, a fini meramente conoscitivi, all'atto normativo”*. L'ordine di esecuzione è dunque *“lo strumento che, rinviando alle clausole del trattato, recepisce all'interno dell'ordinamento italiano le norme contenute in tali clausole, norme che spetterà all'interprete (e dunque in primo luogo ai giudici) ricavare tenendo peraltro conto dell'esigenza di adeguarle alle particolari esigenze di un determinato ordinamento statale”*. Così ricostruito il meccanismo dell'adattamento mediante l'ordine di esecuzione, Cicconetti precisa che esso presenta tre elementi caratterizzanti che possono così riassumersi: a) il rinvio operato con l'ordine di esecuzione non può considerarsi come rinvio recettizio sia *“perché ciò che viene inserito nell'ordinamento interno non sono le disposizioni o clausole di cui consta il trattato ma le norme da essa desumibili per via di interpretazione”*, sia *“perché le norme che vengono inserite non sono sempre esattamente identiche alle norme ricavabili dal testo del trattato, data la necessità di adattare sul piano interno una norma destinata ad operare sul piano internazionale nei rapporti tra Stati”*; b) il rinvio, sotto altro profilo può considerarsi come rinvio fisso *“dal momento che esso si riferisce non a qualsiasi norma internazionale di tipo pattizio ma soltanto a quelle specifiche norme poste in essere da quel determinato trattato”*; c) l'ordine di

esecuzione assume la medesima forza “*propria dell’atto normativo in cui è contenuto*”<sup>6</sup>.

La ricostruzione in questi termini del meccanismo di adattamento ai trattati mette chiaramente in evidenza i due aspetti problematici che, alla luce della originaria impostazione della Costituzione, scaturiscono dal sistema dell’ordine di esecuzione sul piano della stabilità degli obblighi assunti dallo Stato.

L’affermazione secondo cui le norme inserite nell’ordinamento “non sono sempre esattamente identiche alle norme ricavabili dal testo del trattato” ma costituiscono il frutto dell’attività interpretativa volta ad adattare sul piano interno una norma destinata ad operare sul piano dei rapporti tra gli Stati, sottolinea esattamente come il momento interpretativo risulti decisivo nella concreta applicazione, ma al tempo stesso ne evidenzia implicitamente le difficoltà. La gamma dei trattati internazionali è, infatti, particolarmente vasta e racchiude al suo interno atti che hanno struttura e finalità anche profondamente diverse tra loro. Basta pensare, al riguardo, alle profonde differenze che intercorrono tra i grandi trattati sui diritti (che contengono norme di principio che si sovrappongono, e spesso coincidono, con la tutela di valori espressi dagli stessi principi costituzionali interni) con i trattati di cooperazione commerciale di carattere bilaterale o multilaterale, alla diversità di esigenze che pongono i trattati c.d. *non self-executing* rispetto a quelli che prevedono norme dettagliate e di immediata applicazione. L’operazione interpretativa, dunque, si presenta con caratteri anche radicalmente diversi e richiede una intensità variabile con la quale avvicinare, nella maniera più ampia possibile, l’obbligo internazionale gravante sullo Stato, in forza dell’ordine di esecuzione, con il diritto interno. In altri termini, è nel momento della interpretazione e applicazione che si sarebbero dovute esprimere tutte le potenzialità racchiuse nell’operazione interpretativa allo scopo di individuare quali attività interne risultassero necessarie a garantire l’osservanza dell’obbligo internazionale<sup>7</sup>.

Ma questa operazione – e veniamo così al secondo aspetto dei problemi che scaturiscono dalla teorica dell’ordine di esecuzione – per quanto complessa e articolata non poteva spingersi fino al punto di superare la questione della posizione e della forza che l’ordine di esecu-

<sup>6</sup> Le frasi virgolettate e in corsivo sono tutte di S.M. CICCONE, *op. cit.*, 36-37.

<sup>7</sup> In questi termini C. FABOZZI, *L’attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano 1961, 106 ss.

zione assume nell'ordinamento interno, ossia della forza propria della legge che lo contiene. L'assenza di una copertura costituzionale al rispetto degli obblighi internazionali, nella originaria formulazione della Costituzione, impediva che l'operazione interpretativa si spingesse fino a far assumere un ruolo condizionante alla legge di esecuzione rispetto al diritto legislativo interno<sup>8</sup>. È pur vero (come meglio si dirà di qui a tra poco: v. *infra* par. 3) che, sia in dottrina che, per certi limitati versi, in giurisprudenza, si è tentato di individuare soluzioni che consentissero l'assunzione di un ruolo condizionante, di una posizione "parametrica" all'obbligo internazionale discendente dalla legge di esecuzione, ma simili, per quanto argomentati, tentativi, hanno avuto piuttosto il pregio di spingere verso la soluzione poi accolta dal legislatore costituzionale del 2001 che non quello di imporsi nella concreta esperienza.

D'altra parte che i tempi fossero maturi per l'attribuzione di una maggiore stabilità agli obblighi internazionali di natura pattizia discende anche dalle profonde trasformazioni cui lo stesso diritto internazionale è stato sottoposto negli ultimi decenni nonché da una sorta di processo osmotico che è intervenuto tra diritto internazionale e diritto costituzionale, frutto, in qualche misura, del pervasivo processo di globalizzazione<sup>9</sup>.

È difficile negare, infatti, che il diritto internazionale, nella sua classica concezione di diritto regolatorio dei rapporti tra gli Stati, si sia fortemente attenuato ed abbia gradualmente assunto una connotazione

<sup>8</sup> Con riferimento ai trattati sui diritti si è sottolineato da parte di E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Diritto pubblico*, 2013, 735, che "tutti i trattati internazionali, anche quelli volti alla tutela dei diritti umani, hanno storicamente sofferto di questa fragilità dal punto di vista formale, perché tutti sono stati recepiti con legge ordinaria (se non con atto interno di grado inferiore), e quindi (al più) della legge ordinaria hanno assunto la posizione nella gerarchia delle fonti, esponendosi all'abrogazione tramite il criterio cronologico da parte di leggi successive".

<sup>9</sup> Osserva G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli 2014, 153, che «sono in corso di formazione e di consolidamento, nel mare della globalità, "isole di legalità" autogarantita – all'interno delle quali tende a formarsi un ordine unitario ispirato al costituzionalismo – che possono, con un po' di buona volontà, essere considerate "frammenti di costituzione" [...] e si sarebbe così superata la "costituzione in senso olistico", e tenderebbe a prevalere, al di fuori dei confini degli Stati, un "societal constitutionalism", che non nasce da una decisione politica fondamentale e non si pone in riferimento ad un ordinamento chiuso, ma si presenta "aperto" e "relazionale"».

nella quale si impongono prepotentemente i diritti, abbia assunto, in altri termini, quale oggetto della regolazione più la posizione dei singoli individui che non quella degli Stati nazionali<sup>10</sup>. Ai grandi trattati sui diritti si aggiungono trattati che disciplinano singoli settori della tutela dei diritti individuali, dall'immigrazione, all'ambiente, dai rapporti economici alla concorrenza, dai diritti del fanciullo alla tutela dell'ambiente, in un reticolo di disposizioni di principio e di regole puntuali che tocca buona parte delle esigenze di garanzia proprie del costituzionalismo. La stessa rigida distinzione tra il diritto consuetudinario e il diritto pattizio ha ormai perso gran parte della sua attualità dal momento che il diritto pattizio ha finito per recepire buona parte delle consuetudini cristallizzandole in trattati che ne definiscono più ampiamente e rigorosamente i contorni. Si è di recente osservato che negli anni più recenti “costituzione e diritto costituzionale sono divenuti strumenti di lettura di trasformazioni del diritto internazionale e delle organizzazioni internazionali”<sup>11</sup>, così come, nell'intreccio tra la proliferazione di Corti sovranazionali e internazionali, si assiste ad un serrato dialogo e ad un confronto, specie con le Corti costituzionali interne le quali, poi, sempre più frequentemente sono chiamate ad applicare norme di diritto internazionale. La stessa sovrapposizione tra diritti fondamentali riconosciuti nei trattati e diritti fondamentali assicurati dalle costituzioni nazionali richiede una lettura

<sup>10</sup> Insiste, particolarmente, su questo profilo A. CARIOLA, *L'ordinamento italiano e il diritto internazionale: concezioni moniste e dualiste e l'integrazione tra ordinamenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol. I, Napoli 2009, 82, il quale sottolinea come oggi diritto statale e diritto internazionale non possano essere considerati separati in quanto “essi presuppongono sì le rispettive culture, ma proprio in quanto fenomeni culturali, si muovono in una logica di forte integrazione che muove dal piano economico globalizzato a quello dei costumi e delle mentalità” con la conseguenza che si configura oggi una nuova e diversa prospettiva monista che non è però “la mera e semplice supremazia del diritto internazionale comunque e dovunque formato” bensì un monismo che non separa “ma integra e compone...anche quando si tratta di combinare principi sovranazionali e specialità statali” e si traduce “in una sorta di monismo attivo” nel cui ambito spetta a quell'interprete qualificato che è il giudice non già limitarsi a recepire “quanto è prodotto in sede non statale” ma muovere “al contrario dalla considerazione degli interessi e da questo tra[rre] impulso all'ordinazione delle norme in sistema” (pp. 83-84)

<sup>11</sup> L'affermazione è di R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2014, il quale conduce un ampio studio critico, specie con riferimento agli orientamenti di studiosi stranieri di discipline non solo giuridiche, sul dibattito che si è sviluppato intorno agli orientamenti teorici che propugnano il c.d. *constitutional international law*, ossia la possibilità “di ristrutturare il diritto internazionale intorno alle categorie del costituzionalismo” (p. 3).

dei primi alla luce delle categorie del costituzionalismo e, a sua volta, impone che le norme internazionali possano penetrare stabilmente negli ordinamenti degli Stati che vi hanno aderito.

2. *L'inserimento in Costituzione di una disposizione che vincola al rispetto degli obblighi internazionali e la sua interpretazione nella giurisprudenza costituzionale: il ruolo assunto dalla CEDU nella posizione della Corte*

È questo il panorama che fa da sfondo alla introduzione con la legge costituzionale n. 3 del 2001 della clausola di rispetto degli obblighi internazionali nella nostra Costituzione.

Si tratta, come è noto, della disposizione che ha introdotto il vincolo dell'intera produzione legislativa, sia statale che regionale, agli obblighi discendenti dal diritto internazionale ed ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea. L'occasione – per così dire – della introduzione di questa clausola si è manifestata in seno ad una riforma che aveva come scopo quella della riconfigurazione del sistema regionale e, più in generale, delle autonomie locali e, dunque, poteva apparire come una sede inappropriata per la immissione di una disposizione destinata inevitabilmente a fondersi con le altre norme costituzionali, contenute nella prima parte della Carta, nelle quali è contenuto il richiamo ai valori internazionali. Tuttavia, nonostante da più parti sia stata sottolineata la inadeguatezza della *sedes materiae* non può dimenticarsi come essa si inserisca in una legge di revisione che mirava ad un sensibile irrobustimento della posizione delle Regioni rispetto sia al diritto internazionale che a quello dell'Unione<sup>12</sup>. Rafforzamento del c.d. “potere estero” regionale e ruolo comunitario delle Regioni nello sviluppo diretto del diritto dell'Unione hanno, in qualche modo, trainato la scelta del legislatore di revisione che ha poi segnato una autentica svolta, specie con riguardo alla posizione del diritto internazionale di origine pattizia. Una scelta che, uscita indenne dalla proposta di revisione costituzionale del 2005, bocciata dal re-

<sup>12</sup> Si veda, al riguardo, l'osservazione di B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro.it.*, 2002, V, 229, il quale sottolinea che la scelta di collocare la disposizione nella parte relativa alla delimitazione di competenze tra Stato e regioni e non nella parte relativa ai principi generali appare “*senza dubbio infelice e risente dell'intenzione del legislatore costituente di centrare il suo intervento nel campo dei rapporti tra Stato e regioni*”.

*ferendum*, con la quale si intendeva elidere proprio la parte relativa al rispetto degli obblighi internazionali<sup>13</sup>, appare oggi al riparo da ripensamenti. Proprio nel periodo in cui più intenso ed acceso si è fatto il dibattito intorno alla insufficienza ed inadeguatezza della riforma del Titolo V della Costituzione operata nel 2001, additata come la causa principale se non esclusiva dello straordinario incremento della conflittualità tra Stato e sistema regionale in ragione della complessiva inadeguatezza del disegno relativo, quanto meno, all'autonomia legislativa regionale, la sola parte di quella riforma che oggi risulta al riparo da critiche o osservazioni di sorta è quella contenuta nel primo comma dell'art. 117 Cost.<sup>14</sup>.

Se, per la parte relativa al rispetto dei vincoli comunitari, può riconoscersi come la disposizione in parola si sia, per così dire, limitata ad una conferma dell'esistente, ossia alla conferma della diretta applicabilità delle norme europee fondata sulle limitazioni di sovranità già consentite in forza dell'art. 11 Cost.<sup>15</sup>, ben diverso è risultato il ruolo assunto dall'imposizione del rispetto degli obblighi internazionali<sup>16</sup>. Superate alcune

<sup>13</sup> Il richiamo è al testo della Legge costituzionale approvato, con la maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, dalla Camera dei Deputati, in seconda votazione, il 20 ottobre 2005, e dal Senato della Repubblica, in seconda votazione, nella seduta del 16 novembre 2005 e pubblicato sulla *Gazz. Uff.* della Repubblica il 18 novembre 2005, n. 269 con la quale si riformulava l'art. 117, primo comma, Cost., prevedendo la subordinazione dell'attività legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto della Costituzione nonché dei *soli* vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. La legge, poi sottoposta a referendum, non ricevette, in quella sede, l'approvazione.

<sup>14</sup> Anche il recente disegno di legge costituzionale (Atti Camera n. 2613 e Atti Senato n. 1429) in corso di approvazione, pur contenendo una significativa riforma dell'art. 117 Cost. (e, più in generale, della funzione legislativa) lascia del tutto inalterato il primo comma di questa disposizione.

<sup>15</sup> Come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 227 del 2010 l'art. 117, primo comma, ha "confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte negli ultimi decenni, trova ancora sicuro fondamento nell'art. 11 Cost.". Osserva su punto F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2015, 96 che la funzione dell'art. 117 non è quella, "ancora propria dell'art. 11, di autorizzare limitazioni di sovranità, ma di riconoscere le limitazioni stesse e, più specificamente, di offrire giustificazione costituzionale alle conseguenze derivanti dalle limitazioni di sovranità a favore dell'ordinamento europeo".

<sup>16</sup> L'inserimento di una disposizione costituzionale che assicuri la prevalenza delle norme di origine pattizia nell'ipotesi di conflitto con leggi interne è assicurata in molte Costituzioni contemporanee, ed in Europa, in particolare nelle Costituzioni francese e

iniziali incertezze interpretative<sup>17</sup> che sembravano far leva sulla collocazione “topografica” della disposizione nella parte della Costituzione dedicata all’autonomia regionale e riconosciuto così (implicitamente) che essa in realtà si salda con le due disposizioni costituzionali della prima parte (gli artt. 10 e 11 Cost.) nelle quali è racchiusa l’apertura internazionalistica del nostro ordinamento<sup>18</sup>, la portata fortemente innovativa contenuta in questa disposizione ha trovato una sicura conferma ed una più stabile sistemazione nelle due, ormai famose sentenze del 2007 (la n. 348 e 349) della Corte costituzionale<sup>19</sup>. La Corte ha così chiarito che le norme

spagnola. Sul punto cfr. G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 328. Più in generale sulla riforma che impone il rispetto degli obblighi internazionali si veda l’ampia monografia di A. BONOMI, *Il “limite” degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008, nonché il lavoro di L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino 2009.

<sup>17</sup> Si vedano sul punto, in particolare, le osservazioni di C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 145 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 921 ss. Più recentemente il Cannizzaro, *Corso di diritto internazionale*, Milano 2011, 40 ss. è ritornato sull’argomento sottolineando come il vincolo di cui all’art. 117 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale a partire dalle due sentenze del 2007, si riveli particolarmente gravoso in quanto “l’esistenza di un accordo internazionale ha l’effetto di “cristallizzare lo stato della legislazione, impedendo che essa si adegui al mutare del costume sociale” con la conseguenza che “riforme legislative anche assai importanti, potrebbero essere dilazionate nel tempo, o addirittura impedita per il fatto che esse insistono in materie coperte da trattati, magari remoti nel tempo e di rilievo minore per l’equilibrio normativo internazionale. Queste ragioni, unitamente alle perplessità ingenerate dal funzionamento tecnico del meccanismo disposto dall’art. 117, comma 1, avevano indotto una parte della dottrina a prospettare una diversa funzione della disposizione costituzionale. Con essa non si sarebbe voluto formulare una garanzia costituzionale rispetto alla generalità degli obblighi internazionali, quanto piuttosto stabilire un meccanismo di coordinamento fra leggi e gli accordi internazionali conclusi rispettivamente da stato e Regioni”.

<sup>18</sup> Saldatura che, tuttavia, non configura, in alcun modo, una assimilazione tra adattamento ai trattati e adattamento automatico al diritto internazionale generalmente riconosciuto. Osserva al riguardo, esattamente, A. D’ATENA, *L’adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2012, 190, che la previsione dell’art. 117, 1° c., Cost., laddove assoggetta la legge statale regionale al rispetto degli obblighi internazionali “verrebbe completamente svuotata, ove si ritenesse che i vincoli predetti s’impongano al legislatore nazionale, solo se esso... decida di assoggettarvisi, adottando l’ordine di esecuzione”.

<sup>19</sup> Che la formula adottata dalla legge di revisione costituzionale comportasse la illegittimità costituzionale delle norme interne configgenti con i vincoli internazionali era stato, peraltro, sottolineato, poco dopo la riforma, da autorevole dottrina: v., in particolare, B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche...*, cit., 229 ss. Sulle sentenze in questione la let-



pattizie contenute in trattati internazionali, bilaterali o multilaterali, una volta immesse nell'ordinamento mediante i meccanismi di adattamento, vale a dire attraverso il procedimento ordinario, ma ancor più (per via della più frequente utilizzazione) mediante l'ordine di esecuzione, assumono la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità e sono pertanto messe al riparo da violazioni ad opera di successive leggi ordinarie che con esse risultino configgenti. In altri termini, la garanzia del rispetto degli obblighi internazionali imposta dall'art. 117, 1° c., Cost., comporta che un trattato internazionale ratificato e reso esecutivo nell'ordinamento italiano sia messo al riparo da possibili ripensamenti del legislatore e condizioni la produzione legislativa che ad esso dovrà dunque conformarsi. Analogamente anche le leggi ordinarie anteriori, eventualmente confliggenti con le norme di adattamento al trattato, saranno suscettibili di essere annullate ove il loro contenuto contrasti con le norme pattizie. Il quadro delineato nelle due sentenze "gemelle" del 2007 è stato successivamente ancor più definito dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza n. 311 del 2009 la Corte riassume le linee di fondo del ruolo attribuito alla norma costituzionale sottolineando, in particolare che l'espressione "obblighi internazionali" in esso contenuta, "si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost". Così interpretato – aggiunge la Corte –, "l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi con la conseguenza "che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost."

Con specifico riferimento alla CEDU viene poi precisato "che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti" di guisa che "nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Conven-

teratura è assai ampia. Si vedano, tra gli altri contributi, M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3565; I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)*, in *Pol. del dir.*, 2010, 76 ss.; AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. SALAZAR e A. SPADARO, Milano 2009.

zione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica”. Una simile attività interpretativa deve poi svolgersi in maniera che l’apprrezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente rispetti “la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea”. Solo quando il giudice comune ritenga impossibile “comporre il contrasto in via interpretativa”, non potendo egli “procedere all’applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante<sup>20</sup>”, né “tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione”, dovrà “sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell’art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell’art. 10, primo comma, Cost., ove

<sup>20</sup> Affermazione, questa, che troverà poi un conferma ancora più decisa nella sent. n. 80 del 2011 nella quale la Corte chiarisce che la netta differenza tra applicazione diretta del diritto dell’Unione e ruolo della CEDU non si è modificata neanche dopo il Trattato di Lisbona. La Corte, in quell’occasione rileva che “l’affermazione per cui l’art. 11 Cost. non può venire in considerazione rispetto alla CEDU, «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980, già richiamata dalla sentenza n. 349 del 2007 succitata), non poteva ritenersi, infatti, messa in discussione da detta qualificazione per un triplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché «il Consiglio d’Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell’uomo disciplinato dalla CEDU e l’attività interpretativa di quest’ultima da parte della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall’Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992» (sentenza n. 349 del 2007). In secondo luogo, perché, i «principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto», ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla CEDU, «rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT)»; avendo «la Corte di giustizia [...] precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/09, Society for the Protection of Unborn Children Ireland; sentenza 29 maggio 1998, C-299/05, Kremzow)». In terzo luogo e da ultimo, perché «il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale» (sentenza n. 349 del 2007)”.

si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto." Una volta sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetterà poi alla Corte il compito anzitutto "di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU". La Corte in quell'occasione ha, infine, chiarito "che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve", ma tuttavia essa potrà "verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporterà l'illegittimità della legge di adattamento".

### 3. *I trattati internazionali come norma interposta nel giudizio di costituzionalità: le questioni risolte ed i problemi aperti*

Il quadro così delineato – che ha colmato una lacuna nell'ambito dei principi costituzionali (per usare l'espressione della Corte) – ha risolto definitivamente una serie di questioni da tempo aperte e, a sua volta, ha finito con il prospettare alcuni profili problematici, tra i quali spicca, a mio avviso, quello relativo alla posizione degli obblighi internazionali di-

versi dalla CEDU in ragione della circostanza che la netta svolta giurisprudenziale relativa al diritto internazionale pattizio è, in realtà, interamente costruita intorno alla peculiare posizione di questo trattato internazionale nel quale, ad una previsione amplissima del sistema dei diritti (per molti versi coincidente con quella contenuta nella nostra Costituzione o in testi costituzionali degli stati aderenti), si accoppia anche la garanzia di un giudice specifico chiamato a tutelare il rispetto della convenzione da parte dei singoli stati ed al quale, dunque, spetta il potere di interpretare i principi del trattato<sup>21</sup>.

Prima di affrontare questo specifico punto appare utile precisare, procedendo in maniera assai sintetica, che, quanto alle questioni risolte, può dirsi che la svolta giurisprudenziale abbia chiarito almeno quattro profili.

In primo luogo – e si tratta di un profilo quasi scontato – si conferma che il diritto internazionale pattizio è estraneo al campo di applicazione dell'art. 10 Cost. con il quale, invece, si immettono automaticamente all'interno dell'ordinamento italiano solo le norme generalmente riconosciute, o, più correttamente, si immettono nell'ordinamento italiano norme di contenuto identico alle corrispondenti norme del diritto internazionale generale<sup>22</sup>. Si tratta in realtà, per questo verso, di una conferma di una posizione che la Corte aveva già ripetutamente assunto in epoca precedente, rifiutando di aderire alla tesi, pur autorevolmente sostenuta, che faceva derivare dalla norma generalmente riconosciuta (e, pertanto,

<sup>21</sup> Osserva, sul punto, T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli 2015, 223 che se per un verso “mancano in capo all'ordinamento convenzionale quelle caratteristiche che, in sede comunitaria, hanno consentito alla Corte costituzionale di individuare limitazioni pattizie alla sovranità dello Stato, non si può però, dall'altro lato, neppure attribuire alla Convenzione la natura di un comune trattato internazionale: l'adesione al relativo sistema comporta infatti l'assunzione da parte degli Stati aderenti di una serie di obblighi per lo più sconosciuti alle organizzazioni internazionali classiche, come ad esempio quello di garantire l'effettività del diritto a ricorrere davanti ad una istanza nazionale in caso di violazione dei diritti contemplati dalla CEDU e quello di conformare l'ordinamento interno al suo disposto, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo”.

<sup>22</sup> Sul punto l'opinione in questo senso è decisamente prevalente: si veda al riguardo la già ricordata posizione di A. D'ATENA, *L'adattamento*, cit., 188-190; in senso contrario v. F. SALERNO, *op. cit.*, 149 il quale sostiene che in conseguenza dell'innovazione costituzionale viene generalizzato l'obbligo di rispetto degli obblighi internazionali che il costituente aveva prefigurato, oltre che nell'art. 10, comma 1, anche nell'art. 10, comma 2, in riferimento alla condizione dello straniero e da ciò fa discendere che il vincolo costituzionale opera “a prescindere dalla circostanza che gli obblighi internazionali siano stati formalmente recepiti nell'ordinamento italiano”.

recepita integralmente nell'ordinamento interno) *pacta sunt servanda* la conseguenza dell'adattamento automatico a tutto il diritto internazionale pattizio<sup>23</sup>.

In secondo luogo, una volta affermato che il contrasto di una norma interna con una norma convenzionale (ed in particolare con la CEDU) si risolve in una violazione indiretta dell'art. 117, 1° c., Cost. e dà vita, pertanto, ad una questione di costituzionalità nella quale la norma del trattato (o più correttamente la norma di adattamento) assume il ruolo di norma interposta, viene superata quella prospettiva di inquadramento dei rapporti con le norme convenzionali che, adombrata in un isolato precedente della stessa giurisprudenza costituzionale, aveva poi trovato un certo favore nella giurisprudenza ordinaria di legittimità. Mi riferisco alla posizione secondo cui, in ragione della natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali ratificate e immesse nell'ordinamento, si debba ritenere la natura sovraordinata delle norme della convenzione con conseguente obbligo di disapplicazione da parte del giudice della norma interna contrastante con quella pattizia dotata della immediata precettività rispetto al caso concreto<sup>24</sup>. In realtà la svolta giurispruden-

<sup>23</sup> La tesi, originariamente sviluppata da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, 64 ss., è stata poi ripresa, tra i costituzionalisti da A. CHIAPPETTI, *Alcuni problemi di interpretazione dell'art. 10, primo comma della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 1406 ss., e, con ulteriori originali svolgimenti, da F. MODUGNO, *Considerazioni preliminari sulle intese tra Stato e Chiesa nel c.d. sistema delle fonti*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Modena 1989, 935 ss, ma spec., 956, ove si precisa che "se è norma dell'ordinamento interno che i trattati vadano osservati, una volta che le clausole di essi siano rese esecutive da legge come norme di diritto interno, non sembra più possibile sostenere che queste ultime possano essere poi abrogate, modificate ecc., da una semplice legge ordinaria che non sia, a sua volta, esecutiva di un accordo modificativo. Insomma la legge esecutiva di un trattato o accordo internazionale non può essere legittimamente contrastata da una legge semplice". La posizione della Corte sul punto era stata resa più esplicita che in altre occasioni con la sentenza n. 323 del 1989 ove la Corte precisava che "i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale o comunque superiore, così da poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*) norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta".

<sup>24</sup> Su punto cfr. Corte Costituzionale n. 10 del 1993 dove si affermava che le norme convenzionali introdotte nel nostro ordinamento sono norme dotate di una particolare

ziale del 2007 e la sua successiva stabilizzazione non sembrano più lasciare spazio a prese di posizione dei giudici comuni nel senso della diretta applicazione<sup>25</sup> (con conseguente disapplicazione del diritto interno sia anteriore che successivo<sup>26</sup>) della norma internazionale immessa nel-

forza di resistenza dovuta alla natura di principi generali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta in conseguenza dell'inserimento nell'ordinamento, e si precisava che esse sono "norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria". Posizione questa nella quale si rifletteva con evidenza la tesi da tempo sostenuta da A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano 1967, 109 ss. Più di recente, ma anteriormente alla svolta della giurisprudenza costituzionale del 2007, la tesi aveva poi trovato significativa accoglienza nella giurisprudenza ordinaria e, in particolare, in Cass., Sez. Unite, 19 luglio 2012, n. 10542, 23 dicembre 2005, n. 28507.

<sup>25</sup> In realtà, in dottrina, questa netta distinzione ha trovato qualche non infondato dissenso. Si veda, ad esempio, la posizione di M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Il Corriere giuridico*, 2008, 203, il quale, muovendo dalla considerazione che le due sentenze del 2007 finiscono per imporre non solo il vincolo alla CEDU bensì anche quello, assai più stringente, alla sua interpretazione ad opera della Corte di Strasburgo, osserva che ciò comporta una limitazione di sovranità che avvicina il fenomeno del rapporto con la CEDU a quello relativo al diritto dell'Unione. La convenzione, infatti, si sostiene, è divenuta, in forza della ratifica e dell'ordine di esecuzione, legge interna e, pertanto, il vincolo all'interpretazione alla Corte Edu finisce per configurare un vincolo in capo ai giudici italiani che incide sulla "soggezione soltanto alla legge" e sulla conseguente loro libertà interpretativa (garantita dall'art. 101 Cost.) traducendosi così "in una evidente limitazione di sovranità".

<sup>26</sup> Si veda, tuttavia, il provvedimento assunto dal Tribunale di Roma, Sezione prima civile, Giudice Dott.ssa Donatella Galterio del 23 settembre 2013, in *Consulta On line, Casi scelti, Decisioni di rilievo costituzionale della magistratura ordinaria e tributaria*, nel quale, in sede di provvedimento d'urgenza reso in materia di procreazione medicalmente assistita, si sostiene che il giudice comune deve dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo (la Corte EDU) "senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità, ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione, laddove la rimessione alla Corte Costituzionale, dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale". In senso del tutto opposto la posizione espressa da Cass. Civ., Sez. I, 14 gennaio 2008, n. 14 che, in asserita applicazione dei principi affermati dalla Corte costituzionale, ha ritenuto di non conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo procedendo ad una disapplicazione "rovesciata", vale a dire alla disapplicazione della norma internazionale in contrasto con la norma interna, come ricorda G. CATALDI, *op. cit.*, p. 333. Un'ampia analisi della posizione dei giudici comuni sul tema del divieto di diretta applicazione della Convenzione europea si rinviene nel lavoro di I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della convenzione europea*

l'ordinamento interno. La Corte ha inteso proprio distinguere nettamente il fenomeno della diretta applicazione, riservata al solo diritto comunitario (giustificandone la ragione d'ordine costituzionale), da quello relativo al diritto convenzionale le cui disposizioni si "interpongono", in forza dell'art. 117, 1° c., tra la Costituzione e in diritto interno ed assumono il ruolo di norme di rango sub-costituzionale<sup>27</sup> che condizionano la produzione normativa interna. La garanzia del rispetto degli obblighi internazionali comporta, dunque, che la legge interna confliggente con il trattato risulti in contrasto "indiretto" con la norma costituzionale, e siffatto contrasto non può che risolversi nella proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

In terzo luogo, se è vero, per un verso, che al giudice comune è inibita la disapplicazione della norma interna contrastante con la norma convenzionale, il ruolo del giudice nella dinamica dell'applicazione del diritto internazionale pattizio risulta, per così dire, assai valorizzato. Il giudice è infatti chiamato a risolvere l'eventuale antinomia tra norma interna e norma convenzionale ricorrendo all'interpretazione conforme della legge interna rispetto al trattato, a muoversi insomma nella prospettiva della ricerca di ogni possibile soluzione interpretativa che renda la norma interna compatibile con la norma di esecuzione dell'atto internazionale, utilizzando la proposizione della questione di costituzionalità come soluzione ultima ed estrema nella quale la norma CEDU svolgerà il ruolo di parametro integrativo della disposizione costituzionale. E tale sforzo interpretativo dovrà assumere, a sua volta, come parametro la norma convenzionale nella interpretazione fornita dal giudice della Convenzione, con una operazione che, a sua volta, richiederà uno sforzo interpretativo ulteriore e talvolta più complesso.

*dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAPPUCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano di controllo accentrato di costituzionalità ?*, Napoli 2013, 177 ss.

<sup>27</sup> In realtà l'affermazione della natura *sub* costituzionale delle norme del Trattato, la quale sembra comportare l'affermazione di una loro posizione gerarchica peculiare, non appare corretta come ha acutamente rilevato S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.*, 2008, 565 ss., il quale, svolgendo un'ampia analisi sui meccanismi di adattamento, conclude nel senso che le norme di esecuzione della CEDU, "create sulla base dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 2 della l. 4 agosto 1955, n. 848, sono qualificabili come norme interposte di grado legislativo aventi la funzione di parametro in rapporto all'art. 117 comma 1, senza dover postulare, a questo fine, un loro grado gerarchico sub costituzionale". Il tema è stato poi ripreso dallo stesso Autore nel saggio *Tipologia, funzione grado e forza delle norme interposte*, in *Diritto e società*, 2011, 721, ss.



Ed infatti la capacità condizionante delle interpretazioni individuate dalla Corte Europea varierà, come è stato, di recente, acutamente osservato<sup>28</sup>, in ragione della circostanza che l'interpretazione della Corte di Strasburgo discenda da una specifica sentenza di condanna relativa allo Stato cui appartiene il giudice chiamato a interpretare (ed in tal caso rivelerà una forza condizionante più stringente) ovvero concernente Stati diversi rispetto a quello cui appartiene il giudice rispetto al quale il monopolio interpretativo della Corte europea dovrà e potrà conciliarsi con il principio del "margine di apprezzamento" contenuto nella stessa convenzione<sup>29</sup>.

In quarto luogo, la posizione assunta dalla Corte, sembra avere escluso in maniera decisa che l'innovazione introdotta dall'art. 117, 1° c., abbia inciso anche sui meccanismi di adattamento. In particolare sembra doversi escludere che si possa parlare di una estensione del meccanismo di adattamento automatico anche al diritto internazionale pattizio<sup>30</sup> a simiglianza dello strumento già previsto dall'art. 10 Cost. per il diritto internazionale generale. In realtà, alla tesi secondo cui la previsione di un generale vincolo legislativo gravante sul legislatore, sia statale che regionale, di rispetto degli obblighi internazionali comporti che i trattati siano automaticamente immessi senza necessità di un ordine di esecuzione, sembra potersi replicare che proprio la svolta giurisprudenziale del 2007 milita in senso contrario. Per un verso, infatti, la Corte tiene distinto il meccanismo di cui all'art. 10 Cost. e non sembra in alcun modo attribuire all'art. 117 il significato della estensione del sistema di adattamento automatico e, per altro verso essa sembra far riferimento a norme convenzionali di volta in volta immesse nell'ordinamento, così da escludere che si possa ipotizzare l'avvenuta introduzione di una "trasformazione permanente" al diritto internazionale pattizio.

<sup>28</sup> V., sul punto le osservazioni di M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.* in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma 2014, 157 ss.

<sup>29</sup> Si mostra particolarmente critico nei confronti del vincolo discendente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 301 ss, e spec., 309-310 il quale rileva che il vincolo interpretativo non è affatto naturale ed addirittura può considerarsi inventato in quanto l'art. 46, par.1, della Convenzione obbliga gli Stati a rispettare le sentenze definitive solo se pronunciate in controversie in cui sono parti.

<sup>30</sup> V. al riguardo la posizione di A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rassegna parlamentare*, 2002, 924.

Certo, anche con il quadro così delineato permangono problemi cui la risposta della giurisprudenza costituzionale può, in qualche modo, sembrare insufficiente.

Si è sottolineato, ad esempio, che una qualche ombra sulla tecnica della utilizzazione della norma pattizia in chiave di norma interposta possa discendere dalla possibilità che il giudice, operando alla necessaria ricerca dell'interpretazione conforme alla norma convenzionale, tralasci l'eventuale problema di una possibile incompatibilità di quest'ultima con il dettato costituzionale. È pur vero che la Corte, specie nella sentenza 311 del 2009, sottolinea come il possibile verificarsi di una tale ipotesi, per quanto appartenga al novero delle eventualità più remote, imporrà che la Corte stessa verifichi la costituzionalità della relativa norma di adattamento, ma è anche vero che questa preliminare operazione non sembra imposta al giudice quando opererà alla ricerca della possibile interpretazione conforme e, constatata l'impossibilità, solleverà la questione di legittimità costituzionale. Sussiste, in altri termini, il rischio che una eventuale incompatibilità della norma pattizia con i principi costituzionali rimanga sullo sfondo, rimanga, per così dire, assorbita dallo sforzo interpretativo del giudice tutto proteso a ricercare la possibile conformità alla norma convenzionale e tralasci, conseguentemente, il problema che sta "a monte".

È stato osservato<sup>31</sup>, al riguardo, che nella stessa logica seguita dalla Corte sarebbe stato più opportuno che il giudice, preliminarmente, si desse carico della compatibilità della norma pattizia con i principi costituzionali prima ancora di procedere all'interpretazione conforme e eventualmente investisse la Corte del dubbio concernente ambo le norme (quella pattizia rispetto alla Costituzione, e quella interna rispetto alla norma [interposta] del trattato).

Ma forse il problema più ampio riguarda l'applicabilità dei principi consolidati nella giurisprudenza costituzionale a tutte le norme internazionali di origine pattizia, alle norme, in altri termini, diverse dalla

<sup>31</sup> Si vedano, al riguardo, le osservazioni critiche di 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, 311-320, il quale si sofferma poi sull'ulteriore profilo problematico concernente l'affermazione secondo cui il controllo di costituzionalità "stretto" rispetto alle norme CEDU abbia poco senso in relazione ad una convenzione che contempla diritti fondamentali in larga misura recepiti dalla Costituzione italiana sicchè "le possibili ipotesi di contrasto si muovono più sul terreno della misura accordata ai singoli diritti, piuttosto che su quello della violazione indiretta del parametro costituzionale".

CEDU che ha costituito, ad un tempo, l'occasione ed il modello per la svolta interpretativa del giudice delle leggi intorno al ruolo ed al significato dell'art. 117, 1° c., Cost.

#### 4. *L'ambito di operatività della formula "obblighi internazionali"*

Veniamo così ad un punto centrale di queste brevi riflessioni. A me pare che il problema dei trattati diversi dalla CEDU sia suscettibile di essere sdoppiato in due diversi, sia pure complementari, aspetti.

Il primo di questi riguarda l'estensione dell'ambito dell'area di operatività della formula "obblighi internazionali", riguarda, in altri termini, il significato che deve attribuirsi alla formula, certamente assai vasta e generica, contenuta nella disposizione costituzionale. Se è vero, infatti, che la costruzione offerta dalla giurisprudenza costituzionale si svolge ripetutamente con un riferimento, se si vuole, altrettanto generico a tutti gli obblighi internazionali, è però indiscutibile che il ragionamento è poi condotto alla luce della specificità che contrassegna il trattato CEDU.

Il secondo, più ampio e complesso, aspetto concerne invece – una volta delimitato l'ambito di operatività della disposizione costituzionale – il modo in cui debba essere inteso il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali rispetto ai trattati diversi dalla CEDU che non prevedono la presenza di un giudice appositamente istituito per assicurare l'uniformità dell'interpretazione della norma pattizia e garantire il rispetto ad opera degli Stati contraenti. Se, insomma, la convenzione europea (o, meglio le norme di adattamento) non si differenziano sul piano delle fonti rispetto ad altri trattati, secondo la giurisprudenza costituzionale, è però innegabile che la peculiarità di quel trattato abbia giocato un ruolo determinante nella interpretazione dell'art. 117 offerta dalla Corte, sia in riferimento alla presenza del giudice della Convenzione (la Corte di Strasburgo), sia in riferimento alla questione della differenziazione rispetto al diritto comunitario dal quale la Corte ha fatto derivare il divieto di disapplicazione della norma interna confliggente, con la conseguenza che, quanto meno, su questi due specifici punti si pone il problema di verificare la tenuta dello schema costruito dalla giurisprudenza costituzionale ovvero di verificare se con riferimento agli "altri" trattati si configurino modalità diverse di rispetto del principio introdotto con il novellato art. 117 Cost.

Quanto al primo dei due profili, nonostante sia stata autorevolmente

prospettata una interpretazione che, facendo leva sulla formulazione letterale della disposizione costituzionale, giunge a prospettare un obbligo di conformazione rispetto a tutti gli obblighi internazionali alla sola condizione del loro perfezionamento con la stipulazione e con la ratifica, anche quando non seguita dall'adattamento, in quanto – si sostiene – il dovere di rispetto “prescinde dall'*an* come dal *quando* esso sia recepito nell'ordinamento interno”<sup>32</sup>, la tesi indubbiamente prevalente è quella che circoscrive gli “obblighi” solo in riferimento ai trattati per i quali vi sia stata una espressa deliberazione parlamentare.

Ciò, nonostante le ambiguità contenute nella legge n. 131 del 2003 la quale è stata approvata espungendo dal suo testo proprio l'espressione che ancorava gli obblighi ai soli trattati internazionali ratificati a seguito di legge di autorizzazione. È nettamente prevalsa, pertanto, una interpretazione di tipo sistematico che, facendo leva anche sulla norma contenuta nell'art. 80 Cost. (la quale, come è noto, richiede l'autorizzazione delle Camere per la ratifica dei trattati internazionali che comportano modificazioni delle leggi in vigore), mira così ad escludere la possibilità che anche accordi in forma semplificata o ratificati in assenza di legge di autorizzazione, possano configurare obblighi di conformazione in capo al legislatore ordinario<sup>33</sup>. Ora se questa delimitazione si rivela particolarmente significativa perché in fondo impedisce che atti diversi da una fonte di livello primario possano vincolare proprio lo stesso legislatore<sup>34</sup>, resta il fatto che l'area degli atti dai quali discendono obblighi internazionali rimane pur sempre di grande ampiezza. Ciò non solo perché lo stesso campo dei trattati concernenti il sistema dei diritti si è andato progressivamente estendendo e rafforzando, ma anche perché in questa area

<sup>32</sup> Così F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 91 il quale sostiene che una volta che sia divenuto perfezionato e si divenuto efficace l'accordo sul piano internazionale esso determina gli obblighi di conformazione dell'ordinamento interno “anche se, per avventura, non siano state osservate le formalità previste dal diritto interno (ad es. sia mancata la previa legge di autorizzazione alla ratifica per i trattati di cui all'art. 80 Cost.)”.

<sup>33</sup> Osserva al riguardo E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, cit., 467 che, con riferimento ad una interpretazione letterale dell'art. 117, si potrebbe “addirittura concludere che il vincolo alla funzione legislativa possa sorgere anche rispetto ad accordi conclusi dall'Esecutivo in violazione rispetto alla procedura costituzionale prevista dall'art. 80 Cost. Questa interpretazione sarebbe però irragionevole. Essa, infatti, capovolgerebbe completamente la logica istituzionale sulla quale è fondato l'art. 80 [...] che ha precisamente lo scopo di tutelare le prerogative legislative da interferenze dell'esecutivo”.

<sup>34</sup> V., sul punto, le considerazioni di G. PARODI, *Le fonti del diritto*, Milano 2013, 31.

insistono trattati ed accordi anche di natura assai diversa, multilaterali o anche solo bilaterali, concernenti i settori più disparati che vanno dagli accordi di natura commerciale a quelli di cooperazione industriale di vario genere (tanto per citare solo alcuni esempi). Proprio in questa eterogeneità e varietà degli obblighi internazionali<sup>35</sup> è stata individuata una zona critica sul modo di intendere il ruolo dell'art. 117 disegnato dalla Corte, sia perché l'appiattimento di tutti i trattati "sullo stesso gradino altissimo" finirebbe per oscurare la realtà delle relazioni internazionali e far dimenticare come con i trattati "si possa fare, si sia fatto e si faccia di tutto, dalle cose più alte alle più basse"<sup>36</sup>, sia perché essa costituirebbe il presupposto di un eccessivo irrigidimento della legislazione in quei settori occupati, per così dire, dalla normazione convenzionale dove il legislatore non può far altro che arretrare o comunque non contraddire la disciplina pattizia. Ma di là da questi profili critici rimane il problema di verificare se nei confronti degli obblighi diversi dalla CEDU, di quegli obblighi cioè che non condividano (per usare le stesse espressioni della Corte) "struttura" ed "obiettivi" della CEDU si possa ipotizzare l'utilizzazione di strumenti diversi rispetto allo schema interpretazione conforme alla CEDU (con vincolo interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo)-proposizione della questione di legittimità.

5. *Vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri trattati internazionali: in particolare, i criteri alternativi alla proposizione dalla questione di costituzionalità per assicurare la conformità della norma interna al trattato*

Invero, già subito dopo la svolta giurisprudenziale del 2007, era emerso come le motivazioni delle due decisioni in punto di divieto di disapplicazione delle norme interne contrastanti, manifestassero un qualche segno di incertezza e di disarmonia tra le due decisioni, l'una (la sent.

<sup>35</sup> Sottolinea al riguardo, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 247, criticando quelle dottrine che intendono far discendere la prevalenza dei trattati sulle norme di legge interna in ragione del grado di vincolo che essi esprimono, come si possano individuare, nel sistema dei trattati internazionali, "numerosi casi di accordi poveri di strumenti giuridici vincolanti gli Stati aderenti ma che tutelano interessi di grande levatura, mentre esiste al contempo una miriade di piccole intese fortemente vincolanti e che, anzi, si presentano quasi come dei contratti sinallagmatici tra Stati".

<sup>36</sup> Le espressioni tra virgolette sono di L. CONDORELLI, *op. cit.*, 306

348) sembrando voler far leva sulla maggior capacità di resistenza della CEDU, l'altra (la sent. 349) ponendo l'accento sulla struttura e le caratteristiche delle norme convenzionali, con la conseguenza di lasciare in ombra la ragione per la quale si debba sempre rinunciare alla possibilità di una applicazione diretta della norma convenzionale (quanto meno quando sia successiva a quella confliggente interna). Si poneva così in evidenza come in realtà lo schema della necessaria instaurazione del giudizio di costituzionalità (fallito il tentativo di interpretazione conforme) non necessariamente avrebbe dovuto ritenersi come preclusivo di altri strumenti mediante i quali assicurare l'applicazione della norma pattizia ove quest'ultima presentasse una diversa struttura rispetto alla CEDU, quali ad esempio l'accertamento dell'avvenuta abrogazione ovvero l'utilizzazione del criterio di specialità<sup>37</sup>. In altri termini, dinanzi a trattati diversi dalla CEDU, fermo restando che la disapplicazione della norma interna contrastante con la norma internazionale verrebbe a porsi in insanabile contrasto con la giurisprudenza costituzionale, non sembra tuttavia potersi escludere che i giudici, nella concreta esperienza dell'applicazione di norme pattizie di diversa natura, possano utilizzare strumenti che consentano di giungere alla prevalenza della disciplina convenzionale (e, dunque, al pieno rispetto degli obblighi internazionali) senza necessariamente sollevare la questione di costituzionalità per violazione della norma interposta. Proprio muovendo da questi spunti, specie in riferimento alla perdurante possibilità di utilizzazione concreta dell'abrogazione ovvero dello strumento offerto dal criterio di specialità, un'ampia e accurata analisi critica di qualche anno successiva alla svolta giurisprudenziale del 2007 ha posto in evidenza come i giudici, con riferimento a trattati diversi dalla CEDU, si siano ritagliati spazi che "in modo più o meno ortodosso [...] consentono loro di far prevalere la disciplina internazionale senza passare attraverso il giudizio di costituzionalità"<sup>38</sup>. Siffatta attività interpretativa si è mossa in almeno tre direzioni

<sup>37</sup> Sul punto v. le riflessioni di S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 292-293, il quale rileva come non risulti chiara la ragione per la quale "si debba rinunciare – a favore del giudizio di costituzionalità – ad un'applicazione diretta di norma convenzionale successiva nel tempo ed idonea ad abrogare quella nazionale di legge ordinaria con essa confliggente, ovvero perché quella stessa norma convenzionale atta ad avere eventualmente diretta applicazione non possa essere preferita, in base ad ovvie considerazioni di specialità, ad una norma ordinaria successiva".

<sup>38</sup> L'espressione è di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante*

che possono così sinteticamente essere riassunte: a) l'utilizzo dell'interpretazione conforme; b) il ricorso al criterio di specialità; c) l'accertamento dell'abrogazione. Quanto al primo strumento può pacificamente affermarsi che non si tratta della utilizzazione di un canone interpretativo sorto in occasione dell'interpretazione dell'art. 117, bensì di un canone già largamente in uso, addirittura nell'ambito degli stessi trattati internazionali. Ciò che finisce per rendere l'utilizzo di questo canone potenzialmente più proficuo in relazione agli atti diversi dalla CEDU è, con evidenza, il suo risultare del tutto sciolto da una interpretazione vincolante della norma pattizia, quale è quella che discende dalla Corte Edu<sup>39</sup>. Con la conseguenza che il giudice potrà compiere operazioni interpretative caratterizzate da un margine certamente più ampio di duttilità e dalla conseguente possibilità di avvicinare il significato delle due norme (quella convenzionale e quella interna) con maggiore facilità. In realtà siffatto criterio sembra poter trovare (o aver già trovato) uno spazio particolarmente ampio, come in qualche modo confermato dalla sostanziale carenza di questioni di costituzionalità che assumano come parametro convenzioni diverse dalla CEDU<sup>40</sup> a testimonianza di una attività interpretativa che, verosimilmente, ha raggiunto conclusioni accettabili sul punto del rispetto degli obblighi internazionali senza necessità di ricorrere alla proposizione della questione di costituzionalità.

In qualche modo connesso al canone dell'interpretazione conforme si rivela poi l'utilizzazione del criterio di specialità, criterio che, già ante-

*dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2009, 110, cui si deve fino ad oggi lo studio più accurato sul tema degli obblighi scaturenti da convenzioni internazionali diverse dalla CEDU.

<sup>39</sup> Sottolinea particolarmente questo profilo G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli 2012, 88 ss. la quale, con riguardo al criterio dell'interpretazione conforme al diritto pattizio, afferma che esso "pur non rappresentando una novità – se non nel caso di obbligo internazionale successivo alla normativa interna – è stato spesso preferito alla proposizione di questioni di legittimità costituzionale. La ragione di tale scelta va individuata non tanto e non solo nelle affermazioni della Corte in merito al percorso da seguire – interpretazione adeguatrice e ove impossibile, giudizio dinanzi alla Corte – quanto piuttosto nella piena libertà interpretativa di cui gode il giudice comune rispetto ai trattati internazionali diversi dalla Cedu".

<sup>40</sup> Osserva E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 114, al riguardo, che "è proprio la possibilità per ogni giudice di determinare autonomamente il contenuto dell'obbligo internazionale che offre una seconda spiegazione della mancanza di questioni di legittimità costituzionale aventi come unico parametro interposto un trattato diverso dalla Convenzione europea.



cedentemente alla riforma del 2001, era largamente utilizzato dalla giurisprudenza comune al fine di assicurare l'osservanza degli obblighi immessi nell'ordinamento interno. Posto che tale criterio appare, ovviamente, utilizzabile solo con riferimento ai trattati cui sia stata data esecuzione nell'ordinamento interno mediante uno dei meccanismi di adattamento, in quanto, per sua natura applicabile tra fonti di pari grado (ossia entrambi dotate della forza della legge ordinaria), appare condivisibile la tesi secondo cui l'applicazione di questo criterio debba essere intesa in senso rigoroso e, in qualche misura, restrittivo, vale a dire come accertamento ad opera del giudice della prevalenza della norma speciale (pattizia) al singolo caso, al caso cioè al quale la singola, specifica norma risulti applicabile in relazione alla concreta fattispecie. Finirebbe, infatti, per urtare decisamente con lo schema offerto dalla giurisprudenza costituzionale (per come lo si è delineato in precedenza) l'utilizzazione del criterio di specialità in una accezione più ampia, vale a dire come generale specialità (e, dunque, prevalenza) di ogni norma pattizia recepita sulla confliggente norma interna fino al momento in cui il legislatore nazionale non avesse manifestato la contraria volontà di venir meno agli obblighi contratti sul piano internazionale. Tesi questa che, pur autorevolmente sostenuta<sup>41</sup>, finirebbe, ove accolta nella sua interezza, per rendere difficile, se non impossibile, la configurazione della norma pattizia come norma interposta nel giudizio di costituzionalità, o meglio per eliminare del tutto l'esigenza del controllo di costituzionalità sulla norma interna confliggente con quella convenzionale. D'altra parte le stesse sentenze "gemelle" del 2007 (e la giurisprudenza costituzionale successiva) non sembrano contraddire la possibilità del ricorso al predetto criterio nei termini delineati. Ed anzi la sent. 349/07, contenendo una (peraltro isolata) esortazione ai giudici ad avvalersi della presunzione di conformità

<sup>41</sup> V. sul punto B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2010, 329, il quale osserva: "il principio di carattere interpretativo, secondo cui il trattato internazionale, una volta introdotto nell'ordinamento interno, prevale finché non si dimostri la volontà del legislatore di venir meno agli impegni internazionali, è, come chi scrive ha sempre sostenuto, un principio di specialità *sui generis*, di una specialità che non va confusa con quella *ratione materiae* o *ratione personarum*: la specialità consiste per l'appunto nel fatto che la norma internazionale è sorretta non solo e non tanto dalla volontà che certi rapporti siano regolati in un certo modo quanto dalla volontà che gli obblighi internazionali siano rispettati. Così inteso [...] il principio di specialità dei trattati è applicabile anche quando l'adattamento ad un trattato abbia avuto luogo con procedimento ordinario e sempre che sia possibile stabilire in un qualsiasi modo che le norme interne di adattamento, sebbene riformulate, siano state emanate proprio per rispettare gli impegni internazionali".

della norma interna alla norma pattizia sembra lasciare spazio alla utilizzazione del principio di specialità. In qualche modo, dunque, l'uso di questo criterio sembra poter rappresentare una attività preliminare e doverosa da parte del giudice, una attività che può inquadrarsi nella più ampia ricerca di una interpretazione compatibile con il trattato recepito (e, dunque, con il principio costituzionale), posto che la proposizione della *quaestio legitimitatis* rappresenta pur sempre "l'ultima spiaggia", una volta falliti i tentativi svolti sul piano ermeneutico<sup>42</sup>.

Deve peraltro ricordarsi come, specie da parte della dottrina internazionalistica, sia stato sottolineato particolarmente come, per un verso, il principio di specialità abbia ricevuto, ad opera del nuovo art. 117, 1° c., Cost. un cospicuo rafforzamento<sup>43</sup> e, per altro verso, come siffatto principio sia stato sottovalutato dalla Corte costituzionale allo scopo di pervenire all'integrale accentramento, in capo alla Corte, della risoluzione delle antinomie tra diritto interno (anteriore e successivo) e diritto pattizio oggetto di adattamento<sup>44</sup>. Ora se può convenirsi intorno all'idea che il principio di specialità abbia ricevuto una sorta di consolidamento, quale riflesso del più generale principio di conformità dell'ordinamento interno agli impegni internazionali immessi nel diritto interno, non sembra possa essere seguita l'opinione di una sua sostanziale sottovalutazione da parte del Giudice delle leggi. In realtà, per le ragioni che si sono dette, il dato che emerge dalla giurisprudenza costituzionale è quello di escludere che il giudice comune possa puramente e semplicemente disapplicare il diritto interno, ma non già quello di escludere che l'operazione interpretativa possa percorrere le altre strade consentite dall'ordinamento. E se è vero che tra queste, l'operazione privilegiata, in via generale, è quella della ricerca dell'interpretazione conforme, ciò non

<sup>42</sup> Osserva, al riguardo E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 121, che "l'unica differenza con il ricorso all'interpretazione conforme all'obbligo internazionale avente ad oggetto una specifica disposizione di legge interna è che in questo caso il giudice procede a una sorta di interpretazione conforme al vincolo internazionale «di sistema», al termine della quale riscontra che l'eventuale questione di legittimità costituzionale della norma interna difforme dall'obbligo internazionale risulta non rilevante, invece che manifestamente infondata". Sul punto si veda altresì E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 140.

<sup>43</sup> In questo senso B. CONFORTI, *Note sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Napoli 2004, 497.

<sup>44</sup> V. sul punto, L. GAROFALO, *op. cit.*, 117-118.

esclude che l'attività interpretativa possa giovare anche del principio di specialità, nel suo significato di principio che consente la deroga al diritto interno quando la disposizione pattizia immessa nell'ordinamento interno risulti di carattere "speciale" rispetto alla confliggente disposizione statale. Ma è il riconoscimento del ruolo parametrico alla norma internazionale recepita nel diritto interno a consentire un ancoraggio preciso e sicuro per il rispetto degli obblighi internazionali, a consentire, in altri termini, di giungere all'annullamento della norma interna confliggente e, dunque, di arrivare laddove i criteri di soluzione delle antinomie non possono spingersi.

Quanto, infine, al possibile uso dell'istituto dell'abrogazione non sembra vi possano essere ostacoli al suo utilizzo purchè sussistano due condizioni, ossia che si tratti di una norma pattizia posteriore alla norma interna e che la stessa norma pattizia sia dotata di quel contenuto di specificità e di immediata applicabilità che ne consenta il raffronto con la norma interna precedente. Situazione, questa, che difficilmente può essere predicata in capo alla CEDU, il cui contenuto è prevalentemente caratterizzato da norme di principio non dissimili dalla struttura tipica delle norme costituzionali, mentre più facilmente si può riscontrare in altri trattati recepiti nell'ordinamento interno e costruiti mediante disposizioni che si presentano di immediata e diretta applicazione<sup>45</sup>. Naturalmente la ulteriore condizione alla stregua della quale è possibile far uso dello strumento abrogativo risiede nella sensibilità del giudice che non può ricorrere ad abrogazioni, per così dire, dissimulate per realizzare una disapplicazione della norma interna, sia perché una simile operazione urterebbe, ancora una volta, frontalmente con l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale, sia perché, ovviamente, si verrebbero a confondere istituti che si muovono su piani teorici radicalmente diversi, rispondendo alla disapplicazione a logiche e presupposti del tutto differenti dalla incompatibilità cronologica<sup>46</sup>. È verosimile ritenere, pertanto, che il ricorso

<sup>45</sup> È tuttavia da ricordare, come osserva esattamente G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, vol. XII, Torino 1997, 400 ss., che non può escludersi che norme che appaiano incomplete possano invece essere suscettibili di immediata applicazione mentre anche norme dettagliate possano risultare non self-executing in virtù di una sorta di reazione di rigetto dell'ordinamento interno. Sui caratteri delle norme patrizie *self-executing* si veda l'ampia analisi contenuta nel lavoro di S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano 1999, 67 ss.

<sup>46</sup> Sul rapporto tra disapplicazione e abrogazione si vedano le riflessioni di C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., 21, il quale osserva, tra l'altro, che "con l'abro-

all'abrogazione si affermi (o, forse, più correttamente, continui ad essere utilizzato) dalla giurisprudenza comune, relegando, così, correttamente, il ricorso alla proposizione della questione di costituzionalità alle sole ipotesi di impossibilità di accertare l'avvenuta abrogazione<sup>47</sup> (ovvero di ricorrere agli altri strumenti di cui si è detto) il risultato di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali. È quasi superfluo, peraltro, sottolineare che l'uso dei criteri di cui si è detto si muove sul piano delle singole questioni che, di volta in volta, si presentano all'esame del giudice comune, assume, in altri termini, una rilevanza *inter partes*, mentre, ovviamente, la proposizione della questione di legittimità, se è poi seguita dalla declaratoria di illegittimità della norma interna incompatibile, è l'unica a dispiegare una efficacia *erga omnes*, ad espungere in via definitiva dall'ordinamento una disposizione che contrasta con l'obbligo internazionale. Nonostante ciò l'uso ad opera del giudice dei criteri in parola (ed in particolare del criterio di specialità e dell'accertamento dell'abrogazione) rispetto alla pluralità degli obblighi internazionali diversi dalla CEDU non sembra incompatibile con la costruzione della Corte in termini di garanzia del rispetto degli obblighi mediante la proposizione della questione di legittimità, condizionata dai caratteri strutturali della CEDU, ed in particolare, dalla necessità di assicurare la costante prevalenza delle relative norme, nella interpretazione offerta dalla Corte europea, e dai suoi obiettivi.

Se poi l'uso di questi strumenti si affermi, in concreto, nelle esperienze dei giudici comuni è operazione di difficile verifica richiedendo una ricerca ed una analisi di dati di problematica reperibilità ed un monitoraggio costante della produzione giurisprudenziale a vario livello non sempre agevole. In alcune analisi dedicate, di recente a specifici trattati, quali ad esempio la Carta sociale europea<sup>48</sup>, emerge soprattutto il dato

gazione si produce una cessazione tendenzialmente definitiva dell'efficacia della norma, diversamente dalla disapplicazione, posto che quest'ultima agisce soltanto limitando l'efficacia della norma e non facendola cessare in senso assoluto, ma determinando così una coesistenza di due discipline normative che risultano tra loro concorrenti" (24-25).

<sup>47</sup> Osserva sul punto E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 127 che l'alternativa tra accertamento dell'avvenuta abrogazione da parte dell'autorità giudiziaria o dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Corte risulta "del tutto analoga a quella sulla quale prese posizione la prima sentenza della Corte costituzionale, la n. 1/56, in riferimento alle leggi anteriori alla Costituzione repubblicana ritenute incompatibili con una norma costituzionale sopravvenuta".

<sup>48</sup> V. al riguardo la ricerca di G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, n. 18 del 2013.

secondo cui i giudici, di fronte a norme che individuano prevalentemente principi, sono propensi a riconoscere all'obbligo internazionale soprattutto il ruolo di criterio interpretativo, o più correttamente ad attribuirgli una efficacia in funzione integrativa della norma interna diretta a pervenire a interpretazioni che si orientino verso il sostanziale rispetto della norma internazionale<sup>49</sup>. Quanto alla giurisprudenza costituzionale può essere utile rilevare che, almeno con riferimento agli anni più recenti, si assiste ad una scarsa utilizzazione di norme di origine pattizia diverse dalla CEDU come parametro di legittimità. Nell'anno 2013, una sola questione (quella decisa con la sent. 7 del 2013) ha visto affrontare direttamente una situazione in cui entravano in gioco impegni internazionali ratificati e resi esecutivi nell'ordinamento interno. Si trattava della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e della analoga Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa (entrambi ratificati e resi esecutivi con legge). La Corte è pervenuta all'annullamento della norma interna (nella specie l'art. 569 del c.p.) la quale, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore in conseguenza dell'automatica perdita della potestà genitoriale nell'ipotesi di accertato delitto di soppressione di stato, violava i due Trattati, considerati norme interposte nel giudizio di costituzionalità e, pertanto, si poneva in contrasto con l'art. 117 Cost<sup>50</sup>. Analogamente, nel corso dell'anno successivo, assai modesto è il numero dei trattati internazionali rispetto ai quali si è posta una questione di legittimità costituzionale. Oltre alla già ricordata Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (sent. 239/14), le questioni prospettate invocavano il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ord. 247/14), la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori (sent. 143), la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza delle donne e la violenza domestica (sent. 172)/14. Il tratto comune delle questioni risiedeva, tuttavia, non già nella diretta invocazione delle norme pattizie in questione come parametro diretto di costituzionalità, bensì nel loro richiamo, ora al fine di integrare il parametro costi-

<sup>49</sup> La funzione di ausilio all'interpretazione svolta dalle norme pattizie era stata sottolineata, già prima della riforma del 2001, da M. RUOTOLO, *La funzione ermeneutica delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 2000, 291 ss.

<sup>50</sup> Su questa decisione, v. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

tuzionale interno, ora al fine di utilizzare *ad adiuvandum* la norma pattizia, ora, più semplicemente, per completare il quadro normativo di riferimento della questione proposta. Singolari poi le questioni proposte con riferimento alla Carta europea delle autonomie locali (sottoscritta a Strasburgo nel 1985 e ratificata con la legge 439/89) rispetto alla quale si è assistito ad una presa di posizione della Corte costituzionale, dapprima con la sent. n. 44/14 e, più di recente, con la sent. n. 50/15, che ne ha fortemente svalutato la natura precettiva<sup>51</sup>. Massiccio, al contrario, risulta il contenzioso costituzionale nel quale si invoca come parametro interposto la CEDU, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a testimonianza di una forte penetrazione del modello disegnato con la due sentenze gemelle del 2007. È pur vero che il richiamo alla norme della Convenzione avviene quasi sempre ad integrazione di parametri costituzionali interni, talvolta al solo scopo di supporto ermeneutico della norma costituzionale che si assume violata, ma non vi è dubbio che ormai appare diffusa una piena consapevolezza del ruolo assunto dalla Convenzione nel condizionare, nei settori “convenzionalmente” sensibili (tra i quali spiccano, tra gli altri, il diritto all’equo processo, il rispetto della vita privata e familiare, la libertà e la sicurezza) la

<sup>51</sup> Si legge nella decisione, con riferimento alla questione della elezione di secondo grado degli organi degli enti locali, della cui costituzionalità di dubitava, che “a prescindere dalla natura di documento di mero indirizzo della suddetta Carta europea, che lascia ferme «le competenze di base delle collettività locali [...] stabilite dalla Costituzione o della legge», [...] al fine, appunto, di escludere l’idoneità delle disposizioni della Carta stessa ad attivare la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., è comunque decisivo il rilievo che l’espressione usata dalla norma sovranazionale, nel richiedere che i membri delle assemblee siano “*freely elected*”, ha, sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale della esigenza di una effettiva rappresentatività dell’organo rispetto alle comunità interessate. In questa prospettiva non è esclusa la possibilità di una elezione indiretta, purché siano previsti meccanismi alternativi che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti”. Sul punto si vedano le critiche, e condivisibili, notazioni di A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, il quale rileva esattamente come la Corte abbia ignorato completamente quella parte dell’art. 3 della Carta europea ove si parla espressamente di organi “costituiti da membri eletti a suffragio universale libero, segreto, paritario, diretto e universale, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti”, ed abbia costruito una interpretazione ultra restrittiva del testo depotenziandone la sua portata precettiva, quasi a ritenere che si possano configurare norme pattizie immesse nell’ordinamento ad efficacia variabile, una sorta di distinzione tra trattati di serie A e trattati di serie B cui “il nostro ordinamento potrebbe resistere senza problemi” (p. 24).

legislazione. Il limitato numero di decisioni di accoglimento che assumono la violazione della CEDU<sup>52</sup> non è dunque pienamente rivelatore della penetrazione del diritto pattizio perché con una certa frequenza la Corte preferisce risolvere la questione sulla base del solo parametro costituzionale interno. Peraltro il rilievo determinante che (almeno fino ad oggi) ha svolto l'interpretazione della Corte europea è testimoniato dalla riproposizione di questioni di legittimità già respinte dalla Corte italiana quando sia nel frattempo intervenuta una nuova decisione della Corte europea ritenuta influente sulla questione di legittimità costituzionale<sup>53</sup>.

È verosimile, dunque, pensare che l'esiguità delle questioni di costituzionalità nelle quali si invocano a parametro trattati internazionali diversi dalla CEDU costituisca un indice di una maggiore attenzione dei giudici comuni verso l'utilizzazione di quei criteri che consentono di giungere in via interpretativa alla prevalenza della norma pattizia sul diritto interno<sup>54</sup>, mentre con maggiore difficoltà possono profilarsi, ovvia-

<sup>52</sup> Nel corso del 2014 due sole decisioni (sentenze n. 135 e 187) pervengono alla declaratoria di illegittimità per violazione della CEDU e di altre norme costituzionali.

<sup>53</sup> Mi riferisco, in particolare, alla recente ordinanza di rimessione emessa dalla Corte di Cassazione, Sezione lavoro, n. 4881 dell'11 marzo 2015 con la quale la Suprema Corte solleva la questione di legittimità costituzionale della legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 777, primo periodo. Nella articolata e densa ordinanza – nella quale è riassunta efficacemente la posizione assunta dalla Corte costituzionale nei confronti della Convenzione europea, alla luce dell'art. 117 – la Cassazione ripropone la questione di legittimità relativa alla medesima disposizione (concernente le c.d. "pensioni svizzere"), già respinta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 264 del 2012 affermando tra l'altro, come essa "non può non tenere nella debita considerazione il «fatto nuovo» della condanna dell'Italia con la sentenza *Stefanetti*, cui non può darsi risposta sulla base degli argomenti utilizzati dalla Corte delle leggi nella già ricordata decisione n. 264/2012, non solo perché tale decisione ovviamente non tiene conto della «replica» della Corte Edu con la successiva condanna anche sul punto della violazione del diritto ad un giusto processo [...], ma – soprattutto – perché gli argomenti che supportano la decisione della Corte delle leggi del 2012 non considerano il «fatto nuovo» della condanna anche per la violazione «sostanziale» del diritto pensionistico dei lavoratori italiani". Questione, quest'ultima, che dovrà ora confrontarsi con i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e, in particolare, con la sentenza n. 49 del 2015. Su punto v. quanto si dirà al successivo par. 6.

<sup>54</sup> In questa direzione le osservazioni di E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale...*, cit., p. 744, la quale rileva che "nessun trattato in materia civile, commerciale, fiscale (o quant'altro) è stato finora mai invocato come parametro interposto davanti alla Corte costituzionale per pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi successive con esso contrastanti. Per assicurare, quando serve, la prevalenza degli obblighi internazionali posti da trattati diversi da quelli sui diritti umani sulle leggi ordinarie successive, infatti, i giudici continuano ad utilizzare il vecchio criterio (interpretativo) di specialità, cui attingevano già al medesimo scopo fin da epoca ben antecedente alla riforma costituzionale".



mente, forme di surrettizio superamento dello schema disegnato dalla giurisprudenza costituzionale, nonostante la presenza di sporadici – ma significativi – tentennamenti giurisprudenziali nei quali si affaccia il profilo della possibile disapplicazione della legge interna per assicurare la prevalenza del trattato<sup>55</sup>.

Non è poi da escludere che lo stesso legislatore si preoccupi oggi di rimuovere la legge di esecuzione di un trattato ove per qualche ragione intenda modificare la disciplina introducendone una nuova più adeguata all'evoluzione dei rapporti e alla tutela dei diritti. È evidente che, prima dell'introduzione dell'art. 117, una simile operazione non presentava particolari profili problematici perché la disciplina confliggente con il trattato era in grado di abrogare la norma contenuta nella legge di esecuzione (ferma restando, ovviamente la responsabilità dello Stato sul piano internazionale). Un segnale, in questo senso, si può, ad esempio, cogliere nel Dec.to Leg.vo n. 79 del 2011 recante il "*Codice della normativa statale in tema di ordinamento del mercato del turismo*" il cui contenuto si sarebbe posto, in larga misura, in contrasto con la legge n. 1084 del 1977 recante "*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio*" firmata a Bruxelles nel 1970. Ebbene il Dec.to Leg.vo 79/2011 contiene una specifica disposizione (l'art. 3) con la quale viene interamente abrogata la legge che immetteva nell'ordinamento interno la Convenzione di Bruxelles, ma subordina tale abrogazione al momento "in cui diviene efficace la denuncia dello Stato italiano della Convenzione internazionale sul contratto di viaggio". In altri termini, la condizione che consente di produrre una nuova (e più ampia disciplina) sul contratto di viaggio è strettamente collegata e dipendente dalla preventiva rimozione dell'obbligo internazionale mediante lo strumento di denuncia da parte dello Stato. Affiora, dunque, almeno in questo caso, una più spiccata attenzione del legislatore nazionale che, verosimilmente, mira a prevenire le incertezze interpretative derivanti dalla coesistenza di norme in conflitto, ma soprattutto appare diretta a prevenire questioni di

<sup>55</sup> Il richiamo, in questo caso, è ad una recente Sentenza della Cassazione, Sezione terza civile, n. 6078 del 26 marzo 2015, ove si legge che la "Costituzione italiana ha pienamente recepito i trattati internazionali e, pertanto, ove la legge italiana vi si ponga in insanabile contrasto, essa deve essere *disapplicata* (corsivo nostro), ovvero dichiarata incostituzionale". Affermazione, questa che, con evidenza, sembra prefigurare un'alternativa tra disapplicazione e proposizione della *quaestio legitimitatis* che si pone in radicale contrasto, non solo con la giurisprudenza costituzionale ma anche con la stessa giurisprudenza ordinaria.

legittimità costituzionale quando siano in gioco obblighi internazionali. Un segnale, forse, di una ancora più penetrante efficacia della norma costituzionale sul rispetto del diritto dei trattati e di una rinnovata sensibilità verso il rispetto degli obblighi internazionali.

6. *Rispetto degli obblighi internazionali e sviluppi recenti della giurisprudenza costituzionale con riguardo alla posizione della CEDU: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*

Dalle considerazioni fin qui svolte, e cercando ora di tirare le somme del discorso avviato ma anche di individuare spunti per possibili sviluppi, si può sottolineare, in primo luogo, come lo schema generale impostato dalla giurisprudenza costituzionale si sia gradualmente affinato intorno al principio del divieto di disapplicazione della norma interna in contrasto con quella convenzionale, sia che essa si riferisca alla CEDU o ad altri trattati sui diritti, sia che si riferisca a trattati immessi nell'ordinamento mediante la legge di esecuzione ma diversi quanto a contenuto. Al divieto di disapplicazione corrisponde poi l'obbligo del giudice di sollevare la questione di costituzionalità per violazione indiretta dell'art. 117, quando non sia possibile superare il contrasto in via interpretativa. Se questo è il modello mediante il quale, in via generale, si risolvono i contrasti tra le norme pattizie e il diritto interno confliggente, vi è però, per i trattati diversi dalla CEDU, la possibilità che la prevalenza della norma convenzionale si riesca ad assicurare mediante l'utilizzazione di altri criteri, ed in special modo mediante il ricorso all'interpretazione conforme ovvero per il tramite dell'utilizzazione del criterio di specialità. Il primo (l'interpretazione conforme), infatti, può giovare della più ampia libertà interpretativa di cui gode il giudice comune che, quando non si trova a dover fare i conti con la Convenzione europea e con il conseguente vincolo interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo, ha certamente margini di manovra più estesi in grado di avvicinare quanto più possibile l'interpretazione della norma interna alla norma convenzionale. Il secondo (il criterio di specialità) si presta per sua natura a risolvere il conflitto quando si ha a che vedere con trattati il cui ambito di applicazione risulta più circoscritto, quando la specialità della disciplina convenzionale può essere individuata con adeguati margini di precisione, in via interpretativa, rispetto alla più generale disciplina interna. Scontato, potrebbe dirsi, è poi il ricorso all'abrogazione quando si discorra di una

disciplina pattizia successiva alla norma interna, perché è evidente che se la norma pattizia adattata è, in forza della legge di esecuzione, per l'appunto, una legge, il criterio della prevalenza della *lex posterior* non può che valere anche in questo caso. Scontato, ma non più semplice o più frequente, perché, in realtà, per un verso le norme pattizie difficilmente si sovrappongono a discipline interne già presenti e, per altro verso, quando il loro contenuto è di portata ampia o investe il sistema dei diritti (ed, in questo caso, richiede sovente uno sviluppo ad opera del legislatore) l'accertamento dell'avvenuta abrogazione diventa difficile e ad alto rischio. Lo schema della norma convenzionale come norma interposta si affianca, potrebbe dirsi, per i trattati diversi dalla CEDU, agli altri criteri con i quali può assicurarsi la prevalenza della norma del trattato sul diritto interno.

La tenuta dello schema, con riguardo alla CEDU – ossia, giova ricordarlo, con riguardo al trattato rispetto al quale con maggiore frequenza e intensità si pone un problema di compatibilità con le norme interne – appare invece, in qualche modo, incrinarsi alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali, ed in particolare in conseguenza della sentenza costituzionale n. 49 del 2015. I problemi che discendono da questo intervento della Corte, caratterizzato da una motivazione densa ma non sempre lineare, appaiono complessi e, in questa sede, possono essere solo sinteticamente accennati. Il punto centrale risiede in un deciso arretramento del ruolo e, conseguentemente, del vincolo alla interpretazione della Corte di Strasburgo<sup>56</sup>. La Corte, infatti, se da un lato ribadisce la funzione interpretativa eminente della Corte EDU – in linea con quanto affermato nel 2007 (sent. 348) – la quale è tesa ad assicurare che “sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo”, dall'altro afferma che “sarebbe errato [...] ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato”. Da qui l'affermazione secondo cui “solo un diritto consolidato, generato dalla giuri-

<sup>56</sup> Prima ancora della pronuncia che inaugura questo nuovo orientamento si era parlato di una strategia messa in piedi dalla Corte costituzionale per “smarcarsi abilmente dalla soggezione al precedente di Strasburgo”: così E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale...*, cit., 763.

sprudenza europea” può essere posto a fondamento del proprio processo interpretativo da parte del giudice statale, “mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento divenuto definitivo”. Solo dunque un’interpretazione consolidata nella giurisprudenza europea ovvero – aggiunge la Corte – una decisione “pilota in senso stretto” può tradursi in un vicolo interpretativo e può dunque svolgere il ruolo di norma interposta nel giudizio di costituzionalità, mentre decisioni isolate, tanto più quando queste hanno risolto casi relativi all’impatto della CEDU su ordinamenti diversi da quello italiano, non possono ritenersi vincolanti per il giudice comune. Per dare maggior forza a siffatto ordine di idee, la Corte, significativamente, richiama il principio della soggezione del giudice alla legge scolpita nell’art. 101 Cost. ricordando come nessun’altra autorità possa “dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto” e ciò “vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell’ordinamento interno grazie ad una legge ordinaria di adattamento”. Ora, di là dalla vistosa contraddizione in cui cade quest’ultima affermazione con la quale la Corte sembra dimenticare che la soggezione alla legge significa, ovviamente, anche soggezione alla legge di adattamento, l’allentamento del vincolo alla interpretazione dei giudici di Strasburgo (che ha fin qui caratterizzato il più volte ricordato schema) è di tutta evidenza se non addirittura clamoroso. La Corte, insomma, fissa, com’è stato osservato, dei paletti all’ingresso della CEDU<sup>57</sup> e al tempo stesso affida ai giudici un compito assai arduo. Per un verso, infatti, se è vero che la decisione pilota è espressamente disciplinata<sup>58</sup> e di più facile individuazione (anche se la Corte restringe il campo alle sole decisioni pilota in “senso stretto”), non altrettanto può dirsi del c.d. diritto consolidato, nozione che appare invece caratterizzata da un largo tasso di elasti-

<sup>57</sup> V. al riguardo A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Diritto pen. contemporaneo*, 2015, il quale criticando la posizione della Corte osserva come essa non si faccia “cura di tenere sotto traccia gli eventuali conflitti con la Corte EDU e che, anzi, potrebbe, sia pure involontariamente, incoraggiarli, proprio con la fissazione dei «paletti» entro cui il diritto convenzionale è tenuto a stare al momento del suo ingresso in ambito interno” (p. 5)

<sup>58</sup> V. l’art. 61 del Regolamento della Corte EDU che, al primo comma, precisa: “la Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all’origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l’esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un’altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi”.

cità<sup>59</sup> con il quale il giudice dovrà confrontarsi prima di porsi il problema di proporre un incidente di costituzionalità; per altro verso la Corte potrà, con altrettanto largo margine di apprezzamento, ritenere che il vincolo interpretativo non si è formato (o non si è ancora formato) lasciando al giudice il compito di ricercare in primo luogo l'interpretazione conforme, non già alla CEDU, bensì alla Costituzione. Ed infatti la Corte conclude che “fatta salva l'eventualità *eccezionale* (corsivo nostro) di una verifica negativa circa la conformità [della norma CEDU], e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione, di stretta competenza della Corte”, quando sia il giudice “ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un «diritto consolidato», è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione CEDU, così *prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata* (corsivo nostro), la proposizione della questione di legittimità costituzionale”. La conseguenza di un simile ordine di argomentazioni è dunque, in primo luogo, quella di rendere, per così dire, mobile la norma interposta la quale diverrà tale solo all'esito della stabilizzazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In altri termini il giudice che si trovi dinanzi ad un isolato precedente della giurisprudenza convenzionale, o che comunque valuti come non consolidata l'interpretazione convenzionale, non sarà tenuto ad interpretare la norma interna in conformità a quel precedente, né tanto meno dovrà sollevare l'incidente di costituzionalità se l'interpretazione isolata della Corte Edu si pone in contrasto non risolvibile sul piano interpretativo con il diritto interno. Neppure, d'altra parte, sarà tenuto a sollevare la questione di costituzionalità della legge di adattamento ove quella interpretazione non consolidata (o ritenuta tale) sia considerata dal giudice in contrasto con principi costituzionali, in quanto quella interpretazione non costituisce, o non costituisce ancora, espressione del significato, univoco e “vivente” attribuibile alla norma CEDU e, quindi, potenzialmente confligente con un principio costituzionale. Se non che l'aver posto l'accento sul potere interpretativo del giudice, come testimonia il richiamo vigoroso all'art. 101 Cost., in qualche modo esaltandolo e potenziandolo non

<sup>59</sup> Sulle difficoltà ad individuare la giurisprudenza consolidata della Corte EDU si sofferma attentamente D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2015.

esclude che un giudice il quale ritenesse, invece, che una giurisprudenza ancorchè non consolidata della Corte EDU costituisca espressione corretta ed univoca di un principio convenzionale, sia indotto a orientare l'interpretazione della norma interna (fin dove possibile) a quella giurisprudenza, a farla vivere concretamente in un significato che il giudice delle leggi ritiene oggi insuscettibile di essere recepito, ovvero a sollevare comunque l'incidente di costituzionalità, ben consapevole della "mobilità" della norma interposta. Ed in questo caso una pronuncia della Corte italiana (verosimilmente di inammissibilità o di infondatezza) renderebbe palese un contrasto tra Corte EDU (sia pure in riferimento ad un orientamento non consolidato) e Corte italiana, così in qualche modo incrinando quella collaborazione e quel dialogo tra Corti che fino ad oggi ha caratterizzato l'atteggiamento della Corte costituzionale. D'altra parte, sul versante opposto, non è da escludere che il giudice comune, cui oggi la Corte rivolge la energica sollecitazione a considerare "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU" ed a tener conto, soprattutto, della dovuta "obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana", e che, dunque debba operare subordinando l'interpretazione conforme alla CEDU alla interpretazione conforme a Costituzione, sia indotto con maggiore frequenza ad utilizzare lo strumento che la Corte definisce eccezionale, ossia la proposizione della questione di legittimità della legge di adattamento. La formazione di un orientamento consolidato, di un "diritto vivente convenzionale" ma ritenuto in contrasto con la Costituzione finirebbe, inevitabilmente, per indurre il giudice a dover sottoporre alla Corte la questione di legittimità della legge di esecuzione nella parte in cui consente l'ingresso di quella norma, cioè della norma convenzionale così come "vive" nel sistema CEDU, così rendendo ancor più evidente la contrapposizione con il diritto di origine convenzionale e, in fine dei conti, la contrapposizione tra le due Corti. Difficile dire se questa nuova posizione sia il frutto di un malinteso patriottismo costituzionale<sup>60</sup>, ovvero costituisca piuttosto la conseguenza di una sorta di vizio genetico dello schema iniziale con il vincolo stringente, in via generale e senza alcuna distinzione, alla interpretazione della Corte EDU<sup>61</sup>, ovvero,

<sup>60</sup> Osserva al riguardo, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 7 come l'intera pronuncia "si fa portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato...[...]...dando ad intendere che ciò che solo conta e, sempre e soltanto, il nostro punto di vista, in vista dell'esclusivo appagamento delle istanze facenti capo alla nostra Carta costituzionale".

<sup>61</sup> Di vizi genetici parla R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)* in *ConsultaOnline*, Fasc. 1, 2015, il quale sottolinea come gli approdi

ancora, dell'atteggiamento dei giudici che si sarebbero prestati, nei confronti della giurisprudenza di Strasburgo, a trasformare ogni decisione "in parola divina, adattata prontamente per estrapolarvi un qualche vincolante principio sovralegislativo"<sup>62</sup>. È però indubbio che la prevalenza delle norme CEDU è oggi inserita in un corridoio più stretto, un corridoio nel quale finiscono per convivere non solo tutti i giudici nella loro quotidiana attività di interpretazione-applicazione, ma anche la stessa Corte che dovrà in futuro (salvo aggiustamenti, ai quali la Corte non è certo nuova) confrontarsi con la questione del consolidamento della interpretazione convenzionale<sup>63</sup>. Altrettanto difficile affermare se la prospettiva di una diversa incidenza delle norme convenzionali e, segnatamente, la prospettiva della disapplicazione della norma interna confligente con la CEDU sia destinata ad allontanarsi o a trovare una nuova strada per imporsi.

L'attenuazione del vincolo interpretativo alla giurisprudenza CEDU certamente riduce quel rischio di una subordinazione del giudice non solo alla legge, ma anche alle decisioni della Corte EDU, nella quale si era intravista quella limitazione della sovranità statale<sup>64</sup> – mediante, appunto, la limitazione del potere interpretativo del giudice – dalla quale

di questa decisione solo in parte possono armonizzarsi con i precedenti punti fermi fissati dalla Corte.

<sup>62</sup> L'espressione è di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 3 il quale, aderendo pienamente al nuovo corso della giurisprudenza costituzionale determinato, a suo dire, dalla volontà di apportare chiarezza su un profilo della relazione tra CEDU e ordinamento nazionale che "suscitava preoccupazione per come di fatto veniva gestito dagli operatori giuridici", insiste particolarmente su questo punto sottolineando come i "giudici comuni avevano subito il fascino ipnotico della sede europea" (p. 5).

<sup>63</sup> Sul profilo problematico del consolidamento della giurisprudenza della Corte EDU si v. le osservazioni di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2015, il quale osserva che è "difficile identificare una giurisprudenza consolidata e distinguerla da quella che consolidata non sarebbe, ai fini della attribuzione di una speciale forza vincolante" e, con riguardo alle "sentenze pilota", sottolinea come esse abbiano una variegata struttura e natura e non presentino una particolare forza vincolante e risultino "spesso di nessun interesse, poiché riprendono precedenti non contestati"; di conseguenza "l'opera che si richiede all'interprete della giurisprudenza della Corte europea è dunque complessa e tale da non condurre a risultati incontrovertibili. Essa può apparentarsi a quella che il giudice di *common law* svolge nell'uso dei precedenti in un diritto di creazione giurisprudenziale" (p. 7).

<sup>64</sup> Mi riferisco, in particolare, alla posizione di M. LUCIANI richiamata alla precedente nota n. 25.



far discendere una simiglianza, se non addirittura una sostanziale coincidenza tra CEDU e diritto dell'Unione, che avrebbe comportato l'estensione del medesimo regime delle norme comunitarie alle norme convenzionali. Su questo profilo, peraltro, sia il chiarimento circa la non avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione in relazione al richiamo operato dall'art. 6 del TFUE alla CEDU, contenuto nella sentenza n. 80 del 2011, sia gli stessi interventi della Corte di Giustizia dell'Unione, hanno decisamente confermato che tra i due sistemi esiste (o esiste ancora) una differenza profonda e che, dunque, la CEDU anche dopo il Trattato di Lisbona, non può essere considerata parte integrante del diritto dell'Unione, almeno fino a quando l'Unione non vi avrà formalmente aderito<sup>65</sup>. E dunque, non opera, con riferimento al diritto italiano, quella limitazione di sovranità dalla quale poter far discendere la disapplicazione della norma interna confliggente con la CEDU. Tuttavia, come si è di recente sottolineato, esempi di una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità si sono con una certa frequenza verificati ed, addirittura, presso le stesse giurisdizioni superiori italiane (Cassazione e Consiglio di Stato) si rinvergono "forme di interpretazione conformi alla Convenzione che, in realtà, sembrano avvicinarsi alla vera e propria disapplicazione della legge statale e/o alla diretta applicazione dei principi convenzionali"<sup>66</sup>. Ci si può chiedere allora, se proprio quel rinnovato richiamo alla soggezione soltanto alla legge<sup>67</sup> (che è, ad una, soggezione alla Costituzione, alle Carte sui diritti ed alla legge ordinaria, intese quali parti di un sistema tendenzialmente armonico) contenuto nella sentenza 49/15, non induca i giudici comuni, ormai culturalmente permeati dalla incidenza della Convenzione nel sistema interno, a procedere a forme estese, o anche estreme, di interpretazioni costituzionalmente conformi dietro le quali si nasconde non solo una interpretazione convenzionalmente ispirata quanto piuttosto una disapplicazione della legge interna<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Al riguardo si veda, di recente, l'ampia analisi di T. GUARNIER, *op. cit.*, 448 ss. ed ivi richiami alla dottrina e giurisprudenza in tema

<sup>66</sup> In questi termini I. CARLOTTO, *op. cit.*, 227, la quale conduce un'attenta analisi sulle posizioni assunte dai vari giudici italiani ove è affiorata con una certa frequenza, e con intensità e consapevolezza tra loro anche molto diverse, la tecnica della disapplicazione.

<sup>67</sup> Sul significato dell'art. 101 Cost. e sul mutato ruolo del giudice nella attività di interpretazione-applicazione alla luce dei principi costituzionali si vedano le ampie riflessioni di F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011, 14 ss.

<sup>68</sup> Osserva E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e*

C'è il rischio, insomma, che il giudice anziché confrontarsi con le difficoltà del vincolo al diritto consolidato convenzionale, scelga una strada più semplice, e che la posizione della Corte, in una sorta di eterogenesi dei fini, stimoli effetti di segno opposto. Ma si tratta, comunque, di una vicenda che appare fatalmente destinata a svilupparsi secondo linee non facilmente prevedibili. Basti pensare, al riguardo, alle conseguenze che potrebbero derivare dall'entrata in vigore del Protocollo 16 alla Convenzione (già sottoscritto dall'Italia) il quale istituisce un meccanismo di rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Strasburgo utilizzabile dalle giurisdizioni superiori interne. Un sistema, dunque, che potrebbe avviare sia i rapporti tra Corte Edu e Corte costituzionale, sia quelli tra gli stessi giudici e la Corte sovranazionale, verso approdi diversi<sup>69</sup>.

I tasselli mediante i quali si afferma la prevalenza del diritto convenzionale sembrano, dunque, ancora lontani dal configurare un disegno chiaramente decifrabile e definitivo.

*internazionale nella tutela dei diritti...*, cit., 800 che sebbene prevalga tra i giudici la prudenza e le interpretazioni ardite di solito si accompagnano alla contestuale evocazione di più parametri in relazione alla peculiarità del caso (costituzionale, comunitario e convenzionale) la somma di più indicazioni interpretative convergenti rischia di trasformarsi in una miscela esplosiva dinanzi alla quale “non c'è limite testuale che tenga, e il giudice arriva a intendere il proprio dovere di interpretazione conforme non tanto come obbligo di mezzi, quanto piuttosto come obbligo di risultato”.

<sup>69</sup> Sul punto si vedano i contributi racchiusi nel volume a cura di E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, Torino 2015.

### LE SOCIETÀ PARTECIPATE TRA CRISI E INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. Tema e contesto. – 2. La gestione della crisi e dell'insolvenza come materia. – 3. Il mito del debitore non fallibile nelle società pubbliche. – 4. Il trattamento normativo dello stato di insolvenza delle società pubbliche a regimi differenziati. – 4.1. La “societarizzazione dell'organizzazione pubblica” e l'eterogeneità dei modelli societari. – 4.2. La “pubblicizzazione dei modelli societari” e il rapporto con la disciplina comune. – 4.3. Il rafforzamento dell'appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica e le conseguenze per il loro regime fallimentare. – 5. Il dibattito giurisprudenziale e i metodi d'indagine sulla fallibilità. – 6. Quali elementi per una soluzione unitaria? – 7. La specificità apparente delle società *in house providing*. – 8. La responsabilità patrimoniale degli enti partecipanti e il divieto di soccorso finanziario. – 9. I modelli alternativi al fallimento. – 10. La certezza dei rimedi.

#### 1. Tema e contesto

La crisi e l'insolvenza delle società partecipate da enti pubblici sono aspetti che in questo periodo contraddistinto da tagli alla spesa pubblica e stringenti vincoli finanziari, hanno coinvolto il mondo dell'imprenditoria pubblica e hanno suscitato un notevole dibattito dottrinario e giurisprudenziale, ponendo al centro il regime dei rimedi applicabili alle società partecipate in caso di loro difficoltà o incapacità di far fronte alle obbligazioni e di realizzare i fini per i quali sono state istituite.

È un dibattito che s'inserisce in un ambito molto più ampio, segnato dalle mutate modalità di intervento dello Stato e degli altri enti pubblici nell'economia a mezzo di soggetti con veste giuridica formalmente privata<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> Sul tema: S. CASSESE, *Enti pubblici economici*, in *Nuov.mo Dig. It.*, Torino 1968, 573; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 802; ID., *Le*

assunti per l'attuazione di iniziative prevalentemente economiche riferibili all'ente pubblico.

Nella nostra economia, infatti, vi è una presenza diffusa a tutti livelli di governo di società di capitali partecipate da soggetti pubblici in diverse forme (totale maggioritaria, minoritaria o di controllo) e con differenti genesi di costituzione (per legge, per atto amministrativo o per contratto)<sup>2</sup>.

Nel corso degli ultimi decenni le società pubbliche hanno sostituito gli enti pubblici (in particolare quelli) economici e alcune altre formule organizzative pubbliche (come le agenzie e le aziende) che per tale effetto sono diventate una categoria giuridica superata dall'ordinamento<sup>3</sup>.

A livello statale il legislatore ha trasformato enti pubblici in società<sup>4</sup> oppure ne ha istituito delle nuove *ex lege*, sia per lo svolgimento di specifiche attività riservate allo Stato<sup>5</sup>, sia per lo svolgimento di attività di in-

*società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss. Sulle problematiche attinenti alle società pubbliche: P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, in *Giur. amm.*, IV, 2006, 177; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss.; G. GRÜNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 701 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino 2004; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni* (Voce), in *Annali I, Enc. Dir.*, Milano 2007, 570-595; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli 2012.

<sup>2</sup> Sull'aspetto riguardante la costituzione di una società da parte di un ente pubblico o l'assunzione di una partecipazione in essa e la questione della natura degli atti si rinvia al lavoro di A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1, 151 e ss.

<sup>3</sup> M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 564.

<sup>4</sup> In proposito si ricorda la l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini) che ha previsto la riorganizzazione complessiva della pubblica amministrazione e in una delle sue deleghe al Governo per il riordino degli enti pubblici nazionali ha disposto il riordino e la trasformazione in società per azioni di numerosi enti. Citando solo alcuni esempi vi è il d.lgs. 21 aprile 1999, n. 116, che ha riordinato l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ai fini della sua trasformazione in società per azioni, poi vi è il d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, di riordino degli enti e delle società di promozione operanti nel Mezzogiorno, ed è stata istituita la Società Sviluppo Italia S.p.A., poi trasformata in Agenzia per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A., detenuta interamente dal Ministero dell'economia.

<sup>5</sup> Il riferimento va fatto all'istituzione della Concessionaria servizi informatici pub-

teresse pubblico e di sostegno al tessuto economico nazionale<sup>6</sup>, oppure ancora ne ha autorizzato l'istituzione<sup>7</sup>.

Il fenomeno si è amplificato con maggiore forza a livelli istituzionali diversi da quello statale e, in particolare senza escludere quello regionale, nell'ambito di governo locale che lo strumento societario è utilizzato con maggiore intensità<sup>8</sup> e molte volte oltre i confini previsti<sup>9</sup>.

Sin dagli anni Novanta del precedente secolo il legislatore è intervenuto nella disciplina sull'ordinamento degli enti locali prevedendo espressamente l'utilizzo del modello societario<sup>10</sup>. L'intervento degli enti locali attraverso società di capitali ha assunto dimensioni rilevanti, anche nel contesto internazionale, determinando quello che è stato definito il "nuovo capitalismo municipale"<sup>11</sup>. Infatti, la "societarizzazione delle ge-

blici – CONSIP S.p.A., istituita in base all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 414 del 1997 o alla società Riscossione S.p.A., oggi Equitalia S.p.A., prevista dall'articolo 3, d.l. 30 settembre 2005, n. 203 nell'ambito del riassetto del sistema della riscossione. È stata costituita *ex lege* la società Difesa servizi S.p.A., finalizzata all'esercizio di attività strumentali a quelle statali (cfr. art. 535, d.lgs. 15 marzo 2009, n. 66).

<sup>6</sup> Si può fare riferimento all'art. 7, d.l. 8 luglio 2002 n. 138, che ha disposto la trasformazione in società per azioni di ANAS e agli artt. 5 e 6, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, che hanno previsto, rispettivamente, la trasformazione in società per azioni della Cassa Depositi e Prestiti e della SACE.

<sup>7</sup> Ad esempio, tra molte, il riferimento va fatto al Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.A., al Gestore del Mercato energetico S.p.A. e all'Acquirente Unico S.p.A.

<sup>8</sup> Nel *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del Commissario Straordinario per la revisione della spesa (Roma, 7 agosto 2014) si contano 7.726 partecipate locali al 31 dicembre 2012 e si specificano individuando 13 modelli (Società a responsabilità limitata, Società per azioni, Consorzio, Società consortile, Associazioni e Fondazioni, Società cooperativa, Azienda speciale e di Ente Locale, Azienda servizi alla persona-asp, Ente pubblico economico, Istituzioni, Ente di diritto pubblico, Società in accomandita per azioni) incluso uno residuale classificato "altro".

<sup>9</sup> In particolare M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un'actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d'opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nze1/~edisp/intra\\_000535.htm](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nze1/~edisp/intra_000535.htm).

<sup>10</sup> Cfr. art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, abr., che prevedeva che i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati; e ora l'art. 113 del t. unico ord. Enti locali che in dettaglio ne disciplina gli aspetti.

<sup>11</sup> G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino 2008, 292.

stioni pubbliche”<sup>12</sup> è diventato un modello di riferimento per le gestioni pubbliche, fino ad arrivare a costituire un nodo centrale nel coordinamento della finanza pubblica per i riflessi che può avere non solo sui bilanci delle società ma anche su quelli degli enti-soci partecipanti in termini di rispetto dei vincoli di finanza pubblica, di risparmi della spesa e di controlli<sup>13</sup>.

Com'è noto, recenti orientamenti di politica governativa e di riforma del settore pubblico<sup>14</sup>, in particolare a seguito della costituzionalizzazione delle regole dell'equilibrio del bilancio, della sostenibilità del debito di cui all'art. 97, comma 1, Cost.<sup>15</sup> e della condivisione del diritto al bilancio con l'Unione europea (il c.d. semestre europeo), sono indirizzati verso una maggiore e ancora più radicale rivisitazione e razionalizzazione del settore pubblico, in un'ottica di accorpamento e soppressione di quelle società pubbliche che sono fonte di spese sproporzionate e irrazionali rispetto agli obiettivi raggiunti<sup>16</sup>.

Il legislatore della spesa pubblica ha, infatti, limitato la capacità di diritto privato degli enti pubblici istitutivi delle società, mettendo così in discussione il principio della libertà di iniziativa economica privata degli enti pubblici stessi<sup>17</sup>, poiché ha posto una serie di preclusioni al potere

<sup>12</sup> M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 3, 2012, 505.

<sup>13</sup> Oltre agli aspetti finanziari e contabili vi è una particolare attenzione per i profili di incidenza sull'economia in termini di tutela della concorrenza, del rispetto del divieto degli aiuti di Stato e dell'osservanza delle regole moralizzatrici sulla trasparenza nella gestione.

<sup>14</sup> Ci si riferisce al c.d. dd.ll. Madia, S. n. 1577 improntato, tra l'altro, al riordino della disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e della disciplina dei servizi pubblici locali.

<sup>15</sup> Sul “nuovo art. 97 Cost.” si v. M. PASSALACQUA, *Pareggio di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=1848> e G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2014, 691-719.

<sup>16</sup> Da ultimo si rinvia a Corte conti, Sez. reg. controllo per la Campania, 13 aprile 2015, n. 143/2015/PRSE, in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>17</sup> Il riferimento va fatto alla legge finanziaria per il 2008, l. n. 244/2007, artt. 27 e 28, all'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani), all'art. 14, comma 32, d.l. n. 78/2010 e all'art. 4 del d.l. n. 95/2012 sulla *spending review*. Su quest'aspetto è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cfr. Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Su quest'aspetto il saggio di S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 862 ss e per un'analisi critica A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società parteci-*

istitutivo di (nuove) società e al potere di disporre delle quote di partecipazione. Inoltre, ha limitato la capacità gestionale e il rischio d'impresa con il c.d. divieto di soccorso finanziario.

Da queste premesse iniziali si rende necessario precisare che l'economia del presente lavoro non consente di affrontare tutti gli aspetti e le problematiche giuridiche che sono emerse dalla privatizzazione, dalla trasformazione in società di capitali e che riguardano le modalità di gestione dei servizi pubblici e la configurazione stessa del servizio pubblico<sup>18</sup>. Il richiamo sintetico di taluni elementi ordinamentali ed evolutivi del fenomeno societario ora menzionato permette di affrontare nel dettaglio il tema della crisi e dell'insolvenza. L'obiettivo è individuare il modello giuridico appropriato per la gestione della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate<sup>19</sup>.

*pate: una categoria da definire. considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, cit., 151 e ss.

<sup>18</sup> Il tema nel suo complesso è affrontato nel volume in corso di pubblicazione dal titolo *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica* al quale questo scritto è diretto.

<sup>19</sup> Argomento affrontato dal sottoscritto al Convegno su "Le società pubbliche: verso una razionalizzazione della specialità del regime?", Ferrara, 11 dicembre 2014 in occasione del quale è stato presentato dai Promotori dell'iniziativa e Studiosi della materia (L.R. Perfetti, A. Maltoni, F. Goisis e M. Antonioli) il *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, ora reperibile in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it> ed altresì in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>. In esso è stato espresso l'auspicio che "il legislatore nazionale metta mano ad un riordino della disciplina". In tale auspicata prospettiva, il *Manifesto* contiene nove punti cardine che qui si riassume. I. Ri-affermare la vigenza della regola generale sulla capacità di agire delle pubbliche amministrazioni prevista dal codice civile. II. Dare piena attuazione al principio, già codificato dall'art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012, secondo cui tutte le disposizioni di carattere speciale si interpretano nel senso che al di fuori di quanto espressamente stabilito, si applica la disciplina del codice civile sulle società di capitali. III. Compiere una seria ricognizione della situazione di fatto esistente al fine di giungere alla fissazione di obiettivi di interesse pubblico e di politica industriale. IV. Adottare una chiara definizione del concetto di impresa pubblica e del suo regime. V. Adeguare gli obblighi informativi gravanti sia sui soci pubblici che sulle società partecipate dai medesimi dovrebbero essere delineati in rapporto al tipo di attività svolta. VI. Prevedere maggiore certezza al regime delle responsabilità. VII. Dettare una disciplina sul conflitto di interessi nelle ipotesi in cui l'ente pubblico sia socio della società e (lo stesso) ente incarica dello svolgimento di servizi di interesse generale. VIII. Operare una distinzione tra le ipotesi nelle quali l'ente acquisisce partecipazioni in società di capitali, in ragione del fatto che intende agire secondo quel regime, ed i casi nei quali, invece, mira soltanto a conseguire efficienze aziendali. IX. Dare chiarezza ai regimi speciali ai quali le imprese pubbliche sono sottoposte.



## 2. *La gestione della crisi e dell'insolvenza come materia*

La gestione della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate è una materia che è diventata tale per necessità (e si è formata) a seguito delle crisi finanziarie e dei tagli alla spesa pubblica nelle forme della limitazione dei finanziamenti agli enti e alle società pubbliche (e anche con la loro soppressione). La gestione della crisi e dell'insolvenza s'inserisce in un processo per materie<sup>20</sup> che riguarda materie riferite ai sistemi di finanziamento e di contabilità, alla *governance* delle società, ai sistemi di pagamento, alla disciplina del rapporto di lavoro, alle regole del mercato e della concorrenza, alla disciplina dei contratti pubblici, alle politiche di finanziamento fino ad arrivare agli aspetti patologici che incidono sull'operatività e sull'esistenza del soggetto stesso.

L'analisi della fattispecie parte dall'assunto che la gestione e l'esistenza stessa delle società partecipate, a differenza del settore privato, è condizionata dalle disponibilità finanziarie spesso limitate dal legislatore e dalle decisioni politiche dell'ente proprietario che vi partecipa. Si consideri a titolo di esempio che in tema di indebitamento il codice civile non impone alle società commerciali il divieto di indebitarsi, mentre norme speciali di diritto pubblico impongono alle società partecipate dei limiti spesso rilevanti con conseguenze non trascurabili per il loro stato economico e finanziario. Le difficoltà economiche degli enti proprietari, che sono limitati da rigide regole comunitarie in tema di *deficit* finanziari, e la trasposizione delle stesse regole direttamente sulle società da loro partecipate, sollevano tra molti anche il problema del tipo di rimedio giuridico applicabile in caso di crisi e di insolvenza delle società partecipate.

In effetti, per gli enti pubblici territoriali esiste una disciplina concorsuale speciale sia sul *deficit* (è il caso di gravi ed incontrovertibili condizioni di squilibrio, cfr. artt. 242-243-*sexies*, t. unico ord. enti locali) sia sul dissesto (artt. 244-269, t. unico ord. enti locali) che realizza la funzione di risanamento dell'ente.

Invece per le società di capitali da questi partecipate, la materia della crisi di queste e, in particolare, della loro insolvenza è di incerti confini, poiché si pone il problema dell'applicabilità della disciplina appropriata. Infatti, il maggior nodo della questione è l'individuazione del regime ap-

<sup>20</sup> Sul modello del processo per materie si rinvia a S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 79.

plicabile. Per quanto riguarda gli aspetti inerenti alla disciplina delle società di capitali, salvo deroghe specifiche, il riferimento di base è il codice civile<sup>21</sup>. Parimenti dovrebbe valere il riferimento alla legge fallimentare per la disciplina concorsuale. Tuttavia la fattispecie della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate è condizionata da una serie di profili pubblicistici quali la legittimità della costituzione delle società, i confini giuridici dell'azione delle società, i rapporti tra natura lucrativa e interesse pubblico. La situazione che si è venuta a creare palesa il confronto tra il contenuto delle regole concorsuali (del fallimento e del concordato preventivo previste nella legge fallimentare), che negli anni sono rimaste immutate almeno per quanto riguarda i requisiti soggettivi (cioè dei soggetti fallibili), e la peculiarità del soggetto (la società pubblica), il cui interesse (pubblico) spesso esula dall'oggetto sociale che "di regola" è di matrice lucrativa.

Questo contrasto ha messo in crisi l'impianto normativo concorsuale e ha cercato di condizionare il trattamento normativo dello stato di insolvenza delle società partecipate.

Nel corso degli anni sono intervenute la giurisprudenza della Cassazione e quella ordinaria dei tribunali fallimentari che hanno affrontato il tema sotto diverse prospettive e metodi portando, appunto, a diverse soluzioni spesso tra loro contrastanti e addirittura diametralmente opposte in frangenti temporali anche ravvicinati.

### 3. *Il mito del debitore non fallibile nelle società pubbliche*

La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche rappresentano il caso paradigmatico di conflitto tra l'applicabilità del diritto privato e il diritto pubblico. Il "conflitto" tra il diritto pubblico e quello privato non è una questione nuova per il diritto amministrativo. La peculiarità del caso è data dalla delimitazione dei confini dell'area di applicabilità del diritto societario e del diritto fallimentare su fattispecie societarie che hanno perso la genuinità codicistica per effetto di una serie di speciali elaborazioni giuridiche ispirate ad esigenze che spesso esulano dal contesto societario – imprenditoriale e sono proprie degli enti pubblici.

Il quadro giuridico che si è venuto a delineare è tutt'altro che sem-

<sup>21</sup> M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, cit., 564.

plice. Il legislatore è più volte intervenuto perlopiù in modo disorganico con disposizioni normative che sono in continua evoluzione e si calibrano alle esigenze che emergono in un determinato momento. Vi sono disposizioni speciali che, talvolta derogando e talvolta specificando, s'intrecciano con la disciplina codicistica di carattere generale fino ad arrivare al punto di mettere in discussione l'"ontologia societaria"<sup>22</sup>.

In effetti, è difficile sostenere l'esistenza di uno statuto unitario in materia di società pubbliche e in certe occasioni diventa complesso capire le ragioni dell'utilizzo di questo modello e le sue funzioni. Il dibattito che si è creato ha fatto emergere una serie di criticità che mettono in discussione la natura stessa delle società in mano pubblica, la libertà di iniziativa economica dei soci-enti partecipanti, ma anche l'osservanza delle regole sull'equilibrio e sulla sostenibilità del debito e, in definitiva ove proiettate all'insolvenza, l'applicabilità del regime concorsuale fallimentare.

Indubbiamente tra i motivi principali della trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali vi era anche quello di abbandonare "il regime dei fondi di dotazione, che comportava uscite senza fine per il bilancio pubblico" ed accettare la regola del fallimento, la quale prevede che "quando non ci sono risorse sufficienti" la società "deve, come si suol dire, portare i libri in tribunale, ponendo così un freno a finanziamenti senza fine"<sup>23</sup>. Aspetto che in un primo momento è apparso una mera enunciazione di principio che, in effetti, raramente si sarebbe (e si era) avverata, poiché in assenza di specifici divieti, gli enti partecipanti si rendevano garanti o corresponsabili dei debiti delle loro società. Infatti, i precedenti storici riguardo alla fallibilità di società pubbliche sono rari e attestano la "regola" che nonostante la partecipazione del-

<sup>22</sup> M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, cit., 508.

<sup>23</sup> L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 326-327. Sul tema cfr. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.; G. DELLA CANANEA, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole della concorrenza*, in E. CASETTA, A. ROMANO, F. G. SCOCA, *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Padova, 2007, 263; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi - amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss., ID., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino 2010, 1 ss.; A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* 7, 2013, 855 ss.

l'ente pubblico la società rimane soggetto di diritto privato e, come tale, è assoggettabile a fallimento a norma dell'art. 1 della legge fallimentare<sup>24</sup>.

La questione dell'insolvenza e il rimedio concorsuale della fallibilità delle società partecipate è emersa più di recente, in particolare negli ultimi anni caratterizzati da nuovi sistemi di finanziamento del settore pubblico, non più parametrati alla spesa storica ma agli indici di costi *standard* e alle regole economiche sulla redditività<sup>25</sup>, che hanno inevitabilmente comportato tagli della spesa pubblica che si sono ulteriormente accentuati con l'insorgere delle crisi economico-finanziarie. Ben presto questi interventi normativi hanno concorso a evidenziare una situazione di "forte rischio regolatorio", che ha limitato investimenti e strategie di medio e lungo termine creando in capo alle società difficoltà non di rado sfociate in insolvenza.

Questo nuovo scenario ha fatto cambiare prospettiva alla fattispecie dell'insolvenza, che tradizionalmente le società pubbliche tendevano a tenere nascosta. Invece ora la stessa presenza di vincoli di capacità giuridica e di potere di spesa, che sono spesso difficilmente sormontabili, portano a situazioni in cui sono le stesse società o i loro soci a decidere di ricorrere allo strumento concorsuale, che non è necessariamente solo quello del fallimento (estintivo della società) ma anche quello del concordato preventivo (nella versione conservativa della società). Infatti, in rapida successione, quasi in modo inaspettato, molti tribunali fallimentari si sono trovati a dover affrontare aspetti perlopiù inediti: si consideri che alle regole fallimentari s'innestano istituti del diritto amministrativo come la personalità giuridica di diritto pubblico, la riserva di amministrazione, l'essenzialità dei servizi pubblici e lo svolgimento delle funzioni amministrative<sup>26</sup>.

Il problema che si è posto è se le società pubbliche possano fallire.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. civ., 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fallimento*, 1979, 593, la quale ha affermato l'importante principio secondo cui "la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni. Pertanto, se la società partecipata dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto societario, essa non può che essere ritenuta un soggetto di natura privata".

<sup>25</sup> Per questo aspetto cfr. l. 31 dicembre 2009, n. 196, legge di contabilità e finanza pubblica.

<sup>26</sup> In questa vicenda è stata coinvolta anche la Cassazione con i suoi orientamenti che solo in parte sono stato accettati dai giudici di merito. Infine, un ruolo importante è assunto dalla Corte dei conti, in particolare in funzione consultiva e di controllo, senza però escludere anche le pronunce giurisdizionali in sede di condanna degli amministratori.

Tale problema ha suscitato un immediato dibattito e ha visto la nascita di due schieramenti che oscillano tra la teoria dell'entificazione delle società e del loro assorbimento nello statuto dell'ente pubblico e, all'opposto, la teoria dell'ibridazione del modello civilistico e del conseguente assorbimento nello statuto societario: due fronti quindi che si contrappongono tra il sostenere l'immunità delle società pubbliche dal fallimento oppure l'applicabilità del regime sull'insolvenza.

La prospettiva di analisi si allarga notevolmente e assume nuove sembianze rispetto alla sola domanda se le società partecipate (da soggetti pubblici) possano fallire. La questione coinvolge un'analisi in un'ottica più ampia, che parte dalle ragioni e dalle finalità del fallimento che si individuano nella tutela dell'interesse economico generale<sup>27</sup>, nonché dalla lettura della disciplina speciale che regola taluni aspetti economico-finanziari delle società stesse e dei suoi soci pubblici. In effetti, la questione dell'insolvenza delle società partecipate palesa il fenomeno che, da un lato, ha visto la "societarizzazione dell'organizzazione pubblica", ma dall'altro lato vede anche "l'entificazione delle società"<sup>28</sup>, creando non pochi dubbi e incertezze sull'applicabilità dei comuni principi del diritto fallimentare e di quello societario.

In una tale situazione vi è il timore che si possa creare una sorta di immunità o di privilegio delle società pubbliche da qualsiasi tipo di intervento ad iniziativa dei creditori insoddisfatti a discapito di una serie di principi e regole fondamentali per l'ordinamento comunitario e interno.

La "regola sulla fallibilità" va calibrata con il divieto di aiuti dello Stato e con il principio della libera concorrenza per quanto riguarda la tutela dei terzi (imprese private). Ad esempio, ammettere il fallimento di un concessionario privato di un servizio affidatogli ed esonerare dal fallimento una società pubblica che svolge lo stesso servizio sarebbe anti-concorrenziale e attuerebbe il criterio della selettività dell'aiuto, facendo preferire taluni soggetti a discapito di altri.

Inoltre, la regola sulla fallibilità deve essere considerata nell'ottica della sostenibilità del debito e dell'equilibrio del bilancio per quanto attiene le finanze pubbliche sane (cfr. art. 97, comma 1, Cost.) e il buon andamento (cfr. art. 97, comma 2): il rimedio del fallimento permette la

<sup>27</sup> E. SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano 2011, 373 e *passim*.

<sup>28</sup> M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, cit., 514.

riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, fungendo così da strumento di tutela dell'interesse economico generale.

E, infine, vanno preservate l'imparzialità (cfr. art. 97, comma 2) e le regole sull'affidabilità e sulla buona fede che ogni pubblica amministrazione è tenuta ad osservare nei rapporti con i propri creditori-fornitori.

Questi aspetti si traducono in una serie di quesiti che possono così sintetizzarsi: a) esiste uno statuto unico di fallibilità delle società pubbliche? b) come influiscono i vincoli di finanza pubblica, i limiti alla capacità imprenditoriale delle società pubbliche e i limiti della libera iniziativa economica dei soci, sul regime giuridico del fallimento? c) esistono modelli alternativi alla procedura concorsuale fallimentare? d) è necessario rivedere la normativa sull'insolvenza o è comunque necessario l'intervento del legislatore?

#### 4. *Il trattamento normativo dello stato di insolvenza delle società pubbliche a regimi differenziati*

Il tema della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate dal socio pubblico tratta quella fase che pone a rischio la prospettiva della continuazione dell'attività (crisi<sup>29</sup>) o si riferisce all'incapacità di far fronte alle obbligazioni contratte e all'impossibilità di realizzare i propri fini statuari (insolvenza<sup>30</sup>). Entrambe sono situazioni degenerative che rendono la gestione dell'attività non più caratterizzata da condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio e di inefficienza che possono essere di tipo, origine e intensità diversi e che producono perdite di varia entità.

I rimedi possono essere rispettivamente di risanamento o di liquidazione del soggetto. Il risanamento può realizzarsi con l'assunzione volontaria dei debiti (ove ammessa) da parte dei soci o dei soggetti terzi (l'ente partecipante, ad esempio nel sistema delle partecipate), oppure con pro-

<sup>29</sup> La crisi è intesa come quella parte della vita dell'impresa che pone a rischio la prospettiva della continuazione dell'attività e il risanamento è ancora possibile, cfr. A. IORIO, *Le crisi d'impresa. Fallimento*, Milano 2000, 5.

<sup>30</sup> L'insolvenza è intesa come incapacità definitiva ed irreversibile del debitore-imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. Il concetto giuridico di insolvenza è un concetto mobile e flessibile che si è adattato all'evoluzione del mondo commerciale. Non è questa la sede per trattare questo requisito se non nei limiti che si illustreranno più avanti. Per una compiuta analisi si rinvia allo studio della giurisprudenza fallimentare.

cedure concorsuali all'uopo create (l'accordo per crisi da sovraindebitamento, il piano attestato di risanamento, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il concordato aziendale in continuità per le società, la procedura di deficit e di dissesto per gli enti locali, ad esempio). La liquidazione, invece, presuppone l'estinzione del soggetto e si attua attraverso il rimedio concorsuale del fallimento o del concordato liquidatorio, ma anche della liquidazione coatta amministrativa (circostritta ad alcune categorie). Infine vi è l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (in base alle discipline del c.d. Prodi-*bis*, del c.d. decreto Marzano e del c.d. decreto Alitalia) che può volgere al fallimento e se vi sono prospettive di recupero invece porta alla ristrutturazione.

L'indagine sull'applicabilità alle società partecipate dei rimedi concorsuali ha come punto di partenza l'individuazione della loro natura giuridica che si inserisce in una situazione marcata da una notevole tensione tra la visione privatistica e la visione pubblicistica. In questi termini il discorso si rende complesso e assume una serie di peculiarità che condizionano i requisiti di ammissione al fallimento. In particolar modo l'attenzione va posta sul presupposto soggettivo, che concerne la situazione di colui nei cui confronti deve essere emessa la sentenza di fallimento.

I punti critici della procedura concorsuale del fallimento (e anche del concordato) applicata alle società partecipate da enti pubblici riguardano l'inclusione delle società partecipate nel novero degli imprenditori (fallibili) oppure nella categoria degli enti pubblici (non fallibili) e la questione ruota attorno al requisito dell'attività commerciale e non già allo *status* di mero debitore<sup>31</sup>.

La legge fallimentare (art. 1) e il Codice civile (art. 2221) hanno previsto l'esenzione dalle procedure concorsuali (del fallimento e del concordato preventivo) degli enti pubblici, ma non l'hanno estesa alle società partecipate dal pubblico. Il citato articolo 1 fa espresso riferimento alla categoria degli enti pubblici, il che significa per converso che sono soggetti a fallimento quei soggetti giuridici che esercitano l'attività commerciale e ne sono esclusi gli enti pubblici economici che svolgono tale

<sup>31</sup> In linea generale si distinguono due modelli di legislazione concorsuale: quello che prevede il fallimento solamente di coloro che svolgono un'attività commerciale (previsto in ordinamenti di *civil law* come il nostro) e quello che dispone il fallimento per tutte le persone, fisiche e giuridiche, che hanno la qualità di debitore indipendentemente dalla natura dell'attività svolta (modello adottato nei paesi dell'area germanica e nei paesi di *common law*). P. PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, in G. GUALDI (a cura di), Milano 2002, 2ª ed., 8-9.



attività. La disposizione inoltre non concerne gli altri enti pubblici (territoriali o non), perché questi soggetti non svolgono l'attività economica in modo prevalente o professionale tale da far acquisire loro il requisito della professionalità imprenditoriale e perché comunque il fallimento paralizzerebbe l'attività dell'ente, che è improntata alla cura dell'interesse pubblico. Non per questo significa che gli enti pubblici siano immuni da qualsiasi rimedio in caso di impossibilità di far fronte alle obbligazioni e ai doveri di cura dell'interesse pubblico. Infatti, per alcune categorie di enti pubblici sono previste procedure speciali che hanno come presupposto non l'insolvenza ma il dissesto funzionale (impossibilità di raggiungere i fini) o finanziario (impossibilità di far fronte ai debiti)<sup>32</sup>.

Il caso delle società partecipate è per molti versi complesso. Com'è noto, l'attività commerciale costituisce il presupposto del fallimento e l'attività di lucro è l'elemento qualificante del contratto di società. Le "società pubbliche" evidenziano il contrasto che si può ingenerare tra la finalità di lucro insita nello schema societario e la finalità di soddisfazione dell'interesse pubblico che la società pubblica è deputata a soddisfare. Il confronto tra questi due aspetti mette in seria crisi il modello societario e le nozioni tradizionali del diritto societario<sup>33</sup>.

Ci si chiede, infatti, se e fino a che punto la tensione tra i due modelli, privatistico e pubblicistico, consenta di alterare la struttura e permetta di giustificare la deviazione dai comuni principi di diritto societario, laddove l'assenza di un'attività economica spesso caratterizzante alcune delle società partecipate, contraddice la *ratio* della società che è costituita, appunto, per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividere gli utili<sup>34</sup>. Si è al cospetto di un paradosso che mette in discussione il modello societario e l'essenzialità della nozione di lucro nel contratto societario fino al punto di alterare lo schema societario e considerare la società di capitali un "neutro strumento organizzatorio", applicabile sia quando vi è la causa lucrativa ex art. 2247 c.c., sia alla presenza di un fine pubblico incompatibile con lo scopo di lucro.

<sup>32</sup> Su quest'aspetto si v. *infra*.

<sup>33</sup> L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 321.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. pen. 10 gennaio 2011, n. 234 richiamata da E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, cit., 17, nt. 38.

Le peculiarità si individuano nelle disposizioni legislative improntate, come detto, alla “societarizzazione dell’organizzazione pubblica” e nelle disposizioni di segno contrapposto di “entificazione delle società private”. A un certo punto “l’onda privatizzatrice”, arrivata al suo culmine, è stata assorbita dalla “risacca pubblicistica”<sup>35</sup>: alle società di capitali partecipate da enti pubblici si applicano discipline usualmente destinate agli enti pubblici e che sono funzionali al perseguimento del loro scopo istituzionale e al controllo della spesa pubblica. Queste norme, prevalentemente di matrice finanziaria o comunque finalizzate al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, hanno come presupposto il concetto oramai consolidato della prevalenza dell’attività finanziaria, che non svolge più un ruolo subalterno rispetto all’attività amministrativa e anche a quella legislativa che in precedenza le si riconosceva, ma ha un ruolo principale consistente nel garantire il risanamento finanziario, il contenimento delle spese, la stabilità monetaria nel rispetto dei vincoli internazionali e comunitari<sup>36</sup>.

Questi aspetti influiscono sull’inquadramento giuridico delle società pubbliche e condizionano il regime concorsuale del fallimento. La scienza giuridica ha generato contrapposte posizioni che vanno dalla piena equiparazione tra società privata e pubblica, alla distinzione tra la società a partecipazione pubblica di diritto comune (fallibile) e la società a partecipazione pubblica di diritto speciale (esente da fallimento), e poi vi sono ancora quelle posizioni che individuano le società-mercato (fallibili) che si contrappongono alle società semi-amministrazione (non fallibili).

#### *4.1. La “societarizzazione dell’organizzazione pubblica” e l’eterogeneità dei modelli societari*

La societarizzazione dell’organizzazione pubblica è stata quella fase che ha marcato il passaggio delle gestioni di proprietà interamente pubbliche condotte secondo schemi e moduli pubblicistici a schemi societari. L’analisi di questo fenomeno è svolta in funzione della ricerca del trattamento normativo dell’insolvenza. Esso evidenzia una serie di fattori e di anomalie che possono condizionare l’applicabilità della disciplina sul fallimento.

<sup>35</sup> M. DUGATO, *L’imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l’irresistibile forza dell’ente pubblico*, cit., 506.

<sup>36</sup> R. PEREZ, *La finanza pubblica* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II ed., I, Milano 2003, 629 ss.

Il primo fattore è dato dalla diffusione a livello comunitario di una nozione sostanziale sia di impresa in generale, e sia di impresa pubblica.

La nozione di impresa nel diritto dell'Unione europea ha parametri molto più ampi e prescinde dallo *status* o dal modulo organizzativo e dalla necessità di perseguire finalità lucrative, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica come quella consistente nell'offrire sul mercato beni e servizi<sup>37</sup>. In effetti, in ambito europeo, la nozione d'impresa "comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento" e l'attività economica consiste "nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi"<sup>38</sup> permettendo ad enti pubblici come le università di partecipare alle gare pubbliche e svolgere servizi<sup>39</sup>.

Anche la nozione di impresa pubblica è intesa in senso sostanziale ed è in buona parte volta ad agevolare l'individuazione di un punto di incontro tra la causa lucrativa, tipica dello schema civilistico della società per azioni, e l'interesse pubblico al cui perseguimento detti soggetti sono deputati<sup>40</sup>. In tale logica e per superare le singole realtà nazionali è stata elaborata la figura dell'organismo di diritto pubblico<sup>41</sup>.

Il secondo fattore è dato dall'eterogeneità di società partecipate che

<sup>37</sup> La recente dir. 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici che abroga la dir. 2004/18/CE, al 14° considerando precisa che la nozione di "operatori economici" dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare.

<sup>38</sup> C. Giust. CE, Sez. V, 18 giugno 1998, n. 35, in *Foro Amm.*, 1999, 1.

<sup>39</sup> Cons. St., Sez. V, 21 novembre 2014, n. 5767, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

<sup>40</sup> L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2011, 109.

<sup>41</sup> Un ulteriore fattore che si insinua nella questione sulla nozione di impresa è la fattispecie dell'ente pubblico. Sia per l'impresa sia per l'ente pubblico ci sono differenti contesti da considerare, e le definizioni sono spesso finalizzate alla specificità dei contesti. Sono nozioni perlopiù incomplete, finalizzate a uno specifico settore, molto spesso non idonee a divenire modello di una categoria generale e difficilmente applicabili alla questione della fallibilità. I contesti usualmente spaziano dalla concorrenza, agli aiuti di Stato, ai contratti pubblici, alle dogane, ai trasporti, all'energia, all'anticorruzione, ai controlli, al rapporto di lavoro, ai bilanci e alla finanza, e così via. Invece, per effetto dell'influenza del diritto dell'Unione europea, il cui obiettivo è assicurare la libera concorrenza e il libero accesso al mercato e limitare gli aiuti di Stato, come detto e anche in note precedenti, si percepiscono alcuni punti di incontro tra impresa ed ente pubblico.

difficilmente sono riconducibili ad unicità<sup>42</sup>. Il modello societario, in fin dei conti, è uno dei tanti modi di esercizio dell'impresa pubblica da parte di un apparato pubblico<sup>43</sup>. Tranne le ipotesi in cui sia imposto dalla legge (le c.d. società legali), il modello societario si pone come alternativa, appunto, non necessariamente assoluta ed esclusiva, ad altri schemi che sono la gestione diretta con i propri organi o con un'organizzazione apposita sfornita di personalità giuridica (l'azienda speciale, il consorzio), o con un apposito ente pubblico (l'ente pubblico economico), o con il ricorso a contratti di partenariato pubblico privato (quali la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, ma anche le società miste)<sup>44</sup>.

La società si distingue dall'azienda o dal consorzio per essere un soggetto giuridico distinto e per l'estraneità e l'autonomia perfetta sul piano patrimoniale rispetto all'ente del quale non è organismo strumentale. Invece, come si avrà modo di evidenziare, la situazione è diversa in caso di società *in house providing* nelle quali difetta la distinta titolarità del patrimonio e sussiste invece l'autonomia patrimoniale.

L'attuale compagine vede un notevole numero di società a partecipazione integralmente pubblica o mista, pubblica-privata, o sottoposte a una particolare influenza da parte di enti pubblici, aventi ad oggetto la gestione non solo di beni di proprietà pubblica, ma di servizi di interesse

<sup>42</sup> S. CIVITARESE MATEUCCI, *Le società pubbliche tra mercato e autorganizzazione amministrativa*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), maggio 2011, 2.

<sup>43</sup> Storicamente il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è correlato a tre cause principali: l'affermarsi dello Stato imprenditore soprattutto a partire dagli anni Trenta del secolo scorso; la privatizzazione formale di enti pubblici negli anni Novanta del secolo scorso; l'esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi, cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano\\_societa\\_publiche\\_amministrativizzazione.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano_societa_publiche_amministrativizzazione.pdf).

<sup>44</sup> "In altri termini è salva l'idea che la società sia modulo organizzativo alternativo alla concessione, all'appalto o alla gestione diretta" così osserva M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un'actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d'opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, cit. Sui servizi pubblici, tra molti, cfr. U. POTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova 1964; ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano 1995, 11 ss.; I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, II ed., Milano 1986; R. CAVALLI PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli 1993, 21 ss.; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79.

pubblico, in precedenza erogati dallo Stato o dagli enti territoriali attraverso aziende municipalizzate<sup>45</sup>.

Sistematiche per categorie vi sono società del settore dei servizi pubblici privi di rilevanza economica che si finanziano attraverso la fiscalità generale a fronte di un interesse generale alla fornitura di certi servizi<sup>46</sup>, società del settore dei servizi pubblici di rilevanza economica a rete<sup>47</sup>, società operanti nel settore dei servizi strumentali resi quasi esclusivamente all'ente partecipante<sup>48</sup> e, infine, ci sono società che svolgono le attività di vendita di beni e prestazione di servizi al pubblico in regime concorrenziale<sup>49</sup>.

Il fenomeno dell'eterogeneità delle società partecipate è anche frutto di alcune anomalie.

Vi è una prima anomalia riconducibile alla tendenza ad ampliare l'ambito dei servizi pubblici, il cui concetto e quadro normativo, com'è noto, hanno denotato non poche instabilità<sup>50</sup>. L'instabilità e l'assenza di confini definiti sono state occasione per includere nei servizi pubblici non solo quei servizi aventi per oggetto attività economiche incidenti sulla collettività, ma anche attività tendenti a promuovere lo sviluppo socio-economico, come, ad esempio, quello delle comunità locali. Si è arri-

<sup>45</sup> Per una ricostruzione del fenomeno si rinvia a M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nzez/~edisp/intra\\_000537.htm](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nzez/~edisp/intra_000537.htm). Inoltre, tra molti, sul rapporto con la concorrenza: L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano 2001 e M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 517.

<sup>46</sup> I servizi pubblici privi di rilevanza economica rappresentano circa il 42% complessivo delle partecipate. Fonte: Commissario Straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014, 5.

<sup>47</sup> I servizi pubblici di rilevanza economica a rete sono servizi caratterizzati, in linea di principio, dalla presenza di regolazione del settore (elettricità, acqua, gas, rifiuti, trasporto pubblico locale) che rappresentano circa il 23% delle partecipate ma il 60% del valore.

<sup>48</sup> I servizi strumentali resi quasi esclusivamente all'ente partecipante riguardano principalmente le quattro aree della gestione degli immobili, del patrimonio (essenzialmente in holding), dell'informatica e dei servizi amministrativi vari e rappresentano il 13% del totale delle partecipate.

<sup>49</sup> A titolo di esempio: attività professionali, farmacie, commercio all'ingrosso, gestione terme e fonti, turismo, industria, magazzinaggio e trasporti, carburanti), che rappresenta circa il rimanente 22%.

<sup>50</sup> F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, *passim*.

vati alla “progressiva perdita di nitidezza dei confini giuridici tra i concetti di servizio pubblico e di funzione e quello di attività meramente economica ed imprenditoriale”<sup>51</sup>.

Non di rado si riscontra una difficoltà non solo nel distinguere “tra attività meramente economiche ed attività economiche definibili in chiave di servizio pubblico”, ma anche tra queste e le attività legate all’esercizio di pubblici poteri. Questo tipo di attività non rientra tra i servizi pubblici ma sono funzioni amministrative che fanno parte delle attività istituzionali o strumentali dell’ente, tanto da arrivare a definire queste società delle “amministrazioni mascherate”<sup>52</sup>.

Il modello societario, lungi dall’essere utilizzato solo per le attività economiche incidenti sulla collettività, si svincola dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica e si applica anche per quelle attività tendenti a promuovere lo sviluppo socioeconomico<sup>53</sup>. Si è, infatti, creato il convincimento che l’interesse pubblico possa essere maggiormente garantito attraverso il ricorso ad istituti di diritto comune, che appaiono più snelli di quelli usualmente a disposizione dell’apparato burocratico<sup>54</sup>. La conseguenza è la creazione di una serie di “anomalie del sistema”, perché non può essere posto a giustificazione della legittimità l’utilizzo di un soggetto giuridico incoerente con la funzione tipica assegnatagli dall’ordinamento<sup>55</sup>.

Quest’aspetto condiziona i tipi e le categorie di società partecipate da enti pubblici che negli anni si son venute a creare e che sono state cata-

<sup>51</sup> M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell’interesse e procedimento di costituzione*, cit., 564.

<sup>52</sup> S. CIVITARESE MATEUCCI, *Le società pubbliche tra mercato e autorganizzazione amministrativa*, 2.

<sup>53</sup> Cfr. ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, cit., 11 ss. e R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli 1993, 21 ss.

<sup>54</sup> Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id\\_cont=9561.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id_cont=9561.php).

<sup>55</sup> Si è ritenuto che l’utilizzo del modello societario in ambiti non economici miri a soddisfare principalmente il bisogno delle amministrazioni di avvalersi, per l’esercizio di pubbliche funzioni e di attività strumentali, di moduli organizzativi “deburocratizzati” e più snelli rispetto ai modelli organizzativi tradizionali. Le ragioni sono di due ordini. La prima s’individua nella “esasperazione di aspetti formalistici annessi al principio di legalità dell’organizzazione e dell’azione amministrativa” che ha condotto a trascurare anche minimi livelli di efficienza. La seconda s’individua nella “stretta economica prevista dalle leggi finanziarie (poi diventate leggi di stabilità)” che ha spinto gli amministratori pubblici ad esternalizzare molte attività, alleggerendo i bilanci dei relativi oneri, e trasferendo alle società le attività con il relativo personale.

logate da recenti norme di natura contabile finalizzate all'armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci, e comunque richiedono non solo una mera catalogazione ma anche una disciplina di riordino<sup>56</sup>.

Vi è ancora un'anomalia da evidenziare: l'uso di modelli societari in modo improprio ed elusivo<sup>57</sup>. In tali casi il ricorso a forme organizzative con scopo di lucro, oltre ad essere incompatibile con finalità pubbliche (violazione dei vincoli di finanza pubblica), si traduce nella violazione di regole di mercato facendo prevalere logiche *non-market* (violazione della concorrenza) e si presta a far lievitare i costi di gestione (dovuti, appunto, a incrementi di stipendi o al numero degli assunti) e il conseguente rialzo delle tariffe (inefficienza e non economicità)<sup>58</sup>. Infatti, secondo un'acuta osservazione, "quando la società è controllata dalla pubblica amministrazione al pari di uno dei propri uffici, allora deve muoversi come uno dei suoi uffici, secondo quel principio di precauzione che caratterizza l'amministrazione di un bene non proprio"<sup>59</sup>.

Da questa disamina emerge come non vi sia un modello unitario di società di capitali utilizzata dagli enti pubblici, e la varietà di moduli operativi è così ampia come lo è anche la genesi di costituzione (per legge, per atto amministrativo o per contratto).

<sup>56</sup> Il legislatore distingue tra enti pubblici, anche economici, e organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato; cfr. art. 6, comma 5, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122. Per quanto riguarda l'ambito locale ai sensi dell'art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 sul riordino e sulla riduzione della spesa delle "partecipate locali" quest'ultime si individuano in aziende speciali, istituzioni, società direttamente e indirettamente controllate dalle amministrazioni locali. Il d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, recante le disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, recante disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, distingue e definisce gli enti strumentali (art. 11-ter), le società controllate (art. 11-quater) e le società partecipate (art. 11-quinquies).

<sup>57</sup> Per uso in modo improprio ed elusivo si intende a strumento di protezione e di escamotage dei patti di stabilità, dei vincoli di bilancio, delle regole sulle assunzioni, delle modalità di quantificazione dei compensi da corrispondere ai componenti degli organi societari, ma anche a schermo protettivo dalla giurisdizione della Corte dei conti, dai controlli, dalla vigilanza e dai procedimenti ad evidenza pubblica; cfr. F. FIMMANÒ, *Il fallimento delle società pubbliche*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 18 dicembre 2013, in [www.ilcaso.it/articoli/399.pdf](http://www.ilcaso.it/articoli/399.pdf), 3.

<sup>58</sup> Corte conti, Calabria, 14 giugno 2012, n. 84 in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>59</sup> M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale. Riflessioni per un'actio finium regundorum su partecipazioni al capitale, socio d'opera, oggetto sociale, limiti soggettivi a contrarre ed a concorrere nelle pubbliche gare, dopo le riforme 2006-2009*, cit.



La pluralità di categorie di società destinate ad assolvere funzioni e scopi diversi, spesso contrapposti e in antitesi con lo scopo di lucro, palesano ulteriori complicanze per una soluzione sulla fallibilità, o sull'esenzione dal fallimento, delle società partecipate. Alcuni casi evidenziati accentuano ulteriormente la teoria dell'aspetto neutro del modello societario che prescinde dallo scopo del lucro. Se ben è possibile un'attività di catalogazione tra società economiche e società semi o quasi amministrazioni e la elevazione di questo criterio a elemento distintivo della fallibilità, ci sono altri fattori che dalla "societarizzazione degli enti" sono diretti verso "l'entificazione delle società"<sup>60</sup> e che hanno prospettato l'attrazione delle società nello statuto degli enti pubblici.

#### 4.2. *La "pubblicizzazione dei modelli societari" e il rapporto con la disciplina comune*

La societarizzazione dell'organizzazione pubblica con l'utilizzo spesso improprio del modello societario anche in ambiti non economici, ha prodotto una reazione dell'ordinamento che è quella della "entificazione" o della c.d. "pubblicizzazione" delle società. Si assiste, infatti, a "un progressivo allontanamento dei caratteri delle società pubbliche dalla fisiologia del mondo commerciale"<sup>61</sup> e una "estensione ad esse del regime giuridico che caratterizza i loro enti di riferimento"<sup>62</sup>, in base alla regola che "alle società si applica la disciplina dell'ente che la partecipa".

Il percorso di pubblicizzazione delle società partecipate si raggruppa in due ambiti con diversi destinatari. Il primo ambito si riferisce alle società partecipate e riguarda l'azione e l'organizzazione delle società. Il secondo ambito ha come destinatari gli enti istitutivi e partecipativi al capitale delle società e si riferisce alle loro capacità giuridiche.

Riferendoci al primo ambito notiamo che esso riguarda una serie di norme in materie del diritto amministrativo – come l'accesso ai documenti amministrativi, il processo amministrativo, la finanza e la contabilità pubblica, il personale, i contratti e da ultimo in modo più completo "la normativa moralizzatrice" – che hanno concorso a ridisegnare la cor-

<sup>60</sup> M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 261.

<sup>61</sup> A. CAROSI, *Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 581.

<sup>62</sup> F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2010, 6.

nice soggettiva della pubblica amministrazione, estendendo il perimetro di applicazione delle rispettive discipline anche alle società pubbliche (non solo quelle che esercitano pubbliche funzioni, ma anche quelle titolari di pubblici servizi) per gli aspetti che riguardano, appunto, l'attività (evidenza pubblica, ad esempio) e gli aspetti che attengono all'organizzazione (il reclutamento e le politiche per il personale, ad esempio)<sup>63</sup>.

In particolare rilevano due disposizioni normative.

La prima norma riguarda la trasparenza e l'accessibilità totale delle informazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche<sup>64</sup>. Essa prevede che vadano incluse tra le pubbliche amministrazioni anche "le società e altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni", sebbene "limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea"<sup>65</sup>.

La seconda norma è di coordinamento della finanza pubblica: dispone che le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali<sup>66</sup> concorrano alla realizzazione

<sup>63</sup> Ci si riferisce agli artt. 22 e 23 in materia di accesso della l. 7 agosto 1990, n. 241; all'art. 7, comma 2, del c.p.a.; all'art. 1, commi 2 e 3, l. n. 31 dicembre 2009, n. 196 e all'elenco delle amministrazioni pubbliche individuate annualmente dall'Istat e inserito nel conto economico consolidato e all'art. 11, d.lgs. n. 14 marzo 2013, n. 33 avente ad oggetto la trasparenza e l'accessibilità totale delle informazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

<sup>64</sup> Art. 11, d.lgs. n. 14 marzo 2013, n. 33.

<sup>65</sup> La nozione è assai complessa e sfuggente, anche perché l'espressione pubblica amministrazione ha una pluralità di significati anche giuridici, ciascuno dei quali fa riferimento a una realtà mutevole nel tempo, così: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2005, 17; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna 2004, 12, osserva che "appena si abbandona il terreno puramente descrittivo, le cose si complicano notevolmente, al punto che riesce difficile anche solo precisare che cosa si intende per pubblica amministrazione: non perché manchi una definizione, ma perché ce ne sono troppe". Sull'argomento si v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo I, parte II, Milano 2003, 196; V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino 1994, *passim*; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni* (Voce), cit., 570-595, in part. 591.

<sup>66</sup> Quelle inserite nell'elenco di cui all'art. 1, comma 3, della l. n. 196/2009, nonché

degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza<sup>67</sup>.

Invece per quanto riguarda il secondo ambito vi sono disposizioni normative che hanno inciso sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici i quali avevano istituito le società.

L'obiettivo di queste norme è porre una serie di cautele e di limiti su alcuni aspetti di disciplina, quali l'obbligo di giustificare la costituzione o il mantenimento della partecipazione nelle società, i limiti nella capacità di costituzione delle società, l'obbligo di dismissione, la scelta dei soci privati, la specificazione delle modalità di interazione fra socio e società, l'assunzione del personale, la composizione degli organi societari tanto da arrivare a spingersi fino al punto di negare l'imprenditorialità pubblica delle società<sup>68</sup>.

Detti limiti trovano giustificazione principalmente nei vincoli di finanza pubblica diretti non solo alle società partecipate ma anche agli enti partecipanti. Tra questi limiti che condizionano la capacità imprenditoriale delle società pubbliche e la libertà di iniziativa economica degli enti partecipanti la legge prevede che le amministrazioni non possano, salvo in caso di riduzione del capitale sotto il limite previsto<sup>69</sup>, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali<sup>70</sup>. È prevista una deroga finalizzata a salvaguardare la conti-

le aziende speciali e le istituzioni. Si consideri il TAR Lazio, Sez. III, 11 settembre 2013, n. 8227, secondo il quale gli enti inseriti nell'elenco ISTAT hanno natura pubblica.

<sup>67</sup> Per i servizi pubblici locali sono individuati parametri *standard* dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 13, l. n. 196/2009, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche. Per i servizi strumentali i parametri *standard* di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato. Così art. 1, comma 552, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

<sup>68</sup> Cfr. ad es. l'art. 6, commi 3 e 4, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che estende alle società a totale partecipazione pubblica il potere ispettivo attribuito agli organi statali nei confronti delle amministrazioni pubbliche (comma 3) e prevede che comuni e province allegino al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei crediti e dei debiti reciproci tra ente e società partecipate e, in caso di discordanze, adottino senza indugio i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie (comma 4). L'art. 3 del d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, ha inserito l'art. 147-ter nel testo unico degli enti locali, prevedendo penetranti controlli da parte dell'ente pubblico partecipante ed un bilancio consolidato riguardante le aziende non quotate partecipate.

<sup>69</sup> Cfr. art. 2447 c.c.

<sup>70</sup> Art. 6, comma 19, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 conv. con mod. in l. 30 luglio 2010,

nuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse solo a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità.

Invece fuori da queste situazioni vi è la possibilità dell'ente partecipante di ripianare le perdite nei limiti della misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione, in particolare attraverso lo strumento della ricapitalizzazione in base all'art. 2447 c.c. o all'art. 2482-ter c.c., che sono delle misure alternative allo scioglimento e alla liquidazione della società (cfr. art. 2484, n. 4, c.c.)<sup>71</sup>.

Dalla lettura di queste norme si palesa un orientamento di politica legislativa che ha portato all'affermazione del "divieto di soccorso finanziario".

Quest'orientamento ha sancito l'abbandono della logica del salvataggio degli organismi in condizioni di irrimediabile dissesto, facendo salve solo le ipotesi in cui si renda necessario salvaguardare la continuità del pubblico servizio per ragioni di pubblico interesse. La disposizione si propone, quindi, di porre un freno, in particolare agli enti locali, alle ricapitalizzazioni e ad altri trasferimenti straordinari per coprire le perdite strutturali al fine di non impattare negativamente sui bilanci pubblici compromettendone la sana gestione finanziaria<sup>72</sup>. Inoltre ha l'obiettivo di preservare le regole sulla libera concorrenza e sul divieto di aiuti di Stato<sup>73</sup>.

Dal complesso normativo ora riportato si desume che il legislatore abbia limitato la possibilità per gli enti locali di sostenere finanziariamente gli organismi partecipati, positivizzando "pratiche economiche che avrebbero dovuto orientare la discrezionalità dell'ente e costituire la base di ogni scelta volta alla sana gestione finanziaria degli organismi societari, stante l'uso di risorse della collettività"<sup>74</sup>.

Tuttavia si consideri che al di fuori di queste prescrizioni restrittive vige la regola che "tutto ciò che non è vietato dalla norma può ritenersi

n. 122, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, denominato anche Manovra economica 1 – Decreto anticrisi.

<sup>71</sup> Cfr. art. 1, commi da 550 a 553, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

<sup>72</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per la Toscana, 30 aprile 2013, n. 126, in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>73</sup> Peraltro, tale norma appare assolutamente coerente con le disposizioni dei Trattati (art. 106 Tfu), le quali vietano che soggetti che operano nel mercato comune beneficino di diritti speciali o esclusivi, o comunque di privilegi in grado di alterare la concorrenza "nel mercato", in un'ottica macroeconomica; cfr. anche Corte conti, Sez. reg. controllo per la Puglia, 7 marzo 2012, n. 29, in <https://servizi.corteconti.it>; I.d., Sez. reg. controllo per il Piemonte, 24 luglio 2014, n. 159, *ivi*.

<sup>74</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per la Lombardia, 12 luglio 2010 n. 753, in <https://servizi.corteconti.it>.

formalmente permesso” ma, come in ogni scelta di carattere amministrativo che impegna la finanza pubblica, va motivato alla luce dello scopo istituzionale da perseguire e dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità su cui l’azione amministrativa si regge<sup>75</sup>.

Però sarebbe alquanto illogico sostenere il divieto del soccorso finanziario e al contempo permettere di esentare le società dalla fallibilità o dall’applicazione di altri rimedi concorsuali. In effetti, non vanno considerate solo le conseguenze patrimoniali che si producono in capo alla società partecipata, ma anche e soprattutto le conseguenze che ne possano derivare per l’ente pubblico partecipante.

Talché se quest’orientamento normativo evidenzia una netta contrarietà ai salvataggi indiscriminati, è da presupporre che il fallimento possa costituire un valido rimedio.

In termini pratici e in netto contrasto con i vincoli di finanza pubblica, l’esenzione dal fallimento della società partecipata porterebbe alla conseguenza di addossare i debiti societari all’ente partecipante, il quale non potrebbe svincolarsi dagli obblighi patrimoniali<sup>76</sup>.

In tal modo si vanificherebbe non solo il principio della limitazione della responsabilità patrimoniale dell’ente pubblico partecipante, ma anche il complessivo impianto delle regole di finanza pubblica sulla sana gestione, sull’equilibrio del bilancio e sulla sostenibilità dell’indebitamento, oltre alle già accennate regole sul divieto di selettività e sulla libera concorrenza.

#### *4.3. Il rafforzamento dell’appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica e conseguenze per il loro regime fallimentare*

L’esistenza di numerose disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche e che

<sup>75</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per il Piemonte, 24 luglio 2014, n.159, cit.

<sup>76</sup> Cfr. ad esempio il C.G.A. – Sez. Giurisdizionale, 19 gennaio 2015, n. 14 e Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013 n. 2559, in <http://newnorma.dbi.it> – Norma, 619, 2015, a tenore dei quali: “L’esecuzione delle sentenze emanate dal giudice costituisce un dovere ineludibile dell’amministrazione conformemente alle regole dello Stato di diritto e anche in base agli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Pertanto, gli organi dell’amministrazione, proprio al fine di soddisfare tale preminente dovere di esecuzione, sono tenuti a porre in essere qualunque atto che appaia idoneo a dare esecuzione all’ordine del Giudice e, tra questi atti, rientra sicuramente il ricorso alla stipulazione mutui, ove l’amministrazione non possa diversamente e in maniera più semplice soddisfare le legittime pretese dei soggetti interessati”.

vincolano e limitano sia l'agire delle stesse società, sia la capacità degli enti partecipanti, pone la domanda sulla loro forza di attrarre nella sfera del diritto pubblico anche i soggetti di diritto privato (le società di capitali) facendo così perdere il loro connotato privatistico.

Com'è noto, le norme derogatorie al regime privatistico sono poste dal legislatore a protezione degli interessi pubblici<sup>77</sup>. Il senso è ricavabile (anche) dalla lettura dell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo che richiama l'applicabilità delle norme del diritto privato "salvo che la legge non disponga diversamente". Parte della scienza giuridica è dell'avviso che le disposizioni normative speciali non costituiscono un *corpus* unitario sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento e a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarre espressamente alla disciplina civilistica. Proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, può ricavarsi a contrario, che tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica<sup>78</sup>.

Sul tema e in questo senso è intervenuto il legislatore con l'art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95<sup>79</sup> imprimendo un "indirizzo di cautela" verso l'entificazione delle società di capitali<sup>80</sup>. Se da un lato è dato intuire che "le pubbliche amministrazioni"<sup>81</sup> sono anche le società, la citata norma invece, in netta controtendenza, detta il principio secondo cui, "in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, tutte le disposizioni di carattere speciale si interpretano nel senso che al di fuori di quanto espressamente stabilito, si applica la disciplina del codice civile sulle società di capitali".

<sup>77</sup> W. GIULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in <http://www.giustamm.it/>, 6 maggio 2014.

<sup>78</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cr.php?id\\_cont=9561.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cr.php?id_cont=9561.php).

<sup>79</sup> Recante le disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>80</sup> Dossier Servizio Studi del Senato, 12 luglio 2012, n. 39.

<sup>81</sup> Si presenta anche una questione terminologica tra la nozione di pubblica amministrazione e la nozione di ente pubblico. La dottrina nota come il legislatore preferisca parlare di pubblica amministrazione invece che di ente pubblico, perché la prima è meno direttamente connessa al possesso della personalità giuridica di diritto pubblico e meno formalmente definita; cfr. F. GOISIS, *Ente pubblico* (Voce), in *Annali VII, Enc. Dir.*, Milano 2013, 416.

Con questa norma il legislatore attesta “il rafforzamento dell’appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica”<sup>82</sup>, e di conseguenza anche la loro assoggettabilità al fallimento. Trova conferma la teoria che la società di diritto privato partecipata da un ente pubblico non perde la sua natura di soggetto privato, perché svolge un servizio pubblico ed è partecipata da capitale pubblico, sebbene questi due fattori giustifichino una serie di regimi speciali che possono coabitare quali, oltre ai molti già evidenziati, anche il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti. Anche secondo la Cassazione l’organizzazione di un servizio pubblico secondo un modello privatistico da un lato non solleva l’ente organizzatore dai vincoli di finanza pubblica e dall’altro non lo sottrae neppure, salva espressa eccezione, alla normativa civilistica propria del modello, come avviene appunto per le società per azioni<sup>83</sup>.

A seguito dell’analisi complessiva della normativa specifica e di deroga al codice civile, il quadro normativo generale che si è venuto a delineare non osta alla riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune, riferendosi sia alla normativa di riforma del diritto societario sia a quella di riforma del diritto fallimentare. Inoltre fuori dai vincoli di finanza pubblica e di uso delle risorse pubbliche, le altre ipotesi speciali e derogatorie che riguardano altri settori (ci si riferisce, ad esempio, ai diritti speciali riconosciuti al socio pubblico con le discipline sulle *golden share* e sulla *golden power*) vi è la tendenza inversa volta a diminuire la differenziazione tra le società pubbliche e quelle private.

In una tale prospettiva la scelta del modello societario comporterebbe l’applicazione della disciplina fallimentare quale meccanismo di responsabilità che consente di evidenziare e di intervenire su una gestione non economica di un servizio, impedendo la continuazione nella medesima modalità di un’attività non economicamente sostenibile<sup>84</sup>.

Il modello societario ha, infatti, i suoi connotati che lo distinguono dal modello di ente pubblico che trova (quest’ultimo) protezione nell’art.

<sup>82</sup> F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in [www.rivistacorteconti.it/Fascicolo/F.Goisis-Relazione-10.05.13.pdf](http://www.rivistacorteconti.it/Fascicolo/F.Goisis-Relazione-10.05.13.pdf).

<sup>83</sup> Cass. civ., Sez. lav., 18 ottobre 2013, n. 23702, in *Guida al diritto*, 2013, 46, 45.

<sup>84</sup> W. GIULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, cit.



1 l.fall.<sup>85</sup> e nell'art. 2221 c.c.<sup>86</sup>, e così, in caso d'insolvenza, nell'esenzione dalle procedure del fallimento e del concordato preventivo.

In tal modo, solo per gli enti pubblici, si realizzerebbe il privilegio dell'esenzione dal fallimento e l'indissolubilità del soggetto. Secondo questo ragionamento, nel momento in cui, invece, si manifesta la volontà negoziale e, ancora prima negli atti amministrativi, si manifesta la determinazione a stipulare il contratto di società<sup>87</sup>, si accetta di applicare il regime privato e si assume il conseguente rischio dell'assoggettamento (anche) alla disciplina sull'insolvenza<sup>88</sup>.

Invece, modelli come ad esempio in passato l'azienda priva di personalità giuridica oppure oggi l'ente strumentale, spesso non garantiscono l'attributo della limitazione della responsabilità a favore dell'ente partecipante e pertanto quest'ultimo non beneficia dell'esenzione dall'obbligo patrimoniale di ripianare le perdite<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Ci si riferisce alla legge fallimentare r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e, in particolare, all'art. 1, comma 1, secondo il quale sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

<sup>86</sup> In base al quale gli imprenditori, che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso d'insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali.

<sup>87</sup> La società è un contratto, cfr. art. 2247 c.c. e la gestione dei servizi pubblici tramite la costituzione di una società è attuazione dell'esercizio di una discrezionalità amministrativa che si materializza negli atti costitutivi della società. In dettaglio si consulti il lavoro di A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, cit., 151 e ss.

<sup>88</sup> L. PERFETTI, *Le società a partecipazione pubblica tra codice civile e diritto speciale*, Relazione al Convegno sul tema: "Le società pubbliche: verso una razionalizzazione della specialità del regime?", Ferrara, 11 dicembre 2014. Preme osservare come l'iniziale scelta del nostro legislatore sia apparsa chiaramente quella di non dettare, per le società a partecipazione pubblica, prescrizioni particolari, essendo sottoposte, secondo il codice civile, allo stesso trattamento delle società private, di diritto comune, ivi compresa l'esposizione a fallimento, così M.G. DELLA SCALA, *Le società a partecipazione statale: "società - imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile. Report annuale 2013 - Italia, Settembre 2013*, in [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/26\\_02\\_2014\\_12\\_24\\_Societ-a-partecipazione-statale-IT.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/26_02_2014_12_24_Societ-a-partecipazione-statale-IT.pdf). Per un commento sul tema si rinvia alla *Relazione al Codice civile* (v. F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in [www.rivistacorteconti.it/Fascicolo/F.Goisis.-Relazione-10.05.13.pdf](http://www.rivistacorteconti.it/Fascicolo/F.Goisis.-Relazione-10.05.13.pdf)), e in particolare il passaggio che costituire una società di capitali significa, per l'ente pubblico, "spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica".

<sup>89</sup> Cfr. art. 11-ter, d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126 il quale tra i requisiti qualificatori

### 5. *Il dibattito giurisprudenziale e i metodi d'indagine sulla fallibilità*

La questione dell'assoggettabilità a fallimento delle società pubbliche è stata affrontata in più occasioni dalla dottrina e dalla giurisprudenza, la quale ha assunto orientamenti oscillanti, e se inizialmente vi era la tendenza a sostenere una generalizzata fallibilità delle società pubbliche, in un momento di maggiore approfondimento la scienza giuridica ha cominciato a distinguere i tipi di società essendoci, come evidenziato, una categoria molto eterogenea a cui, infatti, possono essere ricondotti tipi differenti, spesso caratterizzati da discipline tra loro non omogenee e diversamente derogatorie del regime codicistico<sup>90</sup>. La giurisprudenza a sua volta ha cominciato ad elaborare una serie di criteri volti a determinare l'ambito della fallibilità. Nel corso di questi ultimi anni si è formata un'ampia casistica fallimentare di perimetrazione dell'area di fallibilità.

Il discorso sulla fallibilità delle società pubbliche è stato affrontato sotto l'aspetto dei metodi di indagine e delle argomentazioni a sostegno delle varie tesi.

Il loro obiettivo è comunque stabilire se una società possa considerarsi fallibile ai sensi della legge fallimentare oppure, all'opposto, possa considerarsi esente in qualità di ente pubblico.

Il primo metodo adottato dalla giurisprudenza è quello tipologico. Con questo metodo la giurisprudenza si era proposta di individuare la natura giuridica della società in mano pubblica. Esso presuppone un'operazione qualificatoria che si svolge secondo una valutazione *ex ante* la quale porta a capire se la società sia privata o pubblica: essa si fonda sull'idea che la disciplina concorsuale possa trovare applicazione solo previo accertamento degli indici rilevatori della natura del soggetto. All'interno di questo metodo si sono sviluppati due orientamenti contrapposti in termini di modalità di indagine.

Vi è l'orientamento (tipologico) tradizionale di tipo privatistico, che in ogni caso afferma la natura privata della società e ne attesta la fallibilità sulla scorta del dato normativo degli artt. 1 l. fall. e 2221 c.c., con l'unico

dell'ente prevede l'obbligo di ripianare i disavanzi, nei casi consentiti dalla legge, per percentuali superiori alla propria quota di partecipazione; in tal modo non si riconosce il limite della responsabilità alla sola quota di partecipazione.

<sup>90</sup> M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, cit., 574.

limite dato da una norma che espressamente qualifichi un soggetto come ente pubblico<sup>91</sup>.

A quest'orientamento si contrappone quello di stampo pubblicistico basato su un'indagine degli indici sintomatici che qualificano un soggetto come società o come ente pubblico. Questi indici di qualificazione sono di vario genere e si riferiscono al tipo di attività, alla vocazione commerciale, all'ambito dei poteri gestionali, alla titolarità del potere decisionale, alla titolarità del capitale, alla provenienza delle entrate, al tipo di interesse da soddisfare, alla sussistenza del potere di direzione, controllo e vigilanza dell'ente pubblico. Questi due approcci portano a conclusioni spesso diametralmente opposte e non portano a conclusioni univoche<sup>92</sup>.

L'altro metodo elaborato dalla giurisprudenza è quello c.d. funzionale. Esso prescinde dalla qualificazione pubblicistica o privatistica della società e si concentra nell'indagare e nello stabilire se nella specifica materia di riferimento, come nell'ipotesi di svolgimento di determinati tipi di servizi o di servizi destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi (ad es. la raccolta di rifiuti, il trasporto pubblico, il servizio postale) sia presente il carattere dell'essenzialità<sup>93</sup>. Con questo metodo si indagano le finalità perseguite e gli interessi protetti in una determinata materia. Si effettua "un'applicazione a scacchi" delle disposizioni pubblicistiche o *de residuo* di quelle privatistiche a seconda che l'interesse pubblico sia o

<sup>91</sup> Secondo questa teoria, a differenza di quella che segue (la c.d. tipologica pubblicistica) si afferma l'assoggettabilità della società in mano pubblica alle procedure concorsuali ritenendo prevalente la forma sulla sostanza e pertanto la cedevolezza degli indici sintomatici di pubblicità della società rispetto al dato formale della personalità giuridica di diritto privato; cfr. Trib. di Velletri, 8 marzo 2010 e Trib. Palermo 11 febbraio 2010, ined., richiamate da L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 619-620 e G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 333.

<sup>92</sup> Cfr. Trib. Catania, Sez. Fall., 26 marzo 2010, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=2338.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=2338.php) e Trib. di S. Maria Capua Vetere, Sez. Fall., 9 gennaio 2009, in <http://www.unijuris.it/node/370> e del 24 maggio 2011, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=6578.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=6578.php), anche *infra*. Questi orientamenti propendono a sostenere che laddove vi siano elementi sintomatici di stampo pubblicistico il soggetto non è di diritto privato, bensì un ente pubblico.

<sup>93</sup> Cfr. Appello Torino, Sez. I, 15 febbraio 2010, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=2062.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=2062.php), secondo la quale la qualificazione del soggetto va fatta con una valutazione di prevalenza della sostanza rispetto alla forma giuridica esteriore con un approccio che dia rilievo all'aspetto funzionale piuttosto che a quello tipologico, tenendo in considerazione la natura degli interessi protetti che la cui rilevanza pubblica, potrebbe giustificare la deroga alla disciplina privatistica.

non sia stato violato. Questo metodo porta alla creazione di due categorie di soggetti distinti in base all'essenzialità delle attività, qualificando così le società in essenziali (non fallibili) e non essenziali (fallibili).

Ad entrambi i metodi e alle loro rispettive specificazioni si possono dedicare altrettante osservazioni critiche<sup>94</sup>.

Il metodo funzionale e quello tipologico per indici sintomatici hanno entrambi la caratteristica di limitare ciascuno in base ai propri criteri l'esonazione dal fallimento.

Il metodo funzionale circoscrive il fallimento ai soli casi di attività non essenziali e cioè ai soli casi in cui esse non sono strettamente funzionali alla tutela degli interessi pubblici.

Il metodo tipologico per indici sintomatici invece tiene conto delle caratteristiche soggettive della società in base agli indici sintomatici ma pecca per eccesso. Infatti, porta all'esonazione dal fallimento anche fuori dai casi di svolgimento di servizi essenziali e così fuori dai casi della lesione dell'interesse pubblico, poiché predilige il dato formale.

Infine, il metodo tipologico tradizionale di stampo privatistico si pone all'estremo opposto del metodo tipologico per indici sintomatici, ma pecca per difetto poiché consente l'assoggettamento a fallimento anche di società che svolgono un servizio pubblico essenziale.

In effetti, e com'è intuibile, l'idea della fallibilità della società pubblica non va intesa in senso assoluto. Sebbene in prospettiva la società rappresenterebbe un neutro strumento organizzatorio che prescinderebbe dal lucro, ci sono diverse categorie di società che si distinguono in base alla genesi di costituzione, al legame interorganico o intersoggettivo e allo scopo.

La scienza giuridica, infatti, propende per l'esclusione dal fallimento di alcune società a partecipazione pubblica, che, pur società private per forma e per natura, per la loro diretta finalizzazione all'interesse pubblico sono sottratte alle conseguenze dell'insolvenza tipiche delle società<sup>95</sup>.

La considerazione è rivolta alle "società-enti pubblici", usualmente di appartenenza statale, che si differenziano dalle "società-imprese in

<sup>94</sup> G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 352 e *passim*.

<sup>95</sup> G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», cit., 801 e 825. L'A. osserva che la disciplina derogatoria discende dall'imputazione dell'interesse pubblico al soggetto, a prescindere da qualsiasi indagine sulla natura del soggetto. Inoltre il rinvio va fatto a M. DUGATO, *op. cit.*, 574 e in particolare a G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 11-17, 45, *passim*.*

mano o di partecipazione pubblica” e per le quali si applicherebbe per analogia l’art. 1, l. fall, perché considerate enti pubblici.

L’esenzione dal fallimento di questi tipi di società-enti troverebbe presupposto nella genesi di costituzione, la legge<sup>96</sup>, oppure nella qualifica necessaria del tipo di attività svolta che concorre a qualificare la società stessa per necessaria. In questi casi l’eventuale procedura concorsuale lederebbe gli interessi pubblici che la norma richiamata vuole tutelare in considerazione dell’essenzialità del servizio<sup>97</sup>.

Un discorso a sé va inoltre fatto per la particolare figura delle società *in house* che sconta il problema della natura giuridica, poiché è considerata un apparato dell’ente e non un soggetto distinto (di cui *infra* al § 7).

## 6. Quali elementi per una soluzione unitaria?

La questione sulla fallibilità delle società partecipate è stata oggetto di una serie di decisioni dei tribunali fallimentari che, come notato, in base ad approcci interpretativi diversi giungono a soluzioni che sono diametralmente opposte. Un punto fermo (e di arrivo) è stato impresso dalla Cassazione. La Cassazione fornisce una chiave di lettura che parte dal principio giurisprudenziale costantemente enunciato secondo cui una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale<sup>98</sup>. Da qui il ragionamento prevalentemente ispirato al criterio tipologico tradizionale privatistico che afferma che sono assoggettabili a fallimento le società a partecipazione pubblica indipendentemente dall’effettivo esercizio di un’attività, poiché esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione e non dal concreto esercizio dell’attività, a contrario, per quanto accade con l’imprenditore individuale il quale è identificato dall’effettivo esercizio dell’attività; mentre per le società è lo stesso statuto a stabilirlo<sup>99</sup>. Il dato è riprendibile rispettiva-

<sup>96</sup> Nel caso delle “società-enti pubblici” è il legislatore a provvedere (direttamente *ex lege* o indirettamente autorizzando) alla loro costituzione, dettando discipline derogatorie rispetto a quella comune contenuta nel codice civile, spesso però senza specificare i rapporti; cfr. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, cit., 144.

<sup>97</sup> S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit., 346.

<sup>98</sup> Cass. civ., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Riv. corte conti*, 2005, 5, 167.

<sup>99</sup> Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2012 n. 21991, in *Giust. civ.*, 2013, 1, 93. Secondo la

mente dalla Relazione del Guardasigilli all'art. 4, r.d. n. 267/1942 (l. fall.) e dalla Relazione del Guardasigilli al codice civile<sup>100</sup>.

Sulla scia del fenomeno della societizzazione dell'organizzazione pubblica la Cassazione interpreta la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di "perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico", nel senso che le società pubbliche e gli enti partecipanti si assumano i rischi (e direi anche i benefici) connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento<sup>101</sup>.

La peculiarità che invece ha favorito la teoria dell'esenzione dal fallimento era rappresentata dal fatto che la società partecipata oltre che "riqualificarsi in ente pubblico"<sup>102</sup>, svolgeva servizi pubblici essenziali la cui essenzialità la rendeva immune dal fallimento come, ad esempio, nel caso di una società per azioni esercente il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici, non già su base volontaristica, ma in ossequio alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 22/1997, che per di più utilizzava risorse pubbliche ed era soggetta alle norme sull'evi-

Cassazione qualora lo statuto di una società per azioni non evidenzi poteri speciali di influenza ed ingerenza, ulteriori rispetto agli strumenti previsti dal diritto societario, dell'azionista pubblico e l'oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, la società partecipata non perde la propria qualità di soggetto privato – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile – per il fatto che essa, partecipata da un Comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest'ultimo.

<sup>100</sup> La Relazione alla legge fallimentare sull'esonero degli enti pubblici economici dal fallimento prevede che detto esonero non si fonda sulla natura dell'attività esercitata dall'ente o sugli interessi coinvolti, bensì sul riconoscimento del soggetto esercente come ente pubblico. Invece la Relazione del Guardasigilli al codice civile rileva che la disciplina comune delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici senza eccezione, in quanto norme speciali non dispongono diversamente.

<sup>101</sup> Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit. La Cassazione ritiene assoggettabile a fallimento una società a responsabilità limitata, sebbene partecipata al 51% dall'ente locale, affidataria, in regime di concessione, della gestione di un servizio pubblico locale (nella specie, gestione rifiuti).

<sup>102</sup> Siccome l'ente pubblico ha un fine istituzionale che non potrebbe essere perseguito nel corso della procedura fallimentare, poiché essa tutela prevalentemente gli interessi dei creditori, tale società ne sarebbe esente.

denza pubblica<sup>103</sup> o nel caso di una società per azioni esercente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani partecipata esclusivamente da enti pubblici dotata di poteri di imposizione e di riscossione tipicamente pubblicistici<sup>104</sup>. L'essenzialità, infatti, tendeva a costituire fattore impeditivo del fallimento nel senso che l'esecuzione generale che caratterizza la procedura fallimentare comporterebbe la paralisi dell'attività della società nel perseguimento della cura dell'interesse affidato. Tuttavia, l'essenzialità del servizio ha ben presto fatto emergere il paradosso di ammettere la fallibilità di una società in mano privata concessionaria di un pubblico servizio e, per converso, sostenere l'esenzione dal fallimento di una società in mano pubblica esercente il medesimo servizio.

Il rifiuto di questo paradosso fa emergere la teoria che falliscono gli imprenditori e non già le imprese<sup>105</sup>. Tale scissione applicabile alla vicenda delle società a partecipazione pubblica gestrici di servizi di rilevanza economica comporta la distinzione tra l'impresa, cioè il servizio pubblico che deve essere erogato il cui titolare è l'amministrazione pubblica, e l'imprenditore, cioè il soggetto appositamente creato per gestire l'impresa al cui capitale sociale partecipa l'amministrazione titolare del servizio<sup>106</sup>. In virtù della distinzione tra l'impresa (cioè il servizio pubblico che deve essere erogato, di cui è titolare la pubblica amministrazione) e l'imprenditore (cioè il soggetto appositamente creato per svolgere l'impresa, al cui capitale partecipa l'amministrazione pubblica titolare del servizio) non sarebbe di ostacolo il fallimento di una società partecipata ben potendo il titolare dell'impresa, cioè del servizio, costituirne una nuova o svolgerlo con moduli diversi.

<sup>103</sup> Cfr. Trib. Patti, Sez. Fall., 6 marzo 2009, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2339.php>.

<sup>104</sup> Cfr. Trib. Catania, Sez. Fall., 26 marzo 2010, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=2338.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=2338.php) e anche Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. Fall., che con provvedimento del 9 gennaio 2009 (in <http://www.unijuris.it/node/370>) aveva sostenuto la non assoggettabilità a fallimento di una società in mano pubblica esercente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani "necessaria" all'ente territoriale, in quanto inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi, mentre con decreto del 24 maggio 2011 (in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=6578.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=6578.php)) a riguardo di una società partecipata avente ad oggetto la verifica e il controllo impianti termici, invece si era pronunciato in maniera opposta.

<sup>105</sup> L. DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in A. CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino 2009, 10.

<sup>106</sup> S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit., 320.



Inoltre è smentito l'assunto dell'insuperabilità del rischio di interruzione di servizio pubblico. L'insuperabilità era giustificata dal caso che vi fosse una penalizzazione dell'interesse pubblico della collettività alla corretta e regolare erogazione di un servizio pubblico che si troverebbe a soccombere a fronte degli interessi schiettamente privatistici del ceto creditorio<sup>107</sup>. Quest'obiezione, tuttavia, può agevolmente superarsi per il tramite degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento e, in particolare, dalla legge fallimentare, che prevede strumenti specifici per la gestione provvisoria della società fallita. Vi è inoltre la disciplina speciale che prevede che le reti e gli impianti strumentali all'esercizio del servizio appartengano in proprietà al soggetto pubblico affidante e non possano essere cedute di proprietà (cfr. ad es. gli artt. 113 e 118 Tuel). La legge, inoltre, consente l'accesso di terzi soggetti nella gestione senza causare alcuna interruzione del servizio. In conformità a questo ragionamento, il fallimento del soggetto chiamato ad erogare il servizio opererà soltanto come causa di cessazione della gestione e non potrà mai avere ad oggetto, come considerato, le reti, le dotazioni e gli impianti destinati al servizio pubblico<sup>108</sup>.

### 7. *La specificità apparente delle società in house providing*

È da chiedersi se le considerazioni ora svolte vadano rimediate dinanzi all'ipotesi del carattere necessario dell'ente pubblico, nei confronti del quale si esclude l'applicazione di norme volte di regola alla liquidazione e all'estinzione dell'impresa<sup>109</sup>. In questi casi l'interesse pubblico si

<sup>107</sup> Cfr. App. Torino, 15 febbraio 2013, in *Il fallimento*, 2010, 689.

<sup>108</sup> A norma del secondo comma dell'art. 113, gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, mentre, a norma del comma 28 dell'art. 4 l. 138/2011, "ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati". La complessa disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, risultante ad oggi dal combinato disposto del citato art. 113 Tuel e dell'art. 4, l. 14 settembre 2011, n. 148, prevede dunque la necessaria separazione fra l'attività di erogazione del servizio e proprietà dei beni necessari alla gestione del medesimo. A questa necessaria distinzione fra proprietà e gestione non sfugge nemmeno la disciplina relativa ai rifiuti, rispetto alla quale si prevede soltanto che l'utilizzazione degli impianti e delle dotazioni sia concessa in comodato gratuito e non dietro corrispettivo (comma 4 dell'art. 202, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Cfr. L.E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.*, 2012, 4, 538.

<sup>109</sup> S. CASSESE, *Enti pubblici economici*, in *Nov.mo Dig. it.*, VI, Torino 1968, 573.

radicherebbe nella necessaria presenza dell'ente pubblico sul mercato (vincolata pur sempre alla realizzazione di interessi generali) e non in un intrinseco rilievo pubblicistico dell'attività svolta<sup>110</sup>. La necessaria esistenza si porrebbe come conseguenza della cura di interessi pubblici. In tal caso il privilegio dell'esenzione dal fallimento è considerato quale conseguenza di una specifica previsione legislativa, o regolamentare, che impone la dedizione di un soggetto appositamente costituito alla cura di interessi di natura pubblicistica<sup>111</sup>. In effetti, l'orientamento maggioritario è consolidato sull'assunto che in questi casi di espressa deviazione legislativa le società partecipate o pubbliche andrebbero esenti da fallimento<sup>112</sup>, sebbene vi sia la consapevolezza che la "scelta interpretativa (*e legislativa*) di sottrarre determinate società in mano pubblica alla disciplina fallimentare va circoscritta entro limiti quanto più è possibile ristretti"<sup>113</sup>.

Altro aspetto da considerare sono le società di autoproduzione ovvero le c.d. *in house providing*. Secondo alcune opinioni della scienza giuridica, rientrerebbero nell'ambito del regime di esenzione ora tracciato anche le società *in house*<sup>114</sup>. In effetti, quest'ultime sulla scorta di giurisprudenza comunitaria e nazionale non possono ritenersi soggetto terzo rispetto all'amministrazione controllante e costituiscono una *longa manus* della pubblica amministrazione. La Cassazione ha previsto la soggezione degli amministratori al regime della responsabilità amministrativa, facendo leva, limitatamente a questo tipo di partecipazione, proprio sulla critica alla distinzione soggettiva e all'autonomia patrimoniale intercorrente tra socio pubblico e società<sup>115</sup>. Un tale inquadramento qualificatorio della società come organo dell'ente la escluderebbe dal fallimento,

<sup>110</sup> L.E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 538.

<sup>111</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 179; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., 168 e 213. Oppure in base ad una diversa visione quale norma posta a garanzia della continuità di una determinata funzione, come tale suscettibile di applicazione analogica nei confronti di società per azioni, allorché queste ultime siano destinate, al pari degli enti pubblici allo svolgimento di attività che abbiano rilievo pubblicistico; cfr. E. CASSETTA, *op. cit.*, 236.

<sup>112</sup> E. SORCI, *La società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativo in caso di insolvenza*, cit., 375. G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., 353.

<sup>113</sup> G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, cit., 353.

<sup>114</sup> F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino 2009, 226.

<sup>115</sup> Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283 e il commento di W. GIULIETTI, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, cit.

poiché non si configura un rapporto di alterità, né una separazione patrimoniale, tra l'ente pubblico partecipante e la società stessa, i cui organi risultano preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla pubblica amministrazione e ad essa legati da un rapporto di servizio<sup>116</sup>. E ciò nonostante la previsione dell'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012 che rinvia al codice civile, dovendo a questo riguardo sostenere l'applicabilità della disciplina ordinaria per l'assenza di deroghe pubblicistiche.

Recenti aperture della giurisprudenza di merito propendono per la fallibilità della società *in house providing* in determinate condizioni.

A sostegno della fallibilità soccorre il citato art. 4, comma 13, inteso come disposizione di generale rinvio alla disciplina codicistica delle società di capitali (art. 2221 c.c.) e norma di interpretazione autentica<sup>117</sup>.

Inoltre, vanno considerati la natura e la competenza del servizio pubblico svolto dalla società che è fallibile laddove il servizio pubblico non sia essenziale e non sia di esclusiva competenza pubblicistica<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. Trib. Verona, Sez. Fall., 19 dicembre 2013, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id\\_cont=9857.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cri.php?id_cont=9857.php). Il giudice del Tribunale di Verona ha statuito che l'esenzione dal fallimento e dal concordato preventivo deve essere applicata anche alle società *in house*, le quali possono essere individuate in base ai criteri indicati nella citata sentenza della Cassazione n. 26283/2013, secondo la quale la qualifica va attribuita alle società che presentino congiuntamente i seguenti tre requisiti: 1) natura esclusivamente pubblica dei soci; 2) lo svolgimento dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; 3) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. In precedenza anche il Tribunale di S. Maria Capua Vetere, Sez. Fall., 12 ottobre 2011, cit., ha previsto che le forme privatistiche di esercizio di impresa commerciale potranno eventualmente porre questioni attinenti alla natura pubblica o privata del soggetto partecipato da enti pubblici "solo qualora l'aspetto gestionale e di attività di detti enti risultasse completamente avulso dalle regole e dagli schemi del diritto commerciale, così da rappresentare la società un mero organo, un'articolazione che si immedesima nel soggetto pubblico che la partecipa".

<sup>117</sup> Il Trib. Palermo, Sez. Fall., 13 ottobre 2014, in [http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id\\_cont=11683.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=11683.php), sulla scorta dell'assunto che la società non muta la sua natura privatistica in relazione al tipo di controllo esercitato dall'ente pubblico (già affermato dal Tribunale Modena 10 gennaio 2014) e dell'interpretazione autentica fornita dal citato art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012. A dir il vero la notizia sulla fallibilità delle società *in house* era apparsa sulla stampa (Cfr. G. NEGRI, *Le società in house possono fallire*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 dicembre 2014, 338, 44). In realtà la notizia è frutto di una lettura sostanzialmente errata, poiché nel caso è ben vero che la società partecipata fosse stata dichiarata fallita, ma, come rileva lo stesso Tribunale a p. 9, la società non soddisfaceva i criteri dell'*in house providing* per difetto di prova e per indagine tipologica basata su indici sintomatici effettuata dal Giudice.

<sup>118</sup> Trib. di Reggio Emilia, Sez. Fall., 18 dicembre 2014, n. 150 il quale ha previsto

Il successivo requisito è la commerciabilità, che in base all'art. 1 l. fall. è un requisito attivo che integra quello negativo dell'esonerazione dal fallimento per l'ente considerato pubblico<sup>119</sup>.

L'aspetto è stato affrontato in un'ottica parzialmente diversa anche dal Controllore contabile e portato all'attenzione dalla dottrina<sup>120</sup>, la quale ha elaborato la convinzione che l'inclusione delle società *in house providing* nel novero degli enti pubblici non dovrebbe comunque avere nessun effetto rispetto all'applicazione della legge fallimentare, nel senso che anche questo tipo di società sia fallibile<sup>121</sup>. Il ragionamento della Corte dei conti muove dall'assunto secondo cui "la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette nei rapporti con i terzi, né sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria stabilita dal codice civile".

Il complesso degli orientamenti giurisprudenziali, delle sezioni fallimentari, del giudice contabile e del controllore contabile, indubbiamente scontano una serie di fattori di instabilità. *Primo*. Il fatto che le imprese pubbliche sono aumentate in modo abnorme e spesso sono state costituite o mantenute in vita per gli scopi più diversi (strategici o solo occupazionali, ad esempio). Infatti, si rende necessario distinguere tra le ipotesi nelle quali l'ente acquisisce partecipazioni in società di capitali, in ragione del fatto che intende agire secondo quel regime, ed i casi nei quali, invece, mira soltanto a conseguire efficienze aziendali. *Secondo*. L'assenza di una chiara definizione del concetto di impresa pubblica e del suo regime pone seri dubbi sull'applicabilità del requisito della commerciabilità. *Terzo*. La presenza di imprese pubbliche a regimi speciali e il loro "esonero per legge". *Quarto*. La limitazione ad opera del legislatore della crisi della regola generale sulla capacità di agire delle pubbliche amministrazioni prevista dal codice civile. *Quinto*. La insistenza di dubbi sulla piena attuazione al principio, codificato dall'art. 4, comma 13, d.l. n. 95/2012, secondo cui tutte le disposizioni di carattere speciale

che possa "dichiararsi il fallimento della società *in house* (totalmente partecipata da enti pubblici) che non esercita un servizio pubblico essenziale di esclusiva competenza pubblicistica, poiché la stessa agisce sul mercato con finalità di lucro e si atteggia – nei rapporti coi terzi – come un soggetto privato".

<sup>119</sup> Trib. Avezzano, Sez. Fall., 24 luglio 2013 che nega la fallibilità ove difetti ex art. 1 legge fall. il requisito della commerciabilità di fronte al quale cede anche la volontà statutaria.

<sup>120</sup> L. E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 542.

<sup>121</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per la Lombardia, 29 giugno 2009 n. 385, in <https://servizi.corteconti.it>.

si interpretano nel senso che al di fuori di quanto espressamente stabilito, si applica la disciplina del codice civile sulle società di capitali<sup>122</sup>.

8. *La responsabilità patrimoniale degli enti partecipanti e il divieto di soccorso finanziario*

La responsabilità patrimoniale dell'ente partecipante alla società è l'altro aspetto da considerare. La societizzazione di alcuni apparati pubblici è stata fatta, come notato, in un'ottica di freno a finanziamenti senza fine e di abbandono del regime dei fondi di dotazione, che comportava, appunto, uscite senza fine per il bilancio pubblico. In tal modo si accetta anche la regola che quando non ci sono risorse sufficienti per fare fronte alle obbligazioni la società va sottoposta a procedure concorsuali<sup>123</sup>.

L'intervento finanziario dell'ente partecipante nel patrimonio della società può considerarsi in duplice versione: quella impeditiva del fallimento con tentativi di soccorso finanziario volti a neutralizzare il connotato dell'insolvenza e quella riparatoria-risarcitoria successiva al fallimento o alla liquidazione della società.

Per quanto riguarda il primo aspetto, in base alla regola tracciata dal legislatore, è imposto l'abbandono del salvataggio a tutti i costi di soggetti che versano in situazioni di irrimediabile dissesto ed è richiesto l'abbandono della logica degli interventi tampone con dispendio di risorse a fondo perduto.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, in linea generale, vige il principio dell'autonomia patrimoniale e della limitazione di responsabilità del socio partecipante. Pertanto il socio di una società di capitali, salva l'ipotesi che si sia esposto direttamente nei confronti dei creditori della società, risponde limitatamente alla quota di capitale detenuta. Nel caso di partecipazione in società *in house* invece non sussiste un rapporto intersoggettivo tra la società e l'ente, ma un penetrante rapporto interorganico caratterizzato dall'autonomia patrimoniale ma non, invece, dalla distinta titolarità di esso. Il regime della responsabilità è diverso ed è pre-

<sup>122</sup> Aspetti affrontati nel *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, cit. *supra* in nota e portati all'attenzione nell'emendamento n. 14.500 all'art. 14, ddl n. S. 1577/2014 sulla "Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche", del Sen. Pagliari, *infra* in nota.

<sup>123</sup> L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, cit., 326-327.

visto dall'art. 2497 c.c. che non fonda una responsabilità per il solo fatto della partecipazione dell'ente pubblico alla società. In questo specifico caso, affinché si possa ascrivere una responsabilità occorre una condotta "in violazione dei principi di corretta gestione societaria", il cui onere probatorio è interamente rimesso ai terzi – anche creditori – danneggiati.

Sull'aspetto della responsabilità dell'ente partecipante che in termini codicistici è pacifico, la Corte dei conti (in sede di controllo) ha sul tema assunto più posizioni spesso oscillanti e tra loro discordanti. In alcune situazioni ha anteposto la tutela delle finanze dell'ente partecipante e ha sacrificato i diritti dei creditori. In altre situazioni ha, invece, posto a fondamento dell'onere di ripianare i debiti il rispetto dei criteri di imparzialità e di tutela del principio di affidabilità e buona fede che ogni pubblica amministrazione è tenuta ad osservare nei rapporti con i propri fornitori. In un'occasione ha sostenuto la sottoposizione a fallimento della società *in house*, ed inoltre ha ritenuto che l'ente, unico socio che agisce con i poteri di controllo analogo e di stringente direzione e coordinamento della società *in house*, in caso di insolvenza societaria risponde dei debiti di quest'ultima<sup>124</sup>. Invece in un'altra occasione<sup>125</sup> ha stabilito che un Comune, anziché chiedere il fallimento di due società in liquidazione da esso interamente partecipate, avrebbe dovuto accollarsi le esposizioni debitorie di queste ultime, attraverso la procedura ordinaria di iscrizione nel bilancio dell'ente locale<sup>126</sup>.

Dopo il freno legislativo avutosi con la previsione del divieto di soccorso finanziario, ma anche applicando le regole comuni del diritto delle obbligazioni, la Corte si è attestata sulla regola che l'ente non ha – in linea di principio – alcun obbligo di assumere a carico del proprio bilancio i debiti della società partecipata in liquidazione, qualora il patrimonio di quest'ultima non sia in grado di soddisfare le pretese creditorie. Tuttavia se l'ente decidesse – nella propria discrezionalità politica – di accollarsi i debiti della società partecipata in liquidazione, secondo la Corte, lo stesso dovrebbe evidenziare, attraverso congrua motivazione, la sussistenza di un interesse pubblico concreto giustificativo dell'operazione da intraprendere, valutandone attentamente la sostenibilità finanziaria. È chiaro che una tale scelta finirebbe inevitabilmente per costituire una ri-

<sup>124</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per la Lombardia, 29 giugno 2009 n. 385, in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>125</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per il Lazio, 7 ottobre 2008 n. 46, in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>126</sup> L.E. FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 542.

nuncia implicita al limite legale della responsabilità patrimoniale della società di cui all'art. 2325 c.c.. Si è dell'avviso che attualmente sarebbe di difficile realizzazione, perché incorrerebbe nelle riserva del divieto di soccorso finanziario generando, oltretutto, dei debiti fuori bilancio<sup>127</sup>.

In una prospettiva che considera non solo la fattispecie dell'insolvenza e della crisi, ma soprattutto la loro gestione, in momenti e alla presenza di presupposti diversi, la disciplina del fallimento non può essere intesa come unico rimedio da applicabile ai vari tipi di società in una visione, peraltro, la più possibile uniforme. In effetti, la fattispecie dovrebbe trovare considerazione in una prospettiva essenzialmente di prevenzione di situazioni patologiche di insolvenza con l'applicazione di rimedi alternativi volti a prevenire gli effetti del fallimento<sup>128</sup>.

### 9. *I modelli alternativi al fallimento*

L'esonero dal fallimento delle società partecipate e i tentativi di estenderne il più possibile l'ambito di franchigia non possono però considerarsi una soluzione valida. Inoltre non è accettabile un'immunità da qualsiasi tipo di rimedio, poiché si altera la libera concorrenza, il divieto di aiuti di Stato, e si apre la spirale che il socio dovrebbe addossarsi l'onere di ripianare i debiti con le risorse pubbliche.

In fin dei conti il fallimento impedisce l'esercizio sparpagliato e disordinato delle azioni esecutive dei creditori le quali, in caso di esenzione

<sup>127</sup> Corte conti, Sez. reg. controllo per la Sicilia, 2 aprile 2014 n. 29, in <https://servizi.corteconti.it>.

<sup>128</sup> Su tale aspetto l'emendamento 14.500 all'art. 14, ddl n.1577/2014 sulla "Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche", del Sen. Pagliari il quale al comma 1, prevede che "il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza sulla base di una serie di principi e criteri direttivi" tra i quali: 1) alla lett. a) "la distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa"; 2) alla lettera e) "l'eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo"; 3) alla lett. h) la "possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento" e alla lett. i) la "regolazione dei flussi finanziari tra ente pubblico e società partecipate secondo il criterio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private".



dal fallimento, sortirebbero lo stesso effetto (del fallimento), ma in modo disorganico.

Pertanto, se l'esenzione dal fallimento impedisce la scomparsa del soggetto dal mondo giuridico, la presenza del debitore non fallibile e la sua persistenza necessariamente richiedono un'opera di imprescindibile intervento ripianatorio o di salvataggio da parte del suo detentore, che nel caso è un ente pubblico.

Quest'ultimo è indubbiamente un valido argomento che si pone in contrasto all'esenzione dal fallimento. In base all'orientamento restrittivo del legislatore è stato sancito l'abbandono della logica del salvataggio obbligatorio degli organismi in condizioni di irrimediabile dissesto, facendo comunque salve quelle ipotesi in cui si rende necessario salvaguardare la continuità del pubblico servizio per ragioni di pubblico interesse.

Nel nostro ordinamento il legislatore fallimentare ha escluso dalle procedure concorsuali gli enti pubblici e ha regolamentato altrove le situazioni patologiche di tali enti. La maggior parte degli enti non è esente da procedure concorsuali che sono diverse da quelle fallimentari in termini di procedure e di presupposti. Il legislatore è altresì intervenuto con discipline speciali in settori rilevanti e strategici per l'economia nazionale.

Così per gli "enti di diritto pubblico e altri enti sotto qualsiasi forma costituiti, soggetti a vigilanza dello Stato e comunque interessanti la finanza statale" è prevista la loro soppressione e liquidazione quando si trovino in condizioni economiche di grave dissesto o siano nell'impossibilità concreta di attuare i propri fini statutari (o anche qualora i loro scopi siano cessati o non sono più perseguibili)<sup>129</sup>. Disciplina più recente ha previsto per gli "enti sottoposti alla vigilanza dello Stato" l'applicabilità del modello della liquidazione coatta amministrativa quando la loro situazione economica, finanziaria e patrimoniale raggiunga un livello di criticità tale da non poter assicurare la sostenibilità e l'assolvimento delle funzioni indispensabili, ovvero l'ente stesso non possa far fronte ai debiti liquidi ed esigibili nei confronti di terzi<sup>130</sup>.

Anche gli enti locali (comuni e province) sono soggetti al dissesto quando non sono in grado di assolvere le funzioni ed i servizi indispensabili, ovvero quando esistono crediti liquidi, certi ed esigibili di terzi cui

<sup>129</sup> Cfr. l. n. 4 dicembre 1956, n. 1404.

<sup>130</sup> Cfr. l'art. 15, d.l. 6 luglio 2011, n. 98. In questi casi, secondo un procedimento amministrativo che inizia con decreto del Ministro vigilante, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, l'ente è posto in liquidazione coatta amministrativa.

non si può trovare valida copertura finanziaria, a norma di legge, con mezzi di finanziamento autonomi dell'ente senza compromettere lo svolgimento delle funzioni e dei servizi indispensabili<sup>131</sup>.

Inoltre, di recente il legislatore ha previsto una specifica disciplina sul dissesto finanziario anche per le università<sup>132</sup>.

Fondamentalmente nel nostro ordinamento vi sono due macromodelli di procedure concorsuali: quello del dissesto che è un modulo procedimentale applicabile ad alcuni enti pubblici, e quello processuale del fallimento, applicabile ai soggetti giuridici con attività imprenditoriale ad esclusione però degli enti pubblici. Rimangono fuori dall'espressa previsione normativa le società pubbliche.

La procedura concorsuale del fallimento si qualifica come procedimento giurisdizionale di esecuzione forzata (di massa) e, pertanto di contenzioso, che si svolge avanti al giudice ordinario della sezione fallimentare. Il curatore da questi nominato si sostituisce agli organi della società.

Invece il dissesto degli enti pubblici è un modulo procedimentale affidato in larga misura alla competenza di una struttura commissariale che è governata dagli organi amministrativi e di recente ne è stata coinvolta la Corte dei conti in composizione di (sezione regionale di) controllo<sup>133</sup>. A differenza della procedura fallimentare, non presuppone alcuna ingerenza degli organi giurisdizionali e dei suoi ausiliari nella sovranità dell'ente violando la riserva di amministrazione. Le procedure previste per gli enti sottoposti alla vigilanza dello Stato seguono il modello della liquidazione coatta amministrativa che è simile al fallimento, ma se ne differenzia proprio per l'organo competente a disporla (autorità amministrativa al posto del giudice ordinario) preservando così la riserva di amministrazione<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> Solo di recente rispetto alla vigenza della legge fallimentare e del Codice civile (del 1942) e della legge sul dissesto degli enti statali (del 1954), nel 1989, è stato introdotto l'istituto del dissesto finanziario per gli enti locali. Cfr. l'art. 25, d.l. 2 marzo 1989, n. 66, conv. con mod. dalla l. 24 aprile 1989, n. 144 e dall'art. 21, d.l. 18 gennaio 1993. Il testo unico della legge comunale e provinciale, il R.d. n. 383/1934, ha invece ignorato del tutto l'argomento, a lungo trascurato anche dopo l'instaurazione dell'ordinamento repubblicano.

<sup>132</sup> Cfr. d.lgs. 27 ottobre 2011, n. 199. Sul tema. G. GRÜNER, *Il dissesto finanziario ed il commissariamento degli atenei*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino 2013, 176 ss.

<sup>133</sup> La Corte dei conti sezione regionale di controllo delibera sull'approvazione o sul diniego del piano di riequilibrio finanziario pluriennale, valutandone la congruenza ai fini del riequilibrio; cfr. l'art. 243-*quater*.

<sup>134</sup> La liquidazione coatta amministrativa è una procedura concorsuale speciale a ca-

Il dissesto e il fallimento tuttavia hanno finalità in parte comuni.

Il dissesto degli enti locali ha come obiettivo il risanamento, poiché l'ente territoriale non può cessare di esistere<sup>135</sup>. Il dissesto degli enti diversi da quelli territoriali ha l'obiettivo di eliminare dal mondo giuridico l'ente dissestato.

Il fallimento ha un connotato che è frutto di una concezione essenzialmente privatistica<sup>136</sup> e l'interesse principale tutelato dal fallimento è quello dei creditori, lo spossessamento del debitore e la cessazione dell'attività d'impresa (art. 41, l. fall.)<sup>137</sup>.

Il quadro così tracciato evidenzia che la disciplina sul dissesto trova applicazione solo per le tipologie di enti pubblici espressamente previste dal legislatore. Le norme sul fallimento e sul concordato preventivo (art. 1 l. fall., artt. 2201, 2221 c.c.) escludono espressamente gli enti pubblici e tacciono sulle società degli enti pubblici. Un quadro normativo del genere facilmente porta al paradosso che, ad esempio, l'ente locale partecipante ad una società sia soggetto al dissesto mentre la società di capitali alla quale partecipa sia invece esente da ogni procedura concorsuale.

In effetti, ad oggi, non vi è alcun rimedio alternativo all'ipotesi dell'esenzione dal fallimento di una società "entificata" se non quello ormai difficilmente percorribile in gran parte dei casi a causa dei nuovi limiti finanza pubblica, del ripianamento dei debiti e della loro assunzione totale da parte del socio pubblico.

In situazioni particolari il legislatore può comunque decidere di in-

rattere prevalentemente amministrativo prevista per determinate categorie di imprese (come banche o assicurazioni) per le quali è previsto un particolare controllo da parte dello Stato a tutela degli interessi generali.

<sup>135</sup> Il dissesto degli enti locali garantisce il risanamento dell'ente ed è deputato a realizzare un duplice obiettivo. Da un lato, mira a quantificare i debiti esistenti alla data della deliberazione di dissesto, a reperire la massa attiva ed a distribuirla ai creditori. E in ciò si ravvisa, dunque, una chiara analogia con le procedure concorsuali del settore imprenditoriale. Dall'altro lato, invece, si propone uno scopo ulteriore, e decisamente qualificante, che è la correzione dei guasti della precedente gestione finanziaria, al fine di rimettere l'ente in grado di funzionare senza squilibri e di svolgere i compiti per i quali esso è costituito; cfr. d.lgs. 27 ottobre 2011, n. 199.

<sup>136</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova 1990, 315.

<sup>137</sup> Tuttavia bisogna considerare che il principio cardine del fallimento, la *par conditio creditorum* intesa quale diritto naturale dei creditori al trattamento paritario, non va inteso (più) in termini assoluti poiché si tendono a privilegiare certe categorie di creditori oppure certi rapporti giuridici. Nel dissesto, in particolare degli enti locali è altresì limitato il ruolo dei creditori, che non hanno il potere di iniziativa nell'attivazione della procedura, la quale è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione stessa o all'amministrazione di controllo.

tervenire con strumenti diversi e può anche decidere di esonerare dal fallimento alcune categorie stabilendo requisiti oggettivi (le c.d. soglie di non fallibilità per entità di debiti e ricavi) o requisiti soggettivi (escludendo determinate categorie di soggetti come l'agricoltore, le società tra professionisti, le banche, ecc.).

In particolare il riferimento va fatto alla liquidazione coatta amministrativa di cui all'art. 2 l. fall., la quale può concorrere col fallimento quando si hanno soggetti che sono anche fallibili (ad esempio nel caso delle cooperative che esercitano attività commerciale) o porsi come strumento alternativo per quelle imprese che sono esonerate dal fallimento (come le banche, le fondazioni bancarie, le Sim, le imprese sociali, le cooperative). Questo tipo di procedura concorsuale è affidata alla diretta gestione dell'autorità amministrativa che per la particolarità degli interessi impone un controllo diretto di detta autorità anche nella fase di liquidazione<sup>138</sup>.

Talché, la liquidazione coatta amministrativa che è la procedura di gestione del dissesto sia degli enti pubblici (non territoriali) e sia delle imprese particolari come le banche o le imprese sociali ben potrebbe trovare applicazione anche per le società partecipate.

## 11. *La certezza dei rimedi*

Il dibattito sull'assoggettabilità o meno delle società partecipate al regime giuridico sulle procedure concorsuali in caso di loro insolvenza indubbiamente evoca un caso difficile da risolvere non perché ambiguo, ma perché perplesso<sup>139</sup>. Ci si trova dinanzi ad un chiaro esempio di alterazione del regime giuridico e, come visto, si prospettano diverse soluzioni che tendono a piegare e diversamente interpretare norme di diritto fallimentare e di diritto pubblico. La questione è ed è stata resa complessa più di quanto possa sembrare e supera il mero dubbio e l'ambi-

<sup>138</sup> S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, cit., 321.

<sup>139</sup> Un caso perplesso nel diritto, secondo il modello elaborato da Leibniz, è un caso difficile da risolvere, perché "si riscontrano congiunzioni ("copulationes") di fatti e diritti tra loro incompatibili", cfr. G.W. VON LEIBNITZ, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, saggio introduttivo, traduzione e note di C.M. de Iuliis, Milano 2014, 7-14.

guità che è presente nel dubbio stesso. Lungi dal risolvere il dubbio e cercare di sapere, o non sapere, quale delle due soluzioni debba essere scelta, nella perplessità, e così nel caso di cui ci occupiamo (sull'esonerabilità o meno delle società partecipate dalle procedure concorsuali) "ciascuno dei due partiti trova fondate ragioni"<sup>140</sup>.

In effetti, soluzioni diverse trovano fondate ragioni e le molteplici chiavi di lettura permettono di argomentare in un senso o nell'altro non essendoci, almeno ad opinione di chi scrive, un fattore prevalente o più convincente rispetto agli altri.

Principi quali l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito militano a favore di strutture e sistemi efficienti improntati a realizzare il parametro dell'economicità e la normativa finanziaria non ammette finanziamenti di salvataggio. Questi precetti vanno applicati alle società partecipate in modo che la causa tipica di esse divenga strumento di realizzazione del nuovo art. 97, Cost.<sup>141</sup>.

Paradossalmente sono queste misure che alimentano l'insolvenza di quei soggetti che in assenza di siffatto divieto, godevano di entrate di copertura e che ora non sono in grado di autofinanziarsi o produrre sufficienti entrate e profitti, tanto da poter invocare l'opportunità del rimedio fallimentare o di quello concordatario o di altro tipo di rimedio speciale a fronte proprio della vigenza del divieto di soccorso finanziario<sup>142</sup>.

La certezza sulle sorti delle società partecipate in situazioni di loro crisi o insolvenza e comunque la certezza sulla disciplina a loro applicabile in questi casi sono valori fondamentali che attualmente non sono ancora stati completamente soddisfatti e indubbiamente influiscono in modo negativo sull'andamento societario. In effetti, un soggetto (pub-

<sup>140</sup> G.W. VON LEIBNITZ, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, cit., 7.

<sup>141</sup> F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. ec.*, 2013, 67 ss.

<sup>142</sup> Si consideri la fattispecie del dissesto degli enti locali che è stata introdotta a seguito dell'introduzione da parte del d.P.R. n. 421/1979 dell'obbligo del pareggio di bilancio. La disciplina sul dissesto si era resa necessaria proprio a causa della previsione dell'obbligo del pareggio di bilancio. Infatti, tale obbligo, anziché sortire una maggiore oculatezza e responsabilizzazione nei comportamenti finanziari locali, venne fin da subito facilmente eluso. Infatti, il pareggio di bilancio magicamente si materializzava attraverso una sovrastima delle entrate ed una sottostima delle spese e poco importava che, dato il carattere meramente formale di questo pareggio, i fondi prima o poi, durante la gestione, si esaurivano, costringendo le amministrazioni all'indebitamento per far fronte ai sempre più numerosi debiti fuori bilancio.

blico o privato) che si trova in una situazione di difficoltà economico-gestionale non solo deve sapere come si qualifica giuridicamente la situazione in cui si trova (di crisi o di insolvenza), ma deve essere in grado di conoscere e conseguentemente attivare i meccanismi rispettivamente di risanamento o di liquidazione del patrimonio e della società stessa. Lo stesso principio va posto a tutela dei diritti dei creditori e dei soci.

Tendenze panpubblicistiche e disciplina societaria-fallimentare non sono in contrasto insanabile: sono, invece, spesso contraddistinte da sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati a esigenze di disciplina e controllo, che possono anche essere le stesse, ma spesso scontano difformità interpretative. La più importante esigenza è trovare “un’equilibrata integrazione tra le regole ascrivibili rispettivamente al diritto amministrativo e al diritto comune societario”<sup>143</sup>: conseguire cioè una soluzione d’insieme per l’eterogeneità delle fattispecie in essere.

Si consideri che a livello globale nell’ambito della disciplina mondiale sul commercio gli *Standard* della *United Nations Commission on International Trade Law* prevedono che gli ordinamenti nazionali possano adottare procedure concorsuali nei confronti di qualsiasi tipo di debitore, privato o pubblico, che svolge un’attività economica, in particolar modo quando il debitore pubblico opera in regime concorrenziale o quando è portatore di interessi economici al pari di quelli dell’imprenditore privato<sup>144</sup>.

Infatti, l’estensione delle procedure concorsuali alle società pubbliche può costituire un chiaro segnale che il sostegno finanziario pubblico non sarà illimitato: *to send a clear signal that government financial support for such enterprises will not be unlimited*.

In effetti, la previsione della fallibilità delle società pubbliche rappresenta una garanzia di imparzialità e buon governo nell’uso delle risorse pubbliche.

È tuttavia ben possibile che in determinate ipotesi i diritti speciali garantiscano esenzioni di fallibilità di società in mano pubblica, come ad esempio nel caso delle privatizzazioni di larga scala o nell’ipotesi di servizi pubblici essenziali quali, ad esempio, l’energia e l’acqua.

<sup>143</sup> Cfr. A. MALTONI, *Gli atti “prodromici” delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell’autonomia negoziale delle p.a.*, cit., 153-4.

<sup>144</sup> Ci si riferisce alla UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, in [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html).

Invece a livello europeo, in vista delle modifiche della disciplina (comunitaria) sull'insolvenza, la Raccomandazione della Commissione europea avente ad oggetto "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza"<sup>145</sup>, si pone l'obiettivo di far garantire alle imprese sane ed oneste che si trovano in difficoltà finanziaria l'accesso ad un quadro nazionale che permetta la ristrutturazione in una fase precoce al fine di evitare l'insolvenza, codificando così la regola della c.d. seconda opportunità che, in sostanza, ammette il beneficio della liberazione dai debiti.

Sono strumenti che il nostro ordinamento già conosce (il concordato preventivo in continuità aziendale)<sup>146</sup> e che andrebbero ulteriormente perfezionati e affinati e che nel caso delle società pubbliche sarebbero idonei ad allentare la tensione tra la soddisfazione del ceto creditorio e l'interesse pubblico alla sana gestione dei servizi secondo i criteri di economicità ed efficienza. Anche misure procedimentali alternative al fallimento e al concordato che si differenziano essenzialmente per l'assenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria – ma che ultimamente nel dissesto degli enti locali si trovano "partecipate" dalla Corte dei conti in funzione di controllo – sono in grado di realizzare il medesimo risultato delle procedure concorsuali: quello liquidatorio o quello ripristinatorio, e al contempo garantiscono la sfera dell'amministrazione pubblica dall'ingerenza del potere giudiziario.

La fattispecie della crisi e dell'insolvenza delle società pubbliche indubbiamente richiede una compiuta disciplina volta a regolare i tipi di patologie finanziarie e prevedere rimedi volti a preservare e riallocare le risorse economiche non ancora disperse in un'ottica di tutela dell'interesse finanziario generale riconducibile al buon andamento secondo la nuova previsione costituzionale della sostenibilità del debito e del bilancio sano di cui al nuovo art. 97 Cost. e della materia della contabilità pubblica in base all'art. 103, comma 2, Cost. L'obiettivo è duplice: da un lato è necessario disciplinare la crisi e l'insolvenza delle società partecipate e, dall'altro, preservare le risorse non ancora disperse che bisogna riallocare.

<sup>145</sup> Racc. 2014/135/UE del 12 marzo 2014, in *Guue*, 14 marzo 2014, L. 74/65.

<sup>146</sup> La nuova formulazione dell'art. 161, comma 4, l. fall. consente all'imprenditore in stato di crisi di depositare il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, con riserva di successivo deposito del piano di ristrutturazione che vorrà adottare per risanare i suoi debiti, e del contenuto esatto della proposta che andrà ad avanzare ai creditori, oltre che, infine, della necessaria documentazione.



Il contesto di riferimento è quello che negli ultimi decenni ha visto un'importante evoluzione del settore della finanza pubblica in particolare influenzata dall'esigenza di rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, dall'obbligo imposto agli Stati membri di rispettare un determinato equilibrio complessivo di bilancio nazionale e dal conseguente mutato quadro di riferimento delle misure economico-finanziarie e del contenimento della spesa pubblica. Ulteriore contesto specifico attiene al profilo della stretta inerente alla partecipazione rispetto ai fini istituzionali dell'ente in termini di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa e degli effetti sui bilanci degli enti partecipanti. Quest'aspetto è oggi riferibile in particolare all'ente locale<sup>147</sup>.

In quest'ambito, come visto già disciplinato in dettaglio su alcuni aspetti prevalentemente inerenti alla finanza pubblica, sarebbe auspicabile anche per la materia della crisi e dell'insolvenza degli apparati pubblici, in generale, e nello specifico delle imprese partecipate, prevedere un quadro organico di regole, moduli procedimentali e attribuzioni ad organismi preferibilmente giurisdizionali e come tali imparziali e neutri, nonché nel rispetto della regola della riserva di amministrazione specificare le autonomie e le responsabilità, invece, degli enti partecipanti e degli amministratori delle società partecipate.

La stretta connessione con il precetto del buon andamento e con l'ambito della materia della contabilità pubblica porta ad esaltare il ruolo della Corte dei conti. Com'è noto, quest'ultima è garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficienza, efficacia ed economicità. Negli ultimi anni il suo raggio di azione nell'ambito della funzione di controllo è stato notevolmente esteso come del resto anche l'interpretazione espansiva dell'espressione "materie di contabilità pubblica" di cui all'art. 103, comma 2, Cost. le ha conferito la spettanza di giurisdizione in ambiti nuovi e diversi dalle azioni di responsabilità e che risponde all'esigenza di assicurare certezza delle situazioni giuridiche ed economico-finanziarie<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> Cfr. d.l. 1 luglio 2009 n. 78, conv. dalla l. 3 agosto 2009 n. 102.

<sup>148</sup> Ci si riferisce: 1) al giudizio "ad istanza di parte" introdotto dall'art. 1 comma 169 della l. n. 228/2012, ai sensi del quale "Avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009 n. 196, è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costitu-

Nella gestione della crisi e dell'insolvenza andrebbe, infatti, esaltato il ruolo della Corte dei conti nella sua duplice veste di controllore neutrale come le è riconosciuto in via esclusiva e di organo giurisdizionale ai sensi del citato art. 103, comma 2. Nel concreto sarebbe ipotizzabile potenziare, e ove mancanti, attribuire alla Corte in funzione di controllo (e così nella veste di organo estraneo all'apparato della pubblica amministrazione) una serie di compiti quali le verifiche di tipo economico-finanziario sulle società (e non già solo sugli enti partecipati), l'individuazione delle soglie di dissesto e l'approvazione dei piani di risanamento o di riequilibrio<sup>149</sup>.

In un tale ambito di disciplina normativa si arriverebbe, da un lato, a bilanciare l'esigenza del rispetto delle regole sulla libera concorrenza in termini di prevenzione del danno alla concorrenza e, dall'altro lato, si garantirebbe l'attuazione dei precetti finanziari sulla sostenibilità del debito e del bilancio sano assicurando la legalità finanziaria.

zione” e 2) alla procedura di dissesto degli enti locali e come in parte notato in base all'art. 243-*quater* del t. unico ord. Enti locali, la sezione regionale di controllo della Corte dei conti, delibera sull'approvazione o sul diniego del piano, valutandone la congruenza ai fini del riequilibrio (cfr. comma 3). Tale delibera di approvazione o di diniego del piano può essere impugnata entro 30 giorni, nelle forme del giudizio ad istanza di parte, innanzi alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione che si pronunciano, nell'esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma (cfr. comma 5); inoltre: 3) le medesime Sezioni riunite si pronunciano in unico grado, nell'esercizio della medesima giurisdizione esclusiva, sui ricorsi avverso i provvedimenti di ammissione al Fondo di rotazione di cui all'articolo 243-*ter*.

<sup>149</sup> Similmente quanto è già previsto per gli enti locali (cfr. art. 243-*quater*). Inoltre, avverso tali decisioni economico-finanziarie andrebbe garantita l'opportuna tutela di legittimità in sede giurisdizionale “ad istanza di parte” avanti alla Corte stessa in funzione, appunto, giurisdizionale.



*Eduardo Gianfrancesco*

L'ESPOSIZIONE DEL CROCEFISSO  
E DEGLI ALTRI SIMBOLI RELIGIOSI  
NEGLI SPAZI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Una questione sempre attuale. – 2. Rinvii, integrazioni e distinzioni tra diritto sovranazionale, diritto comparato e diritto costituzionale. – 3. La valenza culturale o religiosa del simbolo. – 4. La natura giuridica dell'interesse all'esposizione: simboli personali e simboli spaziali. – 5. I simboli spaziali tra *favor religionis*, principio di laicità e qualificazione dell'interesse protetto. – 6. Il necessario pluralismo dell'esposizione. – 7. L'interesse alla non esposizione dei simboli. – 7.1. Interesse all'esposizione ed interesse alla non esposizione nella dimensione europea. – 8. I luoghi dell'esposizione. 9. Per una rilettura costituzionalmente orientata delle norme che fondano l'esposizione dei simboli religiosi nelle aule scolastiche.

1. *Una questione sempre attuale*

Solo apparentemente la questione dell'esposizione del crocefisso e di altri simboli religiosi negli spazi scolastici (e, più ampiamente, negli spazi pubblici) appare risolta dalla pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 2011 sul caso *Lautsi*<sup>1</sup>.

Anche se ai picchi di drammatizzazione nel dibattito politico e mediatico – e talvolta anche in quello scientifico – immediatamente precedenti e successivi a tale pronuncia ha fatto seguito una fase di stasi, molti dei problemi sottesi alla vicenda restano attuali e pronti a balzare di nuovo in evidenza. Lo possono testimoniare esempi tratti dalla recente cronaca italiana: il caso che ha riguardato l'Università di Firenze, a seguito di un'iniziativa denominata “*scrocifiggiamo l'Università*”, promossa da alcuni gruppi studenteschi e volta alla rimozione dei crocefissi esposti

<sup>1</sup> *Grand Chamber, Case of Lautsi and others v. Italy (Application n. 30814/06)*. Decisione del 18 marzo 2011.

negli edifici dell'Università stessa<sup>2</sup>, oppure il divieto di allestimento o la rimozione del presepe in scuole di Salerno<sup>3</sup>, Bergamo<sup>4</sup> e Leini (To)<sup>5</sup>, od anche – in un'inevitabile *escalation* dai simboli religiosi in senso proprio (i crocefissi) a quelli in senso lato (i presepi) fino ad arrivare alle attività solo indirettamente suscettibili di attribuzione di un significato *anche* religioso – il trasferimento di sede di una recita scolastica natalizia da un edificio di culto alla sede del Comune di Terni, a seguito dell'opposizione di taluni genitori<sup>6</sup>.

Si tratta di una casistica e di una problematica non ignota ad altre esperienze costituzionali, ed in particolare quella statunitense, la quale, soprattutto attraverso pronunce giudiziarie, è andata e va ancora<sup>7</sup> progressivamente definendo il quadro dei rapporti costituzionali tra religione e spazi pubblici all'interno della cornice delle *Free exercise* ed *Establishment clauses*, tratte entrambe dal I emendamento alla Costituzione del 1787, ancorché in un processo interpretativo ed attuativo che non ha mai fine, coerentemente con i caratteri di quel sistema giuridico<sup>8</sup>.

A confronto con l'esperienza statunitense e nonostante le aspirazioni di (relativa) certezza preventiva sul significato di una norma insite in un sistema di *civil law*, l'esperienza italiana sembra decisamente più *instabile* e più *incerta*: *incerto* si presenta, in primo luogo, il quadro normativo in grado di regolare il rapporto tra simboli (a valenza religiosa e/o culturale, anche questo non è chiaro) e spazi pubblici (nella loro diversa natura). Sotto questo profilo la decisione della Grande Camera sul caso *Lautsi* è esplicita nel precisare che la soluzione in essa contenuta lascia impregiu-

<sup>2</sup> Si veda *Il Corriere fiorentino* del 16 ottobre 2014.

<sup>3</sup> Cfr. *La Città di Salerno* del 2 dicembre 2014.

<sup>4</sup> Cfr. *Ansa.it, Lombardia* del 6 dicembre 2014.

<sup>5</sup> Cfr. *La Stampa – Torino* del 10 dicembre 2014.

<sup>6</sup> Cfr. *Corriere dell'Umbria* dell'11 dicembre 2014.

<sup>7</sup> Si veda, da ultima, la decisione *Town of Greece, New York v. Galloway et al.* U.S.572 (2014) decisa il 6 maggio 2014. Per più puntuali riferimenti all'esperienza statunitense, cfr. *infra* nel presente lavoro.

<sup>8</sup> Cfr. sul ruolo centrale della giurisprudenza nei sistemi di *common law*, nello specifico ambito della libertà religiosa, E. CECCHERINI, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, in E. CECCHERINI (a cura di), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milano 2012, 19 ss., la quale evidenzia il crescente peso della "prospettiva giudiziaria" anche negli ordinamenti di *civil law* (20). All'interno del medesimo volume, si sofferma sui limiti della positivizzazione analitica dei diritti dei singoli in materia religiosa anche G. ROLLA, *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, 119, il quale non manca, tuttavia, di evidenziare un moto convergente tra le due diverse tradizioni culturali (120).

dicato il quadro normativo nazionale<sup>9</sup> e molti osservatori hanno evidenziato che la questione dell'esposizione del crocifisso nei locali scolastici resta aperta dal punto di vista del diritto costituzionale italiano<sup>10</sup>. Come si vedrà nel seguito del presente lavoro, quasi tutti i parametri costituzionali coinvolti nella soluzione della questione appaiono controversi ed oggetto di interpretazioni non poco diversificate, mentre il quadro normativo sub-costituzionale resta largamente insufficiente. Al tempo stesso, la soluzione del problema non può non risentire della evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di interpretazione dell'art. 9 della Cedu, così come un peso interpretativo crescente appare destinato a giocare sull'operato degli stessi giudici nazionali la garanzia dell'art. 10 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. Dando per scontata la intercomunicabilità dei diversi livelli normativi di tutela dei diritti fondamentali, il quadro di riferimento si presenta ancora più problematico nei suoi tratti caratterizzanti e nei suoi esiti.

Oltre all'incertezza, la trattazione del tema non può non registrare la pressione "dall'esterno" che la dimensione giuridica dei simboli religiosi subisce in Italia, così come in molti paesi europei; una pressione in grado di rimettere in discussione i punti di equilibrio tra esigenze di garanzia di diritti diversi e di limiti a detti diritti fissati nelle costituzioni e nelle loro interpretazioni sin qui prevalenti. Per quanto ci interessa più da vicino, occorre considerare l'*instabilità* che la "anxious age"<sup>11</sup> delle immigrazioni di massa e del terrorismo globale<sup>12</sup> è in grado di esercitare sul trattamento giuridico dei simboli a valenza religiosa. Ciò avviene in modo più

<sup>9</sup> Cfr. par. 68 della decisione.

<sup>10</sup> Cfr., tra gli altri, L. CARLASSARE, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa 'non laica'*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011, par. 4; P. TANZARELLA, *Le decisioni Lautsi c. Italia: due pesi due misure*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna 2011, 93; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa 2012, 269, il quale la ritiene una "decisione sostanzialmente processuale"; G. BRUNELLI, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, in *Rivista Aic*, n. 1/2013, 14; N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1/2014, 1.

<sup>11</sup> Per riprendere alcune parole del titolo dell'opera di M.C. NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Cambridge (U.S.A)-London 2012, che dedica un apposito capitolo della sua trattazione all' "emozione narcisistica" della "paura" (20 ss.)

<sup>12</sup> Si tratta di due fenomeni da tenere ovviamente ben distinti, al di là di occasionali collegamenti. Come è bene ricordare, le recenti stragi dei redattori della rivista *Charlie Hebdo* (7 gennaio 2015), così come del supermercato Kosher di Parigi (9 gennaio 2015) sono state compiute entrambe da cittadini francesi.

evidente nei confronti dei simboli indossati od esposti dal fedele<sup>13</sup>, in maniera più indiretta, ma comunque significativa, nel caso dei simboli esposti nello spazio pubblico.

È evidente che l'abbandono del regime giuridico di un tema così naturalmente collegato alla libertà religiosa all'instabilità delle fluttuazioni dell'emotività pubblica se non, nella peggiore delle ipotesi, alla dialettica *intrinsecamente ed inevitabilmente* politica dell'amico/nemico<sup>14</sup> costituisce un rischio che il costituzionalismo liberale non può correre. Di qui, la necessità di esplorare nella Costituzione italiana la possibilità di un ancoraggio più saldo per la disciplina dei simboli a valenza religiosa ed, oltre i simboli, della stessa compresenza tra soggetti di fede (o di non-fede) religiosa diversa. Come si cercherà di argomentare nelle pagine seguenti, la Costituzione italiana (arricchita dalle fonti sovranazionali che integrano la sua tutela in tema di diritti fondamentali) offre possibilità rilevanti nel senso dell'inclusione e della con-vivenza (non della mera coesistenza) di identità religiose diverse in un comune spazio pubblico.

## 2. *Rinvii, integrazioni e distinzioni tra diritto sovranazionale, diritto comparato e diritto costituzionale*

La sentenza della Grande Camera sul caso *Lautsi* rappresenta, a parere dello scrivente, un caso virtuoso di coordinamento tra sistema di protezione sovranazionale dei diritti fondamentali e sistema nazionale<sup>15</sup>. Il riconoscimento dell'inesistenza di tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati membri in materia di esposizione dei simboli e, più ampiamente, la varietà dei rapporti tra Stati stessi e Chiese<sup>16</sup> non poteva non portare ad una valorizzazione della logica sussidiaria sottesa alla Cedu e, quindi, al riconoscimento del margine di apprezzamento degli Stati in materia<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

<sup>14</sup> Secondo una possibile declinazione interpretativa del simbolo che verrà richiamata nel par. 3.

<sup>15</sup> Non mancano, ovviamente, letture diametralmente opposte di tale decisione. Cfr., per tutti, L. CARLASSARE, *Crocifisso: una sentenza per l'Europa 'non laica'*, cit., par. 1.

<sup>16</sup> L'estrema difficoltà di individuare "tradizioni costituzionali comuni" tra gli stati europei in materia religiosa è evidenziata, di recente, da D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, Milano 2009, 210 s., la quale sottolinea, comunque, la doverosità di tale ricerca (211). In questo senso, cfr. anche U.G. ZINGALES, *Il limite di compatibilità dei simboli religiosi negli spazi pubblici di una democrazia aperta: il caso del burqua e del niqab*, in *Federalismi.it.*, n. 2/2015, 13.



Si tratta di una soluzione che non solo trova ben precise giustificazioni nei canoni convenzionali di interpretazione dei trattati internazionali<sup>18</sup> ma che riporta al centro della discussione il diritto costituzionale nazionale, valorizzandolo con riferimento ad una tematica nella quale si intrecciano oggetti da sempre specifici e caratterizzanti le scelte costituzionali: la libertà religiosa, la libertà di educazione, il rapporto tra lo Stato e le confessioni religiose, il principio di laicità.

Non ci troviamo di fronte, tuttavia, ad un rinvio in bianco agli ordinamenti nazionali, che toglierebbe senso alle previsioni dell'art. 9 della Cedu, in quanto gli *standards* minimi di tutela della libertà religiosa, che da tale previsione si ricavano, si impongono chiaramente alla discrezionalità degli Stati, limitandola ed orientandola. La riflessione della Grande Camera sul carattere di *simbolo passivo* del crocefisso presente negli edifici scolastici pubblici e sulla conseguente assenza di indottrinamento derivante dalla sua esposizione, lungi dal costituire una contraddizione con il richiamo alla dottrina del margine di apprezzamento, tale da svuotarla di pratico significato, od una mera "clausola di stile"<sup>19</sup>, la integra e delimita opportunamente. Da essa è possibile, poi, anche dedurre

<sup>17</sup> In questo senso, criticando la decisione della sentenza del 3 novembre 2009 della II Sezione della Corte sul medesimo caso *Lautsi*, cfr. M. LUGATO, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocefisso*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2010, 415. Cfr. anche A. PIN, *Public Schools, The Italian Crucifix, and the European Court of Human Rights: the Italian Separation of Church and State*, in *25 Emory Int'l L. Rev.* 95 2011, 146. Sul tradizionale ampio ricorso della Corte di Strasburgo alla dottrina del margine di apprezzamento in materia di interpretazione dell'art. 9 Cedu, in assenza di un quadro uniforme europeo, cfr. A. GARDINO, *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*, in G. ROLLA (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli 2009, 34 s.

<sup>18</sup> Sui quali si sofferma M. LUGATO, *The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, in *Journal of Catholic Legal Studies*, vol. 52:49, 2013, 49 ss.

Per l'osservazione per cui "la «deferenza» verso il principio di sussidiarietà non riflette altro che l'esigenza per la Corte di Strasburgo di assolvere alla sua funzione di corte internazionale dei diritti come codificata nel trattato istitutivo", cfr. C. PINELLI, *Esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Giur. cost.*, 2011, par. 5.

<sup>19</sup> Così R. SAPIENZA, *La Grande Camera della Corte europea e la questione del crocefisso nelle scuole italiane*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2011, 564 ss., spec. par. 3. Una contraddittorietà dell'insistito richiamo da parte della decisione della Grande Camera al margine di apprezzamento rispetto all'affermazione, da parte della medesima, dell'obbligo positivo gravante sugli Stati membri ex art. 2 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione, in tema di libertà di educazione dei genitori è rilevata da P. ANNICCHINO, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rap-*

una dottrina della proporzionalità dell'azione statale in materia che, pur con i suoi inevitabili elementi di indeterminatezza, può ulteriormente circoscrivere l'ampiezza del margine di apprezzamento statale<sup>20</sup>.

Questa dimensione del limite alla discrezionalità nazionale merita di essere sottolineata e valorizzata a fronte di tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo le quali, come è stato di recente evidenziato<sup>21</sup>, spesso si orientano nel senso di una restrizione dell'operatività della libertà religiosa al solo "foro interno" dell'individuo, disconoscendo la possibilità di una estrinsecazione della libertà religiosa nella "sfera pubblica". Sotto questo punto di vista, la sentenza *Lautsi II* può anzi fornire un'utile base di partenza per una riconsiderazione critica di tale giurisprudenza.

Ciò che più conta per lo studioso italiano è che non solo, come si è appena detto, tale decisione riporta il diritto costituzionale "al centro" del tema, ma che essa fornisce all'interprete spunti apprezzabili per l'interpretazione del dato costituzionale "domestico"<sup>22</sup>. La distinzione tra simbolo attivo e passivo, ad esempio, si innesta sui temi dell'interpretazione dell'art. 19 Cost. e sulla tradizionale problematica della nozione di "professione" e di "propaganda" della fede religiosa<sup>23</sup>. Allo stesso modo,

*porto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna 2012, 188.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto D. TEGA, *La libertà religiosa e il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 304. Della medesima A. cfr. anche *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quad. cost.*, 2010, 799 ss., per la rilevazione della tendenza della Corte di Strasburgo ad elaborare un concetto di laicità applicabile indipendentemente dal margine di apprezzamento (811). Cfr., inoltre, M. VENTURA, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 354. I rischi insiti in un eccessivo affidamento nel margine di apprezzamento, che rischia "di far dipendere dal consenso l'esigenza di protezione elevata dei diritti fondamentali" sono evidenziati da R. CONTI, *L'Europa e il crocifisso*, in *Pol. Dir.*, 2010, 259 il quale richiama opportunamente la "barriera" di protezione eretta dalla Corte costituzionale italiana nella sent. n. 317 del 2009 (262). Tale "barriera" appare ora ulteriormente sviluppata dalla giurisprudenza più recente della Corte: si pensi, in particolare, alle affermazioni contenute nella sentenza n. 262 del 2014 ed all'applicazione (in altro contesto) fatta dalla sent. n. 238 del 2014.

<sup>21</sup> Cfr. S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 49.

<sup>22</sup> Questo rapporto dialettico tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'ordinamento italiano è ben valorizzato da L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano 2013, cap. IV.

per chi scrive, la valorizzazione ad opera della sentenza *Lautsi II* della valenza religiosa del simbolo esposto (in questo già preceduta dalla pronuncia della seconda Sezione) orienta l'analisi ricostruttiva su binari più corretti e produttivi, rispetto alle "secche interpretative" della valenza culturale o identitaria del simbolo medesimo<sup>24</sup>. Per fare un ulteriore esempio riferito alle pagine che seguono, l'estensione della garanzia dell'art. 9 Cedu alla libertà di "credo" (alla quale è assimilabile la libertà di "convinzione" dell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione), distinta dalla libertà di religione, impone all'interprete italiano in modo più pressante rispetto al passato il problema delle forme e dei limiti di garanzia di convinzioni non religiose che aspirino a forme di protezione analoghe, se non identiche, a quelle religiose. Non è detto che la soluzione per il diritto costituzionale italiano debba essere l'equiparazione<sup>25</sup>, ma le disposizioni appena menzionate e la loro interpretazione giurisprudenziale da parte delle Corti sovranazionali non possono non porsi come assolutamente rilevanti.

Più in generale, anche il confronto con le esperienze straniere è in grado di vivificare non poco l'interpretazione costituzionale italiana. La riflessione statunitense sugli "spazi pubblici", sulle diverse caratterizzazioni di questi e sul loro diverso regime giuridico è sicuramente centrale per superare una ricostruzione angusta e limitata del tema dell'esposizione dei simboli a valenza religiosa<sup>26</sup>.

La materia del pluralismo religioso ed al suo interno quella dei sim-

<sup>23</sup> Sul punto, cfr. *infra*, par. 7.

<sup>24</sup> Questo aspetto è approfondito nel paragrafo successivo.

<sup>25</sup> Cfr. par. 7.1.

<sup>26</sup> Ed infatti si veda la cospicua riflessione scientifica dedicata al confronto tra le due esperienze. Tra gli altri cfr., S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova 2008, spec. cap. I, par. 3; V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Simboli religiosi e spazi pubblici: un confronto tra laicità e separatismo*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 71 ss; i seguenti contributi pubblicati in *The Geo. Wash. Int'l. L. Rev.*, 2010, 749 ss.: 1) S. FERRARI, *Civil Religions: Models and Perspectives*; 2) P. ANNICCHINO, *Laïcité as Civil Religion: an Italian American Perspective*; 3) A. FERRARI, *Civil Religion in Italy: A "Mission Impossible"?*; 4) A. KOPPELMAN, *The New American Civil Religion: Lessons for Italy*. Si vedano, inoltre, J. WITTE JR., *Lift High the Cross? Il caso Lautsi c. Italia nella prospettiva americana*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, cit., 95 ss.; M.L. MOVSESIAN, *Crosses and Cultures: State-Sponsored Religious Displays in the US and Europe*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, 1 ss.; S. VOLTERRA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico negli Stati Uniti d'America*, in AA.VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli 2013, 1619 ss.; K.A. CROGHAN, *Lautsi and Salazar: Are Religious Symbols Legitimate in the Public Square?*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 41:507, 2013, 507 ss.; P. AN-

boli è stata del resto individuata come ambito privilegiato di esperienza dei fenomeni di interazione, se non di osmosi, tra sistemi giuridici, con un significativo ricorso alle tecniche di *transformative* e di *reasonable accommodation*<sup>27</sup>, mediante le quali soprattutto in sede interpretativa – anche se comunque non senza limiti per chi si pone dal punto di vista del diritto costituzionale nazionale – gli ordinamenti si contaminano reciprocamente<sup>28</sup>.

### 3. *La valenza culturale o religiosa del simbolo*

La *natura* del simbolo esposto si collega in modo evidente alle *ragioni* dell'esposizione dello stesso ed appare centrale nell'impostazione del tema del suo *regime* giuridico, fino alla considerazione della stessa liceità o meno dell'esposizione in questione. In altri termini, dalla qualificazione in un senso piuttosto che in un altro di un "oggetto simbolico" sono in grado di discendere conseguenze giuridiche diverse ed anche estreme, quali sono, appunto, i giudizi di liceità/illiceità.

Vero è che per qualunque oggetto simbolico, ivi compreso il croce-

NICCHINO, *Libertà religiosa e autonomie federali e regionali (Stati Uniti e Italia)*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino 2014, 244 ss. Cfr., inoltre, M.C. NUSSBAUM, *Liberty of Conscience: The Attack on Equal Respect* (2007) (tr. it., *Libertà di coscienza e religione*, Bologna 2012), con il condivisibile invito ai giuristi europei a tener sempre presente l'esperienza statunitense (60).

<sup>27</sup> Cfr. E. CECCHERINI, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, cit., 21 e 33, con particolare riferimento all'esperienza canadese. Si veda anche, di recente su tale esperienza, F. ALICINO, *The Relationship between Religious Law and State Law in Secular Constitutionalism*, in C. DECARO BONELLA (Ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, Rome 2014, 60.

<sup>28</sup> Si pensi agli spunti che possono offrire anche per l'esperienza italiana, a proposito della delicatissima questione della "nozione" di *religione*, i criteri elaborati dalla Corte Suprema del Regno Unito nella decisione *R (on the application of Hodkin and another) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages* [2013] UKSC 77, ed *ivi* i riferimenti e l'utilizzazione di precedenti statunitensi ed australiani per la soluzione del problema, *overruling* una risalente giurisprudenza britannica degli anni Settanta del Novecento. Su tale vicenda e sulle sue ricadute sulla situazione italiana, cfr. G. CAROBENE, *Problems on the Legal Status of the Church of Scientology*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2014. Un atteggiamento prudente, se non restrittivo, della Corte Edu sulla qualificazione di *Scientology* come religione è evidenziato da D. MERCADANTE, *Church of Scientology of St. Petersburg and Others vs Russia – La Corte europea dei diritti dell'uomo rimane incerta sul confine tra libertà di religione e libertà di pensiero*, in *Forumcostituzionale.it* (8 novembre 2014), a commento della decisione del 2 ottobre 2014 (*Application* n. 47191/06).

fisso, è possibile riscontrare una compresenza ed una sovrapposizione di significati: ogni simbolo, inteso come oggetto nella sua materialità, rinvia ad altro da sé e, soprattutto per il crocefisso, significati religiosi, identitari se non politici, artistici possono coesistere. È il fruitore a privilegiarne uno o l'altro oppure ad operare un approccio sincretico che valorizza la "totalità" di ogni simbolo<sup>29</sup>.

È altrettanto vero che può ben darsi un mutamento di senso del significato di un simbolo, il quale, caratterizzandosi originariamente per la sua valenza religiosa, in conseguenza del suo uso frequente e, forse, a lungo andare, poco consapevole, viene "laicizzandosi", potendo perdere la sua valenza originaria<sup>30</sup>.

Ciò non toglie che con riferimento all'esposizione del crocefisso negli

<sup>29</sup> Per l'enunciazione di un *principio di massima inclusione dei significati possibili* nel simbolo e, quindi, per il principio di totalità del simbolo stesso, cfr. A. MORELLI, *Un osimoro costituzionale: il crocefisso come simbolo di laicità*, in *Forumcostituzionale.it.*, il quale ne fa discendere l'impossibilità di "selezionare soltanto alcuni contenuti semantici" del simbolo e l'inevitabile prevalenza del significato religioso sugli altri significati possibili. Cfr. anche O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 46 s., che opera alcune precisazioni sulla portata di tale principio di massima inclusione.

<sup>30</sup> A questa ipotesi sembra attagliarsi bene l'esempio del presepe (ed in genere delle rappresentazioni della Natività) fatto a oggetto di analisi dalla giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A.: per la rilevazione di una evidente laicizzazione del simbolo, cfr. *Lynch v. Donnelly* 465 U.S. 668 (1984), sulla quale si sofferma ampiamente S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, cit., 56 ss. La rilevazione della *secular application* all'interno del classico *Lemon Test* utilizzato dalla Corte suprema U.S.A. è ricordata anche da P. CAVANA, *Laicità e simboli religiosi*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma 2007, 174. A riprova dell'attenzione della Corte Suprema alle concrete circostanze di esposizione, si consideri, tuttavia, l'opposta soluzione (e quindi la dichiarazione di illegittimità dell'esposizione della rappresentazione della Natività) in *Allegheny County v. Aclu* 492 U.S. 573 (1989). Va segnalato, tuttavia, come nella già ricordata *Town of Greece, New York v. Galloway et al.* U.S.572 \_ (2014), la Corte Suprema si orienta, non senza profili problematici, a ritenere la preghiera di apertura della riunione di un Consiglio comunale non appartenente alla categoria del "religious speech" ma piuttosto "part of the Nation's heritage and tradition".

Sulla "storizzazione" dei simboli religiosi significativa appare l'esperienza spagnola ed il contenzioso sugli stemmi dell'Università di Valencia, recanti l'immagine della Madonna. Su tale vicenda, cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Simboli religiosi nella realtà giuridica spagnola*, in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. II., Torino 2014, 1127. Cfr. anche la vicenda della menzione della *Santísima Virgen, en el Misterio de su Concepción Inmaculada*, quale protettrice del Collegio degli Avvocati di Siviglia, nello statuto di autonomia del Collegio medesimo: come ricorda P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2013, 174 e nota 87, il Tribunale costituzionale spagnolo, con sent. n. 34 del 28 marzo 2011, ha rigettato un *recurso*

spazi pubblici ed, in particolare, negli edifici scolastici una valutazione distinta tra i significati possibili va operata e l'alternativa si restringe, nella normalità dei casi<sup>31</sup>, al significato "culturale/identitario" del crocifisso ed a quello "religioso". Benché sovrapponibili ed al limite confondibili, dal punto di vista soggettivo, i due significati restano distinti da quello oggettivo e come tali vanno considerati al fine di verificare se uno di essi od entrambi o nessuno fondano l'esposizione e la giustificano alla stregua dei parametri costituzionali.

È noto – e qui si può dare per conosciuto – come nell'esperienza italiana si è privilegiata da parte di non pochi interpreti<sup>32</sup> e soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa<sup>33</sup> chiamata a pronunciarsi sul tema la let-

*de amparo* presentato per lesione del principio di neutralità religiosa ex art. 16, comma 3, della Costituzione, facendo leva sul radicamento storico di tale formula. Sulla rimozione del crocifisso dalle aule scolastiche, disposta dal *Juzgado de lo Contencioso administrativo di Valladolid* (sent. n. 14 novembre 2008, n. 28 della II sez.) ed annullata dal *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León* (sent. 14 dicembre 2009, n. 3250), cfr. nella letteratura italiana M. CROCE, *C'è un giudice a Valladolid: la rimozione del crocifisso nelle aule scolastiche in Spagna*, in *Quad. cost.*, 2009, 108 ss. e M. SALVAGO, *L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: l'ordinamento italiano e l'ordinamento spagnolo a confronto*, in *Rivista Aic*, n. 2/2012.

<sup>31</sup> Al di fuori di queste si pensi al fortunato istituto di istruzione che possa esporre un crocifisso giottesco (anche di scuola...) al proprio interno. In concreto (e più realisticamente), un caso nel quale è possibile discutere sulla valenza artistica o religiosa del simbolo esposto è riscontrabile proprio con riferimento alla *Sacra Famiglia* attribuita a Perin del Vaga presente nella sala destinata alle udienze pubbliche della Corte costituzionale (la Sala gialla di Palazzo della Consulta). La vicenda è segnalata da B. RANDAZZO, *Laicità "positiva" e crocifisso nelle aule scolastiche: incostituzionalità dell'obbligo di esposizione ed incostituzionalità dell'obbligo di rimozione*, in *Quad. cost.*, 2004, 843.

<sup>32</sup> Si vedano, pur con notevole diversità di accenti tra loro, M. OLIVETTI, *Crocifisso nelle scuole pubbliche: considerazioni non politically correct*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (4 dicembre 2001); J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, in *www.olir.it* (maggio 2004), spec. 8 ss.; G. DALLA TORRE, *Dio o Marianna? Annotazioni minime sulla questione del crocifisso a scuola*, in *Giust. civ.*, 2004, 510 ss.; F. PATERNITI, *Tutelare il crocifisso quale simbolo del patrimonio storico e dell'identità culturale della nazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 271; F. BERTOLINI, *Principio di laicità ed attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/laicita/bertolini.html>. (26/04/2004), 8; A. GIGLI, S. GATTAMELATA, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*, in *Giur. cost.*, 2004, 4316 ss.; E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, in *AIC, Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova 2008, 354 ss.; P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, cit., 179 ss.; S. TROILO, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Anales de Derecho – Universidad de Murcia*, num. 26, 2008, 342; V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *Il dir.*



tura del crocifisso come simbolo dell'identità nazionale e del patrimonio culturale della nazione, arrivando in taluni casi estremi e piuttosto paradossali a farne una rappresentazione visiva dello stesso principio di laicità<sup>34</sup>. Nonostante da parte di molti dei sostenitori di questo orientamento non si negasse la valenza *anche* religiosa del simbolo, la giustificazione in termini generali della sua presenza era da rinvenire in questo significato "laico", da tutti percepibile ed apprezzabile.

La diversa via della valenza esclusivamente o prevalentemente religiosa del simbolo è stata decisamente più trascurata, ritenendosi evidentemente più difficilmente difendibile, a seguire quest'ultima, la legittimità dell'esposizione<sup>35</sup>.

Eppure sembra a chi scrive che tale impostazione corrente andrebbe

*fam. pers.*, 2011, 1564; L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., 116, con particolare riferimento al patrimonio storico e culturale del nostro popolo.

<sup>33</sup> Si vedano le decisioni del Giudice amministrativo relative al caso *Lautsi*: Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110 e Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2006, n. 556. Ma si veda anche Cons. Stato, sez. II, Parere 15 febbraio 2006 n.4575/03-2482/04 e soprattutto, risalendo all'indietro nel tempo, Cons. Stato, sez. II, Parere 27 aprile 1988, n. 63. Tali pronunce sono richiamate ed analizzate nel lavoro di L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit.

<sup>34</sup> È il caso delle affermazioni contenute in Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2006, n. 556.

<sup>35</sup> In questa direzione, cfr. M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 64 s., criticando sia la variante che fa leva sulla "tradizione religiosa e culturale" sia quella "culturale" *tout court* della tesi culturale/identitaria; B. RANDAZZO, *Laicità "positiva" e crocifisso nelle aule scolastiche: incostituzionalità dell'obbligo di esposizione ed incostituzionalità dell'obbligo di rimozione*, cit., 842; ID., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano 2008, 352; R. BOTTA, *L'esposizione del crocifisso tra "non obbligo" e divieto*, in *Corr. giur.*, 2005, n. 8, par. 6; A. MORELLI, *Un ossimoro costituzionale: il crocifisso come simbolo di laicità*, cit., in applicazione del principio di totalità del simbolo precedentemente richiamato; M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 5272; S. BARTOLE, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e Dir. intern.*, 2010, 65 ss., il quale sottolinea come "la qualificazione in senso civile del crocifisso è il risultato di una mera operazione intellettuale e speculativa degli interpreti" (69); A. SPADARO, *La sentenza "Lautsi" sul Crocifisso: summum jus, summa iniuria?*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2010, 198 ss. (nonché in AA.VV., *Studi in onore di Angelo Mattioni*, Milano 2011), che sottolinea i rischi insiti in un "riduzionismo" di un simbolo religioso in uno identitario (202); J.H.H. WEILER, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione «imbarazzante»*, in *Quad. cost.*, 2010, 149 ss. Al di fuori della cerchia dei giuristi, per una rigorosa affermazione dell'impossibilità di fare del crocifisso un mero simbolo culturale, cfr. B. SORGE, *Il simbolo della croce*, in *Agg. Soc.*, 2003, 765 ss.



esattamente rovesciata, come ha meritoriamente fatto la Corte di Strasburgo e, prima ancora, il Tribunale costituzionale federale tedesco nella celebre *Cruzifix-Urteil* del 1995<sup>36</sup>. È proprio la tesi della valenza culturale/identitaria dell'esposizione del crocifisso a mostrare molteplici punti deboli dal punto di vista della giustificazione costituzionale, mentre a certe condizioni sulle quali ci si soffermerà in seguito il significato religioso del crocifisso esposto si presenta pienamente compatibile con i caratteri di fondo del nostro ordinamento, ivi compreso il principio di laicità.

E, del resto, anche riconoscendo la compresenza di significati nei simboli esposti negli spazi pubblici, la eventuale caratterizzazione religiosa di essi non può che assumere carattere preminente<sup>37</sup>, per l'evocazione di precisi riferimenti costituzionali, a favore o contro, secondo le impostazioni, cosicché l'eventuale caratterizzazione culturale/identitaria è destinata a passare in secondo piano.

Passando in rassegna i profili critici della ricostruzione volta a privare di senso religioso l'esposizione del crocifisso o di altro simbolo, non dovrebbe sfuggire che giustificare l'esposizione in chiave culturale ed attribuire quindi al simbolo un valore di sintesi della esperienza e della sensibilità di un popolo e di una nazione significa de-sogettivizzare in modo radicale il fondamento dell'esposizione stessa: non si espone il crocifisso (od altro simbolo religioso) per venire incontro ad un'esigenza di singoli individui ovvero per soddisfare un loro bisogno all'interno di una comunità ma per esprimere un valore oggettivo che l'autorità pubblica comunica a tutti i partecipanti alla comunità in questione. La minore saldezza della prospettiva oggettiva rispetto a quella soggettiva, quand'anche quest'ultima non assurga alla consistenza di un diritto soggettivo fondamentale, è evidente, così come la de-sacralizzazione del simbolo esposto, come a suo tempo sottolineato dalla *Cruzifix-Urteil* del 1995.

La funzione di testimonianza, ma anche di rafforzamento e consolidamento dell'identità nazionale del simbolo, ci riporta, inoltre, indietro nel tempo alla fase delle strumentalizzazioni storiche dei simboli e della religione da parte delle istituzioni statali; una fase che ha segnato non poco la storia italiana pre-repubblicana<sup>38</sup> e che ha trovato il suo culmine

<sup>36</sup> Tribunale costituzionale federale (primo Senato), sentenza del 16 maggio 1995, in BVerfGE, 93, 1.

<sup>37</sup> Si rinvia sul punto alle osservazioni di A. MORELLI, *Un ossimoro costituzionale: il crocifisso come simbolo di laicità*, cit.

nell'atteggiamento strumentale del fascismo nei confronti del fenomeno religioso<sup>39</sup>. Appare oggi estremamente inopportuno ripercorrere quegli itinerari in un quadro costituzionale che, con riferimento ai rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica, si fonda sul principio di separazione dei relativi ordini.

Né a migliore esito sembra andare incontro il tentativo di fare del cattolicesimo e dei suoi simboli una "religione civile" degli italiani, sul modello dell'esperienza statunitense<sup>40</sup>. Anche se priva di intenti strumentali, tale operazione appare destinata ad esiti più che dubbi, se non altro per

<sup>38</sup> L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., 45 ss. ripercorre l'atteggiamento del Regno d'Italia nei confronti del tema dell'esposizione del crocifisso fino al periodo fascista. Si tratta di fasi di una "politica ecclesiastica" dello Stato italiano che definisce se stesso in riferimento principale alle relazioni con la Santa Sede all'interno della *Questione romana*. L'eventuale valorizzazione del principio confessionale dello Stato derivante dall'esposizione del simbolo resta sullo sfondo. È questa la migliore dimostrazione storica della "oggettivizzazione" della tematica in esame. Sul ruolo del confessionismo di Stato al fine di costruire un'identità collettiva della nuova nazione, cfr. anche N. COLAIANNI, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010, 4. Le oscillazioni della politica ecclesiastica italiana in epoca statutaria "classica" tra giurisdizionalismo e separatismo, con un "utilizzo dei limiti all'esercizio della libertà religiosa ... strumentale rispetto agli interessi sostanziali di volta in volta evidenziati dal legislatore statale" sono analizzate da P. LILLO, *I limiti all'esercizio della libertà religiosa nell'Italia liberale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 52 ss. (76 per la citazione riportata). Il fascismo utilizzerà pienamente queste ambiguità ed oscillazioni, piegandole ai propri fini.

<sup>39</sup> Sulla tutela penale della religione (cattolica, principalmente, ed in misura inferiore degli altri culti ammessi) intesa "come fenomeno sociale della più alta importanza, anche per il raggiungimento dei fini etici dello Stato", cfr. N. MARCHEI, *La protezione penale della religione tra tutela del sentimento e tutela dell'identità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2008, 153 ss., la quale sottolinea bene la prevalenza della dimensione *oggettiva* della tutela del "bene religione" (anche se funzionalmente orientato ai fini superiori dello Stato, come efficacemente comprovato dalla citazione sopra riportata, tratta dalla Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul progetto definitivo di codice penale) piuttosto che sulla dimensione *sogettiva* del "sentimento religioso", pure menzionata nella rubrica del titolo IV del libro II del codice penale del 1930.

<sup>40</sup> Il tema è approfondito nei contributi pubblicati in *The Geo. Wash. Int'l. L. Rev.*, 2010 richiamati a nota 26. A fronte di interpretazioni maggiormente possibiliste (S. FERRARI, *Civil Religions: Models and Perspectives*, cit. 749 ss. ed ora cfr. anche ID., *Le religioni nella sfera pubblica: Modelli e dinamiche europee*, in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, cit., vol. II, 915), non manca chi sottolinea le difficoltà ed i rischi di un'operazione di trasposizione in un contesto profondamente diverso da quello degli Stati Uniti come quello italiano, di tradizionale debolezza dell'istituzione statale (A. FERRARI, *Civil Religion in Italy: a "Mission Impossible"?*, cit., 839 ss.) e nel quale il crocifisso è un simbolo "*inescapably specific*", insuscettibile di quell'*astrazione* richiesta ad un fattore in grado di pro-

la irriducibilità di un'esperienza di fede come quella del cattolicesimo ad una dimensione di mero senso civico oppure, ipotesi ancora più discutibile, di un "surrogato" di un'identità nazionale evanescente. Come in molti hanno evidenziato, la Costituzione italiana sembra operare volutamente una scelta minimalista in tema di simboli espressivi della Nazione e, quindi, potenzialmente fondativi di una "religione civile": l'art. 12 sul tricolore costituisce la scelta puntuale al riguardo<sup>41</sup>, operandosi in altri casi un rinvio a nozioni suscettibili di interpretazioni non a caso *plurali*, come quello di "fedeltà" del primo comma dell'art. 54 Cost. e di "disciplina ed onore" del secondo comma della stessa disposizione<sup>42</sup>.

L'asserita capacità rappresentativa generale dei valori e dei caratteri nazionali da parte del crocefisso si scontra poi con una tradizione nazionale variegata e differenziata della quale fanno parte integrante – ver-

muovere una religione civile (così A. KOPPELMAN, *The New American Civil Religion: Lessons for Italy*, cit., 871 s.). La differenza tra le due concezioni di neutralità in materia religiosa, in conseguenza del diverso rapporto tra Stato, società e religione è evidenziato anche in M.L. MOVSESIAN, *Crosses and Cultures: State-Sponsored Religious Displays in the US and Europe*, cit., 2. Sul punto un'organica riflessione è sviluppata da A. FERRARI, *Laicità e religione civile: qualche osservazione su un «matrimonio dispari»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003, 139 ss. Sulla possibilità di fare del crocefisso un elemento di costruzione di una religione civile degli italiani, cfr., invece, F. PATERNITI, *Tutelare il crocefisso quale simbolo del patrimonio storico e dell'identità culturale della nazione*, cit., 271.

Per ulteriori riferimenti extra-giuridici al dibattito italiano recente sulla "religione civile", cfr. F. RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocefisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, in *Giur. cost.*, 2004, 4301, nota 6. Il dibattito non sembra aver perso, peraltro, di attualità: cfr. D. BIFULCO, *Religioni secolari: istruzioni per l'uso. A proposito di due saggi di Kelsen e Dworkin*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

<sup>41</sup> In questo senso cfr., per tutti, R. BIN, *Inammissibile, ma inevitabile* e A. GUAZZAROTTI, *Crocefisso, libertà di coscienza e laicità: le temps l'emporterà...*, entrambi in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., rispettivamente 40 e 178; A. MORELLI, *Un ossimoro costituzionale: il crocefisso come simbolo di laicità*, cit., 3. Di A. MORELLI cfr. anche *Simboli e valori della democrazia costituzionale*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna 2005, 167 ss., ove viene evidenziata "la natura materialmente costituzionale delle norme che riconoscono i simboli" (185) e l'oscillazione della tematica del simbolo istituzionale tra due poli in tensione dialettica: "la molteplicità dei valori" ed il "principio di unificazione" (188 s.).

<sup>42</sup> Per l'analisi delle molteplici interpretazioni dell'art. 54 Cost., cfr. A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, cap. IV. Anche la soluzione individuata dall'A., che individua il "dovere di fedeltà" "nell'imperativo, gravante su ogni cittadino, di contribuire alla salvaguardia della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi supremi" (191), evita apprezzabilmente di ampliare eccessivamente l'ambito di operatività della previsione costituzionale in questione.

rebbe da dire *sempre* più integrante – culture religiose e non religiose diverse<sup>43</sup>. Per quanto rilevante la tradizione culturale cattolica non riveste normativamente ed ormai anche esistenzialmente un ruolo egemone nella società italiana. Di qui l'ulteriore grave rischio che il fondamento culturale ed identitario dell'esposizione del crocifisso rievochi quei criteri quantitativi ormai da tempo abbandonati dalla Corte costituzionale a giustificazione della tutela privilegiata della religione cattolica<sup>44</sup>.

La ricostruzione giustificativa dell'esposizione del crocifisso qui richiamata rischia poi di tradursi da elemento di forza ad elemento di debolezza per il crocifisso medesimo: a fronte dei mutamenti sociali in atto ormai da non pochi decenni, con la crescente scristianizzazione di larghi strati della società italiana e l'aumento rilevante di aderenti a confessioni diverse da quella cattolica e da quelle cristiane, c'è da chiedersi sino a quando la corrispondenza tra identità nazionale ed esposizione di determinati simboli sussisterà o se essa non debba considerarsi già tramontata<sup>45</sup>.

Da ultimo, la prospettiva forse più inquietante di utilizzazione del crocifisso con valenza identitaria: la sua utilizzazione, cioè, *contro* coloro che si ritiene non rientrino nell'identità nazionale pre-definita o, più rea-

<sup>43</sup> Per l'apporto non esclusivo della tradizione cristiana alla civiltà occidentale, cfr. E. OLIVITO, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 561. Per la sottolineatura del mutamento della società nei paesi occidentali, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano 2001, 121 ed ora molti dei contributi contenuti in C. DECARO BONELLA (Ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, cit.: per la rilevazione che immigrazione e globalizzazione hanno minato la tradizionale omogeneità religiosa dell'Occidente, ponendo in termini inediti il problema della conciliazione tra *eguaglianza* e *diversità*, cfr. F. ALICINO, *The Relationship between Religious Law and State Law in Secular Constitutionalism*, cit., 41 ss. L'assenza di compattezza della società italiana nel riconoscere all'esposizione del crocifisso il carattere di "pratica condivisa" è ben evidenziata da I. RUGGIU, *Neanche l'argomento culturale giustifica la presenza del crocifisso negli spazi pubblici*, in *Quad. cost.*, 2010, 365.

<sup>44</sup> A partire, cioè, dalla svolta rappresentata dalla Sent. n. 925 del 1988. Per la rilevazione di tale svolta nella storia della giurisprudenza della Corte, cfr., per tutti, M. CROCE, *La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 412 e nota 51.

<sup>45</sup> Il problema è focalizzato da P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, cit., 178 s., il quale rileva l'operatività di una clausola *rebus sic stantibus* nell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane avallata dalla Corte di Strasburgo. L'A., infatti, dopo aver affermato che "il crocifisso risulta assente in molte scuole pubbliche, soprattutto in alcune città del nord del paese, per effetto di decisioni degli organi scolastici non contrastate dagli alunni o dalle famiglie o talora da esse stesse promosse", conclude che "si tratta quindi di disposizioni la cui effettiva osservanza è rimessa in larga parte alla volontà delle istituzioni e delle comunità interessate".

listicamente, in funzione di “compattamento” degli appartenenti al gruppo politico che si vorrebbe espressivo di tale identità. Il rischio di letture schmittiane<sup>46</sup>, ispirate alla logica della contrapposizione amico-nemico, non è del tutto peregrino, anche considerando altre esperienze europee<sup>47</sup>. E non è necessario soffermarsi sulla negatività estrema di tale involuzione del discorso sui simboli, dal punto di vista della Costituzione italiana e dei suoi valori, oltre che dal punto di vista di ciò che il crocifisso in sé intende esprimere...

Il fondamento normativo più importante a favore della tesi culturale/identitaria qui considerata è indubbiamente rappresentato dall’art. 9, comma 2, dell’accordo di modificazioni del Concordato del 1984, eseguito nel nostro ordinamento con la legge n. 121 del 1985, ove si afferma che la Repubblica tiene conto che “i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano”<sup>48</sup>. Si tratta di un dato di diritto positivo – e quindi significativo – del quale, tuttavia, nonostante la formulazione in termini abbastanza generali che si potrebbero ritenere espressivi di un principio di più vasta portata, va rimarcato l’inserimento in una disposizione puntuale finalizzata a disciplinare l’insegnamento della religione cattolica nelle scuole. L’oggetto della prescrizione è, quindi, limitato a questo oggetto e l’inciso in esame, per la sede partico-

<sup>46</sup> Esplicitamente richiamate da S. MANCINI, *The Tempting of Europe, the Political Seduction of the Cross. A Schmittian reading of Christianity and Islam in European constitutionalism*, in S. MANCINI, M. ROSENFELD (a cura di), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, London 2014, 111 ss. Per l’esigenza di “depolarizzare” la questione dei simboli dai termini di un scontro religioso-identitario, cfr., del tutto condivisibilmente, S. SICARDI, *Intervento*, in AIC, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit., 480.

<sup>47</sup> Cfr. l’asprezza – quasi la violenza – dello scontro verificatosi in Romania sul tema dell’esposizione dei simboli religiosi nelle scuole. Per un resoconto G. HORVÁTH, R. BAKÓ, *Religious Icons in Romanian Schools: Text and Context*, in *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 2009, 189 ss.

<sup>48</sup> Si tratta di una disposizione richiamata, anche se non in termini risolutivi della specifica questione dell’esposizione del crocifisso, da alcuni autori (oltre che dall’Avvocatura dello Stato, a difesa della Presidenza del Consiglio dei ministri nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale conclusosi con l’ord. n. 389 del 2004): cfr. M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2000, 3977; M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, cit., 70; A. GIGLI, S. GATTAMELATA, *Il crocifisso: valore universale di un arredo scolastico*, cit., 4322; A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, Bologna 2007, nonché in *Forum di Quaderni costituzionali* (dal quale sono tratte le citazioni), par. 7d.2; E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, cit., 358; S. TROILO, *La libertà religiosa nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., 342.

lare e circoscritta della sua enunciazione, non pare in grado di imporsi sulle considerazioni di portata più generale che si sono già esposte e che si esporranno in questo scritto.

Ad esiti non produttivi, dal punto di vista del sostegno alla tesi della valenza culturale/identitaria del simbolo, conduce pure il tentativo di fondare l'esposizione sulle previsioni degli statuti regionali ordinari "di seconda generazione". Si tratta, infatti, di riferimenti alle radici cristiane in genere contenuti nei preamboli degli statuti o, comunque, in formule il cui carattere dispositivo appare discutibile ed inidoneo, quindi, a produrre norme<sup>49</sup>. A tale considerazione si aggiunge il richiamo alla ben nota giurisprudenza della Corte costituzionale sull'assenza di normatività delle prescrizioni statuarie di principio che eccedono i contenuti tipici della fonte-statuto, come sembrerebbe nel caso in discussione<sup>50</sup>. Discorso diverso, al quale si accennerà in seguito, sem-

<sup>49</sup> Sono le formule statutarie che A. D'ATENA, *Diritto regionale*<sup>2</sup>, Torino 2013, 118 definisce come "concessioni alla retorica ed all'ecumenismo assiologico", ovvero "formule lapalissiane" od ancora "cloni di norme costituzionali". La fondamentale distinzione concettuale tra *formule non dispositive* e *disposizioni* (a loro volta *normative* o *non normative*) è ovviamente qui ripresa da V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 202 s., il quale, comunque, introduce alcune considerazioni problematiche sulla assoluta inidoneità di un "discorso in apparenza descrittivo o informativo" a produrre "norme o frammenti di norma" (203, nota 30).

Per un esempio di preambolo statutario che fa riferimento alla "tradizione laica ed alla matrice religiosa che hanno segnato la storia delle Marche" cfr. appunto lo statuto marchigiano. Non sono mancati, comunque, tentativi di recuperare una valenza "conformativa" in capo a tale formula: cfr. L. PIANESI, G.M. SALERNO, *Le norme programmatiche, i principi e la tutela dei diritti*, in L. CALIFANO, G.M. SALERNO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Marche*, Torino 2012, 29. Per un passaggio in rassegna delle formule in materia religiosa contenute nei preamboli e negli articolati degli statuti, cfr. il quadro aggiornato di Q. CAMERLENGO, *Libertà religiosa*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 233 ss.

Con riferimento alle disposizioni di principio facenti riferimento alla materia religiosa, nella letteratura costituzionalistica si è in presenza sia di letture volte a ridimensionarne l'efficacia innovativa (cfr., con riferimento agli artt. 5 e 6, comma 10 dello statuto del Lazio, A. DANESI, *Le due stagioni statutarie della regione Lazio*, in M. RUOTOLO, G. SERGES (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lazio*, Torino 2012, 42), anche alla luce della giurisprudenza costituzionale richiamata alla nota successiva, sia a tentativi di valorizzazione del significato di tali previsioni (G. RAGONE, *Principi e diritti nella legge fondamentale della regione Lombardia*, in L. VIOLINI, Q. CAMERLENGO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Lombardia*, Torino 2014, 17).

Sull'esperienza delle Comunità autonome spagnole in materia religiosa ed, in particolare, sul carattere di "sistema aperto di natura dispositiva", imperniato sull'art. 9, secondo comma, della Costituzione del 1978, cfr. A. CASTRO JOVER, D. MILANI, *Il fattore religioso negli statuti delle «Comunidades Autónomas»*, *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, 321 ss.



bra potersi fare nei confronti di eventuali previsioni di principio relative all'esposizione dei simboli negli spazi pubblici regionali, all'interno della competenza statutaria in tema di "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento", oltre che, ovviamente, negli ambiti materiali di competenza regionale<sup>51</sup>.

Riprendendo le fila del discorso generale, va sottolineato che pur nella consapevolezza della "complessità" dei simboli e della pluralità di significati che spesso li caratterizza, l'analisi costituzionalmente orientata sulla loro rilevanza negli spazi pubblici non può che "selezionare" la natura religiosa degli stessi – tralasciando quella culturale ed identitaria che appare improduttiva se non, per alcune accezioni, in grado di aprire ancora più problemi di quelli che essa intenderebbe risolvere – e soffermarsi sull'inquadramento costituzionale di tale fondamento di esposizione.

#### 4. *La natura giuridica dell'interesse all'esposizione: simboli personali e simboli spaziali*

È abbastanza intuitivo il collegamento dell'interesse, per ora non ulteriormente qualificato, del singolo all'esposizione del simbolo religioso alla libertà garantita dall'art. 19 della Costituzione italiana integrata, non senza qualche profilo problematico, dagli ulteriori livelli di tutela dell'art. 9 della Cedu e dall'art. 10 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione.

L'assenza sul punto di disposizioni di matrice "pattizia" nel concor-

<sup>50</sup> Il riferimento è evidentemente alle sentt. n. 372, 378 e 379 del 2004 della Corte costituzionale ed alla negazione di efficacia prescrittiva o vincolante alle cosiddette disposizioni programmatiche statutarie. L'analisi delle previsioni statutarie in materia di libertà religiosa non può non essere condizionato da questo elemento. Cfr., infatti, sul punto E. ROSSI, *Il «fenomeno religioso» nei nuovi statuti regionali. Prime osservazioni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, 305 ss., pur riconoscendosi una possibile funzione ermeneutica delle previsioni in questione (305) ed evidenziandosi che gli statuti di seconda generazione costituiscono comunque "un ottimo punto di osservazione per comprendere il senso dell'evoluzione sociale del nostro paese" (320). L'attribuzione di un significato essenzialmente "politico-culturale" alle disposizioni in esame è anche operato da D. MILANI, *La tutela degli interessi religiosi delle comunità locali tra riforma della Costituzione e nuovi statuti regionali*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005, 237, che pure valorizza non poco le previsioni statutarie in materia di libertà religiosa.

<sup>51</sup> Cfr. sul punto, G. D'ANGELO, *L'incerta costruzione di un «diritto ecclesiastico regionale» nelle nuove enunciazioni statutarie: spunti interpretativi*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 403 ed ora Q. CAMERLENGO, *Libertà religiosa*, cit., 231.



dato o nelle intese stipulate con le confessioni diverse dalla cattolica permette di tener fuori dall'analisi gli articoli 7 ed 8 della Cost., a meno che, come si è appena visto, non si ritenga pertinente in argomento l'art. 9 dell'accordo di modificazioni del concordato del 1984.

Ragionare di un collegamento dell'esposizione del simbolo religioso nello spazio pubblico ad un interesse soggettivo induce ovviamente ad interrogarsi sulla precisa natura di tale collegamento ed in particolare se l'interesse all'esposizione possa qualificarsi come facoltà ricompresa nel diritto di libertà religiosa e, quindi, esercizio della libertà medesima, assistita da tutte le garanzie che la Costituzione appronta per l'esercizio dei diritti di libertà. È questo un punto concettuale nel quale occorre operare una rilevante distinzione nella nostra analisi: considerazioni diversificate devono farsi, infatti, per i simboli religiosi indossati dalla persona e visibili negli spazi pubblici in conseguenza della presenza e circolazione della persona stessa e per i simboli religiosi che si vuole esposti nello spazio pubblico in sé e per sé considerato, come nel caso del crocifisso esposto nelle aule scolastiche. Il regime giuridico appare, infatti, nettamente differenziato tra le due ipotesi.

In questa sede pochi cenni si dedicano alla prima dimensione, per la quale mi sembra si possa ricondurre la pretesa all'esposizione del simbolo all'ambito della libertà di professione di fede religiosa: essa, infatti, offre una garanzia più specifica e contenutisticamente orientata rispetto alla più generale previsione della libertà personale, nella quale pure la libertà di indossare un determinato capo o accessorio di abbigliamento può farsi rientrare<sup>52</sup> ma che appresta una generale riserva di legge asso-

<sup>52</sup> La strettissima inerenza della scelta dei capi di abbigliamento (così come del taglio dei capelli o della barba) all'essere fisico di un soggetto inducono a ritenere riconducibile tali fattispecie alla garanzia dell'art. 13 Cost. Del resto, apparirebbe piuttosto curioso riferire la garanzia della libertà personale al solo corpo nudo dell'individuo... In termini dubitativi, sul punto, ma risolvendosi a favore per la applicabilità della più generale previsione dell'art. 23 Cost., P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni?*, I, 1, Torino 1991, 200. Per l'applicazione alla fattispecie dell'art. 23 Cost. cfr anche M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, Foggia 2015, 324. Di una riserva di legge in materia scrive S. TROILO, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 371. Gli articoli 13, 23 e 21 della Costituzione vengono richiamati da S. BARAGLIA, *Il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche: una questione ancora aperta*, in *Giur. cost.*, 2004, 2132 s.

Non mancano, comunque, casi problematici, nei quali diventa più difficile parlare di un capo di abbigliamento: si consideri il noto caso del porto del pugnale *kirpan*, simbolo religioso per i *Sikh*. Per l'applicazione nel caso di specie, ad opera della Corte suprema del Canada (caso *Multani*), di un criterio di *reasonable accommodation* che ha conciliato la salvaguardia della libertà religiosa dell'interessato con le esigenze di sicurezza della col-

luta a tutela della libertà senza indicazioni contenutistiche, oppure della ancora più permissiva, in ordine alle limitazioni ammesse, garanzia della libertà di circolazione. Tutto ciò fermo restando l'applicazione dei peculiari limiti previsti dall'art. 17 Cost., ove il simbolo, specie nella forma di abbigliamenti idonei ad occultare il soggetto, sia indossato in occasione di riunioni in luogo pubblico<sup>53</sup>.

È il caso di notare come, prevedendo il solo limite esplicito del "buon costume"<sup>54</sup>, la Costituzione italiana offre, per quanto riguarda la pretesa ad indossare un simbolo che testimonia l'appartenenza religiosa, un livello di tutela più intenso di quello dell'art. 9 della Cedu, caratterizzato da formule limitative del diritto maggiormente ampie<sup>55</sup>; formule che hanno finito per avere la loro ricaduta sulla giurisprudenza applicativa da parte della Corte di Strasburgo, come il recente caso *S.A.S. v. France* di-

lettività, cfr. E. CECCHERINI, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, cit., 23 ss.

<sup>53</sup> È il cosiddetto divieto di travisamento, disciplinato dall'art. 5 della legge n. 152 del 1975 (mentre del tutto inconfidente appare nella materia in esame il divieto di *mascheramento* dell'art. 85 t.ul.p.s.). In questo caso occorre procedere ovviamente ad una lettura integrata delle differenziate garanzie offerte dall'art. 13 e dall'art. 17 Cost. Sui nessi che possono venire a stabilirsi tra libertà costituzionali, cfr., recentemente, D. MORANA, *Alcune considerazioni sui rapporti tra le libertà costituzionali: strumentalità, specialità, integrazione*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, 942 ss. Sul punto cfr. ora anche M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, cit., 314 s.

<sup>54</sup> Limite al quale possono esserne aggiunti soltanto altri direttamente desumibili dalla Costituzione. Sul punto, non superato resta l'insegnamento di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 31: "nulli sono i poteri della legge nella determinazione o statuizione primaria dei limiti sostantivi della libertà di manifestazione del pensiero", ancorché riferito alla garanzia dell'art. 21 Cost. Si noti come l'art. 19 Cost., ancorché nel suo complesso ispirato ad una *ratio* di favore per le manifestazioni di pensiero religioso (come si evidenzierà *infra* par. 5) contiene anche limiti *puntuali* più stringenti di quelli dell'art. 21: è il caso della assenza di garanzia costituzionale per le professioni di fede che, ancorché non contrarie in sé al buon costume, si riferiscano a riti che lo siano. Sul punto, cfr. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 50 ed ora P.F. GROSSI, *Note introduttive per uno studio su tolleranza e diritto di libertà religiosa*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*<sup>2</sup>, Padova 2008, 120.

<sup>55</sup> Cfr. art. 9, comma 2, Cedu. Sulla elasticità della nozione di limite stabilito "in base alla legge" e rispondente ad "uno scopo legittimo", tra quelli menzionati nel medesimo art. 9, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Art. 9*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova 2012, 374, il quale osserva che il criterio di più frequente utilizzazione nelle decisioni di accoglimento dei ricorsi è, alla fine, quello di proporzionalità della misura limitativa (*ivi*).

mostra<sup>56</sup>. A proposito di tale decisione, non può, peraltro, non segnalarsi

<sup>56</sup> Sentenza della Grande Camera della Corte europea dei Diritti dell'Uomo S.A.S. v. France del 1° luglio 2014 (*Application n. 43835/11*), la quale ha stabilito che la legge francese del 2010 che vieta di indossare in pubblico capi di abbigliamento che coprano il volto non viola la Convenzione. L'uso discutibile del margine di apprezzamento e la creazione di un inedito "diritto ad abitare uno spazio di socializzazione che facilita il vivere insieme" (par. 122) e che non tollera un capo di abbigliamento che copra il volto è efficacemente criticato da I. RUGGIU, S.A.S. vs France: *si conferma il divieto francese al burqua con l'argomento del «vivere insieme»*, in *Quad. cost.*, 2014, 957. L'esigenza di un'analisi approfondita che eviti che un intervento legislativo restrittivo volto a promuovere l'eguaglianza si traduca in una fonte di ulteriori discriminazioni per le donne è sottolineato da V.R. SCOTTI, *The Legal Treatment of Symbols in the Public Sphere: Is There a Discrimination for Muslim Women's Claims?*, in C. DECARO BONELLA (Ed.), *Religious Claims in Multicultural Societies. The Legal Treatment*, cit., 115. Per una valutazione positiva della decisione della Corte di Strasburgo sopra ricordata, cfr., invece, U.G. ZINGALES, *Il limite di compatibilità dei simboli religiosi negli spazi pubblici di una democrazia aperta: il caso del burqua e del niqab*, cit., 22 ss., richiamando la nozione di *fraternité* (per l'esperienza francese) e di *solidarietà* (per quella italiana), le quali fonderebbero "l'ordine pubblico ideale, che deve salvaguardare quelle esigenze minime della vita sociale senza le quali non vi può essere piena esplicazione della cittadinanza tra persone libere ed eguali" (25). È peraltro da segnalare come la Costituzione italiana non richiami il limite dell'ordine pubblico (ideale o materiale) quale limite della libertà religiosa.

È appena il caso di osservare che la soluzione italiana del già ricordato art. 5 della legge n. 152 del 1975, il quale prescrive il divieto di travisamento in luogo pubblico *senza giustificato motivo* ed il divieto tendenzialmente assoluto in caso di riunione in luogo pubblico, costituisce un punto di equilibrio tra contrapposte esigenze di gran lunga migliore di quello escogitato dalla Corte di Strasburgo. Per un'applicazione garantista di tale previsione normativa, cfr. Cons. Stato VI sez., sent. n. 3076/2008. Una rassegna della casistica in argomento, alimentata soprattutto da ordinanze di sindaci, adottate ai sensi dell'art. 54, comma 4, del t.u n. 267 del 2000 (prima della sent. n. 115 del 2011 della Corte costituzionale) è presente in R. VÁZQUEZ GÓMEZ, *El Uso de Símbolos como Ejercicio del Derecho de Libertad Religiosa en el Ordinamiento Jurídico Italiano*, Cizur Menor 2012, 115 ss.

Significativa di una raffinata sensibilità al tema – e pertanto meritevole di essere ricordata – appare una pronuncia resa nel Regno Unito da *The Crown Court at Blackfriars* in data 16 settembre 2013 nel caso *The Queen v. D (R)*; pronuncia nella quale, con riferimento alla pretesa di una imputata di indossare il *niqab* in udienza, il Giudice, partendo da una affermazione di generale libertà di indossare l'abbigliamento consono al proprio credo religioso, afferma che una limitazione di tale libertà si impone solo per la deposizione dell'imputata, peraltro "schermando" la stessa nei confronti del pubblico ed imponendo la sua visibilità ai soli giudice, giuria ed avvocati. Si noti, in tale vicenda, la ricerca minuziosa di un punto di equilibrio (una concordanza pratica, direbbero i tedeschi) tra contrapposte esigenze, giungendo persino a distinguere tra i soggetti per i quali – per esigenze riconducibili alla corretta amministrazione della giustizia – deve dirsi recessiva la libertà religiosa nella specie della scelta di abbigliamento e soggetti per i quali tale recessività non opera.

Allo stesso modo si segnala la recentissima decisione del 27 gennaio 2015 del Primo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco di incostituzionalità del divieto *ge-*

il carattere lievemente paradossale di una situazione nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo adotta una soluzione maggiormente restrittiva della salvaguardia della libertà religiosa in presenza di fattispecie più agevolmente riconducibili all'ambito protetto dall'art. 9 della Convenzione<sup>57</sup>, rispetto ad ipotesi, come quella del caso *Lautsi*, in cui la riconduzione è meno immediata.

L'esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici in senso stretto (e, cioè, direttamente nella struttura o nello spazio pubblico) si presta a conclusioni meno univoche. Configurare l'esposizione come esercizio di una facoltà ricompresa nella libertà religiosa implicherebbe infatti un mutamento genetico della struttura propria del diritto: non più una libertà a carattere negativo, consistente nella pretesa a che gli altri (lo Stato e le Autorità pubbliche, *in primis* ma non solo) si astengano dall'intervenire nella sfera di autodeterminazione garantita del soggetto<sup>58</sup>, ma una sorta di un *diritto a prestazione* in materia religiosa, il quale richiederebbe al soggetto pubblico un *facere* consistente nell'esposizione del simbolo. Né appare sostenibile che in tale ipotesi il soggetto pubblico sia tenuto ad un *patis*, consentendo la materiale apposizione del simbolo da parte del soggetto interessato (comportamento rientrante nella libera autodeterminazione oggetto del diritto garantito anche nella ricostruzione in termini di libertà negativa) in quanto questo implicherebbe comunque la

*neralizzato* di indossare il velo islamico da parte dei docenti delle scuole pubbliche del *Land Nordrhein-Westfalen*, che modifica radicalmente (anche se non capovolge completamente) l'orientamento precedentemente espresso nella decisione del 24 settembre 2003 (*Kopftuchverbot-Urteil I*: BVerfGE 108, 282) la quale rimetteva alla legislazione dei *Länder* la possibilità di adottare un eventuale divieto (come appunto il *Nordrhein-Westfalen* aveva fatto). Sui caratteri della comunità scolastica in relazione alla quale tale divieto appare incostituzionale, cfr. *infra* nota 97. La pronuncia si preoccupa comunque di distinguere il caso in esame da quello dell'esposizione delle croci o dei crocefissi nelle aule per decisione delle autorità scolastiche, già oggetto di una passata decisione (par. 112 ed ivi il rinvio alla *Cruzifix-Urteil*: BVerfGE 93, 1 <15 ff.>).

<sup>57</sup> Per un caso, invece, in cui il collegamento del simbolo religioso indossato con l'art. 9 della Convenzione è adeguatamente valorizzato, cfr. invece la decisione della Quarta sezione del 15 gennaio 2013 *Eweida v. The United Kingdom* (*Application n. 48420/10*), commentata da E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *Forumcostituzionale.it* (14 novembre 2013), la quale sottolinea la diversa e meno condivisibile ispirazione di altre due decisioni (*Ladele e McFarlene*) rese congiuntamente ad *Eweida* dalla Corte e nelle quali la dottrina del margine di apprezzamento sembra riespandersi.

<sup>58</sup> Si utilizza a questo proposito la ricostruzione di P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezione*<sup>2</sup>, cit., 236 ss. sui diritti di libertà come *pretese* a "che altri non intervengano a turbare questa o quella sfera di interessi riservata al godimento del suo titolare".

negazione del potere di governo del soggetto pubblico sugli spazi e sui luoghi di proprietà pubblica.

Tali considerazioni restano ferme anche qualora si aderisca alla diversa ricostruzione dei diritti di libertà come situazioni attive, ovvero di poteri riconducibili ad un *agere-licere*<sup>59</sup>. Anche in questo caso, infatti, il titolare del diritto è, di per sé, in grado di realizzare il godimento dello stesso, non dipendendo, in modo diretto ed immediato, dal terzo e l'area della libertà religiosa in senso proprio e tecnico resta collegata alla sfera dell'autodeterminazione individuale e collettiva (quale forma di esercizio collettivo del diritto individuale).

Sia che si intenda, quindi, il diritto di libertà come situazione negativa di pretesa ad un comportamento astensivo dei terzi, sia che lo si intenda come situazione attiva di potere, ciò che si oppone nel caso in esame al riconoscimento di una facoltà radicata nel diritto di libertà religiosa è la configurazione dello spazio pubblico nel quale esporre il simbolo religioso come spazio di pertinenza e nella titolarità di soggetti pubblici ai quali l'ordinamento attribuisce tale competenza (ma non, si badi, un diritto<sup>60</sup>).

Né sembra esservi spazio per la configurazione di un inedito diritto a prestazione in materia religiosa quando nulla all'interno della formulazione dell'art. 19 Cost. e della sua collocazione sistematica<sup>61</sup> orienta l'interprete in una simile direzione.

Vi è solo un caso in cui probabilmente l'interesse alla presenza di simboli religiosi, in senso lato, in spazi pubblici assurge a situazione soggettiva *direttamente* protetta dall'art. 19 Cost. in capo agli interessati. Si tratta dei procedimenti di pianificazione territoriale, per quel che riguarda la localizzazione degli edifici di culto. La libertà di esercizio del culto rimarrebbe, infatti, meramente nominale allorché non si riconoscesse agli interessati, nella forma di confessioni religiose ma anche prescindendo da tale configurazione giuridica<sup>62</sup>, la possibilità di influire

<sup>59</sup> Secondo la nota ricostruzione di A. PACE, da ultimo ribadita in *Libertà e diritti di libertà*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, cit., 1001, ss.

<sup>60</sup> Sulla inconfigurabilità di diritti fondamentali *costituzionali* in capo a soggetti pubblici, cfr. A. PACE, *op. ult. cit.*, 966, nota 2, il quale sottolinea, comunque, come il legislatore possa discrezionalmente estendere la titolarità di diritti costituzionali anche a tali soggetti ma come tale operazione abbia, appunto, un fondamento soltanto legislativo ed incontri il limite del divieto di *deminutio* dei diritti fondamentali dei privati.

<sup>61</sup> Si consideri l'inserimento di tale garanzia nel titolo I della parte I della Costituzione (*Rapporti civili*) e non nei titoli II (*Rapporti etico-sociali*) o III (*Rapporti economici*).

<sup>62</sup> Sui rischi di istituzionalizzazione del potere di rappresentanza degli interessi reli-

sulle scelte urbanistiche di destinazione degli spazi pubblici anche a luoghi di culto e, prima di tutto, di ottenere tali spazi<sup>63</sup>. Si tratta, soprattutto per questo secondo aspetto, di un interesse che va probabilmente al di là della dimensione generale di interesse legittimo alla corretta esplicazione della potestà della pubblica Amministrazione (nel caso di specie in materia urbanistica) ed assume la consistenza di una pretesa giuridicamente garantita ad una considerazione dell'interesse religioso nell'attività di pianificazione territoriale. Un caso di obbligo di protezione, da parte dei soggetti pubblici competenti<sup>64</sup>, a fondamento costituzionale diretto<sup>65</sup>.

giosi dei fedeli in capo alle strutture organizzative delle rispettive religioni, a fronte di un diritto di libertà che è di pertinenza individuale, ancorché, per quanto riguarda il culto, di naturale esercizio collettivo, cfr. V. TOZZI, *Gli edifici di culto tra fede e istituzione religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, 40 s., il quale sottolinea il rischio di perpetuare la dogmatica dei *diritti riflessi* di epoca fascista, per quanto riguarda la posizione del singolo.

<sup>63</sup> “È sufficiente avere una qualche elementare conoscenza del diritto, senza dovere essere esperti cultori del diritto ecclesiastico e del diritto costituzionale, per sapere che il diritto di libertà religiosa appartiene al novero dei diritti inviolabili della persona, e che il diritto di erigere edifici di culto ne è peculiare elemento costitutivo, che appartiene al suo nucleo fondante”. Così, esemplarmente, G.[IUSEPPE] C.[ASUSCELLI], *Il diritto alla moschea, lo Statuto lombardo e le politiche comunali: le incognite del federalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2009, 1.

<sup>64</sup> Soggetti che potranno essere il legislatore, statale o regionale, quest'ultimo soprattutto con riferimento alla disciplina legislativa della pianificazione urbanistica in materia di *governo del territorio*, nonché i Comuni nell'adozione degli strumenti urbanistici.

Sulla possibilità per lo Stato di utilizzare la “leva competenziale” dell'art. 117, secondo comma, lett. *m*), al fine di promuovere l'effettivo godimento in modo uniforme sul territorio nazionale della libertà di culto, cfr. V. TOZZI, *Gli edifici di culto tra fede e istituzione religiosa*, cit., 40. Specularmente – ma non necessariamente in contraddizione con la competenza statale appena menzionata – per D. MILANI, *La tutela degli interessi religiosi delle comunità locali tra riforma della Costituzione e nuovi statuti regionali*, cit., 225, la disposizione in esame dischiude alle Regioni margini di intervento legislativo decisamente più ampi e significativi rispetto al passato.

Sull'importanza della prassi amministrativa degli enti locali, cfr., invece, R. MAZZOLA, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (marzo 2010), il quale evidenzia gli aspetti, tra loro interconnessi, della ritrazione dell'intervento della legge statale in materia di libertà individuali (compresa quella religiosa), l'espansione del ruolo delle c.d. ordinanze libere degli enti locali – con applicazioni a volte sconcertanti – e, conseguentemente, l'accresciuta centralità della giustizia amministrativa in materia. Cfr. anche I. BOLLIGIANI, *Attrezzature religiose e pianificazione urbanistica: luci ed ombre*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28/2013, dalla quale emerge la non semplice sintesi e contemporaneo di diversi interessi che soprattutto i Comuni sono chiamati a realizzare.

<sup>65</sup> Di un obbligo funzionale gravante su ciascun Comune ad individuare aree (complessivamente intese) adibite a servizi religiosi, al fine di assicurare alla popolazione di



È appena il caso di sottolineare la stringente attualità di tale ultimo profilo della libertà di religione nel nostro Paese, in relazione – soprattutto, ma non solo – alla condizione di molte comunità islamiche italiane, per le quali l'assenza di riconoscimento di luoghi riconosciuti di culto rischia di produrre sedi e forme di esercizio della libertà religiosa semi-clandestine o clandestine *tout-court* che, oltre a porsi in contraddizione pratica con l'art. 19 Cost., minano la possibilità di integrazione delle comunità in questione e possono favorire la diffusione di predicazioni estremiste. Esattamente il contrario di quello che dovrebbe essere l'interesse dello Stato e dei soggetti pubblici in generale<sup>66</sup>...

esercitare le pratiche di culto, ragiona una delle più interessanti pronunce in argomento: Tar Lombardia, Milano, sez. II, 8 novembre 2013, n. 2485.

La non semplice evoluzione della giurisprudenza amministrativa in tema di qualificazione dell'interesse fatto valere in ordine alla realizzazione dei luoghi di culti, ad opera soprattutto di appartenenti a confessioni di minoranza, è ripercorso da F. DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali*, Tricase (Le) 2013, cap. III. A non voler considerare operante, nella specifica materia, un vero e proprio diritto costituzionale nei confronti delle amministrazioni pubbliche competenti, resta valida l'osservazione di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 80, secondo cui “le situazioni soggettive costituzionalmente previste se, in linea di principio, hanno la consistenza del diritto soggettivo, possono, ciò non di meno, rilevare come interesse legittimo..., qualora il legislatore ordinario, nel rispetto delle norme costituzionali, attribuisca alla p.a. la possibilità di condizionare al rispetto del pubblico interesse (di volta in volta specificamente individuato) l'esercizio di quel dato diritto costituzionale”.

<sup>66</sup> Sui problemi legati alla localizzazione e realizzazione delle moschee cfr. S. ALLIEVI, *Moschee in Europa. Conflitti e polemiche, tra «fiction» e realtà*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010, 149 ss., con riferimenti anche alle note vicende svizzera ed austriaca. In un contesto di contrapposizione esacerbata può realizzarsi ciò che l'A. descrive, ovvero che la realizzazione di un edificio di culto rappresenti “una forma di appropriazione simbolica del territorio” da parte di chi quell'edificio intende costruire e che la resistenza a tale edificazione esprima “un segno di dominazione e potere sul territorio molto concreta e materiale” (154). Non dovrebbe essere evidente la lontananza di tali evenienze dall'ispirazione della Costituzione repubblicana e l'importanza di disarticolare nelle sue premesse questa “politica teologica” di sapore chiaramente schmittiano.

È appena il caso di accennare che la questione dell'insediamento territoriale delle moschee è destinata ad assumere rilevanza nei prossimi mesi in conseguenza dell'approvazione da parte della regione Lombardia della legge 3 febbraio 2015, n. 2 recante *Principi per la pianificazione delle attrezzature religiose*, la quale presenta più di una previsione problematica per le religioni di minoranza e, soprattutto, per quella islamica: si pensi: 1) alla possibilità di indire referendum sul piano delle attrezzature religiose, con un flagrante conflitto tra principio democratico e principio di libertà (art. 1 che novella l'art. 72, quarto comma, della l.r. n. 12 del 2005). Sul punto si veda quanto si osserva a nota 92 del presente lavoro; 2) all'obbligo di prevedere spazi da destinare a parcheggio pubblico in misura non inferiore al 200 per cento della superficie del luogo di culto, di dubbia pro-



È proprio il diretto ed essenziale collegamento tra pianificazione urbanistica dei luoghi di culti ed esercizio della libertà di religione a segnare la differenza – ed il differente regime – rispetto al caso dell'esposizione del simbolo religioso negli spazi pubblici, per il quale, come si vedrà nelle pagine che seguono, il requisito dell'essenzialità dell'esposizione ai fini della salvaguardia della libertà di professione religiosa non può affermarsi.

5. *I simboli spaziali tra favor religionis, principio di laicità e qualificazione dell'interesse protetto*

La difficoltà di ricomprendere all'interno delle facoltà proprie della libertà religiosa l'interesse all'esposizione di simboli religiosi negli spazi pubblici non significa negare ogni rilievo costituzionale a tale interesse. Le modalità di esercizio della competenza organizzativa e funzionale del soggetto pubblico che dispone del luogo possono, infatti, tener conto, anche secondo la natura del luogo in questione, di interessi apprezzabili ed oggetto di specifica considerazione da parte della Costituzione, come quelli religiosi.

In questo senso viene in rilievo e si concretizza il *favor religionis* presente nella nostra Costituzione (ma valorizzato anche dalla Corte di Strasburgo in una delle sue prime pronunce sull'art. 9 Cedu)<sup>67</sup>. Un *favor* che è chiaramente desumibile dalla menzione distinta dell'art. 19 Cost. rispetto alle generali previsioni degli articoli 17, 18 e 21 della Costitu-

porzionalità e ragionevolezza (art. 1 che novella l'art. 72, settimo comma, lett. d) della l.r. n. 12 del 2005) ed infine 3) al vincolo di "congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo", norma chiaramente anti-minareti, se non anti-moschea (art. 1 che novella l'art. 72, settimo comma, lett. g) della l.r. n. 12 del 2005). Per un'analisi critica di tale disciplina, arricchita da puntuali richiami alla cospicua giurisprudenza amministrativa che si è occupata del tema, cfr. M. AMITRANO ZINGALE, *Brevi rilievi critici alla legge Regione Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2 sulle attrezzature religiose: ancora un'insufficiente risposta a livello regionale*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), sez. *Studi e interventi*.

La legge regionale lombarda in questione è stata impugnata innanzi alla Corte costituzionale a seguito di deliberazione del Consiglio dei ministri ex art. 127 Cost. in data 12 marzo 2015.

<sup>67</sup> Si tratta della decisione *Kokkinakis v. Grèce* del 25 maggio 1992 (req. n. 14307/88). Il *favor religionis* desumibile dal dettato dall'art. 9 della Cedu, come interpretato dalla Corte, è sottolineato da A. GARDINO, *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*, cit., 9 ss.

zione<sup>68</sup>, nonché dall'inserimento tra i principi fondamentali degli articoli 7 ed 8 e che non significa affatto regime di privilegio per gli appartenenti all'una od all'altra fede (impedito dall'art. 3, comma 1, Cost., così come l'art. 20 Cost. impedisce "privilegi odiosi") ma "peculiare attenzione al fatto religioso"<sup>69</sup> e riconoscimento che per una fetta più o meno ampia di coloro che sono soggetti all'ordinamento italiano (indipendentemente dalla titolarità dello *status* di cittadinanza) la fede religiosa costituisce una dimensione essenziale della propria personalità individuale e che l'intera comunità civile può uscire arricchita da tale circostanza.

Le letture volte a conferire carattere di "rottura costituzionale" e quindi assolutamente eccezionale, se non temporaneo, agli articoli 7 ed 8 della Costituzione<sup>70</sup> o quelle volte a "riassorbire" l'art. 19 Cost. nell'art. 21 della Costituzione<sup>71</sup>, nella loro estrema fatica di superare il testo della

<sup>68</sup> Ovvero le previsioni costituzionali che costituiscono il corrispettivo "laico" dei vari aspetti della libertà religiosa.

<sup>69</sup> Così G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino 1995, 29. Per la considerazione in base alla quale "l'ordinamento considera i valori religiosi come riferimenti di segno positivo, degni di protezione giuridica, per cui la religione – di cui si riconosce l'irrinunciabile presenza nello spazio pubblico – è protetta e favorita", cfr. ID., *Sana laicità o laicità positiva?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2012, 9.

Sulla presenza di un indubitabile *favor religionis* nella Costituzione italiana, cfr. anche M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*, cit., 3978. In precedenza, cfr. F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1977, 265, con la conseguenza dell'impossibilità di una equiparazione "verso il basso" dei gruppi e delle confessioni religiose con i gruppi ateistici. Sul *favor religionis* e sul limite che questo incontra nel principio di laicità, cfr. anche D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, cit., 139 s. ed anche, in termini di un "modello comune europeo", 212 s. Il carattere "aggiuntivo" della protezione offerta dall'art. 19 Cost., rispetto all'art. 21 è ben evidenziato da A. RIVIEZZO, *Il significato dell'art. 19 Cost. e l'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici*, in S. PAJNO, P. PINNA (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche la libertà religiosa e il principio di laicità*, Napoli 2012, 164. L'incidenza della libertà religiosa sui caratteri della forma di stato contemporanea è evidenziata da P. LILLO, *Libertà religiosa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano 2006, 3547 s.

<sup>70</sup> Cfr. M. ANIS, *Laicità e confessioni religiose*, in AIC, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit., 28 ss.; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 109 ss.

Il carattere di "rottura costituzionale" dell'art. 8 rispetto agli artt. 3 e 19 Cost., da superare "soltanto tramite una modifica della Carta volta ad una ricollocazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose – cattolica e non cattoliche – entro l'alveo del diritto comune" è evidenziato da F. RIMOLI, *I diritti fondamentali in materia religiosa*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, 2006, 890.

<sup>71</sup> Cfr. in particolare, M. CROCE, *op. ult. cit.*, 105 ss. ed *ivi* la trasfigurazione della libertà religiosa in libertà di coscienza.

Costituzione<sup>72</sup> offrono, quasi “*a contrario*”, spunti a favore del tentativo di elaborare una visione sistematica più complessa che dia conto della previsione di *tutte* queste norme costituzionali e di inserirle in un quadro coerente.

La considerazione del fenomeno religioso da parte della Costituzione non può non riflettersi, conseguentemente, nella concreta configurazione del *principio di laicità* operante nel nostro ordinamento. Assodata ormai la sua operatività come principio di struttura del diritto costituzionale italiano<sup>73</sup>, esso si declina conformemente ai caratteri dello stesso e, quindi, in un’accezione diversa da quella che esso può assumere in altre esperienze come quella francese<sup>74</sup>. Questo riconoscimento dell’inesistenza di una tradizione costituzionale comune in tema di interpretazione del principio di laicità costituisce uno dei punti forti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e, come si è visto, si lega alla valorizzazione del margine di apprezzamento degli Stati in materia.

Su queste basi la laicità italiana non è chiamata ad ignorare la dimensione religiosa, ricacciata in *interiorem hominem*, bensì a riconoscerla

<sup>72</sup> Costituzione che pone gli articoli 7 ed 8 tra i principi fondamentali e non tra le disposizioni transitorie e finali e che volutamente distingue tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà religiosa. Tale distinzione ha una specifica valenza per tutta una serie di ipotesi: è il caso della “*professione*” di fede, ogniqualvolta, per le modalità concrete di realizzazione, ci possa essere un dubbio sulla sua riconducibilità al campo delle manifestazioni del pensiero; analoghe considerazioni possono valere per la “*propaganda*”, che veniva esclusa dalla garanzia costituzionale nelle costituzioni dei paesi del socialismo reale rispetto alla propaganda ateistica, invece garantita. La garanzia dell’art. 19 diviene chiaramente aggiuntiva allorché riferita a qualcosa che non si limita a manifestazioni del pensiero, come è il “*culto*”.

<sup>73</sup> Sul carattere non confessionale dello Stato italiano come *principio generale di struttura* dell’ordinamento costituzionale, cfr. V. CRISAFULLI, *Art. 7 della Costituzione e «vilipendio della Religione dello Stato»*, in *Arch. pen.*, 1950, II, 421. Diversa e più restrittiva la lettura di A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit., par. 7e del principio di laicità come “criterio di classificazione” che permette di riunire *a posteriori* una pluralità di principi costituzionali diversi e collegati ma senza potenzialità normative.

L’affermazione del principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale è ripercorsa da F.P. CASAVOLA, *Laicità e Stato. L’esperienza italiana*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, cit., 101 ss. Un bilancio positivo della giurisprudenza costituzionale sul principio e le sue applicazioni è espresso da P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent’anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 775.

<sup>74</sup> Sulla polisemia del termine “laicità”, legato alle singole esperienze nazionali, che rischia di produrre una “babele delle lingue” quando si cerca di trasferire caratteri di un’esperienza nazionale ad un’altra diversa, cfr. G. DALLA TORRE, *Sana laicità o laicità positiva?*, cit., 1 s.

come elemento presente nella società ed anche (ma non è questa la ragione principale della sua tutela) in grado di dare un contributo al progresso civile della Nazione. Di qui, l'elaborazione della nozione di laicità aperta ed inclusiva che qui si può dare per nota<sup>75</sup> ed il cui tratto caratterizzante è il riconoscimento della presenza religiosa nella sfera pubblica, con il naturale limite della usurpazione di qualsivoglia funzione pubblica.

Tornando alla spinosa questione della natura dell'interesse all'esposizione del simbolo nello spazio pubblico, si può sostenere che tale interesse trova la sua valorizzazione (ma anche il suo limite) in tale accezione del *principio di laicità* e nel *favor religionis* desumibile dalla Costituzione. Non già, quindi, una pretesa giuridicamente garantita all'esposizione del simbolo (o meglio dei simboli, come si vedrà di qui a poco) ma un'implementazione del principio di laicità la quale affida alle fonti di regolazione degli spazi pubblici il compito di soddisfazione di tale interesse. Ne consegue che la rappresentazione più realistica della natura dell'interesse all'esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici, dal punto di vista del fedele, è quella di un interesse legittimo *su base sub-costituzionale*, con tutte le conseguenze derivanti in termini di strumenti di tutela ma anche con i limiti conseguenti a tale fondamento di riconoscimento<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Cfr., per tutti, S. MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale» (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in questa *Rivista*, 1997, 47 ss. Recentemente, cfr. A. TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 375 ss., F.P. CASAVOLA, *La laicità come distinzione di ambiti e come difesa della libertà umana*, in *Costituzionalismo.it.*, 2007, n.1; G. DALLA TORRE, *Sana laicità o laicità positiva?*, cit., 8; V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia*, cit., 1574 ss. Per l'esperienza tedesca, cfr. H.-J. BLANKE, *I Simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Forumcostituzionale.it*, 30 ed *ivi* il richiamo alla nozione di "neutralità benevola e rispettosa" elaborata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.

Sul diverso quadro operante a livello europeo, nel quale una "laicità di astensione" delle istituzioni comunitarie è chiamata a convivere con una "laicità di confronto" della società europea, cfr. S. MANGIAMELI, *L'identità dell'Europa: laicità e libertà religiosa*, in *Forumcostituzionale.it.*, 15 s.

Per la difesa, invece, della "neutralizzazione della sfera pubblica" nella quale "l'appartenenza religiosa non deve avere alcun rilievo", a fronte di una "laicità addittiva" che rischia di produrre una "tribalizzazione" della società, cfr., recentemente M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. II, Napoli 2012, 1561 e 1571. Ci si deve interrogare, tuttavia, sull'effettivo raggiungimento dell'obiettivo di pacificazione della società che tale *neutralizzazione* si prefigge.

<sup>76</sup> Riconoscono l'inesistenza di un obbligo costituzionale di esposizione del simbolo religioso M. OLIVETTI, *Crocifisso nelle scuole pubbliche: considerazioni non politically cor-*

E, del resto, proprio con riferimento all'ambito religioso è stata argomentata con finezza l'operatività, nel nostro ordinamento costituzionale, di *diritti di protezione* che si aggiungono alla garanzia costituzionale in senso proprio della libertà religiosa<sup>77</sup>. Tale categoria si manifesta in primo luogo nella tutela penale del sentimento religioso, ristrutturata<sup>78</sup>, ma non

*rect*, cit., 2; E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, cit., 359; O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, cit., 40.

<sup>77</sup> Cfr. E. DI SALVATORE, *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2000, spec. 4445, anche se l'A. ragiona in termini di una *doverosità* della protezione del diritto che, nella prospettiva accolta in questo lavoro, lascia il posto ad una determinazione *discrezionale* da parte del legislatore, ancorché coerente con l'impianto costituzionale e con il *favor religionis*.

Nella concettualogia di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1994 (tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012, dalla quale è tratta la citazione), ci troviamo di fronte a *diritti di prestazione*, del gruppo dei *diritti di protezione* e del tipo dei *diritti non conformi alla costituzione*, nel senso che sono concessi mediante il diritto sotto-costituzionale e non imposti dalla Costituzione (474 s.). È appena il caso di precisare che Alexy non prende in considerazione l'esposizione dei simboli religiosi, ciononostante si ritiene utile applicare la sua sistematica. Per l'esistenza di un dovere dello Stato di "tutelare tutte le confessioni e le manifestazioni religiose presenti nella società – tra cui ovviamente i simboli religiosi – nel rispetto della "neutralità previdenziale", cfr. H.-J. BLANKE, *I Simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., 53, il quale vede in questa apertura dello Stato nei confronti del pluralismo religioso ed ideologico un "prerequisito della libertà religiosa" (54).

<sup>78</sup> Quella operata dalla Corte costituzionale nel tempo appare essere una vera e propria *organica ristrutturazione* della tutela penale del sentimento religioso, oggi prevista, in condizione di eguaglianza tra le diverse fedi religiose, solo per le offese che si realizzano mediante vilipendio di *persone o cose* (rispettivamente sentt. n. 168 del 2005 e 329 del 1997).

Con scelta che non si è sottratta a critiche in sede scientifica (cfr. M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*; E. DI SALVATORE, *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, cit.) è invece caduta, con la sent. n. 508 del 2000, la fattispecie di reato del vilipendio della religione dello Stato, realizzandosi, in questo caso, una equiparazione, o meglio un livellamento, verso il basso (o, piuttosto, il nulla...) della tutela del sentimento religioso in sé considerato. Questa impostazione è stata passivamente recepita dal legislatore di riforma del 2006 che pure poteva utilizzare gli spazi lasciati aperti dalla sent. n. 508 del 2000 per reintrodurre una tutela (egualitaria) del sentimento religioso. Sul bene giuridico protetto dalla nuova disciplina, cfr. N. MARCHEI, *La protezione penale della religione tra tutela del sentimento e tutela dell'identità*, cit., 160 ss., la quale evidenzia la necessità di collegare la protezione della norma penale alla personalità del fedele offeso. In argomento resta fondamentale, comunque, l'intuizione di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 47, nota 107 che collegava la tutela penale del sentimento religioso alla garanzia della pari dignità dei cittadini ex art. 3, comma 1, Cost.

L'esame complessivo della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia conferma l'impressione di uno "straripamento" del Giudice di costituzionalità delle leggi

eliminata, dalla giurisprudenza costituzionale, ma può trovare un significativo ambito di esplicazione anche nella previsione della possibilità di esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici.

Al fondo di tale visione può essere posta la direttrice di sviluppo e conseguente tutela della persona umana e di uno dei suoi più classici bisogni, che trova riconoscimento nella formulazione del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione<sup>79</sup>.

## 6. *Il necessario pluralismo dell'esposizione*

Se la scelta sull'esposizione di cui si è sin qui discorso è rimessa ad un'opzione fondamentalmente discrezionale, ancorché pienamente coerente ed in linea con una nozione di laicità aperta ed inclusiva, vi è comunque un aspetto non secondario nel quale essa si presenta vincolata.

Se ci si muove nella prospettiva della valenza culturale ed identitaria del simbolo, è possibile limitare l'esposizione a quel solo simbolo cui si riconosce tale capacità espressiva. Ma se, come avviene nel presente lavoro, si ritiene tale linea interpretativa insoddisfacente e si accoglie la tesi dell'esposizione del simbolo per il suo valore religioso, il restringimento della possibilità di esposizione ad uno solo tra i segni espressivi di fede religiosa risulta difficilmente giustificabile.

Di non agevole compatibilità con la nozione di protezione del sentimento religioso sopra richiamata e di laicità inclusiva appare, infatti,

che, nel tempo, anche attraverso "tecniche artificiose", ha supplito all'inerzia del legislatore in materia, come ha scritto G. CASUSCELLI, «L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale» in materia di vilipendio della religione, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, 1128.

<sup>79</sup> La compatibilità costituzionale di norme promozionali espressione della "dimensione personale" dell'eguaglianza sostanziale è riconosciuta da G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano 2000, 187. L'A. ritiene, peraltro, che le disposizioni sulla tutela penale del sentimento religioso (con la problematica eccezione di quella sulla bestemmia, peraltro depenalizzata nel 1999), così come quelle sull'esposizione del crocifisso nei locali pubblici, rappresentino esempi di *norme promozionali impure* volte ad agevolare diritti già tutelati, non in grado di superare il doppio test del rispetto del principio di eguaglianza e di laicità, nonché, nel caso del crocifisso, della libertà di coscienza dei non credenti (203). Di qui la loro incostituzionalità. Cfr. anche ID., *Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Giur. cost.*, 2000, par. 7. L'intervento promozionale dello Stato, ivi comprese le "azioni positive", a favore di *tutte* le comunità religiose, sulla base dell'art. 3, secondo comma, Cost. è invece ritenuto pienamente ammissibile da S. FERRARI, *Libertà religiosa individuale ed uguaglianza delle comunità religiose nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 3092 s.



l'esclusione per taluni soggetti della possibilità di accedere allo spazio pubblico per dare rilievo ad un segno esteriore e percepibile della propria fede. Come ha evidenziato la giurisprudenza costituzionale italiana in tema di tutela penale del sentimento religioso, la protezione di questo ambito non ammette differenziazioni tra fedi<sup>80</sup>, così come la nozione di laicità *inclusiva* implica necessariamente la pari possibilità tra gli interessati. A questo proposito non appare casuale che in più di una occasione la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti ha fatto della presenza di una pluralità di simboli, esposti senza preferenza di uno rispetto agli altri, l'elemento decisivo per escludere od accertare nei casi portati al suo esame la violazione della *Free Establishment Clause*<sup>81</sup>.

La limitazione della possibilità di accedere all'esposizione del simbolo religioso finisce per concretizzare una diversa efficacia della norma che disciplina l'uso dello spazio pubblico sulla base della fede religiosa e, quindi, una vera e propria violazione del principio di eguaglianza *formale* dinanzi alla legge, sancito dall'art. 3, comma primo, Cost., così come riplasmato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nel corso degli anni<sup>82</sup>, attraverso un'estensione della sua sfera di operatività oltre la sfera dei soli cittadini, gli unici esplicitamente menzionati nella disposizione. E non dovrebbero esservi dubbi che ci troviamo di fronte ad un profilo di tale delicatezza, proprio per il collegamento con la libertà religiosa garantita a tutti dall'art. 19 Cost., per cui il pur esistente margine di discrezionalità del legislatore nel differenziare il trattamento tra cittadini e stranieri, costantemente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>83</sup>,

<sup>80</sup> Come sottolineato in modo particolare dalla sent. n. 329 del 1997 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della tutela penale differenziata dell'art. 404 c.p.

<sup>81</sup> Si veda la decisione della Corte suprema favorevole alla legittimità dell'esposizione nel caso *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005) nel quale un rilievo non secondario gioca la circostanza per cui la statua raffigurante i dieci comandamenti era esposta in uno spazio pubblico insieme ad altri trentasette monumenti e simboli di varia ispirazione, rispetto alla soluzione pressoché contestuale ed opposta del caso *McCreary County c. ACLU* 545 U.S. 844 (2005). Sul punto, cfr. M. NUSSBAUM, *Libertà di coscienza e religione*, cit., 55, che sottolinea come solo nel primo caso sia stato possibile superare positivamente l'*endorsement test* sulla legittimità dell'esposizione. Sulle due decisioni, cfr. anche V. BARSOTTI – N. FIORITA, *Simboli religiosi e spazi pubblici: un confronto tra laicità e separatismo*, cit., 92; J. WITTE JR., *Lift High the Cross? Il caso Lautsi c. Italia nella prospettiva americana*, cit., 99 ss; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 259.

<sup>82</sup> A partire, come è noto, dalla sent. n. 120 del 1967.

<sup>83</sup> Tra le tante pronunce della Corte costituzionale, si ricorda la sent. n. 306 del 2008,



non è destinato ad operare in modo significativo: del resto, apparirebbe ben difficile giustificare la diversa situazione del cittadino che richieda l'esposizione del proprio simbolo religioso (e che può far leva sull'operatività dell'art. 3, primo comma, Cost. nel suo significato più ristretto), da quella del non cittadino che vanti la medesima aspirazione, allorché in entrambi casi è evidente il riferimento, ancorché indiretto, come si è visto in precedenza, alla garanzia della libertà di professione religiosa assicurata a tutti dall'art. 19 Cost.

Ci troviamo dunque di fronte ad un'applicazione del principio di eguaglianza che integra la garanzia della libertà religiosa<sup>84</sup>: una libertà che appare, anche in una prospettiva storica, fortemente intrecciata con il principio di non discriminazione<sup>85</sup> e che ben può venire in rilievo anche di fronte a comportamenti non doverosi ma discrezionali dei poteri pubblici, come quelli di esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici

Conseguentemente, è possibile ragionare di un vero e proprio *diritto azionabile all'eguaglianza* tra i potenziali soggetti fruitori dello specifico spazio pubblico che sorge nel caso di violazione del principio di eguaglianza oggettivamente inteso<sup>86</sup> e che si collega alla libertà religiosa dell'art. 19 Cost. È questa la ricostruzione che meglio riesce a rendere ragione della circostanza che l'esposizione del simbolo richiede l'intermediazione di una norma organizzativa degli spazi pubblici<sup>87</sup>; norma che appunto resta vincolata al rispetto dell'irrilevanza del criterio distintivo della "religione", di cui al primo comma dell'art. 3 Cost.

nella quale il divieto di discriminazione *irragionevole* nel trattamento tra straniero e cittadino viene assistito dalla copertura costituzionale del primo comma dell'art. 10 Cost.

<sup>84</sup> "L'esistenza di una soglia di diseguaglianza oltrepassata la quale vengono indirettamente (ma non per questo meno efficacemente) intaccati i diritti di libertà" è sottolineata da S. FERRARI, *Libertà religiosa individuale ed uguaglianza delle comunità religiose nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 3096, anche se in un discorso riferito principalmente all'art. 8, primo comma, Cost.

<sup>85</sup> L'esigenza, peraltro, di un superamento di una visione meramente neutrale di tipo lockeano a favore di una considerazione ed apprezzamento delle esigenze minoritarie (*accomodation*) è sottolineata da M.C. NUSSBAUM, *The New Religious Intolerance. Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, cit., 68 ss.

<sup>86</sup> Sulla estraibilità di un diritto soggettivo al "pari trattamento" dal principio, di per sé oggettivo, di eguaglianza dell'art. 3, comma 1, della Costituzione, Cfr. A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. Dir.*, 2001, 156 s. In precedenza, con specifico riferimento alla materia religiosa, F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano 1958, 91.

<sup>87</sup> Sui caratteri di tale norma, si rinvia alle considerazioni svolte nel par. 9 del presente scritto.

Né sembra sostenibile, facendo leva su talune affermazioni contenute nella sentenza *Lautsi II*<sup>88</sup>, che un “riequilibrio” delle posizioni dei soggetti che non si riconoscono nell’esposizione del crocifisso è realizzato attraverso il carattere in concreto aperto e non escludente delle scuole italiane nei confronti di tutte le fedi religiose<sup>89</sup>. Il limite di tale argomento è evidentemente rappresentato, in primo luogo, dal suo carattere di constatazione di mero fatto – per quanto nella maggior parte dei casi rispondente a verità – non in grado di offrire la certezza di garanzia che solo le norme assicurano. In secondo luogo, tale situazione non fa venir meno la non giustificata differenziazione di tutela (fattuale e normativa) rispetto ad un interesse giuridicamente apprezzabile quale è quello all’esposizione del proprio simbolo religioso, che è lecito ritenere abbia un’importanza non secondaria per chi non si riconosce nel crocifisso.

Il carattere “esclusivo” dell’esposizione porrebbe, inoltre, il problema dei criteri di selezione del simbolo “unico” e si fa veramente fatica ad individuare quali potrebbero essere tali criteri. Inevitabilmente si finirebbe per far riferimento all’unico criterio dotato di sicura concretezza ma che la Corte costituzionale italiana ha giustamente privato di rilievo nell’ambito di operatività della libertà religiosa, ovvero il criterio quantitativo della fede religiosa maggiormente seguita nel Paese.

Le considerazioni che precedono consentono di operare un richiamo ad un filone argomentativo il quale, preoccupandosi della dialettica maggioranza/minoranza applicata al tema delle libertà, giunge alle medesime conclusioni sin qui esposte. È stato infatti sottolineato l’importanza di un approccio al tema dell’esposizione dei simboli che non sia risolto attraverso un’applicazione del principio di maggioranza<sup>90</sup>. Allo stesso modo, il rispetto del carattere di “società tollerante” su di un tema così sensibile

<sup>88</sup> In particolare, si veda il par. 73 ove la Corte, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano, riconosce che “l’Italia apre ugualmente lo spazio scolastico ad altre religioni”, portandosi ad esempio il velo islamico delle studentesse od altri simboli ed abbigliamenti ovvero la conciliazione della frequenza scolastica con le pratiche religiose di minoranza negli istituti scolastici della Repubblica.

<sup>89</sup> Un tentativo di lettura generale del tema dell’esposizione dei simboli religiosi negli spazi scolastici in Italia, fondata sull’assenza di reali contrapposizioni polemiche (“al netto” del caso *Lautsi*, evidentemente...), in conseguenza della “actitud positiva hacia las manifestaciones religiosas, con indiferencia de la confesión con la que se correspondan” da parte della Pubblica Amministrazione italiana, sembra emergere nelle pagine finali di R. VÁZQUEZ GÓMEZ, *El Uso de Símbolos como Ejercicio del Derecho de Libertad Religiosa en el Ordinamiento Jurídico Italiano*, cit., 326 s.

<sup>90</sup> A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, cit., par. 8.

impone la massima apertura nelle soluzioni da rinvenire<sup>91</sup>. In entrambe le prospettive emergono comunque l'incongruità ed i pericoli di criteri che si presentano come applicazione del principio democratico/maggioritario, in un'area che invece deve essere rigorosamente condotta al principio liberale/individualistico<sup>92</sup>.

Gli ostacoli di carattere pratico talvolta avanzati nei confronti del cosiddetto "muro barocco"<sup>93</sup> risultano, in questo contesto, dotati di non poca astrattezza: non risulta essersi mai verificato, in concreto, alcun problema di sovraffollamento di simboli religiosi che pretendano di essere esposti nello spazio pubblico senza che quest'ultimo si presenti come sufficiente; problema che, anche qualora dovesse porsi, potrebbe trovare

<sup>91</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, cit., 2011 ed ivi il richiamo alle tesi di Lee Bollinger.

<sup>92</sup> Sulla compresenza di entrambe le ispirazioni negli ordinamenti costituzionali contemporanei resta fondamentale la riflessione di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928 (tr. it., *La dottrina della Costituzione*, Milano 1981), cap. II e III. Sulla relazione dialettica tra questi due poli cfr. anche A. D'ATENA, *La liberal-democrazia*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>3</sup>, Torino 2012, 43 ss.

Con riferimento alla vicenda del referendum svizzero sulla costituzionalizzazione del divieto di costruzione dei minareti, osserva del tutto condivisibilmente S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012, 324 come l' "appello alla democrazia" abbia nascosto nell'occasione una "abdicazione del diritto: non è infatti possibile sottoporre al voto della maggioranza un diritto che è tutelato dalla libertà di religione, che è parte cioè di un diritto fondamentale della persona umana". È da evidenziare, comunque, come fa M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 320 che la storia costituzionale elvetica conosce non pochi esempi di norme anti-religiose.

<sup>93</sup> Soluzione che ha uno dei suoi principali sostenitori in J.H.H. WEILER, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione «imbarazzante»*, cit., 148 ss. A favore dell'esposizione "plurale" dei simboli religiosi, cfr. comunque, con varie motivazioni, O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, cit., 40, ancorché nei limiti delle risorse (sc. di spazi) disponibili; E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, cit., 369 s., ancorché in modo problematico; S. SICARDI, *Intervento*, cit., 483 (con apertura all'esposizione di simboli non solo religiosi ma anche espressivi di ideali "umanisti"); A. SPADARO, *La sentenza "Lautsi" sul Crocifisso: summum jus, summa iniuria?*, cit., 206; L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, cit. 295. C. PANZERA, *Juristen böse Christen? Crocifisso e scuole pubbliche*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 257, anche se, secondo l'A., "l'aggiungere" dovrebbe lasciare il posto al "togliere" a fronte della richiesta in tal senso di soggetti spinti "da una seria obiezione di coscienza"; N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, cit., sottolineando l'esigenza, in caso di contrasti, di un processo non di tipo contenzioso ma "di mediazione", aperto alla possibilità di esposizione di simboli anche non religiosi (10) e fatta salva "solo in ultima analisi" la possibilità della parete bianca (15). Che la soluzione "plurale" (inclusiva dell'esposizione di simboli non religiosi) "non vada scartata a priori" è sostenuto anche da S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., 328.

criteri pratici di soluzione – come quello di rotazione periodica tra i simboli ovvero di riduzione delle dimensioni degli stessi – in ogni caso più proporzionati rispetto al valore costituzionalmente rilevante perseguito di quello, draconiano, della “parete bianca”<sup>94</sup>.

### 7. *L'interesse alla non esposizione dei simboli.*

Occorre ora considerare la sussistenza o meno di posizioni giuridicamente garantite di pretesa alla non esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici nella loro generalità.

Come si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, un dovere di non esposizione da parte dei soggetti pubblici non sembra ricavabile dalla configurazione in senso *oggettivo* del principio di laicità. Almeno nell'esperienza italiana di tale principio è possibile dare una interpretazione diversa da quella tendente a confinare nella sfera meramente interiore la dimensione religiosa, tenendo invece conto della presenza di una serie di disposizioni costituzionali nelle quali il fenomeno religioso emerge e viene preso in considerazione: è questo, come si è già detto, il *favor religionis* che si riflette nella concezione aperta ed inclusiva della laicità.

Se comunque la discussione sull'interpretazione di un principio non esplicitamente scritto in Costituzione, come quello di laicità, inevitabilmente lascia aperti margini di incertezza, ben altra pregnanza potrebbe avere la dimostrazione dell'esistenza di una pretesa *soggettivamente* garantita alla non ostensione dei simboli, ovvero alla “parete bianca” degli spazi pubblici. Ci troveremmo di fronte, infatti, ad una libertà fondamentale o ad una facoltà ricompresa in una libertà in grado di esplicarsi *erga omnes*, con l'efficacia tipica dei diritti fondamentali. La sua efficacia paralizzante nei confronti dei simboli sarebbe assoluta, tanto più se si ritiene, come si è visto in precedenza, che non esista un obbligo di esposizione dei medesimi a carico dei soggetti pubblici.

La ricostruzione maggiormente compiuta che si muove su questa linea è quella tendente a configurare l'esistenza di una *libertà dalla reli-*

<sup>94</sup> In questa direzione mi sembrano muoversi le puntuali osservazioni di P. PINNA, *La libertà e l'eguale trattamento delle fedi religiose*, in S. PAJNO, P. PINNA (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., 36 in obiezione a chi teme un sovraffollamento di richieste di esposizione di simboli.

gione, quale aspetto evolutivo della libertà negativa di religione, ovvero della libertà di coscienza<sup>95</sup>; una libertà che si sostanzierebbe nella pretesa giuridicamente garantita ad essere lasciati immuni da qualsiasi “contatto” religioso.

In una variante che viene assumendo sempre maggiore consistenza negli ultimi anni, la libertà dalla religione diviene una libertà che pretende per sé le medesime garanzie della libertà religiosa, invocando la copertura costituzionale delle stesse norme dedicate al fenomeno religioso, ma lette *au contraire*. L'esito di questo itinerario può essere considerata la pretesa di un'associazione di pensiero ateo di stipulare un'intesa con lo Stato ex art. 8 Cost., al pari di quanto reso possibile per le confessioni religiose e configurandosi essa stessa, quindi, come confessione religiosa<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> In questo senso, con molta chiarezza, R. BIN, *Libertà dalla religione*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 39 ss. (nonché in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Padova 1998, 365 ss.). Cfr., inoltre, R. TOSI, *I simboli religiosi e i paradigmi della libertà religiosa come libertà negativa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 309; S. BARAGLIA, *Il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche: una questione ancora aperta*, cit., 2144 s., il quale ragiona di una violazione della “libertà psicologica”, tutelata dagli artt. 13, 21 e, sullo sfondo, 2 Cost.; G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in AIC, *Annuario 2007. Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, cit., 298; G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, cit., 203, trattandosi di violazione della libertà di coscienza, nella sua dimensione negativa (72); P. FUSARO, *L'esposizione del crocifisso negli spazi statali alla luce della Costituzione e della Cedu*, in *Rass. parl.*, 2011, 289, il quale richiama la libertà di coscienza intrecciata con il principio di laicità; M. BIGNAMI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta*, in S. PAJNO, P. PINNA (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., 23; S. PAJNO, *Laicità e libertà nelle aule scolastiche: del crocifisso e di altri simboli*, in S. PAJNO, P. PINNA (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., 125; M. SALVAGO, *L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: l'ordinamento italiano e l'ordinamento spagnolo a confronto*, cit., 14, nota 54.

<sup>96</sup> Si tratta di una vicenda che ha destato non poco interesse tra gli studiosi, offrendo un'occasione di riflessione sulla portata della garanzia di cui all'art. 8 Cost., nella sua dimensione sostanziale (nozione di *confessione religiosa*) e procedimentale (il procedimento che conduce all'*intesa*). Tra i molti, cfr. D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, cit., 138; P. FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, 102 ss., che già evidenzia la “preminente connotazione ‘combattiva’” delle attività dell'U.a.a.r. (104); N. COLAIANNI, *Ateismo di combat e intesa con lo Stato*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013; S. BERLINGÒ, *L'affaire dell'U.A.A.R.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 4/2014; L. BARBIERI, *Una proposta a geometria variabile*, in *Osservatorio Aic*, settembre 2014; E. ROSSI, *Le “confessioni religiose” possono essere atee? Al-*

Senonché, si possono avanzare serie riserve sulla configurabilità di una interpretazione della libertà religiosa in grado di fondare le due letture appena accennate, almeno se si resta ancorati alla sola Costituzione della Repubblica.

Per quanto riguarda la libertà dalla religione, discutibile appare la sua riconduzione nell'alveo della libertà negativa di religione, atteso che questa si presenta come pretesa a non essere costretto ad atti di professione, propaganda o culto religioso e non già come pretesa a che altri si astengano da simili atti<sup>97</sup>. Solo per la propaganda religiosa vi possono essere delle precisazioni da fare, ma non è possibile comunque intendere in senso radicale la pretesa a restare indenne da forme di proselitismo poiché così facendo si negherebbe ogni libertà attiva di propaganda, benché costituzionalmente prevista in forma esplicita. La linea distintiva tra propaganda costituzionalmente protetta e garanzia di non essere vessato da tale propaganda va probabilmente cercata altrove, nella nozione di *abuso del diritto*, ad esempio<sup>98</sup>, ma questo tema non richiede di essere

*cune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2014; G. DI COSIMO, *Gli atei come i credenti? I giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra Stato e confessioni religiose*, in *Rivista Aic*, n. 1/2015.

Con l'ordinanza n. 40 del 2015 la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal Presidente del Consiglio dei ministri "in proprio e a nome del Consiglio dei ministri" avverso la Corte di Cassazione per la qualificazione della natura dell'atto di diniego dell'avvio di trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa ex art. 8 Cost.

<sup>97</sup> Per la condivisibile sottolineatura dei rischi derivanti dalla "sovrainterpretazione" del profilo negativo della libertà religiosa, cfr. O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, cit., 38. Cfr. anche le critiche di P. PINNA, *La libertà e l'eguale trattamento delle fedi religiose*, cit., 34. In questa linea, cfr., inoltre, A. RIVIEZZO, *Il significato dell'art. 19 Cost. e l'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici*, cit., 164. V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia*, cit., 1566 e nota 22 che evidenzia come il profilo della libertà di non credere valorizzata dalla sentenza *Lautsi I* non coincida con la nozione di libertà religiosa negativamente accolta.

Per riferimenti alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco secondo cui "non esiste nessun diritto ad essere protetti da altre influenze religiose all'interno degli spazi pubblici", cfr. H.-J. BLANKE, *I Simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., 40 e nota 132. La positività, anzi, del confronto tra esperienze religiose diverse è valorizzata nella già richiamata decisione del 27 gennaio 2015 (*Kopftuchverbot-Urteil II*) (par. 105).

<sup>98</sup> Oggetto di approfondimento generale da parte di F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino 2011, spec. cap. IV per il riferimento all'ordinamento italiano. Per l'utilizzazione della categoria all'interno della problematica della libertà e dell'obiezione di coscienza, cfr. recentemente, F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014, 183 ss.



approfondito in questa sede. Ciò che invece merita di essere sottolineato è che la nozione di libertà dalla religione sopra richiamata e rigorosamente intesa rischia di entrare in collisione anche con la garanzia della professione di fede religiosa, anch'essa costituzionalmente prevista e garantita in forma esplicita. Si può ritenere, al riguardo, che tanto più della asserita libertà dalla religione si tenderà a dare un'interpretazione ampia, tanto più la sua capacità di limitare non solo la propaganda ma anche la professione di fede religiosa si farà concreta. Mentre però, come si è appena accennato, possono darsi forme di propaganda religiose vessatorie o più semplicemente moleste, tali caratteristiche ben difficilmente possono collegarsi all'atto di professione religiosa.

La sentenza sul caso *Lautsi* della Corte di Strasburgo sembra offrire supporto a tale ricostruzione, applicandola all'esposizione dei simboli religiosi. Dietro la distinzione tra simbolo *passivo* e simbolo *attivo* ed il riconoscimento del carattere di simbolo meramente passivo al crocifisso si può leggere la distinzione tra atto di professione ed atto di propaganda insita nell'esposizione ed il riconoscimento che il crocifisso esposto nelle aule non ha alcuna velleità di proselitismo, quanto di testimonianza (di professione) della fede religiosa di alcuni (uno, pochi, molti, tutti, non importa) componenti di quella comunità di vita in formazione che è una classe di scuola, ancorché mediata attraverso la decisione dell'Autorità pubblica di favorire tale testimonianza di fede religiosa<sup>99</sup>. Come si accennava all'inizio del presente lavoro, si tratta di uno di quei casi in cui la sentenza della Grande Camera della Corte europea interagisce positivamente con la Costituzione italiana, riprendendo e rivitalizzando distinzioni da essa già conosciute.

Per quanto riguarda la pretesa della libertà dalla religione di presentarsi come forma religiosa anch'essa, ci troviamo evidentemente di fronte ad una forma esasperata di *laïcité de combat*<sup>100</sup>. Essa poggia sulla ricomprensione dell'ateismo nella garanzia costituzionale dell'art. 19 Cost., portando tale assunto alle sue conseguenze ultime. Non si può fare a meno di osservare, a questo riguardo, come si assista ad una deformazione della disciplina costituzionale per cui, facendo leva sulla problema-

<sup>99</sup> In senso contrario M. BIGNAMI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta*, in S. PAJNO, P. PINNA (a cura di), *Il crocifisso nelle aule scolastiche la libertà religiosa e il principio di laicità*, cit., 22 ss., per il quale l'esposizione del crocifisso rappresenta un atto di propaganda in pubblico della fede religiosa, il quale lede la libertà religiosa negativa.

<sup>100</sup> Per riprendere l'espressione di N. COLAIANNI nello scritto citato a nota 96.



ticità della nozione di religione (oltre che di confessione religiosa), si arriva a cercare di includere in essa ciò che ne costituisce la esplicita negazione. Nonostante la problematicità di tale nozione sia ormai ben presente agli studiosi, anche in conseguenza dell'emersione ed affermazione di religioni non teiste nel panorama occidentale ed anche italiano<sup>101</sup>, sembra veramente difficile, se non in una prospettiva appunto *de combat*, ritenere che un movimento di pensiero che strutturalmente si oppone al fenomeno religioso richieda per sé lo *status* di confessione religiosa, né può valere a giustificare un'operazione simile un'esigenza di simmetria – una sorta di contraddittorio – rispetto alle associazioni e confessioni religiose<sup>102</sup>. Quello che sembrerebbe un argomento sarcastico avverso un fenomeno intellettualmente serio e rispettabile come l'ateismo (“l'ateismo è una religione anch'esso”) rischia di essere paradossalmente invertito da parte di associazioni<sup>103</sup> che si ispirano alla tradizione del pensiero ateo. La vicenda del tentativo dell'U.a.a.r. di ottenere lo *status* di confessione religiosa abilitata alla stipula di un'intesa ex art.8 Cost. con lo Stato italiano dovrebbe indurre a rivalutare le ricostruzioni che scindono il profilo passivo dell'ateismo (libertà “di non credere e di non essere costretto a credere in alcuna verità trascendente e forzato a partecipare a cerimonie e riti religiosi, nonché ad atti di culto in genere”), effettivamente riconducibili all'oggetto della libertà religiosa, nel suo versante negativo, dal profilo attivo dell'ateismo (la libertà di affermare e propagandare il pensiero ateo), che esula dall'art. 19 Cost., per costituire estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero<sup>104</sup>. Vicende come

<sup>101</sup> Si rinvia, sul punto, ai richiami operati a nota 28 del presente scritto. Per l'impossibilità di qualificare l'U.a.a.r. come confessione religiosa ai sensi dell'art. 8 Cost., alla stregua del suo stesso statuto, cfr. N. COLAIANNI, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *Rivista Aic*, cit., 12. L'A. ritiene, tuttavia – a differenza di quanto si sostiene nel presente lavoro – ad essa applicabile la garanzia dell'art. 19 Cost., riferibile anche all'ateismo.

Al termine (al momento non è dato sapere se finale) di una complessa vicenda giudiziaria – dalla quale è scaturito anche il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato menzionato a nota 96 – Tar Lazio, sent. 3 luglio 2014, n. 7068 ha negato all'U.a.a.r. la possibilità di qualificarsi come confessione religiosa.

<sup>102</sup> Sul *non-sense* giuridico di tale pretesa, cfr. D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, cit., 139, la quale chiama in gioco – senza forse che ce ne sia reale necessità – il *favor religionis* radicato e non cancellabile dall'ordinamento italiano.

<sup>103</sup> Tale essendo la configurazione giuridica dell'U.a.a.r. e potendo, quindi, i suoi membri invocare la garanzia costituzionale dell'art. 18 Cost. (oltre, come si dirà subito *infra*, quella dell'art. 21 Cost.)

<sup>104</sup> Secondo un orientamento risalente nel tempo ma che, a parere dello scrivente,

quelle appena descritte evidenziano, peraltro, come la riconduzione dell'ateismo attivo all'una o all'altra libertà non abbia valenza meramente classificatoria ma sia dotata di conseguenze pratiche, proprio per evitare "corto-circuiti" regolativi.

### 7.1. Interesse all'esposizione ed interesse alla non esposizione nella dimensione europea

Il quadro che si è appena esposto è riferito al trattamento costituzionale della fede religiosa, in forma individuale o associata, e dell'ateismo per come delineati dalla Costituzione italiana. Esso potrebbe venire messo in discussione dalla diversa disciplina contenuta in fonti sovranazionali in grado di incidere in modo rilevante sul piano nazionale, quali sono la Cedu e la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il riferimento è alla libertà di manifestazione del "proprio credo"<sup>105</sup> o della "propria convinzione"<sup>106</sup> accanto e distintamente alla garanzia di manifestazione della "propria religione". Limitandoci alla prospettiva analizzata nel presente lavoro, è possibile ritenere discendente da questa esplicita equiparazione una pretesa "paralizzante" nei confronti dell'esposizione dei simboli religiosi?

Il dubbio ha tanto più ragione di porsi in quanto il diritto sovranazionale europeo esplicita un vero e proprio diritto fondamentale al credo/convinzione non religioso/a, mentre per lo specifico interesse all'esposizione dei simboli religiosi valgono, almeno per l'ordinamento italiano, le conclusioni sopra esposte sul carattere mediato, attraverso norme di organizzazione degli spazi pubblici, della soddisfazione dell'interesse del fedele a vedere esposto il simbolo religioso, non presentando

merita di essere rivalutato. Per i sostenitori di tale linea interpretativa, cfr. P.F. GROSSI, *Note introduttive per uno studio su tolleranza e diritto di libertà religiosa*, cit., 116 s. dal quale è tratta la citazione nel testo ed ora M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 316 s.

Sull'attivismo dell'ateismo attivo negli ultimi anni, cfr. G. CIMBALO, *Ateismo e diritto di farne propaganda tra dimensione individuale e collettiva*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2011, 113 ss.

<sup>105</sup> Art. 9 Cedu.

<sup>106</sup> Art. 10 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È interessante osservare come nella versione italiana della Carta in questione si sia passati dalla espressione "credo" della Carta del 2000 alla – più laica e meno evocativa di implicazioni religiose – formula "convinzioni" della Carta entrata in vigore nel 2009 contestualmente al Trattato di Lisbona.

la tutela della libertà religiosa “europea” sul punto profili differenziali ed aggiuntivi rispetto alla tradizione delle elaborazioni nazionali. E, del resto, la già considerata valorizzazione del margine di apprezzamento in materia, con il connesso rinvio agli ordinamenti nazionali, sembra andare in questa direzione.

Se quindi effettivamente si riuscisse a radicare nel diritto a fondamento europeo di manifestazione del credo/convizione non religioso/a una pretesa alla non esposizione dei simboli religiosi – pretesa da intendersi come caratterizzante tale attitudine dello spirito – la conclusione nel senso della prevalenza di tale interesse apparirebbe inevitabile.

Premesso che ogni operazione di individuazione del punto di equilibrio tra diritti sovranazionali (tra loro diversi, come nel caso in esame) e corrispondenti diritti nazionali appare caratterizzata da un grado rilevante di problematicità<sup>107</sup>, la tesi della preclusione all’esposizione dei simboli operante a favore dei non credenti (o più precisamente di coloro che dichiarano un credo non religioso) appare non poco discutibile. Sembra infatti opinabile che dagli articoli 9 Cedu e 10 della Carta dei diritti fondamentali si debba trarre un’assoluta parificazione quanto al regime di trattamento tra le due diverse situazioni protette (e le loro “proiezioni” nel regime degli spazi pubblici). Eguale protezione non significa infatti eguale conformazione delle fattispecie garantite, che restano tra loro distinte nella loro consistenza oggettiva, ancorché richiamate nella stessa previsione normativa<sup>108</sup>. Lo conferma la formulazione letterale delle due disposizioni richiamate che menzionano nello stesso contesto forme di esercizio delle libertà che non possono valere se non per le sole fedi religiose: è il caso del “culto” e dei “riti”; questi ultimi distinti dalle

<sup>107</sup> Sia consentito rinviare sul punto alle considerazioni svolte in E. GIANFRANCESCO, *Alcune considerazioni sul valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. II, cit., 1481 ss. ed *ivi* la rilevazione della perdurante centralità del ruolo delle Corti, *ivi* compresi i giudici nazionali, nella definizione dei punti di equilibrio tra diversi diritti (1492 s.).

Come già ricordato a nota 20, una nuova fase di attivismo della Corte costituzionale italiana potrebbe essere segnata dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in tema di adattamento al diritto internazionale, che fa seguito ad una serie di ripetuti *caveat* della medesima Corte sulla spettanza a sé medesima, e non alla Corte Edu, della “valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata” (così la sent. n. 264 del 2012).

<sup>108</sup> L’esigenza di tenere distinte libertà di *coscienza*, di *pensiero* e di *religione*, alla stregua delle due disposizioni richiamate nel testo è sottolineata da E. ROSSI, *Le “confessioni religiose” possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, cit., 22.

“pratiche” e dagli “insegnamenti” che potrebbero essere proprie anche di credi/convinzioni non religiosi/e<sup>109</sup>.

Del resto, la diversità strutturale delle situazioni e più precisamente della libertà di credo/convinzione non religioso/a si coglie meglio non tanto considerando la pretesa alla rimozione dei simboli, quanto quella – più propriamente “simmetrica” all’interesse del credente – alla esposizione di un simbolo espressivo del credo/convinzione non religioso/a: è la diversa qualità del legame tra il fedele ed il simbolo religioso ed il non fedele ed un simbolo laico ad evidenziare l’insostenibilità dell’equiparazione di fattispecie diverse. Ed infatti chiunque è in grado di cogliere che esporre un Crocefisso od una *sura* del Corano<sup>110</sup> è una cosa diversa dall’esporre un’effigie di Voltaire...

La libertà di manifestazione del proprio credo/convinzione non religioso/a non assume, di conseguenza, nel diritto a fondamento europeo una fisionomia diversa da quella che esso ha già nell’ordinamento italiano, di estrinsecazione della *libertà di coscienza*; fisionomia definita soprattutto, come è noto, grazie all’intervento della Corte costituzionale<sup>111</sup>: non una mera manifestazione del pensiero<sup>112</sup>, quindi, ma piuttosto la li-

<sup>109</sup> Anche se, come sottolinea P. FLORIS, *Ateismo e Costituzione*, cit., 102 “alcune organizzazioni di atei hanno assunto sembianze, e modalità di azione, vicinissime a quelle considerate peculiari delle chiese; esse sono arrivate anche ad elaborare un insieme di ‘riti di passaggio’, si può dire una vera e propria liturgia, per accompagnare vari momenti o percorsi della vita delle persone (come la nascita, il matrimonio, addirittura la confermazione)”.

<sup>110</sup> Ovviamente in questa sede non rileva approfondire il tema di quale sia il simbolo da esporre, spettando al richiedente la concreta individuazione ed all’Amministrazione scolastica e, più ampiamente, pubblica l’esposizione con i soli limiti costituzionalmente opponibili all’esercizio della libertà religiosa. Per un’analisi del tema dei simboli nell’ebraismo, cfr. A. MAOZ, *La luna e Maimonide. La tradizione giuridica ebraica tra simboli naturali, ermeneutica dei comandi divini e Kabbal*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell’Europa multiculturale*, cit., 65 ss., ove si sottolinea che “la regolamentazione giuridica dei simboli e dei rituali ebraici è molto rigorosa” (69). Nel medesimo volume, si veda, per l’islamismo, Y. BEN ACHOUR, *Il libro, la bilancia e la spada. Simbolica del diritto e politica nel Corano*, 117 ss. ed *ivi* una particolare attenzione per il venticinquesimo versetto della *Sura del Ferro* con i tre simboli del *Libro*, della *Bilancia*, della *Spada* (119 ss.).

<sup>111</sup> Cfr., in particolare, la sent. n. 467 del 1991. Per la ricostruzione dell’emersione della libertà di coscienza in un ordinamento, quello italiano, che non la prevede esplicitamente in Costituzione, si rinvia a G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, cit., 80 ss., ed *ivi* il riferimento agli articoli 2, 19 e 21 Costituzione (94).

<sup>112</sup> “I motivi di coscienza, infatti, non coincidono con qualsiasi imperativo morale, ma riguardano... i comandi del foro interno riconducibili a concezioni generali”. Così C.

bertà di vivere in conformità ai dettami della propria coscienza<sup>113</sup>, ma senza che se ne possa dedurre quale elemento costitutivo la “libertà *dalla* religione”, nell’accezione della pretesa di vivere in un ambiente pubblico privo di riferimenti religiosi. Ci si trova di fronte ad una pretesa che, estranea alla configurazione corretta della libertà negativa di religione, non si capisce per quale ragione dovrebbe essere presente in un altro diritto di libertà.

La conclusione che se ne trae è che il diritto sovranazionale, di ascendenza Cedu o dell’Unione europea, non modifica sostanzialmente il punto di equilibrio della tutela dei diritti in gioco previsti a livello nazionale<sup>114</sup>. Esso non fonda, quindi, una inedita pretesa alla non esposizione dei simboli religiosi per salvaguardare il *credo* o la *convinzione* non religiosa<sup>115</sup>.

cost., sent. n. 422 del 1993 che appare in linea con la giurisprudenza della Corte Edu che da sempre sottolinea come non qualunque convinzione ma solo quelle “opinioni che raggiungono un certo grado di forza, di serietà, di coerenza e importanza” possano invocare la protezione dell’art. 9 Cedu, anziché quella dell’art. 10. Sul punto, cfr. A. GARDINO, *La libertà di pensiero, di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*, cit., 17 ss; A. GUAZZAROTTI, *Art. 9*, cit., 9, in entrambi i casi con richiamo alla sentenza del 25 febbraio 1982 *Campbell et Cosans c. Royaume Uni* (req. nn. 7511/76 e 7743/76).

<sup>113</sup> Per il passaggio in rassegna delle formule utilizzate da molte costituzioni di Stati membri dell’Unione europea, cfr. T. GROPPI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna 2001, 95 s. Cfr. Anche R. ASTORRI, *Lo sfondamento dell’orizzonte tradizionale: dalla prospettiva nazionale a quella globale. Stati e confessioni religiose alla prova. Religioni e confessioni nell’Unione europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 10/2014, 9.

<sup>114</sup> Il carattere maggiormente garantista dell’art. 19 Cost. italiana rispetto all’art. 10 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea è sottolineato da N. GIMELLI, *Libertà di religione tra Carta europea dei Diritti fondamentali e Costituzione italiana*, in A. D’ATENA, P.F. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e stati nazionali*, Milano 2004, 386 s., la quale rinvia all’art. 53 della Carta per individuare il sistema di tutela prevalente, in quanto in grado di assicurare un maggior livello di protezione.

<sup>115</sup> Accanto a tale conclusione si pone, poi, il principio di tendenziale astensione delle istituzioni dell’Unione dall’intervento nella materia religiosa negli Stati membri ex art. 17 Tfu, nonché in forza del principio delle competenze di attribuzione. Sul punto, cfr. M. LUGATO, *L’Unione europea e le Chiese: l’art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, 305 ss. (nonché in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, cit., vol. II, 1075 ss.). La medesima A. osserva, comunque, che l’Unione non difetta di talune leve competenziali che possono portare la sua normativa ad interferire nelle competenze degli Stati in materia religiosa: il principio di non discriminazione; l’effetto *spill-over* in tema di esercizio

Se l'eguale libertà non significa indistinzione (confusione) delle situazioni protette ne deriva che ciò assume significato per una di esse può non assumere significato per le altre. La presenza del simbolo religioso nello spazio pubblico ne costituisce un esempio evidente: l'esposizione e la presenza del simbolo come segno di professione di fede (e non di propaganda: segno passivo e non attivo) ha un senso ed un significato essenzialmente per il credente di fede religiosa. Tale esigenza ed estrinsecazione della propria personalità religiosa per il tramite delle norme organizzative statali semplicemente non si dovrebbe porre per il non credente (in senso religioso), il quale dovrebbe trovare già adeguata soddisfazione dal carattere non confessionale dell'insegnamento nelle scuole statali<sup>116</sup>. In altri termini, la garanzia del proprio credo o convinzione non religiosa non richiede e non si realizza attraverso la rimozione di simboli religiosi *plurali* esposti in spazi pubblici a soddisfazione di un interesse di altri soggetti a porre sotto una protezione superiore momenti della vita comunitaria e dell'interesse di tutti ad un ambiente composito e pluralistico<sup>117</sup>.

delle competenze Ue; una interpretazione estensiva dello stesso art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: cfr. M. LUGATO, *National Policy towards Religious Associations within the Framework of European Law*, in *Dir. un. eur.*, 2013, parr. VI e VII. Sulle non rare incursioni del diritto comunitario derivato in materia di religiosa, cfr. D. LOPRIENO, *La libertà religiosa*, cit., 175 ss. In particolare, con riferimento al divieto di discriminazione per motivi di religione, cfr. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna 2008, 308 ss. In tema, con riferimento al principio del dialogo e del non intervento dell'Unione europea sullo *status* delle Chiese e delle confessioni nei singoli paesi, cfr. R. ASTORRI, *Lo sfondamento dell'orizzonte tradizionale: dalla prospettiva nazionale a quella globale*, cit., 20 e R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e organizzazioni religiose nell'Unione europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3/2014, il quale evidenzia una irrisolutezza dell'art. 17 Tfue sul modello di relazioni Unione europea – confessioni, organizzazioni filosofiche e non confessionali.

<sup>116</sup> Ma questo – è appena il caso di evidenziarlo – è un interesse apprezzabile dallo stesso credente che tenga all'inveramento del principio di laicità in senso positivo in precedenza richiamato.

<sup>117</sup> Sul principio di laicità come criterio secondo il quale “i cittadini si confrontano fra loro «senza distinzione di religione» e, pur portatori di convinzioni diverse, contribuiscono insieme al «pieno sviluppo della persona umana»”, cfr. A. TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, cit., 378.

## 8. *I luoghi dell'esposizione*

La categoria “spazio pubblico” nella quale si manifesta l’interesse giuridicamente apprezzabile all’esposizione dei simboli religiosi appare comprensiva di situazioni ben differenziate tra loro e, pertanto, merita di non essere trattata come un’entità omogenea, bensì distinguendo tra loro le varie ipotesi, come l’esperienza statunitense ben dimostra<sup>118</sup>.

Una fondamentale differenza è stata già accennata in precedenza ed è quella tra spazi aperti pubblici, interessati soprattutto dalla pianificazione urbanistica, e spazi *negli* edifici pubblici, con riferimento ai quali si è posto sino ad oggi con maggior rilievo il problema dei simboli religiosi e sui quali si concentrerà ora l’attenzione.

Tra questi ultimi, nell’esperienza italiana, quello che ha attirato il maggior interesse è sicuramente lo spazio pubblico scolastico, e, più precisamente, le aule ove si svolge l’insegnamento. In una variante di utilizzazione che interessa gli edifici e le aule scolastiche, si è posto il problema dell’esposizione dei simboli nei seggi elettorali allestiti nelle scuole. A seguire, sono stati gli uffici giudiziari ed in essi le aule di giustizia a venire in evidenza.

Minor rilievo hanno assunto, invece, ai fini del discorso in esame, altri luoghi pure ricompresi nella categoria di spazio pubblico, come gli ospedali, le carceri, le caserme, gli uffici nei quali il personale dipendente dalle pubbliche Amministrazioni svolge la propria attività lavorativa, in presenza od in assenza di rapporti con il pubblico.

<sup>118</sup> Sull’esigenza di tenere comunque sempre presente “l’eccezionalismo” del modello statunitense, caratterizzato dall’assenza del principio di cooperazione o di dialogo tra Stato e confessioni religiose cfr. V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Simboli religiosi e spazi pubblici: un confronto tra laicità e separatismo*, cit., 72 s.

Per l’esigenza di differenziare le considerazioni in tema di esposizione dei simboli religiosi negli spazi pubblici, in ragione della natura dello spazio medesimo, dovendosi operare, quindi, una “decostruzione” di tale nozione, centrali appaiono le riflessioni di S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., 325; ID., *Le religioni nella sfera pubblica. Modelli e dinamiche europee*, cit., vol. II, 921 ss. Cfr. anche, per questa necessità di distinzione, E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, cit., 371; N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, cit., 3 ss. La distinzione habermasiana tra “sfera pubblica informale” e “circuiti istituzionali” è ripresa e riferita al confronto tra laici e credenti da C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di relativismo*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 828 ss. La sempre più estesa richiesta di accesso agli spazi pubblici da parte delle organizzazioni religiose, accompagnata da un affievolimento della linea distintiva tra sfera pubblica e privata a seguito dei fenomeni di globalizzazione, è sottolineata da F. ALICINO, *The Relationship between Religious Law and State Law in Secular Constitutionalism*, cit., 60 s.



A parere di chi scrive, se si condividono le osservazioni sin qui svolte, se vi è una dimensione nella quale più agevolmente si giustifica l'esposizione dei simboli è proprio quella delle aule scolastiche: una dimensione di comunità, nella quale i giovani – sempre più spesso provenienti da culture ed identità religiose differenziate – imparano a convivere insieme, oltre che a formarsi culturalmente e professionalmente (ed i due aspetti non sono rigidamente separati)<sup>119</sup>. La circostanza che i simboli di riferimento degli appartenenti a questa comunità che professino una fede religiosa vengano esposti, se gli interessati lo richiedono, assolve alla duplice funzione di porre, per il credente, sotto la protezione divina questo fondamentale momento e processo di maturazione umana; di favorire, inoltre, il confronto ed il dialogo tra credenti, di diversa fede, e non credenti, in *presenza* del simbolo, se non *grazie* al simbolo.

Si tratta di un ambito nel quale non vi è alcuno spazio per l'applicazione di regole di maggioranza: la richiesta di un singolo studente (o dei suoi genitori) giustifica l'attivazione in senso protettivo e satisfattivo dell'interesse religioso da parte dell'Autorità scolastica, nel senso che si è detto in precedenza. Nessuna richiesta in senso contrario, del singolo, di una frazione minoritaria o della maggioranza dei componenti della classe (o dei loro genitori) può paralizzare tale richiesta. La nota "soluzione bavarese" al problema dell'esposizione dei simboli<sup>120</sup> – la quale prevede che, in caso di contestazione dell'esposizione del crocifisso "per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici", spetti al direttore didattico cercare "un accordo amichevole" nonché, nel caso di mancato raggiungimento di tale accordo, una soluzione per il caso specifico che tenga in considerazione per quanto possibile il volere della maggioranza – al di là

<sup>119</sup> Per la giusta sottolineatura di questo ruolo di sostegno ai processi di integrazione sociale e culturale svolto dalle istituzioni scolastiche, cfr. P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, cit., 160. Cfr. anche S. PRISCO, *Lai-cità. Un percorso di riflessione*<sup>2</sup>, Torino 2009, 62.

La dimensione della "comunità scolastica" è peraltro fatta propria dall'art. 3 del d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (t.u. sull'istruzione), da ritenere presumibilmente non abrogato dall'art. 19, comma 5, del d. lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, nonché dall'art. 1 del d.P.R. 24 giugno 1998, n. 249 (regolamento recante lo statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria).

<sup>120</sup> Su tale soluzione legislativa, cfr. S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 1 ss. In questa direzione, cfr. anche M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, cit., 69; B. RANDAZZO., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, cit., 354.

dell'apprezzabile tentativo di procedimentalizzazione che la caratterizza, resta insoddisfacente, caricando l'Autorità scolastica di un peso decisionale eccessivo, ambiguo e probabilmente anche indesiderato, lasciando intuire sullo sfondo, come "norma di chiusura" l'applicazione del criterio di maggioranza, ovvero, in alternativa, del potere paralizzante del singolo; soluzioni entrambe inaccettabili per tutte le ragioni che si sono cercate di esporre in precedenza<sup>121</sup>.

Il riferimento ad una nozione di "religione" che sembra necessariamente trascendere la credenza meramente individuale (la "religione personale") e poggiare su elementi che, per quanto problematici, presentano una dimensione oggettiva<sup>122</sup> dovrebbe consentire comunque di evitare utilizzazioni estreme o, più probabilmente, provocatorie<sup>123</sup> di tale richiesta individuale di esposizione del simbolo religioso.

La circostanza per cui normalmente i seggi elettorali sono allestiti negli edifici scolastici e nelle aule scolastiche<sup>124</sup> permette di estendere anche a tale momento di utilizzazione degli spazi pubblici le argomentazioni appena esposte. Se, con scelta lungimirante, l'ordinamento prevede che gli elettori vadano di regola a votare nelle scuole, vedendo il luogo nel quale le giovani generazioni (di cittadini, di soggetti che potranno esserlo e, comunque, di giovani che vivono e si formano nel nostro Paese) si formano, non vi è ragione per cui lo "stato dei luoghi" venga alterato

<sup>121</sup> Critiche alla "soluzione bavarese" sono state avanzate da molteplici osservatori. Cfr., tra gli altri, R. BIN, *Inammissibile, ma inevitabile*, 39; C. MARTINELLI, *Le necessarie conseguenze di una laicità «presa sul serio»*, 210 (con un'efficace descrizione dell'improbabile compito gravante sul direttore didattico alla stregua della "soluzione bavarese"); R. TOSI, *I simboli religiosi e i paradigmi della libertà religiosa come libertà negativa*, cit., 306 s.; P. VERONESI, *Abrogazione "indiretta" o quaestio? Il crocifisso, i luoghi pubblici e la laicità sotto la lente della Corte*, 317, tutti in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit.; O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, cit., 42; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, cit., 36 ss.; G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, cit., 310; M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, cit., 5267; M. BIGNAMI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche dopo Strasburgo: una questione ancora aperta*, cit., 17. N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, cit., 8.

<sup>122</sup> Si veda, sul punto, l'accenno contenuto alla nota 28 del presente lavoro

<sup>123</sup> Del tipo di quelle considerate *supra* al par. 7.

<sup>124</sup> Come ricordato da P. VIPIANA, *Neutralità degli spazi pubblici e diritto all'identità religiosa nell'ordinamento italiano: orientamenti giurisprudenziali*, in G. ROLLA (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, cit., 145, alla quale si rinvia per il passaggio in rassegna della giurisprudenza in materia.

in occasione delle operazioni elettorali<sup>125</sup>: votare in un'aula scolastica significa prendere visione, ancorché "dall'esterno" e per una porzione limitata di tempo, del luogo nel quale la comunità scolastica vive e per questa ragione appare un'operazione indebita e manipolatrice quella di sottrarre all'aula alcune componenti che caratterizzano tale comunità.

Con una minore accentuazione della componente formativa, entrambe le ispirazioni appena richiamate – quella di invocazione dell'aiuto e della protezione del divino nello svolgimento dell'attività lavorativa e quella di confronto e dialogo con gli altri – possono richiamarsi a proposito dell'esposizione dei simboli religiosi negli uffici pubblici. Per essere più precisi, con maggiore intensità con riferimento agli uffici non aperti al pubblico (ed assimilate a questi le caserme, con un'importante e significativa affermazione del principio di non ingerenza, rispetto e pari considerazione delle credenze individuali, da parte dello Stato, nei confronti dei cittadini per i quali il vincolo di fedeltà alle istituzioni repubblicane è più intenso); con qualche dubbio e cautela per ciò che riguarda gli uffici aperti al pubblico nei quali l'afflusso e deflusso continuo di utenti non consente il formarsi di una comunità di confronto e soprattutto in relazione a servizi pubblici che possono avere un impatto diretto sulle credenze religiose o non religiose degli utenti<sup>126</sup>.

È incidentalmente da osservare come un qualche ruolo in tema di fondamento giuridico dell'esposizione dei simboli negli uffici pubblici regionali possano rivestirlo le disposizioni statutarie regionali, le quali facendo leva sull'oggetto "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento" potrebbero realizzare una scelta in materia. Anche accogliendo la visione più restrittiva della materia in questione<sup>127</sup>, non do-

<sup>125</sup> In senso contrario all'ammissibilità dell'esposizione, G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, cit., 313 ed ivi il richiamo alla nota decisione della Cass. pen., IV sez, 1° marzo 2000, n. 439 commentata anche da G. DI COSIMO, *Simboli religiosi nei locali pubblici: le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, cit., 1130 ss.

<sup>126</sup> Per l'esigenza di distinguere tra le diverse categorie di uffici pubblici ed in particolare tra quelli (meramente) aperti al pubblico e le "più complesse strutture comunitarie e residenziali" per le quali si pone l'esigenza di una particolare attenzione alla garanzia del libero esercizio della religione, cfr. P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, cit., 182 s.

<sup>127</sup> Per la quale la competenza statutaria in questione dovrebbe esplicitarsi con riferimento alla sola struttura istituzionale ed amministrativa della Regione, la "Regione-apparato", se è lecita l'espressione. Così E. GIANFRANCESCO, *E competenza e gerarchia. Gli statuti regionali nel sistema delle fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it.*, n.2/2013, 11 (ed in corso di pubblicazione in AA.VV., *Studi in onore di Antonio D'Atena*).

vrebbero porsi particolari problemi a considerare il tema dell'esposizione dei simboli negli spazi pubblici regionali un aspetto dell'organizzazione dell'Ente Regione. Quanto poi al carattere puntuale della previsione, al di là del margine di indeterminatezza della distinzione tra norma di principio e di dettaglio che si sperimenta anche nella materia statutaria in esame, è da osservare che una "scelta di principio" sull'esposizione dei simboli non si presenterebbe come disciplina auto-applicativa, richiedendo, anzi, una integrazione, per gli aspetti di dettaglio (procedure di richiesta e decisione, selezione degli ambienti di esposizione) da parte di ulteriori fonti regionali. Viceversa, la fissazione statutaria di un principio qualitativamente rilevante attribuirebbe alla scelta in materia la "forza formale" dello statuto, soddisfacendo anche il requisito dell'art. 97 Cost.

Le finalità di conforto spirituale di coloro che desiderino avere visibile e vicino il simbolo della loro fede dovrebbe rendere giustificato senza particolari problemi l'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi della sofferenza: gli ospedali<sup>128</sup> e le carceri<sup>129</sup> mentre un'esigenza di terzietà ed imparzialità assoluta, specie se si decide in questioni nelle quali possono avere rilievo la fede religiose o la sua mancanza<sup>130</sup>, induce a ritenere non opportuna l'esposizione dei simboli religiosi nelle aule di giustizia<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Nettamente contraria all'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi di cura R. TOSI, *I simboli religiosi e i paradigmi della libertà religiosa come libertà negativa*, cit., 308.

<sup>129</sup> Sui simboli religiosi negli spazi carcerari, cfr. P. SPAGNOLO, *La religione in carcere: la libertà dietro le sbarre*, in G. BONI, E. CAMASSA, P. CAVANA, P. LILLO, V. TURCHI (a cura di), *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, cit., vol. III, 1687 ed *ivi* il richiamo dell'articolo 115 del regolamento penitenziario che consente di risolvere eventuali problemi "attraverso un'accorta distribuzione dei detenuti ed internati all'interno dell'istituto". Si tratta, evidentemente, di una soluzione ammissibile solo in quanto incide su soggetti già ristretti nel godimento della libertà personale.

<sup>130</sup> Si pensi ad un giudizio penale nel quale viene in rilievo la violazione delle norme in tema di tutela del sentimento religioso, ovvero un giudizio di separazione personale tra coniugi basato su inconciliabili diversità di vedute in materia religiosa.

<sup>131</sup> Tali critiche sono considerate superabili da E. ROSSI, *Laicità e simboli religiosi*, cit., 373 sulla base del "pluralismo della magistratura oltre che... [dalla] necessaria indipendenza della funzione giudicante rispetto al sistema di valori proprio di ciascun soggetto chiamato a svolgere la funzione dello *jus dicere*". Per l'esame delle pronunce giudiziarie e del C.S.M. in argomento (oggetto, come è noto, di un travagliato contenzioso su di un caso specifico), cfr. P. VIPIANA, *Neutralità degli spazi pubblici e diritto all'identità religiosa nell'ordinamento italiano: orientamenti giurisprudenziali*, cit., 153; M. CROCE, *Il «caso Tosti»: un'altra vittoria di Pirro?*, in *Quad. cost.*, 2011, 949 ss.

9. *Per una rilettura costituzionalmente orientata delle norme che fondano l'esposizione dei simboli religiosi nelle aule scolastiche*

Il fondamento normativo dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è ancora oggi rappresentato dall'art. 119 del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 e dall'art. 118 del r.d. 30 aprile 1924, n. 965<sup>132</sup>. Il tentativo di collegare tali norme agli artt. 159 e 190 del testo unico sull'istruzione del 1994<sup>133</sup>, al fine di superare il filtro di ammissibilità del giudizio di legittimità costituzionale, non ha trovato positiva accoglienza nella Corte costituzionale che ha rifiutato di operare una lettura delle norme legislative sulla base della disciplina regolamentare ed ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla base di tale assunto<sup>134</sup>.

Altrettanto infruttuosi si sono dimostrati gli sforzi volti a sostenere l'abrogazione delle disposizioni regolamentari in questione ad opera di fonti successive<sup>135</sup>. Nessuna delle ipotesi abrogative disciplinate dall'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale sembra ricorrere nel caso di

<sup>132</sup> Norme originariamente attuative dei seguenti atti legislativi: r.d. 5 febbraio 1928, n. 577 (*Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche emanate in virtù dell'art. 1, n. 3, della l. 31 gennaio 1926 n. 100, sull'istruzione elementare, post-elementare e sulle opere di integrazione*) e r.d. 6 maggio 1923, n. 1054 (*Ordinamento dell'istruzione media e dei convitti nazionali*), come ricorda R. BOTTA, *L'esposizione del crocifisso tra "non obbligo" e divieto*, cit., par. 3.

<sup>133</sup> Applicando la teoria del diritto vivente (legislativo) di matrice regolamentare. Su tale tentativo, cfr. A. PUGIOTTO, *La Corte messa in croce dal diritto vivente regolamentare*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 284 ss.

<sup>134</sup> Nell'ord. n. 389 del 2004. Le ragioni dell'impossibilità di ricorrere alla dottrina del "diritto vivente" di ascendenza espositiana sono ben esposte in G. GEMMA, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: una corretta ordinanza di inammissibilità*, in *Giur. cost.*, 2004, 4292 ss.

<sup>135</sup> In questo senso, cfr. S. LARICCIA, *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, cit., 184 s.; ID., *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, in *Giur. cost.*, 2004, 4291; R. BOTTA, *L'esposizione del crocifisso tra "non obbligo" e divieto*, cit., par. 3, che ragiona di "relitti normativi" di un sistema ordinamentale ispirato ad un assetto costituzionale (notevolmente) diverso da quello disegnato dalla Costituzione repubblicana; N. MARCHEI, *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, cit., 274 ss.; P. FUSARO, *L'esposizione del crocifisso negli spazi statali alla luce della Costituzione e della Cedu*, cit., 291 s., il quale si muove tra abrogazione ed illegittimità sopravvenuta in conseguenza del nuovo quadro costituzionale.

specie: certamente non quella dell'abrogazione espressa, né quella dell'abrogazione per nuova regolazione della materia, stante la – criticabile – assenza di disciplina organica sul tema ed, anzi, la non riferibilità a disposizioni regolamentari della norma di chiusura contenuta nell'art. 676 del t.u. sull'istruzione. Il tentativo di dedurre dall'entrata in vigore della Costituzione, o dall'accordo di modificazioni del concordato del 1984, una abrogazione implicita si dimostra, infine, ampiamente insoddisfacente, dal punto di vista delle argomentazioni addotte: il principio di separazione degli ordini tra Stato e Chiesa<sup>136</sup> non pare, infatti, avere alcun collegamento con la tematica in esame che, come si è visto nelle pagine che precedono, non chiama in gioco l'art. 7 della Costituzione.

La disciplina positiva resta, quindi, quella dei suddetti regolamenti di epoca statutaria<sup>137</sup> e la difficile riconducibilità degli stessi a precisi fondamenti legislativi vigenti fa di essi un esempio concreto di regolamento indipendente, nel senso inteso dalla lettera c) dell'art. 17 della legge n. 400 del 1977: un tipo di fonte del quale è stata discussa la legittimità ma che non risulta essere stata censurata dalla Corte costituzionale<sup>138</sup>.

Anche la considerazione secondo cui i regolamenti in questione incidono in materia coperta dalla riserva di legge (ancorché) relativa dell'art. 97 Cost. in materia di organizzazione dei pubblici uffici<sup>139</sup> non sembra

<sup>136</sup> Richiamato da N. MARCHEI, *op. ult. cit.*, 274, non senza dubbi che spingono l'A. a richiamare anche il criterio gerarchico, sotto la specie della violazione del principio di laicità che comporterebbe *disapplicazione* delle disposizioni regolamentari da parte dei Giudici chiamati a pronunciarsi su concrete controversie sull'esposizione del simbolo. In termini simili S. LARICCIA, *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, cit., 4291. Qualche dubbio su di un'agevole utilizzazione della disapplicazione in presenza di un principio implicito come quello laicità è espresso da F. RIMOLI, *La Corte, la laicità e il crocifisso, ovvero di un appuntamento rinviato*, cit., 4304 s.

<sup>137</sup> Per una serie di argomenti a favore della perdurante vigenza di tali disposizioni, cfr. L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, cit., 79 ss.

<sup>138</sup> Per la qualificazione in tal senso delle originarie norme dei rr.dd. in esame, divise successivamente (pre)-attuative del testo unico sull'istruzione, cfr. M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, cit., 5268.

Per un caso di regolamento indipendente fortemente lesivo della libertà religiosa, cfr. V. ONIDA, *Sulla disapplicazione dei regolamenti (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1032 ss. (spec. 1046), a commento della sent. n. 72 del 1968 della Corte costituzionale e con riferimento all'art. 142 del r.d. n. 787 del 1931 (regolamento per gli istituti di prevenzione e pena).

<sup>139</sup> Per tale critica, e per quella di violazione del principio di legalità in senso formale,



condurre all'illegittimità degli stessi, trattandosi di disposizioni anteriori alla Costituzione non assoggettate al criterio *formale* di competenza posto dall'art. 97 Cost. che, secondo l'impostazione maggioritaria, si impone soltanto alle fonti adottate successivamente all'entrata in vigore della Costituzione stessa<sup>140</sup>. Né, dal punto di vista *sostanziale*, sembrano porsi problemi di particolare contrasto con la previsione costituzionale dell'art. 97. Chi sostiene l'illegittimità delle norme regolamentari in esame fonda le proprie considerazioni sulla violazione di parametri costituzionali ben diversi da quelli della riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici<sup>141</sup>. E, del resto, in ogni momento la preferenza della legge può manifestarsi in materia con una (auspicabile) ri-occupazione di tale ambito ad opera della fonte gerarchicamente superiore.

Il sentimento di insoddisfazione che l'interprete può provare a fronte di tale livello minimale e vetusto di regolazione di un tema così delicato è tuttavia pienamente comprensibile, tanto più che le norme regolamentari sopra richiamate menzionano il solo crocefisso quale simbolo esponente. Di qui il tentativo di individuare "vie alternative" per giustificare l'esposizione. La prima – che poggia sul presupposto di una implicita abrogazione delle norme regolamentari pre-costituzionali – tende a rinvenire in una sorta di "norma consuetudinaria" il fondamento della presenza del crocefisso<sup>142</sup>. Si tratta di una ricostruzione che sembra conciliarsi meglio con la configurazione del significato culturale/identitario

cfr., G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, cit., 302.

<sup>140</sup> Applicandosi il principio *tempus regit factum*, secondo quanto precisato da A.M. SANDULLI, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, in *Giur. cost.*, 1969, 2174 s. In termini analoghi F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 54 s.

<sup>141</sup> Viene in gioco, in particolare, una ricostruzione del principio di laicità dello Stato diversa da quella esposta nel presente scritto e tale da richiedere neutralità ed astensione dello Stato nei confronti dei fenomeni religiosi. Cfr. per tutti M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, cit., 1551 ss.; G. BRUNELLI, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, cit., 3 ss.

<sup>142</sup> In questi termini cfr. P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, cit., 179, assegnando un ruolo meramente "ricognitivo" alla norma positiva che prevede l'esposizione del simbolo. Di una conferma consuetudinaria (sia per quanto riguarda la *diuturnitas* che l'*opinio iuris ac necessitatis*) delle norme di rango sublegislativo, scrive anche M. OLIVETTI, *Crocefisso nelle scuole pubbliche: considerazioni non politically correct*, cit., 2. Di una consuetudine costituzionale *praeter legem* scrive C. MEOLI, *Eguaglianza tra religioni e principio di laicità: il caso del crocefisso nelle aule scolastiche*, in A. CELOTTO (a cura di), *Le declinazioni dell'eguaglianza*, Napoli 2011, 118.



del simbolo, in modo più affine ai caratteri della fonte consuetudinaria, ma che, in ultima analisi, potrebbe essere compatibile anche con la configurazione religiosa dello stesso. In ogni caso, ciò che sembra opporsi alla sua ammissibilità è l'operatività di tale norma consuetudinaria in uno spazio caratterizzato dall'operatività della riserva di legge ex art. 97 Cost.: in questo caso, la norma consuetudinaria, venuta in essere successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, presenterebbe un'incompatibilità *formale* ad intervenire in assenza di qualsiasi riconoscimento ed abilitazione da parte della legge, oltre alla difficoltà di ammettere in sé l'idea di consuetudini normative che integrano la disciplina organizzativa dei pubblici uffici.

Più suggestiva appare l'idea che, venute meno le norme regolamentari pre-costituzionali, la materia dell'esposizione dei simboli sia ora rimessa all'autonoma determinazione delle comunità scolastiche interessate<sup>143</sup>. Sennonché, anche questa via si dimostra non priva di zone d'ombra. Dal punto di vista formale, anch'essa sconta l'esigenza di riconduzione della soluzione prescelta alla riserva relativa di legge dell'art. 97 Cost. e deve riconoscersi che dal t.u. dell'istruzione non si individua un'attribuzione di competenza normativa autonoma in capo alle "comunità scolastiche" sul punto, restando anzi confermata, ad opera di fonti che restano statali, la tradizionale competenza dei Comuni per ciò che concerne gli "arredi scolastici" (pur con tutta l'insoddisfazione a ritenere una materia di tale importanza ricompresa nella disciplina degli "arredi").

Se poi pure, attraverso una lettura fortemente valorizzatrice della nozione di "comunità scolastica" di cui all'art. 3 del t.u. si riuscisse a far discendere una capacità di autoregolazione nella materia dell'esposizione dei simboli, da quanto sin qui detto deriverebbe che le scelte della comunità scolastica apparirebbero "a rime obbligate"<sup>144</sup>: esclusa la decisione

<sup>143</sup> Per il rinvio all' "autonomia scolastica" della decisione sull'esposizione o meno del crocifisso, cfr. R. BOTTA, *L'esposizione del crocifisso tra "non obbligo" e divieto*, cit.; par. 4; ID., *Paradossi semiologici ovvero della "laicità" del crocifisso*, in *Corr. Giur.*, 2006, n. 6, par. 6. Cfr. anche M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, cit., 69.

<sup>144</sup> Apparendo così abbastanza limitato, nella sua concreta capacità di esplicazione, il criterio della "concordanza pratica" caro alla dottrina e giurisprudenza costituzionale tedesca per la soluzione dei conflitti tra libertà fondamentali. Sulla formulazione di tale criterio, ad opera di uno dei suoi massimi interpreti, cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*<sup>20</sup>, Heidelberg 1995, 317 ss. Per un'applicazione al tema in esame, cfr. H.-J. BLANKE, *I Simboli religiosi nello spazio pubblico*, cit., 55

di maggioranza, anche nella versione “bavarese”, la riconduzione dell'esposizione del simbolo (dei simboli) alla valorizzazione e tutela del sentimento religioso del singolo o dei singoli interessati imporrebbe l'esposizione a richiesta dei medesimi, escludendosi un potere di opposizione degli altri componenti del gruppo interessato. Il potere di autoregolazione della comunità scolastica avrebbe ad oggetto essenzialmente aspetti di contorno (localizzazione, ordine dei simboli).

Di fronte ai limiti delle soluzioni alternative, occorre tornare a volgere l'attenzione al fondamento regolamentare dell'esposizione del crocifisso che la stessa Corte costituzionale ha considerato ancora operante. In attesa di un auspicabile intervento del legislatore in materia<sup>145</sup>, occorre da un lato riconoscere che la natura di regolamento indipendente non impedisce di considerare soddisfatta l'esigenza di rispetto del principio di legalità, dal punto di vista formale, dall'altro che la limitazione testuale al solo crocifisso del simbolo ostensibile deve essere oggetto di una *interpretazione costituzionalmente conforme*, che al crocifisso aggiunga gli altri simboli delle fedi religiose presenti all'interno della “comunità scolastica” di riferimento (essenzialmente la classe scolastica).

Si tratta, cioè, di operare un'attività ermeneutica volta a recuperare un significato costituzionalmente conforme alla norma che si trae dalle disposizioni in questione. Il giudice rappresenta il soggetto in grado di effettuare con la massima efficacia tale operazione per il tramite di una pronuncia giurisdizionale, ma l'univocità del verso della correzione interpretativa dovrebbe consentire ad ogni interprete di giungere a tale conclusione e di regolarsi di conseguenza nel risolvere questo classico “problema pratico della laicità” dei nostri tempi.

e, nella già richiamata decisione del Tribunale costituzionale federale del 27 gennaio 2015 (*Kopftuchverbot-Urteil II*), cfr. parr. 46, 52 e 59.

<sup>145</sup> L'osservazione è comune a praticamente tutti coloro che si sono occupati della materia.



KOINÈ COSTITUZIONALE E CITTADINANZA  
EUROPEA. LA LUNGA STRADA  
DELLA TUTELA DEI DIRITTI IN EUROPA\*

SOMMARIO: 1. Premessa: il ruolo dei diritti dell'uomo nell'integrazione europea. – 2. *Koinè* costituzionale europea: fondamenti e nessi logici. – 3. L'apporto giurisprudenziale e lo "strumento" della cittadinanza europea. – 4. Miglioramenti sono ancora possibili – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: il ruolo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea*

Come da più parti affermato<sup>1</sup>, le ragioni che portarono alla fondazione delle Comunità europee avevano poco a che fare con la protezione

\* Il presente contributo riprende, con alcuni aggiornamenti, la relazione che l'Aatrice ha presentato il 26 novembre 2014 in occasione della II edizione del Seminario Italo-spagnolo di studi costituzionali "*Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*", Università ICADE, Madrid.

<sup>1</sup> Si v. ad es., S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?*, in *European Law Journal*, Vol. 15, N. 4, July 2009, 471, i quali affermano esplicitamente: "*when the then named European Economic Community was established by six states in the Treaty of Rome in 1957, human rights were not visible on the political or legal landscape. Their presence was at best subliminal. The subsequent gradual construction of a discourse that human rights were fundamental in the creation of the European Project by the European Court of Justice (ECJ), the Commission, the Council, and now all institutions of the EEC/European Community/European Union, is a myth. Nonetheless, the institutional practice that has developed over the past 30 or more years seems to have placed respect for human rights at the core of the EU's stated values*", contra L. DI MAJO, *Quo vadis Europa?*, in corso di pubblicazione su *Dir. Pubbl. Eur. – Rass. On-line*, il quale ritiene che già a partire dai Trattati economici fosse possibile rintracciare il fondamento della tutela dei diritti fondamentali anche in ambito europeo. Si v., in tal senso, lo storico discorso del 9 maggio del 1950 dell'allora ministro degli Esteri francese Robert Schuman il quale promuoveva un processo di integrazione europea attraverso la c.d. strategia dei "piccoli passi" ([http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_it.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_it.htm)).

dei diritti fondamentali e con il concetto di Europa come entità sovranazionale basata sui diritti.

Nei primi anni del nuovo millennio, d'altro canto, si era confidato in un'imminente "svolta" nel sistema istituzionale europeo. Difatti, la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>2</sup> e la preparazione del Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa potevano essere, a ragione, considerati come presupposti di una importante accelerazione nel passaggio da un'unione europea solo o prevalentemente economica ad una unione politica<sup>3</sup>, creando non poca aspettativa nella dottrina dell'epoca<sup>4</sup>.

Gli anni successivi hanno visto progressivamente sfumare gli auspici migliori, non senza fare salvo qualche buon proposito. Da una parte, è a tutti noto il fallimento del c.d. Trattato costituzionale, sottoscritto a Roma nel 2004, non ratificato da Francia e Paesi Bassi a seguito dei *referendum* popolari con esito negativo e, infine, definitivamente abbandonato nel 2009. Dall'altro lato, invero, il valore giuridico vincolante della Carta dei diritti fondamentali è stato finalmente riconosciuto ed equiparato a quello dei Trattati e l'accantonato testo costituzionale è risultato quasi totalmente trasfuso nel Trattato di riforma dell'Unione europea (c.d. Trattato di Lisbona).

Oggi il Trattato sull'Unione europea (post-Lisbona) oltre al riconoscimento espresso dei diritti fondamentali previsto dall'art. 6, par. 1 TUE<sup>5</sup> e al "garante politico" costituito dal meccanismo di censura e da

<sup>2</sup> Per la dottrina che vedeva la Carta come parte integrante del processo di costituzionalizzazione si v. L. S. ROSSI, *Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2012, 566; *contra* A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 193 ss., il quale riteneva la Carta come mero testo unico solo in alcune parti innovative.

<sup>3</sup> A. CELOTTO e G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ( rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2004, 427 ss.

<sup>4</sup> Si v. C.A. CIAMPI *Discorso Presidente della Repubblica a Lipsia il 6 luglio 2000*, in <http://www.quirinale.it/qnrw/statico/ex-presidenti/ciampi/dinamico/discorso.asp?id=12719>, 2000, il quale afferma "European integration is now moving beyond the economic and monetary dimensions alone to become a genuine bond of democratic solidarity. This process (...) requires a European Constitution".

<sup>5</sup> Non si può non richiamare, inoltre, la previsione, introdotta col Trattato di Lisbona, che comporta l'avvio di un processo di integrazione tra l'ordinamento europeo e convenzionale di tutela dei diritti fondamentali. Con l'art. 6 par. 2 TUE, difatti, si è inteso introdurre la "base giuridica" richiesta dallo storico parere 2/94 della Corte di Giustizia perché l'Ue potesse entrare a far parte del Consiglio d'Europa garantendo così il rispetto

quello sanzionatorio *ex art. 7 TUE*<sup>6</sup>, sulla scorta di una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva già dato avvio ad un percorso di tutela dei diritti<sup>7</sup>, dichiara solennemente al neoistituito art. 2 TUE che l'Unione si fonda sul "rispetto dei diritti umani"<sup>8</sup>.

Si ritiene, dunque, che il processo di transizione dell'Unione europea, da mera entità funzionalmente orientata all'integrazione del mercato a sistema politico aperto basato su una *koinè* costituzionale, sia tutt'altro che interrotto e che, anzi, abbia ricevuto un nuovo impulso, soprattutto sul versante della tutela dei diritti fondamentali<sup>9</sup>.

Nel prosieguo del lavoro, dopo aver messo in luce le basi ermeneutiche sulle quali si ritiene di dover affrontare il discorso sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa (par. 2) e riportata brevemente la posizione finora assunta dalla Corte di giustizia (par. 3), si indicheranno gli strumenti attualmente esistenti nell'ordinamento comunitario che, alla luce di quanto proposto, potrebbero offrire una solida base di sviluppo per la tutela europea dei diritti fondamentali (par. 4).

## 2. *Koinè costituzionale europea: fondamenti e nessi logici*

È opinione di chi scrive che, se di una *koinè* costituzionale voglia parlarsi, proprio per le peculiarità che caratterizzano l'ordinamento euro-

della CEDU, ratificata non solo da tutti gli Stati Membri dell'Unione europea ma anche da Stati Terzi. Ebbene, nonostante l'espressa previsione nei trattati abbia rappresentato un punto di svolta il percorso di adesione dell'Unione europea alla CEDU è ancora in atto e, con la recente *Opinion 2/13*, la Corte di Giustizia ha ulteriormente ostacolato il concludersi dello stesso. Sul Parere 2/13 del 18 dicembre 2014 della Corte di Giustizia *si v. D. FANCIULLO, Il Parere 2/13 della Corte di Giustizia: la novissima quaestio dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, in *Federalismi.it*, 3 aprile 2015.

<sup>6</sup> Cfr. C. SANNA, *Commento all'art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano 2014, 70-78 dove si parla di «procedura di pre-allarme» per il meccanismo previsto dall'art. 7, par. 1 TUE e di «procedura sanzionatoria» per quello previsto dall'art. 7, par. 2 TUE.

<sup>7</sup> Cfr. *infra* par. 3.

<sup>8</sup> Si ritiene che l'art. 2, comma 1 TUE sia "l'enunciazione del progetto politico volto a delineare un 'Unione di valori'" (L. FUMAGALLI, *Commento all'art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, *ivi*, 14).

<sup>9</sup> Cfr. S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?*, *cit.*, 471, i quali affermano: "the institutional practice that has developed over the past 30 or more years seems to have placed respect for human rights at the core of the EU's stated values".

peo<sup>10</sup>, la si debba fondare sulla equilibrata tensione tra due principi: quello della omogeneità costituzionale e quello delle identità nazionali, nonché sul legame a doppio filo che collega la tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea.

Il primo binomio valoriale (omogeneità/identità), previsto peraltro in maniera esplicita dai Trattati post-Lisbona<sup>11</sup>, ispira tanto le valutazioni del legislatore europeo quanto, e soprattutto, le decisioni del giudice di Lussemburgo, il quale deve tenere ben presente il denominatore costituzionale comune agli Stati membri cercando di preservare, però, il pluralismo che contraddistingue l'ordinamento europeo<sup>12</sup>.

Il secondo binomio, invece, pur non trovando espresso collegamento nei Trattati<sup>13</sup>, è stato utilizzato in più occasioni dalla giurisprudenza eu-

<sup>10</sup> Cfr. per quanto attiene al processo costituzionale, M.A. WILKINSON, *Political Constitutionalism and the European Union*, in *The Modern Law Review*, 2, 2013, 191-222, il quale sottolinea come non sia possibile ricondurre il processo di costituzionalizzazione europeo entro i classici approcci. V. per quanto attiene, invece, alla forma di stato, B. CARAVITA, *Il federalizing process europeo*, in *Federalismi.it*, 2014, il quale asserisce "I 28 Stati membri stanno costruendo oggi – in tempi più brevi (il processo federale dura da poco più di sessant'anni) e in maniera incruenta (non ci sono guerre sul territorio dell'Europa comunitaria!) – un nuovo grande modello federale". Sull'argomento si v. anche G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, London 2012.

<sup>11</sup> Il Trattato sull'Unione europea nella versione consolidata prevede, per la prima volta espressamente, l'omogeneità costituzionale, da un lato, e la tutela delle identità nazionali, dall'altro, come termini di integrazione ed alimentazione di un percorso volto al consolidamento di una *Multilevel Constitution*. Difatti, se con gli artt. 2 e 6 TUE si è inteso individuare il sostrato di valori comuni sui quali si fonda l'Unione, peraltro tutelato dall'art. 7 TUE che ne configura un vero e proprio "garante politico", sul versante opposto, grazie all'art. 4.2 TUE, si è rafforzato nel panorama europeo il concetto di "identità nazionale" tanto da spingere taluni a ritenerlo una sorta di "codificazione dei controlimiti nazionali". Sull'argomento si v. V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea*, Padova 2003 e, più in generale, M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino 2006 e V. ONIDA, «Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 549 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Commento all'art. 4, par. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano 2014, 23 ss., la quale sottolinea come solitamente l'identità di un ordinamento giuridico sia basata sui valori fondamentali dello stesso, l'ordinamento giuridico europeo avendo una natura composita, non può che fondare i propri valori sulle identità dei singoli Stati membri.

<sup>13</sup> Durante le negoziazioni che precedettero il Trattato di Maastricht, invero, la Spagna propose di accompagnare la istituenda cittadinanza europea con un articolato contenente la previsione dell'obbligo di rispettare i diritti fondamentali indirizzato tanto all'Unione quanto agli Stati Membri (Cfr. «Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía



ropea per assicurare l'effettivo esercizio del diritto di cittadinanza attraverso la tutela dei diritti fondamentali.

Ragioni storico-teleologiche avvalorano senz'altro l'interconnessione tra questi due concetti giuridici: i diritti fondamentali sono emersi come "diritti dei cittadini negli Stati europei" ed entrambe le nozioni nacquero "in reazione al pressante problema della legittimazione"<sup>14</sup>.

Tuttavia, il dato normativo dei Trattati, malgrado le convergenze appena richiamate, continua a mantenere i due regimi giuridici differenziati e basati su *rationes* differenti: i diritti fondamentali proclamati all'art. 6 TUE hanno una vocazione universale e per questo devono tendenzialmente essere disancorati dalla cittadinanza<sup>15</sup>. Inoltre, l'eventuale collegamento della tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea metterebbe in tensione la particolare struttura fondamentale dell'Unione, basata sul principio dei poteri attribuiti. In altre parole se l'istituzione della cittadinanza europea ha rappresentato un passo verso un sistema federale, il legame della stessa con i diritti fondamentali mal si attaglierrebbe al sistema di ripartizione delle competenze come oggi intese<sup>16</sup>.

*europea presentado por la Delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política*» 20 febbraio 1991, consultabile su *Rivistas de Instituciones Europeas*, vol. 18, gennaio-aprile 1991, 333-338 e 405-409). Nel Trattato Costituzionale il legame tra i due fenomeni era ben visibile dal momento che entrambi erano previsti nella rubrica del Titolo II della Parte I "Diritti fondamentali e cittadinanza dell'unione". Il link è sparito dai Trattati dopo Lisbona anche se nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea se ne fa ancora accenno. «L'Unione (...) pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Cfr., da ultimo, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 4, 2014, 464-481.

<sup>14</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 489-520, trad. It. *Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2012, 955.

<sup>15</sup> Si noti, con tale affermazione non si vuole entrare nel merito dell'annosa *querelle* nata tra giusnaturalisti e positivisti su quale sia la natura dei diritti umani ma, piuttosto, si intende sottolineare come i diritti fondamentali siano generalmente applicabili e riconosciuti al di là della cittadinanza. A questo proposito non si può non citare l'art. 2 della Costituzione italiana che parla di "diritti inviolabili dell'uomo" esulando dallo *status* di cittadino. Come d'altronde prevede anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che richiede agli Stati aderenti di tutelare i diritti delle persone che si trovino, anche solo temporaneamente, sotto la loro giurisdizione, svincolando inequivocabilmente la tutela giurisdizionale dal possesso della cittadinanza dello Stato avverso il quale si agisce.

<sup>16</sup> Così S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *cit.*, 465-467. Sulla cittadinanza europea si v., tra gli

In questo senso sembra andare anche l'art. 51, par. 1, CDFUE che, specificando l'ambito di applicazione della Carta, dichiara formalmente che le disposizioni della stessa sono rivolte principalmente all'Unione e alle sue istituzioni e sono applicabili agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione<sup>17</sup>.

L'esigenza di suddivisione delle competenze Unione-Stati membri va letta sicuramente nella direzione di tutelare le identità nazionali (come previsto dall'art. 4, par. 2 TUE) ma le gravi violazioni dei diritti fondamentali, pericolosamente crescenti negli Stati membri, impongono una più accurata valutazione<sup>18</sup>.

### 3. *L'apporto della Corte di Giustizia europea e lo "strumento" della cittadinanza europea*

Il sistema di divisione delle competenze testé richiamato non ha retto alla prova dei fatti e, come spesso accade, il giudice (in questo caso la Corte di Giustizia europea) si è trovato a dover fronteggiare realtà non pilatescamente etichettabili come «fuori dalle competenze dell'Unione»<sup>19</sup>.

altri, M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1995; P. CARETTI, *La cittadinanza europea: spunti di riflessione dalla prassi*, in *Studi in onore di Giuseppe G. Florida*, Napoli 2009, 131 ss. Per un quadro approfondito delle diverse letture della cittadinanza europea nel rapporto con la tutela dei diritti nei molteplici livelli interessati si v. T. GUARNIER, *Cittadinanza e unità. Della disposizione di un dispositivo performativo*, in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2012.

<sup>17</sup>A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *cit.*, 935 rilevano come "L'affermazione secondo la quale la portata della protezione dei diritti fondamentali da parte dell'UE è rigorosamente limitata viene continuamente ripetuta".

<sup>18</sup> Si noti che, ex art. 21 TUE l'Unione si fa promotrice dei diritti fondamentali nel mondo. Cfr. A. ALBI, *Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums*, in *European Law Journal*, Vol. 15, n. 1, gennaio 2009, 46-69, il quale rileva il paradosso secondo il quale l'Unione, attenta valutatrice della tutela apprestata ai diritti fondamentali dai Paesi candidati, è quasi del tutto impotente nel caso in cui la violazione dei diritti sia operata dai suoi Stati membri.

<sup>19</sup> Per la giurisprudenza sull'applicazione dei diritti fondamentali da parte dell'Unione nell'ambito del diritto UE si v., tra le più risalenti, *Stauder v City of Ulm* (29/69) [1969], *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (11/70) [1970], causa 4/73 *Nold/Commissione* [1977] Cfr. M. KUMM, *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm* in M. MADURO, L. AZOULAI (a cura di) *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome*, Oxford and Portland, 106, il quale afferma "The story about how the ECJ, from *Stauder* to *Internationale Handelsgesellschaft*

Peraltro, già prima della proclamazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea la Corte aveva avvocato a sé la possibilità di giudicare sui diritti in virtù della c.d. dottrina dell'*incorporation*, secondo la quale i diritti fondamentali comunitari vincolano oltre che le istituzioni e gli organi dell'Unione anche le istituzioni nazionali quando attuano gli obblighi comunitari<sup>20</sup>.

Successivamente, la Corte di Giustizia ha aperto il suo giudizio a situazioni che *prima facie* apparivano puramente interne ma che, per il mezzo del diritto alla cittadinanza, rientravano nell'alveo delle competenze dell'Unione. Difatti, alcuni di questi casi offrivano la possibilità di essere ricondotti nell'ambito delle competenze rimesse all'Unione grazie alla circostanza che si trattasse di cittadini che esercitavano, o avevano esercitato, il diritto di circolazione nel territorio europeo e che dunque, pur sollevando questioni apparentemente interne, potevano avvalersi della tutela apprestata dall'art. 21 TFUE<sup>21</sup> in quanto il diritto di circolazione rientra tra le quattro libertà fondamentali, emblema del mercato unico europeo<sup>22</sup>.

Altri casi, però, non offrivano l'espedito della «libera circolazione», in quanto le questioni all'esame della corte vedevano nei soggetti richiedenti tutela cittadini stanziali che non avevano esercitato il diritto di circolazione<sup>23</sup>. In queste ipotesi se si fosse perseverato nel ritenere ne-

*and Nold has developed its own human rights jurisprudence is a staple element in European scholarship. It is part of the narrative describing the role of the ECJ in the constitutionalization of EC law”.*

<sup>20</sup> La Corte ha senza dubbio fatto un uso prudente di questa dottrina. Cfr. M. CARTABIA *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID., (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna 2007, 27, la quale individua due linee di tendenza nella dottrina dell'*incorporation*: la prima, riconducibile alla c.d. linea *Wachauf* (sent. 13 luglio 1989, causa C-5/88), ricorre allorché gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie, la seconda, la c.d. linea *Ert* (sent. 18 giugno 1991, causa C-260/89), si verifica invece quando gli Stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali previste dai Trattati.

<sup>21</sup> Che trova esplicitazione nella direttiva n. 38/2004

<sup>22</sup> V. in particolare la causa C-168/91, *Kostantinidis* [1993] dove un massaggiatore greco che lavorava in Germania reclamava la lesione del suo diritto fondamentale all'identità personale in una trascrizione ufficiale del suo cognome. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Jacobs, rileva come il cittadino dell'Unione che si reca in un altro Stato membro abbia il diritto di contare sul fatto che dovunque si rechi all'interno dell'Unione europea egli sarà trattato «in conformità ad un codice comune di valori fondamentali» e ancora «Egli ha diritto di dichiarare “*civis europeus sum*” e di invocare tale *status* per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali» (concl. par. 46).

<sup>23</sup> V. causa C-135/08 *J. Rottmann v. Freistaat Bayern* e causa C-34/09 *Gerardo Ruiz*

cessario uno spostamento fisico in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini per poter invocare il diritto di soggiorno come cittadino dell'Unione, il risultato sarebbe stato "tanto strano quanto illogico"<sup>24</sup>. Dunque la Corte è corsa ai ripari proponendo una lettura estensiva della cittadinanza europea.

Emblematici di questa ultima ipotesi, ovvero di violazioni di diritti fondamentali lamentate da cittadini europei "stanziali", sono i casi *Rottman*<sup>25</sup> e *Zambrano*<sup>26</sup>. Quest'ultimo, in particolare, trae origine dal ricorso di un cittadino colombiano, il Signor Ruiz Zambrano, padre di due bambini in tenera età nati in territorio belga e come tali cittadini belgi ed europei. Il padre impugnava il diniego a lui opposto dalle autorità nazionali di un permesso di soggiorno e di un permesso di lavoro, asserendo che il suo allontanamento dal territorio belga avrebbe menomato i diritti dei figli minori, regolari cittadini europei<sup>27</sup>. L'Avvocato generale, nelle conclusioni del caso, aveva suggerito alla Corte di riconoscere un diritto di soggiorno sulla base dell'art. 21 TFUE indipendente da quello di circolazione e dunque di estendere notevolmente il margine di manovra (*recitius* di competenza) del giudice di Lussemburgo. La Corte, più cauta-

*Zambrano v. Office national del'emploi* [2011]. Cfr. A. M. RUSSO, *La cittadinanza «sostanziale» dell'Ue alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una «reverse Solange»?*, in *Federalismi.it*, 2014, 8, dove l'A. distingue tra "cittadini statici (che non abbiano esercitato la libertà di movimento) e dinamici (coloro che si muovono tra i diversi Stati membri)".

<sup>24</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, causa C-34/09 *Zambrano* [2011], par. 86.

<sup>25</sup> Cfr. causa C-135/08 *J. Rottmann v. Freistaat Bayern*

<sup>26</sup> V. causa C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national del'emploi* [2011].

<sup>27</sup> La Corte di giustizia, pur escludendo l'applicazione della direttiva n. 38/2004, applicabile ai soli cittadini dinamici, dà ragione al ricorrente applicando direttamente l'art. 20 TFUE, il quale osta al diniego del permesso di soggiorno e del permesso di lavoro nei confronti di chi, malgrado sia cittadino di uno Stato terzo, abbia in cura i figli in tenera età, cittadini europei. L'ipotesi di diniego del permesso di soggiorno ai genitori avrebbe costretto i bimbi ad abbandonare il territorio europeo, subendo una lesione nel godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti connessi allo *status* di cittadino europeo, che, ad avviso della Corte di giustizia, deve essere reso effettivo anche a costo di incidere su ambiti materiali riservati tradizionalmente agli Stati nazionali, quali sono quelli relativi alle condizioni di soggiorno degli stranieri. Cfr. A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in *Consulta Online*, 2012, 8 il quale rileva che «in apparente distonia con il dispositivo della sentenza *Zambrano*, con la sentenza *McCarthy* la Corte nega invece il diritto ad un permesso di soggiorno derivato al Sig. McCarthy, cittadino giamaicano coniugato con una cittadina del Regno Unito, in quanto quest'ultima, non essendo a carico del marito, non sarebbe stata costretta ad abbandonare lo Stato in cui soggiorna».

mente ha ammesso dapprima, nel caso *Rottmann*, che la circostanza “di un cittadino dell’Unione che si trovi (...) in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello *status* conferito dall’art. [20 TFUE] e dei diritti ad esso correlati, ricade, per sua natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell’Unione”<sup>28</sup> ed ha poi specificato, nella causa *Zambrano*, che “l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell’Unione”<sup>29</sup>.

In queste cause la Corte, attraverso un’interpretazione sostanzialistica del diritto di cittadinanza<sup>30</sup>, ha permesso di far valere taluni diritti di cittadinanza a prescindere da precedenti movimenti transfrontalieri, salvo poi circoscriverli nella giurisprudenza successiva, anche detta di «perimetrazione del caso *Zambrano*». A quest’ultimo proposito, nel caso *McCarthy*<sup>31</sup>, il giudice di Lussemburgo ha limitato la possibilità di intervento della Corte in caso di stanzialità dei soggetti, sottolineando l’eccezionalità del precedente di *Zambrano* dal momento che, in quel caso, erano coinvolti dei minori<sup>32</sup>.

Nonostante i successivi restringimenti, ad ogni modo, si può sostenere che la formula del proteggere la *substance* del diritto di cittadinanza, sia pure con i rischi connessi ad una valutazione casistica da parte della Corte<sup>33</sup>,

<sup>28</sup> Sent. *Rottmann* par. 42.

<sup>29</sup> Sent. *Ruiz Zambrano*, par. 42.

<sup>30</sup> Si ritiene che la Corte in queste cause in tema di cittadinanza «si è impegnata in un discorso che dei diritti fondamentali ha tutto a parte il nome» e questo grazie alle «conclusioni degli avvocati generali della Corte, che hanno argomentato nel senso di basare sui diritti fondamentali casi che apparivano talvolta piuttosto tecnici» (A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata. Proteggere l’essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell’UE*, cit., 954-955).

<sup>31</sup> V. causa C-434/09 *McCarthy* [2011] ma anche causa C-256/11 *Dereci et al.* [2011], cause C-356/11 and C-357/11 *O. e S.* [2012] C-87/12, *Ymeraga*, [2013]; C-86/12 *Aloepa and Moudoulou* [2013]. D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2012, pp. 39 ss.

<sup>32</sup> V. L. MONTANARI, *Quali diritti per i cittadini europei: la complessa definizione dei contenuti della cittadinanza europea tra interventi della Corte di giustizia e ruolo dei giudici nazionali*, in *diritticomparati.it*, 2012, dove l’autrice rileva che “si conferma in questo modo lo sviluppo incrementale della sua giurisprudenza, dove le pur significative aperture tese a favorire il processo di integrazione europea sono temperate da immediati e successivi pronunciamenti caratterizzati da maggiore prudenza”.

<sup>33</sup> Come rilevato dall’Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni alla causa *Zambrano*, par. 163 “la trasparenza e la chiarezza esigono che si possa stabilire con certezza cosa significhi “portata del diritto dell’Unione” ai fini della tutela dei diritti fondamentali

offre una potenziale opportunità per rafforzare la cittadinanza dell'Unione come fonte indipendente di diritti<sup>34</sup>.

Nel paragrafo successivo si tenteranno di delineare gli sviluppi di tale impostazione giurisprudenziale qui auspicati e di mettere chiarezza sulle possibili strade da intraprendere per una tutela multilivello efficiente e una *koinè* costituzionale compiuta.

#### 4. *Miglioramenti sono ancora possibili*

Come si è detto l'Unione europea, a partire dal nuovo millennio, ha valorizzato il ruolo della protezione dei diritti fondamentali e la Corte di giustizia ha assunto una funzione sempre più rilevante nella c.d. tutela multilivello dei diritti<sup>35</sup>.

dell'Unione” e per questo l'Avvocato propone che si possano invocare i diritti fondamentali dell'Unione europea solo quando il provvedimento contestato rientri tra le competenze materiali dell'Unione, ovvero l'Unione abbia competenza legislativa esclusiva o concorrente. In questo caso, infatti, anche qualora «tale competenza non [sia] stata ancora esercitata» gli Stati membri hanno comunque acconsentito ad un passaggio di sovranità e la certezza del diritto sarebbe maggiormente assicurata. V., anche, H. VAN EIJKEN e S. DE VRIES, *A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, in *European Law Review*, Vol. 36, 2011, 718, dove si afferma “*The scope of application of the protection of fundamental rights in the context of EU law remains ambiguous*”; A. TOMASELLI, *Cittadinanza, libertà di circolazione, diritti umani nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: riflessioni e prospettive*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2014, 25, il quale sottolinea come la cittadinanza europea, al contrario di quanto affermato nelle sentenze della Corte di giustizia, è “astrattamente priva (...) di quei caratteri necessari al fine di un'autentica configurazione come categoria giuridica *tout court*, ma [è] artificialmente riempita di significato dalla originale giurisprudenza lussemburghese in combutta, affannosa e confusa, con il “temerario” legislatore di Bruxelles”.

<sup>34</sup> Si v. anche il problema della discriminazione inversa affrontato diffusamente dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni alla causa *Zambrano*, par. 139-150.

<sup>35</sup> Si v., primo a coniare il termine “costituzione multilivello”, I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1996, 703 ss. Per una dottrina critica cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 51, 2006, 1643-1668. Più in generale, sull'approccio seguito da Ingolf Pernice nella rielaborazione delle teorie dell'integrazione in chiave europea (c.d. interrelazione multilivello), si v. T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problema dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli 2014, 254-262 la quale ricostruisce le origini della teoria di Pernice trovandone i fondamenti nell'idea di Stato come fenomeno sociale di Heller (H. HELLER, *Staatslehre* [1934] trad. it. a cura di U. POMARICI, *Dottrina dello Stato*, Napoli 1988) e in quella secondo cui “uno stato non può



Nonostante l'intervento della Corte nel dialogo sui diritti fondamentali fosse auspicato e ed è tutt'oggi auspicabile<sup>36</sup>, non bisogna per questo cedere alla tentazione di voler far rientrare tutte le questioni riguardanti i diritti fondamentali in violazioni della "sostanza" della cittadinanza dell'Unione e dunque ricondurle tra le competenze della Corte.

In effetti, ragioni di ordine formale e sistematico ostano ad una tale interpretazione.

Da un lato, l'art. 51 CFUE esclude *ictu oculi* la possibilità per la Corte di giustizia di essere titolare di un sindacato generale sull'azione degli Stati membri e, inoltre, a seguito del Trattato di Lisbona anche la tutela delle identità nazionali trova espresso riconoscimento e protezione nell'art. 4, par. 2 TUE non potendosi dunque trascurare le istanze e le tutele nazionali.

D'altro canto, sebbene l'espansione dell'azione della Corte di giustizia nel campo dei diritti fondamentali potrebbe avere il merito di «omogeneizzare» le tutele, la stessa implicherebbe il grosso rischio di calpestare le peculiarità dei singoli ordinamenti statali. Tale pericolo deve essere scongiurato attraverso un attento bilanciamento tra i due termini dicotomici in apertura richiamati: omogeneità costituzionale e identità nazionali<sup>37</sup>.

Quali, dunque, i possibili rimedi?

È opinione di chi scrive che, *de jure condito*, esistano nell'ordinamento europeo degli strumenti i quali, se pienamente utilizzati, potrebbero promuovere il rispetto dei valori comuni agli Stati membri sanciti dagli artt. 2 e 6 TUE<sup>38</sup>, nonché rendere proficuo il dialogo tra le Corti in

preesistere alla propria costituzione" (P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il Grundgesetz come costituzione parziale nel contesto dell'Unione europea: aspetti di un problema*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 455 ss. e ID., *Colloquio sulla «costituzione europea»*, a cura di P. RIDOLA, in *Diritto Romano attuale*, 1999, 197 ss.).

<sup>36</sup> Cfr., tra i primi, V. GREMENTIERI, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. 2, Milano 1979, 969-977. L'A. già allora auspicava in un controllo sui diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia senza però intenderlo come "esclusività del potere di controllo a scapito delle giurisdizioni nazionali" (976-977).

<sup>37</sup> Sull'argomento sia consentito rinviare a G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO, A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra colori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in *Federalismi.it*, 24, 2014, 33.

<sup>38</sup> Con la specificazione che mentre gli obiettivi e i valori posti dall'art. 2 TUE (fra i quali vi è il «rispetto dei diritti umani»), benché non abbiano effetto diretto, vincolino in



campo di diritti fondamentali e allo stesso tempo rispettare le identità costituzionali nazionali.

Due sono gli strumenti che in questa sede si intende richiamare.

Il primo è uno strumento offerto dai Trattati ai giudici nazionali. Si tratta del rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE e utilizzato ancora con parsimonia dalle Corti costituzionali nazionali<sup>39</sup>.

La Corte costituzionale italiana, difatti, solo di recente si è servita del rinvio pregiudiziale che, da ultimo, ha ammesso anche nell'ambito di un giudizio in via incidentale<sup>40</sup>.

*toto* gli Stati membri; gli Stati membri non sono vincolati ai diritti fondamentali quali espressi nell'art. 6, par. 1 TUE se non in sede di «attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51, par. 1 CDUE).

<sup>39</sup> Cfr., in ordine di tempo, il rinvio della Corte costituzionale belga, all'epoca denominata *Cour d'arbitrage* la quale effettuerà il primo rinvio con un'ordinanza del 19 febbraio del 1997 decisa dalla Corte di giustizia (C-93/97) con sentenza del 16 luglio 1998; dell'Austria, il cui *Verfassungsgerichtshof* emanerà la prima delle sue quattro ordinanze di rinvio il 10 marzo del 1999, decisa dalla Corte di giustizia (C-143/99) con la sentenza 8 novembre 2001 (per gli altri ricorsi v. sentt. CGCE, C-465/00, C-138/01, C-139/01, C-171/01); della Lituania, la cui Corte costituzionale (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*) effettua il suo primo ed unico rinvio l'8 maggio 2007, decisa dalla Corte di Lussemburgo (C-239/07) con la sentenza 9 ottobre 2008; dell'Italia, con un primo rinvio del 13 febbraio 2008 e un secondo del 18 luglio 2013, la prima decisa dalla Corte di giustizia (C-239/07) con la sentenza 9 ottobre 2008, la seconda decisa con sentenza del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13); della Spagna, il cui Tribunal constitucional con l'ord. ATC 86/2011 reso nell'ambito di un *recurso de amparo*, del 9 giugno 2011, deciso dalla Corte di giustizia (C-399/11) il 26 febbraio 2013; di Malta, la cui *Qorti Kostituzzjonali* ha emanato un provvedimento di rinvio il 17 gennaio 2012 decisa dalla Corte di giustizia (C-71/12) con sentenza del 27 giugno 2013; della Francia, il cui *Conseil constitutionnel* effettua il suo primo e unico rinvio il 4 aprile 2013 deciso dalla Corte di giustizia (C-168/13 PPU) con sentenza del 30 maggio 2013; della Germania, il cui *Bundesverfassungsgericht* ha reso la sua prima ordinanza di rinvio con ordinanza del 14 gennaio 2014 in corso di decisione (C-62/14). Si noti, in particolare, il rinvio pregiudiziale operato dall'*High Court* irlandese (C-293/12) e del *Verfassungsgerichtshof* austriaco (C-594/12) deciso dalla Grande Sezione l'8 aprile 2014. In tale sentenza la Corte, su indicazione delle supreme corti nazionali rinviati, ha annullato l'intera Direttiva 2006/24 per violazione dei diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali (artt. 7 e 8 CDFUE) scegliendo così di operare come vero e proprio "giudice costituzionale dell'Unione" (così M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – evoluzioni della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – Bozza per l'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014*, reperibile nella sezione *Relazioni internazionali* del sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 3). Per un quadro completo dei rinvii pregiudiziali operati da tutte le autorità giurisdizionali interne si v. le *Relazioni annuali della Corte di giustizia*, reperibili su [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>40</sup> Cfr. *infra*.

La giurisprudenza precedente, invece, aveva fortemente limitato l'azionabilità dello strumento di cui all'art. 267 TFUE da parte del giudice costituzionale. Inoltre, i rari casi di apertura<sup>41</sup> erano stati prontamente smentiti dalla giurisprudenza successiva<sup>42</sup> con la quale la Corte "aveva addirittura negato di poter essere considerata 'giurisdizione nazionale' ai fini dell'allora art. 177 del TCE (poi 234 e oggi 267 TFUE), richiamando ... il contestabile ed isolato precedente di cui alla sentenza n. 13 del 1960"<sup>43</sup>.

Come si è detto, però, la Corte costituzionale ultimamente ha finalmente ritenuto di "poter e dover far uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia"<sup>44</sup> e questa apertura ha coinvolto, dapprima, l'ambito dei giudizi in via principale (sentenze n. 102 e n. 103 del 2008), poi, con un apprezzabile *revirement*<sup>45</sup>, anche l'ambito dei giudizi in via incidentale (sent. n. 207 del 2013)<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. sentenza n. 168 del 1991 dove, in proposito alla possibilità per la Corte di definirsi "autorità giurisdizionale" – seppur in un *obiter dictum* – affermava: "ferma restando la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione".

<sup>42</sup> V. in particolare con la sentenza n. 13 del 1960, secondo la quale la Corte non può "essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali" e sentenza n. 536 del 1994, nella quale si legge "che detto giudice comunitario non può essere adito – come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sentenza n. 168 del 1991, cit.) – dalla Corte costituzionale, la quale "esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni (sentenza n. 13 del 1960)".

<sup>43</sup> V. R. CALVANO, *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.6, 2014, 4780.

<sup>44</sup> M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 20.

<sup>45</sup> Nel primo caso di rinvio da parte della Corte, aveva infatti affermato che fosse «opportuno sollevare questioni pregiudiziali davanti alla Corte di giustizia CE ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE [poiché] in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia» (Cfr. ord. 103/2008).

<sup>46</sup> Sulla quale si v. G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in *Diritticomparati.it*; B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in *Forumcostituzionale.it*. Sul secondo rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia si è espressa con la sentenza del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13), con la quale ha espresso la contrarietà al diritto dell'Unione (accordo quadro allegato alla direttiva n. 70 del 1999 sulla prevenzione di

Stesso percorso hanno vissuto anche le più restie tra le Corti costituzionali degli stati membri dell'UE, che negli ultimi anni hanno superato le iniziali riserve sollevando questioni pregiudiziali<sup>47</sup>.

Ebbene, il rinvio pregiudiziale è, ad oggi, l'unica via attraverso la quale le Corti interne possono divulgare oltre i confini nazionali il bagaglio di valori costituzionali che consentirebbe la concreta conoscenza delle "tradizioni costituzionali comuni" da parte della Corte di Giustizia<sup>48</sup>.

Con la domanda di pronuncia pregiudiziale, infatti, il giudice nazionale diventa parte di "percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario"<sup>49</sup>. Come sottolineato dall'Avvocato generale Colomer "la

abusi nell'utilizzo di contratti a tempo indeterminato) della disciplina nazionale sui contratti a termine nel comparto scuola (docenti e personale ATA) in quanto la normativa italiana non prevede misure di prevenzione rispetto al ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, non essendo ravvisabile una "ragione obiettiva" ex art. 5 dell'accordo quadro («circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e nel peculiare contesto giustifichino la successione di contratti a tempo determinato») e non essendo giustificabile con le mere esigenze di flessibilità («il rinnovo di contratti... a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma al contrario permanente e durevole, non è giustificato» v. sent. CGUE 26 novembre 2014).

<sup>47</sup> Si v. i già richiamati rinvii pregiudiziali del Tribunale costituzionale spagnolo, del Consiglio costituzionale francese e del Tribunale federale costituzionale tedesco. Per un'analisi comparata si v. P. PASSAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Cortecostituzionale.it*, aprile 2010.

<sup>48</sup> Di uno strumento parzialmente assimilabile si è dotata la Corte di Strasburgo, si v. il Protocollo 16 che si perfezionerà a seguito del deposito di almeno dieci strumenti di ratifica da parte degli Stati Contraenti, e determinerà la possibilità per le "più alte giurisdizioni nazionali" di richiedere alla Corte europea delle *advisory opinions* su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU nell'ambito di una causa pendente davanti ad esse. Sulle affinità e le divergenze con il rinvio pregiudiziale si v. R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*, 16 maggio 2014.

<sup>49</sup> R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, in *questionegiustizia.it*, 2013, 25. L'A. sottolinea anche come tanto le Note informative che le Raccomandazioni ai giudici nazionali della Corte di Giustizia chiariscono che il giudice del rinvio può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte e che "tale notazione, apparentemente marginale, risulta di notevole importanza se si riflette sul fatto che con essa la Corte di Giustizia ha a cuore le valutazioni espresse sulla questione controversa dal giudice nazionale. Valuta-

giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri"<sup>50</sup> e infatti, come è stato acutamente notato, tale meccanismo, oltre ad abituare il giudice nazionale ad "adottare modelli di ragionamento e tecniche argomentative nuove o, quantomeno di ampio respiro", ha anche il merito di consentire "al giudice statale di proporre una propria interpretazione del diritto comunitario... mettendo il giudice del Lussemburgo a parte delle sensibilità interne"<sup>51</sup>.

Quanto finora esposto induce a riflettere su quale sia, allo stato attuale, il ruolo effettivamente ricoperto dalle Corti costituzionali nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali.

Il rinvio pregiudiziale, infatti, "potrebbe essere utilizzato come canale di 'esportazione' di principi costituzionali a livello europeo, piuttosto che come via di 'importazione' soltanto"<sup>52</sup>. In questo modo le Corti costituzionali, da un lato, avrebbero la possibilità di ricoprire una posizione determinante nel dialogo tra i giudici quanto alla definizione della portata e della tutela dei diritti fondamentali e, d'altro canto, gli Stati membri potrebbero accettare ed eseguire con maggior consapevolezza il sindacato della Corte di giustizia, piuttosto che vederlo come un'invasione delle sovranità statali.

Il secondo strumento, elaborato da un gruppo di studiosi del *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg, offre al singolo la possibilità di vedere tutelato dal giudice di Lussemburgo il proprio diritto fondamentale leso, senza che questo importi violazione dell'art. 51, par. 1 CDFUE.

Il cittadino che ritenga violato il godimento reale ed effettivo dei diritti conferiti dallo *status* di cittadino dell'Unione, secondo la lettura offerta dagli studiosi tedeschi, potrebbe ricorrere al giudice invocando la violazione degli artt. 2 TUE e 20 TFUE. Secondo il gruppo di Heidelberg in questo modo si garantirebbe il rispetto dei limiti previsti dell'art. 51, par. 1 CDFUE in quanto "gli Stati membri rima[rrebbero] autonomi nella protezione dei diritti fondamentali *fintantoché* (*Solange*) si p[ossa]

zioni e tesi che vengono dunque a costituire anch'esse un anello della catena che condurrà alla soluzione del quesito per mano della Corte" (*ibidem*).

<sup>50</sup> Cfr. causa C-205/08, conclusioni del 25 giugno 2009.

<sup>51</sup> Così T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 307.

<sup>52</sup> M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1317.

presumere che essi assicurino l'essenza dei diritti fondamentali consacrati dall'art. 2 TUE<sup>53</sup>. Qualora, però, vi fosse una violazione tanto grave da dover ritenere superata la presunzione di rispetto dell'art. 2 TUE “gli individui potrebbero basarsi sul proprio *status* di cittadini dell'Unione per domandare ristoro innanzi alle corti nazionali”<sup>54</sup>.

In altre parole, in presenza di una violazione di diritti fondamentali a livello nazionale che comportasse “uno svuotamento del significato pratico della cittadinanza dell'Unione”<sup>55</sup> la protezione europea potrebbe intervenire a omogeneizzare e salvaguardare la tutela dei diritti fondamentali<sup>56</sup>. Esclusi questi casi, l'intervento sarebbe rimesso esclusivamente ai giudici nazionali o tuttalpiù alla Corte di Strasburgo (che si occupa esclusivamente di diritti fondamentali e non risente delle limitazioni competenziali della Corte di Lussemburgo).

A tale proposta si muove la critica di “affidare le sorti del rispetto dei diritti fondamentali in maniera quasi esclusiva alla Corte di giustizia”<sup>57</sup> con la conseguenza che la costruzione giurisprudenziale di un nucleo duro potrebbe “incidere sulla dialettica esistente tra le strutture costituzionali degli Stati membri, la cui identità è garantita dall'art. 4.2 TUE”<sup>58</sup> e comportare l'irrigidimento delle normative statali<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, cit., 937.

<sup>54</sup> *Ibidem*. Gli A. parlano di “reverse Solange” proprio perché, come nella nota sentenza (BVerfGE 37, S. 271 ff.) con la quale il Tribunale federale costituzionale tedesco aveva affermato il divieto di intervento per gli Stati nella sfera di autonomia del diritto UE  *fintanto che* l'Unione e la Corte di Giustizia assicurino una efficace protezione del contenuto essenziale dei diritti, così le istituzioni europee possono applicare una Solange “ribaltata” nei confronti degli Stati membri quando ritengano che sia stata superata dagli Stati la presunzione di tutela dei diritti previsti dall'art. 2 TUE.

<sup>55</sup> V. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, cit., 957.

<sup>56</sup> Difatti “un cittadino dell'Unione non può basarsi sui diritti fondamentali garantiti dall'UE finché si può presumere che la loro rispettiva essenza sia salvaguardata nello stato membro interessato (...) qualora questa presunzione sia superata, entra in gioco la “sostanza” della cittadinanza dell'Unione – nel senso della causa *Ruiz Zambrano*” (A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, cit., 958)

<sup>57</sup> Così A.M. RUSSO, *La cittadinanza «sostanziale» dell'Ue alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una «reverse Solange»?* , cit., 15.

<sup>58</sup> Ancora A.M. RUSSO, *op. ult. cit.*, 18.

<sup>59</sup> In questo senso H. VAN EIJKEN E S. DE VRIES, *A New Route into the Promised*

Per parte nostra, pur non ritenendo soddisfacente l'assetto attuale dell'Unione europea che vede rimessa alla giurisprudenza casistica della Corte di giustizia la salvaguardia dei diritti fondamentali, riteniamo sia il caso di considerare che anche l'ipotesi contraria, ovvero la omogeneizzazione normativa a livello europeo potrebbe logorare la ricchezza costituita dalla specificità delle tutele apprestate a livello nazionale e dalle diverse interpretazioni dei diritti fondamentali fornite tradizionalmente nei singoli Stati<sup>60</sup>.

## 5. Conclusioni

Per i motivi sopra esposti, nonostante non manchino minacce in agguato, al momento le uniche strade percorribili, a nostro avviso, sono quelle poc'anzi esplicitate.

Tali vie, ancorché carenti per alcuni aspetti, hanno il pregio di salvaguardare la sfera di autonomia statale e la tutela delle identità nazionali e l'attitudine di promuovere la tutela dei diritti fondamentali in sede europea.

Nel primo caso si tratterebbe di superare, come già in parte fatto, la "ritrosia" dei giudici nazionali e di sfruttare lo strumento del rinvio pregiudiziale in una logica di tipo "essenzialmente cooperativo"<sup>61</sup>, attraverso la quale creare un "flusso bidirezionale"<sup>62</sup> che assicuri la presenza propositiva oltre i confini statali delle tradizioni costituzionali nazionali.

Nel secondo caso, invece, attraverso una "reverse Solange" si potrebbe consentire all'Unione di intervenire nelle cc.dd. questioni interne

*Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano, cit.*, 719, rilevano: "during the proceedings in Ruiz Zambrano, the relevant Belgian law was revised, so that situations such as that occurring in Ruiz Zambrano would be prevented in the future. According to the new law, persons born in Belgium who would potentially become stateless do not acquire Belgian nationality if, owing to an administrative procedure or registration, the baby would be able to obtain the nationality of their country of origin. Similarly, the nationality laws of Ireland were revised after the Court's judgment in Chen, in order to limit the possibilities for non-Irish nationals to acquire Irish nationality".

<sup>60</sup> Cfr. M. CARTABIA, *Unita nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, vol. 3, 2005, 607 ss.

<sup>61</sup> E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, in *europeanrights.eu*, 18 maggio 2009, 10.

<sup>62</sup> M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo, cit.*, 1317.



solo ed esclusivamente in casi eccezionali che comportino un *vulnus* all'effettività dello *status* di cittadino europeo. La dottrina dei cc.dd. controlimiti e quella c.d. Solange<sup>63</sup> hanno svolto un ruolo cruciale nell'integrazione europea arginando la minaccia di un possibile sindacato sulla legislazione dell'UE sulla base dei diritti fondamentali, sottolineandone il carattere eccezionale ed eventuale e, indirettamente, influenzando la giurisprudenza di Lussemburgo la quale, con lo spettro di un "blocco" nazionale, ha affinato la propria tecnica decisoria in materia di diritti fondamentali<sup>64</sup>. Per questo si può immaginare che la possibilità di un intervento europeo in caso di violazioni gravi dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 2 TUE potrebbe tanto incentivare gli Stati ad apprestare maggiori garanzie in capo ai singoli quanto promuovere una più proficua integrazione europea<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Ci si riferisce alle notissime sentenze del Tribunale federale costituzionale tedesco *Solange I* del 29 maggio 1974 e *Solange II* del 22 ottobre 1986. Per la teoria dei controlimiti si v. le altrettanto famose sentenze della Corte costituzionale italiana nn. 183/1973 *Frontini*, 170/1984 *Granital* e, da ultimo, n. 238/2014. Pur non essendo questa la sede opportuna per approfondire tali pronunce, non si può sottacere della portata dirompente della recentissima sent. 238 del 22 ottobre 2014. In tale sentenza per la prima volta la Corte fa espresso uso dei controlimiti nei confronti di norme internazionali in materia di crimini internazionali e immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei tribunali interni. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 24 della Costituzione, di due disposizioni legislative che davano attuazione in Italia alle immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Peculiare la dichiarazione di incostituzionalità, attraverso una sentenza interpretativa di accoglimento, della legge di esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite nella parte in cui, recependo l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012.

<sup>64</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE*, cit., 964-965, i quali richiamano, come emblematico, il caso *Kadi* dove la Corte ha saputo resistere ad una «pressione politica notevole da parte delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri».

<sup>65</sup> D'altra parte, la Corte di giustizia ha dimostrato ancora una volta di non essere troppo "dialogante" con le Corti costituzionali. Si v., ad es., il noto caso *Melloni*, dove su rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo e se pur in presenza di giudicato nazionale che favoriva il soggetto rispetto alla normativa europea, la Corte di giustizia non ha esitato a garantire il corretto funzionamento del MAE (mandato di arresto europeo) frustrando i diritti fondamentali del singolo (Il caso *Melloni* trova origine nel rinvio pregiudiziale sollevato dal *Tribunal Constitucional* alla Corte di giustizia UE con ordinanza, n. 86/2011, del 9 giugno, poi deciso dalla Corte di Giustizia con sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11; infine conclusosi con la sentenza del Tribunale costituzionale, n. 26/2014, del 13 febbraio 2015).



In conclusione, il dialogo tra le corti è il moderno strumento di cooperazione tra giudici e realtà socio-culturali variegate: tale congegno può costituire il più evoluto modello di protezione dei diritti fondamentali, ma richiede un costante bilanciamento di interessi e una fiducia reciproca tra gli interlocutori istituzionali che può svilupparsi, in attesa di nuovi approdi normativi, attraverso un attento uso di meccanismi già esistenti nell'ordinamento europeo.



## ATTUALITÀ

*Il “quasi-oblio” in azione.*

*I primi provvedimenti del Garante della privacy  
(novembre 2014 – gennaio 2015) sulla “deindicizzazione”  
per effetto della sentenza Google Spain: brevi osservazioni*

Andrea Turturro

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: la sentenza *Google Spain*. – 2. I criteri interpretativi dell’*Article 29 Working Party*: proposta per una tassonomia. – 3. I provvedimenti del Garante. – 3.1. I due provvedimenti “di accoglimento”. – 3.2. I provvedimenti “di rigetto” (o “di non accoglimento”). – 4. Brevi considerazioni sulle motivazioni e sul dispositivo.

1. *Cenni introduttivi: la sentenza Google Spain*. – Nelle sedute del 6 novembre, del 4, 11, 18 dicembre 2014 e dell’8 gennaio 2015, il Collegio del Garante per la protezione dei dati personali ha adottato i primi undici provvedimenti su reclami<sup>1</sup>, segnalazioni<sup>2</sup> e, in un caso, su ricorso<sup>3</sup>, presentati da cittadini a cui

<sup>1</sup> Il reclamo è un atto circostanziato con il quale si rappresenta al Garante una violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento di dati personali (articolo 141, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 196/2003, recante il *Codice in materia di protezione dei dati personali*). Al reclamo, presentato a norma dell’art. 142, segue un’istruttoria preliminare e un eventuale procedimento amministrativo che può portare all’adozione di diversi provvedimenti (cfr. art. 143 del *Codice privacy* e artt. 8 ss. del Regolamento del Garante n. 1/2007). V., sul tema, D. SIMEOLI, *La tutela dell’interessato*, in R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Santarcangelo di Romagna 2004, spec. 302 ss.; F. CARDARELLI, *Parte terza. Tutela dell’interessato e sanzioni. Titolo I. Tutela amministrativa e giurisdizionale. Capo I. Tutela dinanzi al Garante (artt. 141-151)*, in AA.VV., *La nuova disciplina della privacy*, Commentario diretto da S. SICA, P. STANZIONE, Bologna 2004, 646 ss.

<sup>2</sup> Quando non è possibile presentare un reclamo circostanziato, si può inviare una segnalazione per sollecitare un controllo del Garante (v. articolo 141, comma 1, lett. b) del *Codice in materia di protezione dei dati personali* e artt. 13 e 14 del Regolamento del Garante n. 1/2007): cfr. D. SIMEOLI, *La tutela dell’interessato*, cit., 305, che definisce la segnalazione «atto di iniziativa eteronoma che si sostanzia nella denuncia generica di violazione della legge». I provvedimenti adottabili dal Garante sono, anche in questo caso, quelli previsti dal citato art. 143 (a cui rinvia l’art. 144 del Codice).

<sup>3</sup> Mediante il ricorso possono essere fatti valere i diritti di cui all’art. 7 del Codice, in alternativa ad un’azione giudiziaria (artt. 145 ss. del *Codice privacy*; v. ancora D. SIMEOLI, *La tutela dell’interessato*, cit., 307 ss.; F. CARDARELLI, *Parte terza. Tutela dell’interessato e sanzioni*, cit., 653 ss.). Mentre la disciplina di reclami e segnalazioni è contenuta in una sezione denominata *Tutela amministrativa*, quella dei ricorsi è significativamente prevista in una diversa, rubricata *Tutela alternativa a quella giurisdizionale* (si tratta di un aspetto diffusamente sottolineato in dottrina: cfr., per tutti, F. GARRI, *Art.*

Google Inc. aveva negato la rimozione di una o più pagine *web* dall'elenco di risultati reperibili, tramite il noto motore di ricerca, inserendo il loro nome come "chiave". Tutti i casi concernevano informazioni riguardanti procedimenti penali o vicende di cronaca in cui si sono trovati (o tuttora si trovano) coinvolti gli interessati (in senso tecnico)<sup>4</sup>.

Si trattava, come è evidente, di richieste avanzate, in prima istanza, al colosso di Mountain View per effetto della celebre sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, resa nel caso c.d. *Google Spain*<sup>5</sup> (efficacemente definita, in dottrina, come autentico «vaso di Pandora»<sup>6</sup>).

Tale pronuncia è così nota da poter essere qui richiamata anche solo sinteticamente. I giudici di Lussemburgo, in una decisione che si presentava come formalmente interpretativa della direttiva n. 95/46 CE, hanno affermato che:

- l'attività dei motori di ricerca, ove abbia ad oggetto anche dati personali, deve essere qualificata come «*trattamento di dati personali*» (punto 1 del dispositivo)<sup>7</sup>;

- il gestore del motore di ricerca deve essere considerato «*responsabile del trattamento*»<sup>8</sup>, con gli obblighi che ne conseguono ai sensi della normativa vigente (ancora punto 1 del dispositivo)<sup>9</sup>;

145. Ricorsi, in AA.VV., *Codice della privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Tomo II, Milano 2004, 1778).

<sup>4</sup> Come è noto, ai fini della disciplina sulla *privacy*, l'interessato è la *persona fisica* a cui si riferiscono i dati personali (art. 4, comma 1, lett. i), d. lgs. n. 196/2003). Tale disposizione è stata così modificata dall'art. 40, comma 2, lett. b), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2011, n. 214. In precedenza, infatti, la definizione di «interessato» comprendeva, oltre alle persone fisiche, anche le persone giuridiche, gli enti e le associazioni.

<sup>5</sup> Sentenza nella causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, su cui v., tra gli altri, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete: traversie dell'informazione ai tempi di Google*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, n. 1, 27 maggio 2014, consultabile su [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it); F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *Federalismi.it*, 10 giugno 2014; R. PASTENA, *Internet e privacy: una relazione complicata (A margine della sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014)*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2014; O. PREVOSTI, *Tutela della privacy come presupposto della libertà: due recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea a difesa della riservatezza individuale*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2014, spec. 17 ss.; nonché i contributi raccolti nel numero monografico della rivista *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4-5/2014, alcuni dei quali sono citati nelle note successive.

<sup>6</sup> L'immagine è di F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di Giustizia*, cit., 5. T. E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 563, discorre di una decisione «di sicura importanza», che «segna uno spartiacque nel *digital right to privacy*».

<sup>7</sup> V. punti 21 ss. della motivazione. Tale conclusione «è conforme anche a quanto sostenuto dall'avvocato generale Jääskinen, e di per sé non costituisce una particolare novità, né suscita significative perplessità» (F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di Giustizia*, cit., 1).

<sup>8</sup> Si specifica che la versione ufficiale italiana della sentenza della Corte di Giustizia (come anche quella della direttiva n. 95/46 CE) traduce il termine «controller» come «responsabile del trattamento» e per questa ragione – seguendo anche la dottrina che ha commentato la pronuncia – tale espressione viene utilizzata in questo articolo. Corre l'obbligo di evidenziare, tuttavia, che a rigore «controller», poiché si riferisce al soggetto che «determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali» corrisponde più esattamente al «titolare del trattamento» di cui al Codice *privacy*.

- un trattamento di dati personali viene effettuato *nel territorio di uno Stato membro della UE* – nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento – qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro *una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro* (punto 2 del dispositivo)<sup>10</sup>;

- il gestore di un motore di ricerca, a semplice richiesta, è *obbligato a sopprimere*, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, *i link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona*. Ciò anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine sia di per sé lecita (punto 3 del dispositivo)<sup>11</sup>. Ciò che è stato riconosciuto dalla Corte, dunque – sembra opportuno evidenziarlo – è il diritto dell'interessato ad ottenere la “*dis-associazione*”<sup>12</sup> *del proprio nome da un certo risultato della ricerca* (è per semplice comodità che si utilizzerà, come sinonimo, il termine “deindicizzazione”: ma sull'inopportunità dell'uso di tale ultima espressione da parte del Garante, v. *infra*, par. 4);

- nel valutare i presupposti di applicazione di quanto sopra enunciato, si deve verificare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non sia più compresa nell'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome (anche in assenza di un pregiudizio per lo stesso interessato). Tale diritto, collegato agli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza<sup>13</sup>, in linea di principio, *prevale non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico ad accedere all'informazione in questione*. Il diritto dell'interessato è, invece, recessivo laddove risulti, per ragioni particolari, che *il ruolo da esso ricoperto nella vita pubblica giustifica l'interesse preponderante del pubblico ad avere agevole accesso all'informazione di cui trattasi* (punto 4 del dispositivo)<sup>14</sup>.

Esso non deve essere dunque confuso – nonostante l'assoluta identità terminologica – con la diversa figura, prevista sempre dal d. lgs. n. 196/2003, del «responsabile del trattamento» («la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali»).

<sup>9</sup> V. punti 32 ss. della motivazione. Di approdo «discutibile» discorre F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di Giustizia*, cit., 2.

<sup>10</sup> V. punti 45 ss. della motivazione. Sul tema v. G. CAGGIANO, *L'interpretazione del «contesto delle attività di stabilimento» dei responsabili del trattamento dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 605 ss.

<sup>11</sup> Punti 62 ss. della motivazione.

<sup>12</sup> L'espressione è di S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 709.

<sup>13</sup> Rispettivamente dedicati, come è noto, al *Rispetto della vita privata e della vita familiare* e alla *Protezione dei dati di carattere personale*.

<sup>14</sup> Punti 89 ss. della motivazione.

Nella decisione – che si segnala per un percorso argomentativo e un dispositivo radicalmente differenti rispetto a quelli proposti dall'Avvocato Generale Jääskinen<sup>15</sup> – si precisa che le richieste degli interessati devono essere rivolte, in primo luogo, direttamente al gestore del servizio (coerentemente con la qualificazione di quest'ultimo come «responsabile del trattamento»)<sup>16</sup>. Solo in caso di mancato accoglimento, è possibile adire le autorità nazionali di tutela dei dati personali o l'autorità giudiziaria, alle quali viene riconosciuto il compito di intervenire in seconda battuta<sup>17</sup>, come avvenuto negli undici casi di cui ci si occuperà *infra*, nei quali è stato invocato l'intervento del Garante italiano. Si può ragionevolmente ipotizzare, peraltro, che quello in esame diventerà uno dei campi in cui sarà maggiormente richiesto l'intervento dell'Autorità di tutela della *privacy*, in ragione – oltre che della specifica competenza in materia – degli indubbi vantaggi, in termini di celerità e di economicità, che il procedimento dinanzi all'Autorità indipendente presenta rispetto all'azione giudiziaria (pur esperibile anche successivamente, da parte dell'interessato, come impugnazione dell'eventuale provvedimento sfavorevole del Garante)<sup>18</sup>.

Google Inc., dopo aver dichiarato di volersi adeguare alla pronuncia, ha rapidamente predisposto un modulo mediante il quale possono essere presentate le richieste<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Tale aspetto è evidenziato, in particolare, da O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 569 ss.

<sup>16</sup> «Le domande ai sensi degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 possono essere direttamente presentate dalla persona interessata al responsabile del trattamento, il quale deve in tal caso procedere al debito esame della loro fondatezza e, eventualmente, porre fine al trattamento dei dati in questione» (n. 77 della motivazione, enfasi aggiunta).

<sup>17</sup> «Qualora il responsabile del trattamento non dia seguito a tali domande, la persona interessata può adire l'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria affinché queste effettuino le verifiche necessarie e ordinino al suddetto responsabile l'adozione di misure precise conseguenti» (n. 77 della motivazione, enfasi aggiunta); «L'autorità di controllo o l'autorità giudiziaria, all'esito della valutazione dei presupposti di applicazione degli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46, da effettuarsi allorché ricevono una domanda quale quella oggetto del procedimento principale, possono ordinare al suddetto gestore di sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a tale persona, senza che un'ingiunzione in tal senso presupponga che tale nome e tali informazioni siano, con il pieno consenso dell'editore o su ingiunzione di una delle autorità sopra menzionate, previamente o simultaneamente cancellati dalla pagina web sulla quale sono stati pubblicati» (n. 82 della motivazione, enfasi aggiunta).

<sup>18</sup> Si ricorda che, a norma dell'art. 152, comma 1, del d. lgs. n. 196/2003, «tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, nonché le controversie previste dall'articolo 10, comma 5, della legge 1° aprile 1981, n. 121, e successive modificazioni, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria».

<sup>19</sup> Tale modulo, disponibile alla pagina [https://support.google.com/legal/contact/lr\\_eudpa?product=websearch](https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch), richiede che l'interessato inserisca: 1) il Paese le cui leggi regolano la richiesta; 2) il nome utilizzato per la ricerca; 3) il nome completo del richiedente nel caso in cui non coincida con l'interessato e il titolo in forza del quale agisce (es. genitore o avvocato); 4) l'indirizzo e-mail del ri-

Quanto alla decisione del massimo organo giudiziario dell’Unione, non può non rilevarsi che la Corte ha riconosciuto una signoria quasi assoluta degli interessati rispetto alla reperibilità *on-line* – tramite una stringa di ricerca contenente il proprio nome – di alcuni dati personali (una «sorta di diritto all’autodeterminazione informativa»<sup>20</sup>): il rigetto dell’istanza di deindicizzazione, che può avvenire solo a fronte di un *pubblico interesse*, si pone sostanzialmente come eccezione rispetto alla regola generale (accoglimento dell’istanza); non è richiesto, infatti, alcun onere di motivazione o di allegazione di un pregiudizio a carico dell’interessato, né è necessario che la pubblicazione sul sito sorgente sia illecita. In particolare, la dottrina ha avuto modo di sottolineare il bilanciamento asimmetrico condotto dalla Corte di Lussemburgo, nel quale appaiono sottovalutate altrettanto legittime esigenze di tutela: prima tra tutte, quella della libertà di espressione<sup>21</sup>.

In secondo luogo, ha suscitato perplessità l’attribuzione al gestore del motore di ricerca (seppur, come già detto, coerente con la qualifica di «responsabile del trattamento» che la Corte ha riconosciuto in capo a quest’ultimo) del delicato potere di bilanciare il diritto alla “dis-associazione” con il pubblico interesse ad essere informati. Ci si è domandati retoricamente a seguito della decisione: «Siamo sicuri che un soggetto privato che però svolge, di fatto, sul web una funzione pubblica di natura para-costituzionale, sia in grado di operare, in maniera neutrale, quel bilanciamento di interessi che viene teorizzato dalla Corte tra diritto alla privacy e diritto ad essere informati, valutando quando e a che condizioni l’esercizio del diritto di cronaca deve prevalere sul diritto all’oblio?»<sup>22</sup>.

Senza voler prendere posizione su questo complesso interrogativo, si potrebbe rilevare che le valutazioni effettuate da Google, in nove casi su undici, sono state condivise dal Garante italiano. Tale dato, tuttavia, deve essere considerato con estrema cautela, non solo perché si tratta di un numero complessivo di casi non significativo, ma soprattutto perché non è dato sapere se la nostra autorità di controllo avrebbe condiviso quei casi in cui la richiesta è stata accolta *de plano* da Google e si è, dunque, proceduto alla deindicizzazione delle URL indicate dagli interessati. Uno degli aspetti maggiormente problematici aperti dalla decisione della CGUE, infatti, è la totale assenza di un controinteressato che possa eventualmente ricorrere (in senso ampio) contro la decisione di accogliere la richiesta: non è previsto, infatti, alcun meccanismo che consenta, in ipo-

chiedente; 5) le URL dei risultati che si desidera vengano rimossi; 6) i motivi della richiesta; 7) un documento di identità; 8) la firma e la data.

<sup>20</sup> Così T.E. FROSINI, *Google e il diritto all’oblio*, cit., 564.

<sup>21</sup> O. POLLICINO, *Un digital right to privacy*, cit., 584.

<sup>22</sup> Così O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo paracostituzionale*, in *Quotidiano del diritto-il Sole 24 ore*, 14 maggio 2014. In senso analogo T.E. FROSINI, *Google e il diritto all’oblio*, cit., 566.



tesi, al responsabile del sito sorgente, ad un *quisque de populo* o a qualche autorità pubblica di intervenire nella vicenda<sup>23</sup>. Tale profilo, peraltro, meriterebbe un più diffuso approfondimento che non è possibile in questa sede.

Per concludere queste notazioni introduttive, sembra opportuno segnalare che quello riconosciuto dalla Corte di Giustizia non è esattamente un diritto all'oblio<sup>24</sup>, il quale, peraltro – come è noto – si è recentemente arricchito di una nuova dimensione, che ne ha segnato una significativa mutazione («diritto a contestualizzare e ricordare correttamente», con slittamento dal campo della riservatezza strettamente inteso a quello della tutela dell'identità personale<sup>25</sup>), sotto la spinta, nel nostro ordinamento, della giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>26</sup>. I giudici di Lussemburgo – oltre a non utilizzare direttamente l'espressione *de qua*<sup>27</sup> – hanno più precisamente riconosciuto il diritto a “dis-associare” dal proprio nome alcuni *link*, i quali rimangono non solo intatti nel sito sorgente ma sono anche rinvenibili mediante lo stesso motore di ricerca, utilizzando parole-chiave differenti. Si tratta, quindi, di un “quasi-oblio”, o, come anche è stato detto, di un diritto a non essere trovati facilmente<sup>28</sup>.

2. *I criteri interpretativi dell'Article 29 Working Party: proposta per una tassonomia.* – La sentenza della Corte di Lussemburgo ha attirato immediatamente l'attenzione del c.d. *Gruppo Articolo 29 (Article 29 Working Party-WP29)* – or-

<sup>23</sup> Si tratta di un aspetto segnalato anche da S. SICA, V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, cit., 711 ss., secondo i quali «il rischio di compromissione della libertà d'espressione avrebbe dovuto suggerire la prefigurazione di un meccanismo di partecipazione immediato e necessario quantomeno della competente Autorità amministrativa, che ben avrebbe potuto svolgere un compito di mediazione tra i differenti interessi in conflitto» (*ivi*, 715).

<sup>24</sup> Sul diritto all'oblio la letteratura è molto vasta: v., almeno, M.R. MORELLI, *Oblio (Diritto all')*, in *Enc. Dir.*, Agg., Vol. VI, Milano, 2002, 848 ss.; M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino 2013; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 591 ss.

<sup>25</sup> Cfr., tra gli altri, L. FEROLA, *Dal diritto all'oblio al diritto alla memoria sul web. L'esperienza applicativa italiana*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 1001 ss.: «è innegabile che l'oblio, pur sempre riconducibile al *genus* della riservatezza (*rectius* ai diritti della personalità), ha progressivamente acquisito una sua autonoma rilevanza nel caleidoscopio delle posizioni giuridiche attive attribuite all'interessato a protezione della propria identità personale» (*ivi*, 1030).

<sup>26</sup> Cfr. Cass., sez. III civile, sent. n. 5525/2012.

<sup>27</sup> In realtà, l'espressione «diritto all'oblio» compare due volte nel testo della sentenza: in nessuno dei due casi, tuttavia, essa “appartiene” alla Corte. Al par. 20, infatti, viene utilizzata nel riferire le richieste del giudice del rinvio; al par. 91, al fine di riportare la posizione del sig. Costeja González e dei governi spagnolo e italiano. Discorso simile vale per il sostantivo «oblio», che appare, invece, ai nn. 89 e 90 della motivazione.

<sup>28</sup> L'espressione *right not to be found easily* è utilizzata da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio all'occultamento in rete*, cit., 14. M. STANO, *Il diritto all'oblio in Europa e il recente caso spagnolo*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, cit., 132, ha fatto invece riferimento – in relazione però all'art. 17 della proposta di Regolamento UE in materia di *Data protection* – al «diritto a non essere visti».

gano consultivo formato da un rappresentante per ciascun Garante *privacy* degli Stati membri UE<sup>29</sup> – che, all’esito di una fase preparatoria<sup>30</sup>, il 26 novembre 2014 ha adottato delle linee-guida per l’applicazione della decisione<sup>31</sup>, indicando, tra l’altro, tredici criteri che le Autorità nazionali di protezione dei dati debbono tenere presenti al momento di valutare le richieste di deindicizzazione<sup>32</sup>.

A tale riguardo, piuttosto che procedere ad una mera elencazione di tali criteri, si propone la seguente classificazione degli stessi (peraltro, solamente tendenziale): criteri soggettivi (che si riferiscono all’*interessato*), criteri oggettivi (che riguardano i *dati trattati*), criteri degli effetti consequenziali (concernenti le *conseguenze della agevole reperibilità dei dati* sull’interessato), criteri modali (che attengono alle *modalità o al contesto della pubblicazione*).

<sup>29</sup> Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, istituito dall’art. 29 della direttiva n. 95/46 CE (da cui prende il nome con cui è comunemente conosciuto): si tratta di un organismo consultivo e indipendente (par. 1), composto, oltre che – come già evidenziato nel testo – da un rappresentante delle autorità di protezione dei dati personali designate da ciascuno Stato membro, anche da un rappresentante del GEPD (Garante europeo della protezione dei dati), nonché da un rappresentante della Commissione (par. 2). Il presidente è eletto dal Gruppo al suo interno ed ha un mandato (rinnovabile) di due anni (par. 4).

I compiti del Gruppo sono elencati dal successivo art. 30: a) esaminare ogni questione attinente all’applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva per contribuire all’applicazione omogenea; b) formulare, ad uso della Commissione, un parere sul livello di tutela della riservatezza nella Comunità [oggi Unione, *n.d.A.*] e nei Paesi terzi; c) consigliare la Commissione in merito ad ogni progetto di modifica della direttiva, ogni progetto di misure aggiuntive o specifiche da prendere ai fini della tutela dei diritti e delle libertà delle persone, nonché in merito a qualsiasi altro progetto di misure comunitarie che incidano su tali diritti e libertà; d) formulare un parere sui codici di condotta elaborati a livello comunitario (par. 1).

Inoltre, qualora ci siano delle divergenze tra le legislazioni o le prassi degli Stati membri che possano pregiudicare l’equivalenza della tutela delle persone in materia di protezione dei dati personali, il Gruppo ne informa la Commissione (par. 2).

Il Gruppo, inoltre, può formulare di propria iniziativa raccomandazioni su qualsiasi questione riguardante la protezione dei dati personali nella Comunità (par. 3).

I pareri e le raccomandazioni del gruppo vengono trasmessi alla Commissione (par. 4).

La Commissione è tenuta ad informare il Gruppo del seguito dato ai suoi pareri e raccomandazioni, redigendo a tal fine una relazione che è trasmessa anche al Parlamento e al Consiglio e pubblicata (par. 5).

Il Gruppo redige una relazione annuale, che viene pubblicata, sullo stato della tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nella Comunità e nei Paesi terzi e la trasmette alla Commissione, al Parlamento europeo e al Consiglio (par. 6).

<sup>30</sup> Cfr. i comunicati stampa del 23 maggio, del 6 giugno, del 25 luglio e del 18 settembre 2014, citati da F. PIZZETTI, *Le Autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere «il velo di Maya»*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2014, 806 s., note 3 e 4, disponibili sul sito [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm), nella sezione *Press releases*.

<sup>31</sup> *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on «Google Spain and Inc v. Agencia española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González»* C-131/12.

<sup>32</sup> *Part II: List of common criteria for the handling of complaints by European data protection authorities.*

### A. Criteri soggettivi<sup>33</sup>

- *Persona fisica*. Ai fini dell'accoglimento della richiesta – coerentemente con la definizione normativa di «interessato» – il risultato della ricerca deve essere riferibile ad una persona fisica (un individuo), anche identificata mediante pseudonimo o *nickname* laddove sia possibile ricollegarlo alla identità reale del soggetto.

- *Ruolo nella vita pubblica o figura pubblica*. Il secondo criterio soggettivo discende direttamente dalla pronuncia della Corte di Giustizia e impone di verificare se l'interessato ricopra un ruolo nella vita pubblica (*play a role in public life*<sup>34</sup>) o sia una figura pubblica (*public figure*<sup>35</sup>): in caso affermativo è possibile negare la deindicizzazione.

- *Minore età*. Un ultimo criterio soggettivo si basa sull'età dell'interessato: nel caso in cui si tratti di persona minore d'età (al tempo della pubblicazione), infatti, si afferma che la richiesta di deindicizzazione debba avere maggiori probabilità di essere accolta. Si richiama, a fini interpretativi, anche il concetto di «best interests of the child» di cui all'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>36</sup>.

### B. Criteri oggettivi<sup>37</sup>

- *Accuratezza dei dati*. Quando i dati non sono accurati<sup>38</sup> o conducono ad una inadeguata, inaccurata o fuorviante rappresentazione dell'interessato (il quale ha un onere di allegazione in tal senso), la deindicizzazione deve avere maggiori probabilità di essere ritenuta appropriata. Quando l'accuratezza dei dati è oggetto di accertamenti in sede giudiziaria, le Autorità garanti possono scegliere di non intervenire sino al termine della vicenda.

<sup>33</sup> Si tratta dei criteri indicati ai punti 1, 2 e 3 delle Linee-guida.

<sup>34</sup> «It is not possible to establish with certainty the type of role in public life an individual must have to justify public access to information about them via a search result. However, by way of illustration, politicians, senior public officials, business-people and members of the (regulated) professions can usually be considered to fulfil a role in public life. There is an argument in favour of the public being able to search for information relevant to their public roles and activities.

A good rule of thumb is to try to decide where the public having access to the particular information – made available through a search on the data subject's name – would protect them against improper public or professional conduct».

<sup>35</sup> «It is equally difficult to define the subgroup of “public figures”. In general, it can be said that public figures are individuals who, due to their functions/commitments, have a degree of media exposure».

Si cita, inoltre, come possibile definizione di *public figures*, quella fornita dalla Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1165 (1998); si richiama, ai fini del bilanciamento da effettuare, la sentenza della Corte Edu *von Hannover v. Germany* (no. 2), 2012.

<sup>36</sup> «In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration» (enfasi aggiunta).

<sup>37</sup> Si tratta dei criteri indicati ai punti 4, 5, 6, 7 e 13 delle Linee-guida.

<sup>38</sup> Il WP29 specifica che «In general, “accurate” means accurate as to a matter of fact. There is a difference between a search result that clearly relates to one person's opinion of another person and one that appears to contain factual information».

- *Rilevanza e non eccessività dei dati.* La rilevanza e la non eccessività dei dati, considerate in relazione all’interesse del pubblico a conoscere la notizia (che è collegato anche al carattere recente o meno dei dati in questione), debbono essere valutate ai fini del bilanciamento. Si precisa, inoltre, che i dati che si riferiscono alla vita privata debbono ricevere una tutela più intensa rispetto a quelli riguardanti la vita professionale dell’interessato<sup>39</sup>.

Per quanto concerne pubblicazioni che potrebbero costituire un illecito civile o penale (ad es., *hate speech* o diffamazione), le Autorità di protezione dei dati dovrebbero astenersi dall’intervenire, non avendone la competenza, e rinviare l’interessato alle autorità preposte (diverso è il caso in cui sia già intervenuta una pronuncia giudiziale che ha accertato l’esistenza di un illecito).

Si distingue, inoltre, tra opinioni personali (le quali, anche laddove spiacevoli per l’interessato, non sono necessariamente soggette alla deindicizzazione) e riferimento non accurato a fatti che si affermano essere realmente accaduti.

- *Natura dei dati.* Si suggerisce una maggiore probabilità di accoglimento per i dati sensibili, quali quelli che riguardano, ad esempio, salute, vita sessuale, o credenze religiose<sup>40</sup>, atteso il più significativo impatto che essi possono avere sulla vita privata della persona interessata rispetto ai comuni dati personali.

- *Mancato aggiornamento dei dati.* Per i dati non aggiornati – anche in riferimento agli scopi della pubblicazione originaria – la richiesta deve essere tendenzialmente accolta.

- *Dati che si riferiscono a reati.* Per le informazioni che riguardano la commissione di un reato (*criminal offence*), il WP29 – raccomandando comunque l’adeguamento ai differenti principi nazionali in materia – suggerisce di verificare la gravità e la prossimità temporale dei fatti in questione. La gravità e la

<sup>39</sup> «Although all data relating to a person is personal data, not all data about a person is private. There is a basic distinction between a person’s private life and their public or professional *persona*. The availability of information in a search result becomes more acceptable the less it reveals about a person’s private life.

As a general rule, information relating to the private life of a data subject who does not play a role in public life should be considered irrelevant. However, public figures also have a right to privacy, albeit in a limited or modified form.

Information is more likely to be relevant if it relates to the current working life of the data subject but much will depend on the nature of the data subject’s work and the legitimate interest of the public in having access to this information through a search on his or her name.

Two additional questions are relevant here:

- Is data about a person’s work related activity excessive?

- Is the data subject still engaged in the same professional activity?».

<sup>40</sup> Corre l’obbligo di precisare che la categoria dei dati sensibili è più ampia: essa, secondo la definizione che il Codice *privacy* ha recepito dall’art. 8 della direttiva n. 95/46 CE, comprende, infatti, «i dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» (art. 4, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 196/2003).

maggior prossimit  sono, in via generale, inversamente proporzionali alle probabilit  di accoglimento della richiesta di deindicizzazione.

### C. Criteri degli effetti consequenziali<sup>41</sup>

- *Pregiudizio e impatto sproporzionato*. Quantunque il concreto pregiudizio per l'interessato non costituisca condizione per chiedere la rimozione dei risultati della ricerca (secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia), esso pu  essere valutato come forte argomento per accogliere la richiesta. Analogo discorso vale per quei dati che abbiano un impatto sproporzionato sulla *privacy* dell'interessato, come nel caso di un banale illecito, di non rilevante gravit  (*trivial or foolish misdemeanour*), che non   pi  o non   stato mai oggetto di un pubblico dibattito.

- *Rischi per l'interessato*. Laddove la disponibilit  del *link* esponga l'interessato a rischi concreti (*substantive*) – quali, ad esempio, il furto di identit  o lo *stalking* – le Autorit  di protezione dei dati debbono considerare maggiormente la possibilit  di acconsentire alla richiesta di deindicizzazione.

### D. Criteri modali<sup>42</sup>

- *Contesto di pubblicazione: volontariet  e prevedibilit  della pubblicazione*. Laddove l'unica base legale per la pubblicazione di certi dati personali   stata il consenso dell'interessato (e, dunque, anche l'originaria pubblicazione – su richiesta dell'interessato stesso – dovrebbe cessare), la revoca del consenso costituisce argomento per ordinare la deindicizzazione, anche laddove non cessi previamente o simultaneamente la disponibilit  dell'informazione sul sito-sorgente.

- *Pubblicazione per scopi giornalistici*. La circostanza che la pubblicazione originaria sia avvenuta nell'ambito di operativit  del «diritto di informare»   un fattore da tenere in considerazione ai fini del bilanciamento. Tuttavia, essa da sola non giustifica il rifiuto della deindicizzazione, essendo diversi i presupposti del trattamento di dati personali operato dai *media*<sup>43</sup> e quello effettuato dai motori di ricerca (non essendovi necessaria corrispondenza tra la legittimit  dell'uno e quella dell'altro).

- *Obbligo o potere di pubblicazione*. La legislazione degli Stati UE prevede diverse ipotesi di obbligo per le amministrazioni di pubblicare certi dati personali dei propri cittadini (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli obblighi di trasparenza nel nostro Paese)<sup>44</sup>. Il WP29 ritiene che, laddove sussista un

<sup>41</sup> Si tratta dei criteri indicati ai punti 8 e 9 delle Linee-guida.

<sup>42</sup> Si tratta dei criteri indicati ai punti 10, 11 e 12 delle Linee-guida.

<sup>43</sup> Sul conflittuale rapporto tra riservatezza e diritto di informazione nel nostro ordinamento, v., almeno, A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, II ed., Milano 2006, 128 ss.

<sup>44</sup> Ora raccolti nel c.d. Decreto Trasparenza (d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33), su cui v. B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Ro-

obbligo normativamente previsto, la deindicizzazione possa essere ritenuta non appropriata: non si tratta, peraltro, di regola priva di eccezioni ma da valutare caso per caso (dal momento che, anche in caso di accoglimento della richiesta, l'informazione sarebbe pur sempre reperibile sul sito istituzionale e, dunque, non verrebbe frustrato lo scopo della pubblicazione).

Come specificato nel documento, *nessuno di tali criteri deve essere inteso, di per sé, come decisivo* e, in ogni caso, essi debbono essere interpretati alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia e, in particolare, dell'«interesse del pubblico ad avere accesso all'informazione». Inoltre, essi dovranno essere applicati in conformità alle legislazioni nazionali di volta in volta rilevanti nella vicenda concreta.

Peraltro, la (forse inevitabile) mancanza di una gerarchia tra i criteri indicati e la conseguente impossibilità di stabilire in astratto un rapporto di predominanza/recessività in caso di conflitto non permettono di superare l'approccio essenzialmente casistico che, a ben vedere, discende direttamente dalla decisione *Google Spain* (ed è riconosciuto come necessario nelle stesse Linee-guida del WP29<sup>45</sup>).

### 3. I provvedimenti del Garante

3.1. *I due provvedimenti “di accoglimento”*. – Come accennato in precedenza, in due casi il Garante – giungendo a risultati opposti rispetto al gestore del motore di ricerca – ha prescritto rispettivamente, con formule testualmente diverse ma presumibilmente dall'identico significato, di «deindicizzare» e di «cancellare dal risultato dei motori di ricerca» le URL indicate dagli interessati. Di essi, come – più avanti – dei provvedimenti “di rigetto”, si darà conto nei limiti in cui è possibile ricostruire le vicende, alla luce delle succinte motivazioni fornite dall'Autorità indipendente.

Il primo caso<sup>46</sup> riguardava una non meglio specificata vicenda di cronaca giudiziaria: la segnalante si doleva che fossero disponibili, su un sito di cui chiedeva la deindicizzazione, documenti contenenti «dati personali riservati, illegalmente sottratti e/o falsificati», riferibili a terzi, comprese alcune comunicazioni interne di una multinazionale inviate ai dipendenti indagati (tra cui la segnalante stessa).

L'accoglimento della richiesta e la conseguente prescrizione a Google Inc.

magna 2013; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli 2014.

<sup>45</sup> «DPAs will assess complaints on a case-by-case basis, using the criteria [...]» (enfasi aggiunta).

<sup>46</sup> Registro dei provvedimenti n. 501 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623877]. I provvedimenti citati nel presente lavoro possono essere consultati sul sito del Garante per la protezione dei dati personali ([www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)), mediante un sistema di ricerca testuale oppure inserendo nell'apposito campo il numero di «doc. web».

di procedere alla deindicizzazione sono fondate su tre argomenti: 1) l'eccedenza dei dati rispetto alle finalità del trattamento; 2) la riferibilità degli stessi dati anche a terzi, estranei alla vicenda; 3) il disconoscimento dei documenti da parte della società farmaceutica.

Su tali tre argomenti, peraltro, la parte motiva non si dilunga, non fornendo elementi, ad esempio, per valutare in cosa sia consistita, nel caso concreto, l'eccedenza dei dati trattati. Qualche perplessità, inoltre, suscita la circostanza invocata (*sub* 2), ossia che i dati si riferissero anche a terzi: non si comprende, infatti, come tale elemento possa essere ricollegato al diritto soggettivo concretamente fatto valere dalla segnalante.

L'Autorità non ha, inoltre, ritenuto di spiegare la scelta di accogliere la richiesta, alla luce del fatto che, in merito alla falsità dei documenti in questione, erano ancora in corso accertamenti da parte della magistratura: una ipotesi in cui anche le Linee-guida del WP29 – peraltro, al momento dell'adozione del provvedimento, ancora di là da venire – suggeriscono (o, almeno, paventano la possibilità) di attendere la conclusione della relativa vicenda giudiziaria.

In un secondo caso<sup>47</sup> l'interessato lamentava che fosse possibile reperire – tramite ricerca su Google – un commento, contenuto in un blog, in cui si faceva riferimento ad una vicenda processuale in cui era stato coinvolto. Si trattava, in particolare, dell'imputazione per reati relativi a rapporti sessuali con minori, dai quali il soggetto in questione risultava essere stato assolto nel 2009. Stando a quanto emerge dalla lettura del provvedimento, Google respingeva la richiesta, ritenendo la sussistenza dei requisiti di pertinenza e di perdurante interesse pubblico: tale conclusione non è stata condivisa dall'Autorità indipendente.

La decisione poggia su due argomenti: uno di carattere pragmatico e l'altro normativo.

In primo luogo, il Garante rileva che, in precedenza, altre URL di contenuto analogo erano state direttamente deindicizzate dai titolari del trattamento a seguito di specifiche istanze. Per quella in esame, invece, non era stato possibile contattare l'autore o comunque il responsabile del blog.

In secondo luogo – in maniera apodittica e che potrebbe suscitare qualche perplessità<sup>48</sup> – si afferma che si tratta di dati personali relativi ad abitudini sessuali riferite ad una determinata persona identificata o identificabile (vengono richiamati l'articolo 137, comma 3, del Codice *privacy* e gli articoli 5, 6 e 11

<sup>47</sup> Registro dei provvedimenti n. 581 dell'11 dicembre 2014 [doc. web n. 3623978].

<sup>48</sup> Pur con tutte le cautele del caso – giacché non è possibile ricostruire precisamente i termini della questione – non si comprende come una vicenda da cui è sorto un procedimento penale per rapporti sessuali con minori possa rientrare nella nozione di «abitudini sessuali». Delle due, l'una: o il reato non vi è stato (come parrebbe, essendovi stata un'assoluzione) e, dunque, l'abitudine non sussiste; oppure il comportamento si è verificato (e il proscioglimento è legato ad altre ragioni) ma, difficilmente, esso potrebbe essere ricondotto nell'alveo di un'«abitudine sessuale», come tale oggetto di elevata protezione da parte dell'ordinamento.



dell'allegato codice di deontologia relativo al trattamento di dati personali nell'esercizio di attività giornalistica), i quali godono della protezione speciale accordata ai dati (super)sensibili. Come visto in precedenza, effettivamente, la natura dei dati trattati è uno degli elementi da tenere in considerazione, secondo il WP29, ai fini dell'accoglimento della richiesta.

Come si accennava *supra*, i provvedimenti del Garante possono essere impugnati dinanzi al Giudice ordinario e, precisamente, davanti al tribunale del luogo in cui ha la residenza il titolare del trattamento dei dati<sup>49</sup>. Non può non rilevarsi – salva una successiva smentita nella prassi – che appare assai improbabile che Google insorga contro la decisione con la quale le autorità nazionali prescrivono la deindicizzazione, essendo il suo interesse al mantenimento della “associazione” *link*-nominativo solamente indiretto. Molto più probabile, invece, che l'impugnazione sia proposta dagli interessati nel caso di decisioni “di rigetto”, delle quali ora ci occuperemo.

3.2. I provvedimenti “di rigetto” (o di “non accoglimento”). – In nove casi, il Collegio ha condiviso le valutazioni effettuate da Google, respingendo («non accogliendo», secondo la formula utilizzata nel dispositivo<sup>50</sup>) le richieste degli istanti, sulla base di differenti motivazioni.

Da una lettura complessiva dei provvedimenti, emerge che i due aspetti che vengono valorizzati, condivisibilmente, ai fini del rigetto delle richieste, sono la prossimità temporale delle vicende narrate e la attuale esistenza di un pubblico interesse alla agevole reperibilità delle informazioni in questione.

In un caso<sup>51</sup>, si conferma la sussistenza dei requisiti di pertinenza e di interesse pubblico, giacché – come già evidenziato da Google – la vicenda processuale (originata da fatti del gennaio 2013) è *ancora in corso*: terminate le indagini preliminari, infatti, l'imputato è in attesa della prima udienza. In questo caso non si fa riferimento, almeno in modo esplicito, alla eventuale gravità del reato in questione: l'interesse pubblico – apoditticamente affermato – dunque, sembra fatto discendere direttamente dalla sola attualità della vicenda.

In uno dei provvedimenti del 4 dicembre<sup>52</sup>, la sussistenza del pubblico interesse alla conoscibilità è collegata al fatto che si tratti di «noto caso giudiziario di rilevanza nazionale tutt'ora oggetto di attenzione da parte dei media». In tale vicenda, dunque, nella ricostruzione del Garante, il recente riferimento ai fatti da parte di alcune testate giornalistiche costituisce *sintomo* dell'attualità del pubblico interesse.

<sup>49</sup> Giusta quanto previsto dall'art. art. 10, comma 2, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

<sup>50</sup> Nel solo provvedimento su ricorso la formula utilizzata è stata: il Garante «dichiara infondata la richiesta di deindicizzazione [...]».

<sup>51</sup> Registro dei provvedimenti n. 497 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623954].

<sup>52</sup> Registro dei provvedimenti n. 557 del 4 dicembre 2014 [doc. web n. 3624021].

In un altro caso<sup>53</sup>, si evidenzia come le notizie, peraltro recenti (2013), riguardino un *settore particolarmente delicato* (l'editoria) e investano *aspetti di carattere finanziario*, «con ricadute su profili di trasparenza e correttezza di importanti progetti imprenditoriali». Secondo quanto emerge dalla lettura del provvedimento, Google, nel rigettare la richiesta, aveva fatto altresì riferimento alla circostanza che i dati personali si riferissero alla *vita professionale dell'interessato* (criterio, come visto, fatto proprio anche dal Gruppo Articolo 29: ma la nota di Google è precedente, risalendo all'8 agosto).

In quattro differenti provvedimenti<sup>54</sup>, invece, l'Autorità invoca esclusivamente il carattere recente delle notizie (risalenti al 2012, al periodo 2010-2013, al maggio 2011 e al luglio 2013) affermando – senza argomentarla – l'esistenza di un pubblico interesse alla facile reperibilità delle stesse.

In un ulteriore caso, si aggiunge, oltre al riferimento alla vicinanza temporale delle vicende in questione (ma la precisa indicazione è coperta da *omissis*), la circostanza che si tratti di un «noto caso giudiziario di rilevanza nazionale»<sup>55</sup>.

Infine, nel concludere il procedimento attivato mediante ricorso (al quale ha resistito Google), l'Autorità Garante fa riferimento, quanto alla dimostrazione della sussistenza del requisito del pubblico interesse, ad una «importante indagine giudiziaria che ha coinvolto un consistente numero di persone, seppure in ambito locale», peraltro «assolutamente recent[e]»<sup>56</sup>.

In molti dei casi sopra riportati, inoltre, gli interessati lamentavano anche la falsità (o l'imprecisione, l'infondatezza e simili) delle notizie riportate: il Garante ha chiaramente affermato che tale circostanza da sola non giustifica la prescrizione della deindicizzazione. Effettivamente, come rilevato negli stessi provvedimenti, vi sono altri strumenti idonei, in quei casi, a garantire i diritti delle persone a cui i dati si riferiscono: esse, infatti, possono chiedere l'aggiornamento, la rettificazione e l'integrazione dei dati direttamente agli editori delle singole testate *on-line* (mediante apposita istanza, *ex art. 7 Codice privacy*).

Il tema della falsità delle notizie e della possibilità di rimuoverle dalla rete – lo si ricorda solo incidentalmente, non potendosi approfondire la questione – è stato affrontato in una nota decisione resa dalla Corte Edu, IV Sez., il 16 luglio 2013 (*Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia*, ric. n. 33846/2007)<sup>57</sup>. La Corte

<sup>53</sup> Registro dei provvedimenti n. 558 del 4 dicembre 2014 [doc. web n. 3624003].

<sup>54</sup> Registro dei provvedimenti n. 496 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623819]; Registro dei provvedimenti n. 498 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623919]; Registro dei provvedimenti n. 499 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623851]; Registro dei provvedimenti n. 500 del 6 novembre 2014 [doc. web n. 3623897].

<sup>55</sup> Registro dei provvedimenti n. 1 dell'8 gennaio 2015 [doc. web n. 3730791].

<sup>56</sup> Registro dei provvedimenti n. 618 del 18 dicembre 2014 [doc. web n. 3736353].

<sup>57</sup> Su tale sentenza, v. L. DE GRAZIA, *La libertà di stampa e il diritto all'oblio nei casi di diffusione di articoli attraverso internet: argomenti comparativi*, in *Rivista Aic*, n. 4/2013, par. 2; L. NANNIPIERI, *La sopravvivenza online di articoli giornalistici dal contenuto diffamatorio: la pretesa alla conserva-*

ha affermato, con sentenza resa all’unanimità, che la rimozione di un articolo, riconosciuto come diffamatorio, dal sito internet di un giornale *on-line* sarebbe una misura sproporzionata e lesiva della libertà di informazione (garantita dall’art. 10 Cedu). In un passaggio particolarmente evocativo, è stato scritto che: «the Court accepts that it is not the role of judicial authorities to engage in rewriting history by ordering the removal from the public domain of all traces of publications which have in the past been found, by final judicial decisions, to amount to unjustified attacks on individual reputations»<sup>58</sup>.

4. *Brevi considerazioni sulle motivazioni e sul dispositivo.* – Pur nella consapevolezza della necessità di attendere un più ampio ventaglio di provvedimenti per disporre di un quadro maggiormente significativo, possono nondimeno essere abbozzati alcuni spunti per successivi approfondimenti e riflessioni.

Da un punto di vista meramente descrittivo, come già accennato *supra*, si può rilevare che in tutti i casi erano in gioco vicende relative a processi penali o a non meglio precisati fatti di cronaca. Per quanto tali dati siano certamente tra quelli maggiormente passibili di richieste di deindicizzazione – considerato il riflesso che essi possono avere sulla dignità sociale degli interessati (specie laddove concernano procedimenti penali) – è evidente che non si tratti delle uniche ipotesi che giustificano la richiesta: essa, infatti, può riguardare dati personali di qualsivoglia natura. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai dati del sig. Costeja González – il cui nome, per singolare eterogenesi dei fini perseguiti dallo stesso, ha assunto risonanza europea (e non solo) per effetto del caso *Google Spain* – relativi ad una procedura esecutiva in cui egli fu coinvolto nel 1998. L’interessato, infatti, come già evidenziato, non deve dimostrare (e neanche allegare) l’esistenza di un pregiudizio, attuale o potenziale: da ciò discende che di qualunque dato, anche di quello apparentemente più innocuo, possa essere chiesta la deindicizzazione.

In secondo luogo, dal punto di vista soggettivo, per quanto la “controparte” (in senso evidentemente atecnico) fosse in ogni caso Google, è opportuno rammentare che – sebbene esso sia il motore di ricerca più diffuso ed utilizzato al mondo – non è improbabile che gli interessati più avveduti (e maggiormente motivati ad esercitare il diritto riconosciuto dalla Corte di Giustizia) si rivolgano anche ai gestori di altri motori di ricerca, onde rendere davvero difficilmente reperibili le informazioni che li riguardano.

Considerando complessivamente i provvedimenti in questione, alcune perplessità suscitano tanto la motivazione quanto il dispositivo “di accoglimento”.

*zione dell’identità e la prigione della memoria nel cyberspazio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 gennaio 2014.

<sup>58</sup> N. 65 della motivazione.

Prendendo le mosse da quest'ultimo profilo, abbiamo già segnalato che, nei due casi in cui il Garante non ha condiviso le valutazioni di Google, si è prescritto al gestore del motore di ricerca di procedere alla «deindicizzazione» o alla «cancellazione dei dati». Tali formule – se giustificate da esigenze di sinteticità nell'ambito di articoli giornalistici o scientifici – possono ingenerare qualche equivoco laddove contenute in provvedimenti del Garante o di autorità giurisdizionali. Infatti, se intese alla lettera, esse comporterebbero la totale deindicizzazione delle URL in questione e la conseguente impossibilità di rinvenirle tramite il motore di ricerca, a prescindere dalla stringa utilizzata.

Non si può qui discorrere – peraltro *extra moenia*, trattandosi di terminologia propria del diritto processuale – di un sorta di ultrapetizione, poiché non è disponibile il contenuto delle richieste presentate dagli interessati al Garante. Non vi è dubbio, tuttavia, che – se interpretato letteralmente – il dispositivo concederebbe alla “parte” *un diritto dal contenuto più esteso rispetto a quello riconosciuto dai giudici di Lussemburgo*. Come visto in precedenza, infatti, la Corte di Giustizia ha individuato, più limitatamente, un diritto alla “dis-associazione” di certi *link* dal nome dell'interessato. Quegli stessi *link* dovrebbero essere reperibili, invece, inserendo altre chiavi di ricerca: questo è il punto di bilanciamento tra gli interessi confliggenti, individuato chiaramente dalla sentenza *Google Spain*, che – al di là dei richiami formali, per quanto corretti, al Codice *privacy* contenuti nei provvedimenti in esame – costituisce la vera e sostanziale base giuridica degli stessi.

Non può che interpretarsi, dunque, la scelta del Garante come una formula riassuntiva per indicare la rimozione del sito indicato dall'elenco di risultati reperibili utilizzando come chiave di ricerca il nome dell'interessato.

Per quanto concerne le motivazioni dei provvedimenti, esse sembrano, invero, eccessivamente scarse. Si comprende, in effetti, l'esigenza di preservare l'anonimato degli interessati, pena il rischio di compromettere ulteriormente la riservatezza che tali soggetti assumono già essere stata in qualche modo violata. Ciò non toglie che, a differenza di molti altri provvedimenti dell'Autorità, quelli in esame – laddove concludano nel senso dell'accoglimento – hanno un *costo* che non si risolve solo in quello economico che subisce il responsabile del trattamento, ma anche nella *sopravvenuta mancanza di informazione*, legata al diniego (sostanziale) di conoscibilità di determinate notizie, per la generalità degli utenti della rete.

Non può sfuggire la profonda differenza che intercorre tra i provvedimenti in esame e, ad esempio, le ordinanze-ingiunzioni con cui vengono irrogate sanzioni amministrative o i provvedimenti prescrittivi rivolti al titolare del trattamento: essi, infatti, riguardano essenzialmente il destinatario degli stessi e, in riferimento ai secondi, (anche) gli interessati. Nel caso di richieste di esercitare il diritto riconosciuto dalla sentenza *Google Spain*, invece, gli effetti si riverberano potenzialmente su tutti i cittadini (almeno per i casi in cui effettivamente si accoglie la ri-

chiesta dell’interessato). In fondo, l’uditorio a cui queste decisioni si rivolgono è la comunità degli internauti (che comprende ormai larga parte della popolazione) e la motivazione, *a fortiori* in un caso di questo tipo, non può recedere dalla sua funzione sostanziale di legittimare la scelta compiuta dall’organo decidente.

Occorre inoltre considerare, in termini più generali, che il Garante svolge un ruolo – pur con le profondissime differenze – *quodammodo* assimilabile a quello svolto dall’autorità giudiziaria. Ciò, invero, emerge con chiarezza nei casi di procedimenti iniziati tramite ricorso (al punto che si pone il problema di definire esattamente il tipo di procedimento e di potere che in detta sede vengono esercitati)<sup>59</sup>; tuttavia, per il caso del diritto al “quasi-oblio”, tale discorso sembra essere valido anche per i procedimenti attivati a seguito di segnalazione e reclamo: non solo perché l’“azione” davanti al Garante si presenta come alternativa (in una prima fase) rispetto a quella giudiziaria<sup>60</sup>, ma anche perché l’Autorità indipendente è chiamata ad effettuare un compito tipico dei giudici (soprattutto, ma non esclusivamente, costituzionali), quale quello di effettuare un delicato bilanciamento tra principi confliggenti<sup>61</sup>.

Da tale premessa dovrebbe derivare un onere di motivazione per il Garante più pregnante rispetto a quello sufficiente nella generalità dei provvedimenti che lo stesso è chiamato ad adottare.

Se quanto affermato è vero, il carattere fondamentale oracolare di molti dei provvedimenti in esame (*interesse pubblico sì/interesse pubblico no*) non soddisfa appieno: sarebbe opportuno, infatti, che si desse conto in modo più diffuso degli elementi di fatto (e delle conseguenti considerazioni giuridiche) che sorreggono il dispositivo. Ciò anche al fine – nonostante l’insopprimibile natura casistica dell’approccio (*case by case*) al problema in esame – di indirizzare l’attività svolta dai motori di ricerca in prima istanza.

Per le ragioni succintamente esposte, a sommosso avviso di chi scrive, sarebbe opportuno, dunque, un ripensamento della parte motiva e, eventualmente, anche del dispositivo dei provvedimenti (di accoglimento) relativi a istanze legate al diritto al “quasi-oblio”.

<sup>59</sup> Sul tema v., anche per ulteriori riferimenti, D. BUONCRISTIANI, *Art. 145 (Ricorsi)*, in C.M. BIANCA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)*, Tomo II, Padova 2007, 1792 ss.

<sup>60</sup> Ciò che accade, generalmente, solo nei casi in cui, mediante un ricorso, si esercitano i diritti riconosciuti dall’art. 7 del Codice *privacy*: essi, infatti, «possono essere fatti valere dinanzi all’autorità giudiziaria o con ricorso al Garante» (art. 145, comma 1, del Codice in materia di protezione dei dati personali).

<sup>61</sup> Per quanto il bilanciamento tra valori (o interessi, o principi) sia attività tipica del Giudice delle leggi (invero, *in primis*, del legislatore), sulla base di una concezione realistica dell’interpretazione – a cui aderisce chi scrive – si può affermare che qualunque attività ermeneutica, finalizzata all’applicazione del diritto, non possa risolversi in mera sussunzione di una fattispecie concreta in una astratta, ma possieda un ineliminabile profilo valutativo (pragmatico, teleologico, assiologico), il quale emerge con particolare evidenza a fronte di lacune normative, di clausole generali o, come nel caso in esame, di potenziale contrasto tra diversi interessi.



## ABSTRACT

**Manuel Gros**, *«Prima lezione di diritto»: ordine morale, dignità umana e “neutralità” del diritto. Dal lancio del nano al comico razzista.*

Il saggio riproduce la lezione inaugurale del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre per l'Anno Accademico 2014/2015, tenuta dall'Autore il 22 settembre 2014. Attraverso un esame giurisprudenziale di casi, l'Autore propone alcune riflessioni sui temi dell'ordine morale, della dignità umana e della “neutralità” del diritto.

*«First lesson in law»: moral order, human dignity and “neutrality” of law. From the dwarf-tossing to the racist comic actor.*

This essay reproduces the A.A. 2014/2015 inaugural lesson of the Faculty of Law of the Roma Tre University. The lesson was given by the Author on 22 September 2014. Through an examination of law cases, the Author proposes some considerations about the themes of moral order, human dignity and “neutrality” of law.

**Giovanni Serges**, *Adattamento al diritto internazionale pattizio e strumenti per assicurare la prevalenza degli “obblighi internazionali” nell'ordinamento italiano.*

Il saggio è dedicato all'analisi degli strumenti con i quali, nell'ordinamento italiano, è assicurato il rispetto dei trattati internazionali.

Il punto di partenza è rappresentato dalla introduzione nel testo della Costituzione di una specifica norma (l'art. 117, primo comma, Cost.) che ha imposto il rispetto degli obblighi internazionali da parte del legislatore statale e regionale e dalla interpretazione che questa disposizione ha ricevuto da parte della Corte costituzionale.

In particolare viene analizzata la posizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quella degli altri trattati internazionali allo scopo di verificare la possibilità di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali con strumenti diversi dalla proposizione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna che sia in contrasto con una norma di un trattato internazionale.



*The Adaptation of Domestic Law to International Treaties and the Instruments to Ensure the Prevalence of International Obligations in the Italian Legal System.*

The essay examines the means by which Italian law ensures respect for international treaties.

The starting point is the introduction of a specific provision in the Constitution (art. 117, first paragraph) that imposed the compliance with international obligation upon the statutes of both State and Regions. The Author also recalls the interpretation of this clause provided by the Constitutional Court.

In particular, the essay focuses on the possibility to guarantee compliance with international obligations (arising from the European Convention on Human Rights and other international treaties) without referring to the Constitutional Court the judgment on a national act that conflicts with the provision of an international agreement.

**Andrea Crismani**, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza.*

La gestione della crisi e dell'insolvenza delle società partecipate è una materia che si è formata a seguito delle crisi finanziarie e dei tagli alla spesa pubblica nelle forme della limitazione dei finanziamenti agli enti e alle società pubbliche.

Il problema che si è posto è se le società partecipate possano fallire. Vi è il timore, infatti, che si possa creare una sorta di immunità o di privilegio delle società pubbliche da qualsiasi tipo di intervento ad iniziativa dei creditori insoddisfatti a discapito di una serie di principi e regole fondamentali per l'ordinamento comunitario e interno.

Lo scritto si pone l'obiettivo di verificare: a) se esiste uno statuto unico di fallibilità delle società pubbliche b) come influiscono i vincoli di finanza pubblica, i limiti alla capacità imprenditoriale delle società pubbliche e i limiti della libera iniziativa economica dei soci, sul regime giuridico del fallimento c) se esistono modelli alternativi alla procedura concorsuale fallimentare d) se è necessario rivedere la normativa sull'insolvenza o è comunque necessario l'intervento del legislatore.

*Crisis and Insolvency of the Subsidiaries of Public Entities.*

Crisis and insolvency of the Subsidiaries of Public Entities is the result of limitation of funding of Public Entities and of their Subsidiaries due to financial crisis and public spending cuts.

The question that has arisen is whether the Public Authorities Owned Companies are exempted from subjection to insolvency law. In such a situation there is the concern that can be created a kind of immunity or privilege for Public Authorities Owned Companies from any kind of claim of unsatisfied creditors infringing the principles and fundamental rules of Eu law and domestic law.

This paper aims to verify: a) if there is a common insolvency regime applicable to Public Authorities Owned Companies; b) how affect public finance constraints, limits to the entrepreneurial ability of Public Authorities Owned Companies and limits of economic freedom of the Company Partners on the legal status of the common insolvency regime; c) if there are alternative models to the current bankruptcy proceedings; d) if there's a need to review the current legislation on insolvency or in any case the legislator should intervene with an adequate discipline.

**Eduardo Gianfrancesco**, *L'esposizione del crocifisso e degli altri simboli religiosi negli spazi pubblici.*

L'articolo affronta, con riferimento all'esperienza italiana, una serie di problemi collegati all'esposizione del crocifisso e dei simboli religiosi in genere negli spazi pubblici, effettuando comunque una serie di confronti con esperienze straniere.

In primo luogo viene analizzata la valenza culturale o religiosa del simbolo esposto, propendendosi in modo netto per la seconda ipotesi. Viene altresì approfondito il fondamento costituzionale dell'esposizione del simbolo che è di tipo facoltizzante per le pubbliche Autorità, ancorché conforme ad un'ispirazione di *favor* per il fenomeno religioso presente in Costituzione e pienamente compatibile con una nozione di laicità non laicista. Qualora l'opzione per l'esposizione del simbolo venga compiuta dalla pubblica Autorità, emerge tuttavia un diritto costituzionalmente garantito, fondato sugli artt. 3 e 19 Cost., ad un'esposizione *plurale* dei diversi simboli religiosi, mentre non è in grado di fondare un divieto di esposizione dei simboli medesimi la c.d. libertà *dalla* religione, né a livello interno né a livello sovranazionale. L'articolo prende successivamente in considerazione i diversi possibili luoghi di esposizione dei simboli, svolgendo considerazioni differenziate per ciascuno di essi, ed infine opera una lettura costituzionalmente orientata delle vigenti norme, di matrice regolamentare, che ancora regolano la materia.

*The Display of the Crucifix and the Other Religious Symbols in Public Spaces.*

The paper analyzes various problems arising from the display of crucifix and other religious symbols in public spaces in Italian experience. Suggestions and comparisons with foreign models are anyway often used.

The first question is about the value of the exposed symbols: if "cultural" or "religious". The paper endorses the religious value of symbols which public authorities are entitled (not obliged) to display, according with favorable attitude of Italian Constitution to religious sphere and with a "positive" meaning of secularity principle. The paper supports, moreover, the thesis of a constitutional right to a pluralistic display of religious symbols, if public authorities decide to

display them, based on articles 3 and 19 of Italian Constitution. These conclusions cannot be reversed by the so called “freedom *from* religion”, both in a national and in a supranational dimension of it. The different places of display of symbols, with their peculiar problems and rules, are also scrutinized by the article which finally offers a constitutionally oriented interpretation of the sub-legislative provisions which in Italian experience rule the theme too.

**Ilaria Del Vecchio**, *Koinè costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa.*

Il lavoro prende le mosse dal presupposto che la *koinè* costituzionale europea debba fondarsi sulla equilibrata tensione tra due principi, quello della omogeneità costituzionale e quello delle identità nazionali e sul legame a doppio filo che collega la tutela dei diritti fondamentali alla cittadinanza europea.

Mentre il primo binomio valoriale, omogeneità costituzionale e identità nazionali, è esplicitato nei Trattati post-Lisbona, il collegamento tra la tutela dei diritti fondamentali e la cittadinanza europea è frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e dell’apporto propositivo degli Avvocati Generali. Difatti, sebbene la cittadinanza sia stata assunta quale pietra angolare della legittimazione democratica nel sistema politico europeo, il singolo cittadino, inserito in un contesto di tutele “multilivello”, non sempre ha visto garantiti i propri diritti fondamentali.

Nel testo si evidenzierà il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia, ora chiamata a giudicare sulle violazioni dei diritti umani ma carente di uno strumento di intervento efficace nei casi rientranti nelle competenze “strettamente statali”.

Si suggeriranno, inoltre, due strumenti esistenti nell’ordinamento europeo, uno esplicitamente l’altro implicitamente ricavabile da un’interpretazione sistematica degli artt. 2 TUE e 20 TFUE, che potrebbero offrire una buona base di sviluppo per la tutela europea dei diritti fondamentali. Questi meccanismi, se pienamente utilizzati, promuoverebbero il rispetto dei valori comuni agli Stati membri sanciti dagli artt. 2 e 6 TUE, renderebbero proficuo il dialogo tra le Corti in campo di diritti fondamentali e avrebbero il pregio di rispettare allo stesso tempo le identità costituzionali nazionali.

*The Constitutional Koinè and the European Citizenship. The Long Journey of Rights Protection in Europe.*

The work builds on the assumption that the European constitutional *koinè* should be based on the balanced tension between two principles, the constitutional homogeneity and the national identity, and the double bond linking the protection of fundamental rights and the European citizenship.

While the first pair of values, constitutional homogeneity and national identity, is explained in the post-Lisbon Treaties, the link between the protection of fundamental rights and citizenship is the result of the European Court of Justice

case law and the proactive contribution of the Advocate Generals. Although citizenship has been taken as the cornerstone of democratic legitimacy in the European political system, the individual citizen's fundamental rights, contained in a system of "multilevel constitution" have not always been protected.

This paper seeks to outline the role played by the European Court of Justice in this setting, required to judge on violations of human rights but lacking any tools for effective intervention in cases falling within the "strictly national" competence.

We suggest, in addition, two existing instruments in the European legal framework, one explicitly and the other one implicitly arising from a systematic interpretation of Articles 2 TEU and 20 TFEU, which could provide a good basis for the development of the protection of fundamental rights. These mechanisms, when properly adopted, would promote respect for the common values of the Member States as laid down in the Articles 2 and 6 TEU, enhance the dialogue between courts in the field of fundamental rights. At the same time such an approach would not overlook the national constitutional identity.

**Andrea Turturro**, *Il "quasi-oblio" in azione. I primi provvedimenti del Garante della privacy (novembre 2014 – gennaio 2015) sulla "deindicizzazione" per effetto della sentenza Google Spain: brevi osservazioni.*

Il lavoro è incentrato sui primi undici provvedimenti del Garante della *privacy* relativi ad istanze di cittadini a cui Google Inc. aveva negato la rimozione di una o più URL dai risultati rinvenibili tramite una ricerca effettuata, attraverso il noto motore, a partire dal nome degli stessi interessati.

Dopo aver sinteticamente ricordato la sentenza della Corte di Giustizia *Google Spain*, che ha riconosciuto, salvi i casi di un preponderante interesse della collettività alla facile reperibilità di certe informazioni, quello che l'Autore definisce un diritto al "quasi-oblio", si propone una tassonomia dei criteri elaborati dal c.d. Gruppo Articolo 29 per orientare le decisioni delle Autorità nazionali di tutela della *privacy*, a fronte di richieste come quelle in esame, distinguendo tra criteri soggettivi, oggettivi, modali e degli effetti consequenziali.

Per quanto concerne i provvedimenti del Garante, dopo un sintetico resoconto degli stessi, si accennano brevi osservazioni critiche sulle motivazioni e sul dispositivo (per i casi di accoglimento delle istanze) utilizzati dall'Autorità indipendente.

*The "Almost-Oblivion" in Action. The First Decisions of the Data Protection Authority (November 2014 – January 2015) on "De-indexing" Due to the ECJ Google Spain ruling: Brief Remarks.*

The article focuses on the first eleven decisions made by the Data Protection Authority concerning complaints filed by citizens against Google Inc. The citi-

zens claim that Google refused to remove links to some web pages from the list of results displayed following a search made on the basis of their names.

After a concise summary of the ECJ *Google Spain* ruling, which recognized what might be called the right to “almost-oblivion” – except in the case of a preponderant interest of the general public in having access to certain information – the author proposes a taxonomy of the criteria established by the Article 29 Working Party to guide the decisions of Data Protection Authorities in handling the complaints. In this taxonomy, the criteria are divided into four categories: subjective, objective and modal criteria as well as criteria based on consequential effects.

After a short account of the decisions of the Italian DPA, the author analyses critically the reasoning of the Authority and the rulings that were made (the rulings are only discussed in the cases of acceptance of the complaints).

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MANUEL GROS, Professore ordinario di Diritto pubblico, Università di Lille 2;  
Preside onorario della Facoltà Alexis de Tocqueville

GIOVANNI SERGES, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Uni-  
versità degli Studi Roma Tre

ANDREA CRISMANI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università  
degli Studi di Trieste

EDUARDO GIANFRANCESCO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Uni-  
versità LUMSA di Roma

ILARIA DEL VECCHIO, Dottoranda di ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costi-  
tuzionali, Università degli Studi Roma Tre

ANDREA TURTURRO, Dottorando di ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costitu-  
zionali, Università degli Studi Roma Tre

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.



La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Crismani, Gianfrancesco, Del Vecchio e Turturro.

#### 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 2015: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

#### Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012



Finito di stampare nel mese di luglio 2015  
da *La Buona Stampa* – Napoli

