

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 3/2013

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 3/2013

saggi

- Natalino Irti, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle 'appartenenze')* 381
- Dian Schefold, *La Repubblica divisibile e indivisibile. Limiti, condizioni e funzione dell'unità politica* 391
- Paolo Carnevale, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale* 405
- Fabio Saitta, *Del divieto di aggravamento ventitré anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione precedente)* 465

osservatorio

- Federico Sorrentino, *Principi costituzionali e complessità delle fonti* 483

attualità

- Aldo Carosi, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano* 501

recensioni

- Gladio Gemma, *"Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1": ne discutiamo con Zagrebelsky* 547

repliche

- Aljs Vignudelli, *«Non lo fo' per piacer mio...». Brevi osservazioni (e qualche ulteriore quesito sull'"insostenibile" avalutatività dell'interpretazione giuridica)* 559

L'ACQUA TRA BENI COMUNI E CONCESSIONI
(O LA PLURALITÀ DELLE 'APPARTENENZE')*

1. Una domanda precede tutte le altre, e le determina ed orienta: se l'acqua è un 'bene comune', può essa diventare oggetto di concessione?

Ma che cosa è un 'bene comune'?

Risaliamo al codice civile del 1942 (il codice civile ancora vigente in Italia): la disciplina dei beni è dettata nel libro terzo 'Della proprietà'. L'art. 810, che apre il libro e ne segna le linee, definisce beni le "cose che possono formare oggetto di diritti". Il legislatore adotta la prospettiva dell'*appartenenza*, e considera i beni, tutti i beni, come *oggetto del diritto di qualcuno*. La parola 'appartenenza', conservando dentro di sé il latino 'tenēre', indica la connessione fra il bene e un soggetto, o, meglio, il sovrastare di un soggetto sul bene. I beni non sono concepibili senza un soggetto che li 'tiene', ossia li ha nella propria sfera giuridica e nel proprio governo. L'appartenenza esprime un 'avere', o, in parole più nude e franche, un *ambito di potere*.

Questo profilo fu toccato, nella nostra letteratura giuridica, soltanto da uno studioso di diritto civile, che ebbe cattedra, qui a Milano, nell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Domenico Barbero, già in lezioni del lontano 1940, chiariva l' 'appartenenza' come "disponibilità delle cose da parte del soggetto nei limiti di un diritto"¹. Dunque, l'appartenenza è misurabile in *gradi di disponibilità*; a ciascun grado corrisponde un tipo di diritto, che è, appunto, il 'titolo' dell'appartenenza (proprietà, usufrutto, enfiteusi, servitù, concessione e via seguitando).

La logica dell'appartenenza suggerisce al codice del 1942 di distin-

* Il testo svolge appunti utilizzati in un convegno milanese (28 ottobre 2013), promosso dalla società Edison e felicemente curato dagli avv. Pier Giuseppe Biandrino e Marinella De Focatiis.

¹ D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano 1952, 29 ss.; ID., *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino 1962, 709 ss.

guere i beni in pubblici e privati, di ascrivere le acque al demanio statale, e di prevedere diritti a favore di terzi ‘nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi’. All’autorità amministrativa spetta la “tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico” (cfr. artt. 822 e 823 cod. civ.).

2. La logica dell’appartenenza è anche *logica dell’esclusività*. Nella norma, che descrive il contenuto del diritto di proprietà (art. 832 cod. civ.), affiora la nota essenziale dell’esclusività: “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed *esclusivo* ...”. ‘Esclusivi’ sono tutti i diritti che hanno per oggetto le cose.

Esclusività ha in sé l’*idea del conflitto* (o – come oggi usa dire – della ‘rivalità’): il titolare del diritto ha il potere di fermare e respingere *gli altri*, di lasciare fuori gli altri. Poiché il bene appartiene ad un soggetto, il quale lo ha nella propria sfera di dominio, tutti gli altri ne sono esclusi. Il diritto è non tanto nella pienezza del potere quanto nella totale ed ostile esclusione degli altri. Ne segue che la tutela giudiziale del bene spetta soltanto al titolare del diritto. L’appartenenza è il fondamento della legittimazione ad agire.

3. La teoria, o, meglio, il movimento dei beni comuni s’identifica proprio nel rifiuto dei due principî – di appartenenza e di esclusività –, che esprimono la disciplina del codice civile. Dico ‘movimento’ per indicare un fenomeno collettivo, un agitarsi per piazze e strade di città, un assumere iniziative di leggi e referendum, un raccogliere consensi in ogni generazione e in ogni strato sociale. Questo movimento ha trovato nel 2011 il proprio ‘manifesto’ nel piccolo libro ‘Beni comuni’, dovuto a Ugo Mattei, vivace e ingegnoso docente di diritto nell’Ateneo torinese². Ne traggio qualche proposizione, che rivela lo sfondo culturale del movimento: il ‘bene comune’ è “incompatibile con la logica riduzionistica dell’avere (e del potere). Si può rendere quest’idea con la locuzione ‘il comune siamo anche noi’. Il comune non è solo un oggetto (un corso d’acqua, una foresta, un ghiacciaio), ma è anche una categoria dell’essere, del rispetto, dell’inclusione e della qualità. È una categoria autenticamente relazionale, fatta di rapporti fra individui, comunità, contesti e ambiente”. Ed ancora: “... il governo dei beni comuni rifiuta radicalmente questa logica riduzionistica [l’alternativa fra pubblico e privato, fra Stato e mercato] e

² U. MATTEI, *Beni comuni – Un manifesto*, Roma-Bari 2011. Utilissima l’antologia curata da M.E. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012.

si articola intorno a diffusione del potere e inclusione partecipativa”. In altra pagina Mattei discorre di ‘utilizzo democratico ed ecologico dell’acqua’.

Assistiamo alla più dura e schietta critica dei principî di appartenenza ed esclusività. I beni comuni, irriducibili a ‘oggetti’, non appartengono a nessuno, ma, per così dire, fanno corpo con la comunità, con la prassi del loro uso. E perciò non escludono alcuno, non cadono nel dominio ostile di uno od altro soggetto, ma sono la nostra stessa vita, il nostro costituirci come persone. *Essi, insomma, non appartengono e non escludono*, ma convivono con tutti noi e includono tutti noi. In un articolo apparso su *Esprit* del gennaio 2010, Alain Lipietz, intellettuale e deputato europeo, asserisce francamente: “Le biens communs ne sont pas des choses, mais des rapports sociaux”.

4. Codesti beni comuni vanno pur gestiti; e la generale accessibilità e fruibilità va pur regolata. E così, nello stesso ‘manifesto’ del movimento, riemergono fantasmi, che sembravano fuggiti e discacciati per sempre. Riappare il diritto, chiamato a regolare e distribuire l’uso comune, ancorché si desideri di “riconquistare un’idea di legalità ricca, spesso, olistica, fondata su contenuti etici autentici, funzionale alla qualità della vita di tutti, nell’ambito di una dialettica finalmente democratica che coinvolge ogni voce e non ne esclude alcuna”. Un’idea di diritto, dunque, che, per sottrarsi alla rigorosa positività della legge, si consegna alle braccia inafferrabili e fatali dell’etica.

Ma riappare soprattutto – ed è la conclusione di ogni romanticismo contemporaneo – il fantasma, l’odiato e spregiato fantasma, della *tecnocrazia*. E come, nella visione marxistica della storia, lo Stato è destinato a estinguersi ed a lasciare il posto all’‘amministrazione delle cose’ (è la celebre formula di Federico Engels nell’‘Anti-Dühring’), del pari il ‘manifesto’ si rivolge alle “competenze necessarie e sufficienti per operare la gestione virtuosa ed ecologica dei beni comuni di cui sono chiamate a occuparsi”³. Poiché i beni comuni hanno bisogno di gestione – e di una gestione, che li faccia accessibili a tutti, e li conservi in tempo indefinito -, essi si sottraggono sì al vecchio dominio dell’appartenenza esclusiva, ma cadono sotto il dominio dei tecnici.

La nobile e lirica tensione del ‘manifesto’ sembra risolversi in ‘romanticismo tecnicizzato’. Al di là del pubblico e del privato (cioè, delle

³ U. MATTEI, *op. cit.*, 61. Per una vivace critica cfr. E. VITALE, *Contro i beni comuni* ecc., Roma-Bari 2013.

forme giuridiche di appartenenza) non c'è il 'comune'; non c'è ritorno a un passato pre-moderno o anti-moderno; ma c'è oligarchia tecnocratica.

5. Sarebbe grave e ingeneroso non cogliere, al di là dello sfondo culturale e poetico (la parola 'sogno' affiora, con fresca sincerità, nella pagina del 'manifesto'), non cogliere, dicevo, il cospicuo contributo recato dal 'movimento' alla riflessione giuridica sui beni comuni.

Già nel testo normativo, elaborato dalla Commissione Rodotà (istituita nel giugno 2007), il discorso assume più sicura precisione di scelte e di linguaggio giuridico: i beni comuni sono definiti "cose, che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona". Delle persone di oggi e delle persone di domani. Ritorna il profilo dell'appartenenza sotto schermo di 'titolarità' di persone giuridiche pubbliche o private: "Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe". "Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti e interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato".

Il testo, che anche suggerisce una diversa classificazione dei beni, si muove entro l'alveo della dottrina italiana: i beni comuni, pur considerati quali fonti di utilità fruibili da tutti, e destinati a soddisfare bisogni garantiti dalla Costituzione, appartengono a un titolare, ossia ad un soggetto che su di essi vanta un titolo giuridico; il 'chiunque', che accede all'organo giurisdizionale, è, anch'egli, titolare di un diritto, e non di un semplice e generico interesse. Riaffiora qui – e il tema ancora tornerà nel nostro discorso - la figura dei 'diritti civili', che, trapiantata dalla dottrina tedesca nell'italiana sui primi del secolo scorso, serviva proprio a designare la protezione giuridica dell'interesse di tutti i cittadini all'uso delle cose pubbliche: diritti, che Santi Romano faceva rifluire nel generale diritto di libertà personale⁴, e invece Federico Cammeo elevava ad autonoma categoria e dotava di 'realità' nei confronti dei terzi⁵.

⁴ SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi. Nozioni sistematiche*, Milano 1897, 89.

⁵ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), rist. a cura di G. Miele, Padova 1960, spec. 461.

Anche nel diritto molte cose rinascono che sembravano per sempre defunte.

6. In questa ‘*giuridicizzazione*’ dei beni comuni – la quale è certo debitrice del ‘movimento’, e ne raccoglie e determina i risultati sul terreno del diritto – assume particolare rilievo la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un. civ., 14 febbraio 2011, n. 3665 (pres. Vittoria; rel. Spagna Musso). Essa segna l’emersione storico-giuridica del concetto: emersione – si vuol dire – nella concreta determinatezza di casi giudiziari.

La Cassazione, decidendo antica controversia sulla proprietà delle valli da pesca nella laguna di Venezia, enuncia principi e segna direttive di eccezionale importanza. Ascoltiamone talune proposizioni:

“Da tale quadro normativo – costituzionale, e fermo restando il dato ‘essenziale’ della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante ‘adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economia e sociale’, emerge l’esigenza interpretativa di ‘guardare’ al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale – proprietaria per approdare ad una prospettiva personale – collettivistica”.

“Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell’ormai datata prospettiva del *dominium romanistico* e della proprietà codicistica, ‘comune’ vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”.

“Pertanto, il solo aspetto della ‘demanialità’ non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo risultando la collettività costituita da persone fisiche, l’aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell’umana personalità”.

“Dunque, la ‘demanialità’ esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione”.

La decisione della Corte Suprema non sopprime il profilo dell'appartenenza, ma anzi lo *duplica* e rafforza. Il bene appartiene insieme allo 'ente esponenziale' e alla 'collettività', ma soltanto la prima appartenenza è 'titolarità del bene in senso stretto', perché è l'"ente che può e deve assicurarne il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche e la loro fruizione". C'è, dunque, un'*appartenenza di utilità* e un'*appartenenza di servizio*' (così è definita dalla Cassazione), e quest'ultima attribuisce allo 'ente esponenziale' l'ufficio di proteggere la continuità funzionale del bene, di svolgerne la gestione, e di regolarne il godimento collettivo. I problemi di tutela giudiziaria e di gestione tecnica rientrano nell'*appartenenza di servizio*', che così determina e circoscrive un vero e autentico ambito di potere. Nella gestione – la quale è l'insoluto problema della teoria o ideologia dei beni comuni – sopravvive e si svolge la vecchia ed esclusiva titolarità del diritto.

7. Nella sentenza del 2011 approda un'affascinante storia, ricostruita in un saggio, che giunge ora in istampa (per i tipi della torinese Giappichelli): "*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*" di Andrea Di Porto, valoroso cattedratico della romana 'Sapienza'. Il 'nodo della tutela' ha un'importanza centrale: qui, la transizione dai beni pubblici ai beni comuni, dal semplice interesse del singolo al diritto civico, dall'oggettività delle cose al godimento individuale; qui, dicevo, la transizione acquista significato giuridico.

Il problema corre sotto nome di 'legittimazione ad agire' ed è avvertito da studiosi del diritto civile e del diritto amministrativo (ne fanno prova pagine dense e acute di Vincenzo Cerulli Irelli). Forse è necessario un chiarimento in linea di principio: *dove è diritto, ivi è anche potere di tutela giurisdizionale*. Il diritto disarmato non è diritto, ma interesse aspettativa desiderio. L'appartenenza, la qualsiasi appartenenza del bene, determina una *situazione sostanziale*, tutelabile dinanzi agli organi giudiziari. La Corte di Cassazione è giunta alla duplice appartenenza: il caso deciso non le consentiva di andare oltre; ma oltre deve andarsi per logica e stretta coerenza, *attribuendo ad ogni titolo o specie di appartenenza una correlativa tutela giurisdizionale*. Se il bene appartiene a chiunque, da chiunque è pur tutelabile.

8. Su questo tema il saggio di Di Porto riesce prezioso per ragguaglio storico e spunti critici. Egli, con familiarità di studioso di diritto romano, ci rammenta pagine di Vittorio Scialoja (risalenti nientemeno che al 1882), in cui il grande giureconsulto, trattando delle azioni popolari, ve-

niva a insegnare⁶: “Questo diritto è bensì pubblico, spetta all’individuo come membro del popolo; ma è tuttavia un diritto che spetta a lui e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mai fosse lecito parlare figuratamente direi che si tratta qui non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della collettività.” Non è un caso che Scialoja, pochi anni innanzi, il 1879, avesse definito le proprietà delle acque come ‘proprietà fidecommissaria’, cioè proprietà di un bene destinato anche alla fruizione di soggetti diversi dal titolare.

Sulla medesima linea di Scialoja mosse la fondamentale sentenza resa dalla *Corte di Cassazione il 4 luglio 1934*, decidendo il caso d’un cittadino intervenuto in causa, promossa da un Comune per rivendicare al demanio e all’uso civico un tratto di terreno. Il Tribunale aveva argomentato che “un diritto dei singoli sulle cose demaniali e sui beni dei privati, soggetti ad uso pubblico, vi è (iure quodam civico); ma è un *diritto destituito di azione*, essendone demandata la tutela alla sola pubblica amministrazione”. Osserva la Corte di Cassazione, con singolare finezza teorica, trattarsi di un ‘diritto veramente tale’, onde “il possesso è presso il Comune come rappresentanza e personificazione della universalità, ma non è escluso il possesso del diritto civico nel cittadino come appartenente al Comune”. Conclude la Corte:

“Qualunque sia la varia figura e denominazione di simili diritti, come è indiscutibile che d’ordinario la loro difesa giurisdizionale nell’interesse collettivo degli utenti spetti alla rappresentanza del Comune, *così deve riconoscersi che ciascun partecipante, per tale sua qualità, in quanto spetta al suo interesse, abbia diritto ed azione per la tutela del suo diritto civico individuale sia in via possessoria che petitoria*, se si ritenga danneggiato dalla illegittima perturbazione dell’uso pubblico. Non è già l’azione popolare che si sperimenti allo scopo di tutelare un interesse pubblico nel vendicare il privato, *ma è la pretesa giudiziale che ciascun singolo cittadino può legittimamente proporre nel proprio interesse individuale, intorno a diritti di natura collettiva, in quanto partecipe della universalità dei cittadini*. Si è anzi ritenuto che il singolo possa far valere in giudizio il suo diritto individuale al riguardo, sia che l’interesse ad agire venga determinato da una violazione generale del diritto collettivo, sia che dipenda da una particolare turbativa recata a sé personalmente da altri”.

⁶ V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane* (prefazione all’opera di C. G. Bruns), 1882, in *Studi giuridici*, I, Roma 1933, 117.

9. I ‘beni comuni’ – si è visto di sopra - hanno duplice appartenenza; a ciascun ‘grado di disponibilità’ – torniamo all’illuminante figura di Barbero – corrisponde la titolarità di un diritto e la congiunta legittimazione ad agire, la quale non sta da sola, ma si appoggia e fonda su quel diritto. Il Vittorio Scialoja del 1882 e la Corte di Cassazione del 1934 aprono il cammino *oltre* la Corte di Cassazione del 2011: qui s’individua e descrive la situazione sostanziale; lì se ne appresta e offre la tutela giudiziaria. Non è paradosso storico, o singolare rovesciamento cronologico fra come si tutela e che cosa si tutela, ma diversità di casi decisi e di prospettive giuridiche.

I beni comuni non sono senza appartenenza, quasi sospesi in uno spazio vuoto di diritto, ma beni a *pluralità di appartenenze*, sicché lo ‘ente esponenziale’ e il singolo hanno ciascuno il proprio titolo e ciascuno la propria legittimazione. Sarebbe logicamente e praticamente infruttuoso attribuire diritti privi di azione o azioni prive di diritto: il punto è, invece, di ricongiungere gli uni e le altre, e di moltiplicare e difendere la titolarità.

Il rifiuto, non so se organicistico o collettivistico, della titolarità di diritti individuali condanna i beni comuni all’indistinta e anarchica fruizione o alla tutela tecnocratica di amministratori e gestori. Dove si negano precise e concrete appartenenze, ivi s’installano acefali poteri o competenze regolative di tecnocrati.

10. È tempo di venire alla materia delle concessioni.

La dottrina dei beni comuni non esclude la figura della concessione: se ne tace nel ‘manifesto’ (dove si invoca soltanto una “barriera politica alta contro ulteriori processi di privatizzazione”); se ne fa esplicito e affermativo cenno nel testo della ‘Commissione Rodotà’, richiedendosi che essa si abbia “nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe”; e così nel convegno linceo dell’aprile 2008, dove le proposte furono largamente discusse.

La concessione introduce un *uso eccezionale* del bene comune, e tale fu ed è considerato: eccezionale, poiché deroga all’uso generale e gratuito, ed anzi lo impedisce ed esclude in un certo periodo di tempo o in un certo tratto di spazio. Deliberata la concessione, il bene comune viene a trovarsi in *triplice appartenenza*, o, se si vuole, è oggetto di un *concorso di diritti*: appartiene allo Stato (e perciò è bene pubblico); appartiene ai cittadini uti singuli; appartiene al concessionario, il quale ne trae specifiche e definite utilità. L’appartenenza demaniale accompagna l’intera vita del bene: essa – come avverte la Corte di Cassazione nella sentenza del

2011 – adempie un ‘servizio’ e garantisce il ‘mantenimento’ funzionale del bene, cioè, appunto, la sua continuità nel tempo. Vigendo la concessione, e nei modi e gradi propri di essa, l’appartenenza individuale – il ‘diritto pubblico diffuso’ di Scialoja – *subisce una sospensione d’esercizio, ma non perde il potere di difesa giurisdizionale.*

Si coglie qui il riflesso più importante e grave, che il regime dei beni comuni svolge sull’uso del concessionario: il quale uso, proprio nella sua *eccezionalità*, implica logicamente un ritorno, presto o tardi, all’uso generale e ordinario, ossia all’esercizio dei ‘diritti pubblici diffusi’. *Donde la possibilità che i cittadini, non quali consumatori e acquirenti dell’energia prodotta, ma quali titolari di un altro diritto sull’acqua, ne curino la difesa giudiziale contro l’ente pubblico e contro lo stesso concessionario.*

Il rapporto di concessione, determinando concorso di diritti sul medesimo bene, presenta ormai un *carattere trilaterale*: non più solo fra ente pubblico e concessionario, *ma fra ente pubblico – cives, titolari di diritti diffusi – concessionario.* L’atto di concessione costitutivo del rapporto era, e resta, bilaterale. Se l’acqua è un bene comune; se il bene comune gode della duplice appartenenza, disegnata dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 2011; se *la concessione aggiunge, per così dire, un’altra appartenenza, ma non estingue le altre*; allora è inevitabile convertire il rapporto concessorio da bilaterale in trilaterale, e considerare che esso è esposto al giudizio ed all’iniziativa dei ‘cives’. I quali, sospesi nell’esercizio dei loro diritti (e sospesi perché l’uso eccezionale, per un tratto di tempo o per un tratto di spazio più o meno lungo, li esclude dalla fruizione del bene), i quali ‘cives’, dicevo, non perdono perciò la titolarità della situazione sostanziale né la legittimazione a proteggerla in giudizio. È sospeso – si vuol ripetere – l’esercizio del diritto sostanziale (giacché il bene comune è tutto preso e assorbito nell’uso eccezionale del concessionario), ma non è né estinto né sospeso il potere di tutela giurisdizionale.

L’acqua resta bene comune, ma si trova, per forza di concessione, in un’appartenenza aggiuntiva, che determina un temporaneo concorso di tre diritti. Si dice ‘temporaneo’, poiché – come osserva Antonio Gambaro nel cospicuo trattato sui beni⁷ – “la massa d’acqua deve essere restituita al ciclo idrologico e non diviene quindi oggetto di una appropriazione definitiva da parte del concessionario”. Questa ‘restituzione’, o *ritorno dell’acqua dall’uso eccezionale alla fruizione comune*, spiega il permanente potere dei cives di agire per le vie giudiziarie.

⁷ A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato dir. civ. e comm. Cicu – Messineo – Mengoni – Schlesinger*, Milano 2012, 352.

Soltanto così, nei modi e forme proposti in questo discorso, le concessioni idroelettriche non appaiono più in conflitto con la tutela dei beni comuni, ma anzi si iscrivono nella loro logica, e ottengono pieno consenso collettivo.

Dian Schefold

LA REPUBBLICA *DIVISIBILE* E *INDIVISIBILE*. LIMITI, CONDIZIONI E FUNZIONE DELL'UNITÀ POLITICA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Unità nazionale e autonomie territoriali: a) Il contrasto originale. – b) Le riforme del 1999 e 2001. – 3. La democrazia pluralista: a) Libertà come divisibilità. – b) Forma di governo pluralistica. – c) Il dualismo Stato – Chiesa. – d) L'Italia in un sistema internazionale pluralista. – 4. Il bisogno di indivisibilità: a) La costituzione come unità. – b) La protezione dell'unità costituzionale. – c) Istituzioni che rappresentano l'unità. – d) L'unità del voto popolare. – e) L'unità della coscienza civica. – 5. I limiti del potere del giurista.

1. *Premessa*

Ringrazio dell'onore di poter parlare in questa sede, e in occasione dell'inizio di un nuovo anno accademico, e auguro a tutti gli studenti un anno fruttuoso di conoscenza e di successo. Sento quest'onore specialmente perché mi avete invitato in quanto straniero, e sono perplesso, perché una conferenza su una tematica del mio campo, il diritto costituzionale, può apparire come un'ingerenza nel dibattito italiano. Nondimeno, come studioso che si è occupato di problemi italiani da decenni e che ha imparato ad amare la cultura giuridica e politica italiana – nonostante i dubbi e le riserve inevitabili – mi sembra giusto e adeguato non ripiegare su un tema di diritto tedesco, oppure di diritto comparato, dal significato esiguo per l'Italia, ma scegliere un problema che, certo importante per tutti gli Stati costituzionali e con amministrazione centralizzata, è di significato essenziale e attuale per l'Italia. Scusatemi se mi pronuncio anche su problemi politicamente ardenti per l'Italia di oggi, ma penso che il costituzionalista non debba né possa astenersi da problemi costituzionali con rilievo politico.

* Prima lezione di Giurisprudenza, tenuta il 23 settembre 2013 all'Università degli Studi di Roma Tre.

Chi ha dato uno sguardo al testo della Costituzione della Repubblica italiana, saprà subito che il titolo del mio intervento è determinato da uno dei “principi fondamentali” che figurano nella parte introduttiva, posta a base, e prima, delle due parti principali della Costituzione: l’articolo 5, che parla della “Repubblica, una e indivisibile”, e delle autonomie. La contrapposizione di unità e decentramento è, infatti, un problema fondamentale della Costituzione. Se il primo articolo menziona e garantisce la sovranità del popolo, solleva necessariamente la questione del fino a che punto una tale sovranità presupponga una decisione unica, unitaria e pertanto indivisibile, oppure se la sovranità necessiti del riconoscimento e della garanzia di posizioni divergenti, pluralistiche. Se, però, è garantita una tale frammentazione, rimane da chiedersi se essa permetta la formazione di una volontà statale univoca, davvero “indivisibile”. La contraddizione è cruciale per ambiti essenziali dell’ordinamento. È su questi aspetti che tenterò, nel prosieguo, di presentare alcuni problemi, possibili elementi di soluzione, e, soprattutto, questioni aperte, che potranno accompagnare i vostri studi.

2. *Unità nazionale e autonomie territoriali*

a) Il tema classico, che la Costituente italiana ha trattato nell’art. 5, è la compatibilità dell’unità nazionale con le autonomie territoriali e il decentramento. L’Italia unita, influenzata dall’idea di “République une et indivisible” francese, entrò in collisione con i poteri statali monarchici preesistenti, anzi li eliminò. È vero che questo processo non fu incontestato. Era ovvio che i territori, proprio quegli enti territoriali liberati e uniti con l’Italia, avessero sviluppato uno spirito d’adesione su base locale o territoriale e, quindi, in quest’ambito, uno spirito democratico, e la teorica costituzionale e le correnti politiche potevano poggiare su questo modello di democrazia decentrata. In tal senso è possibile invocare, ad esempio, i proclami di Giuseppe Mazzini¹; sin dalla sua nascita, lo Stato unitario si trova a confrontarsi con una sfida autonomistica, anzi federalista. Certo il regime fascista tentava di soffocare tendenze del genere. Ma è proprio quest’esperienza che, nella fase costituente, incoraggiò principi autonomistici, anche in favore delle regioni.

¹ Vedi la citazione fatta da Gaspare Ambrosini, da E. CHELI, *Nata per unire*, Bologna 2012, 116.

Perciò, il dettato della Repubblica una e indivisibile nell'art. 5 della Costituzione si vede, già nella formulazione del principio fondamentale, relativizzato da un riconoscimento di autonomie locali e di decentramento, e il concetto di regionalismo si trova già nella versione originale della carta costituzionale, nel vecchio titolo V della seconda parte della Costituzione: questa garantisce due livelli di autonomia amministrativa, comuni e province, e prevede, per le regioni, un potere legislativo proprio. Nondimeno, questo programma costituzionale, reso concreto nelle disposizioni transitorie, è rimasto incompiuto per molto tempo. Soltanto le regioni a statuto speciale, sostenute dagli sviluppi del primo dopoguerra e dalle disposizioni – anche dei trattati di pace – per la protezione delle minoranze linguistiche, hanno svolto un'importanza notevole. Ma la concretizzazione del dettato costituzionale è stata molto ritardata, sia per le autonomie locali, che hanno ricevuto una disciplina nuova soltanto con una legge (la n. 142) nel 1990, e di nuovo nel 2008, sia per le regioni a statuto ordinario². Il sistema amministrativo accentrato, con l'assunzione delle decisioni più importanti a livello dei Ministeri centrali, e con la presenza dell'amministrazione dello Stato tramite corpi di polizia statale su tutti i livelli e, tramite le prefetture e i segretari del governo, anche sui livelli delle province e dei comuni, ha determinato il carattere della pubblica amministrazione. Rimane da chiedersi fino a che punto questa situazione sia veramente cambiata.

b) Sotto questo profilo la modificazione essenziale è stata causata, con portata forse maggiore della prima istituzione delle regioni nel 1970, dalle riforme costituzionali emanate nel 1999 e 2001, con la riforma quasi completa del titolo V della seconda parte della Costituzione. Queste riforme, infatti, hanno introdotto, fra l'altro, oltre il potere legislativo regionale già esistente, un elenco delle competenze statali e pertanto, secondo l'art. 117 IV° co. Cost., una potestà legislativa residuale delle regioni: ciò che non è espressamente attribuito allo Stato, rimane potestà regionale. Per di più, i controlli statali sono stati ridotti, anzitutto i commissari del governo sono stati abrogati, e la potestà statutaria della regione è stata allargata. Se ne può dedurre – e ci sono alcune voci in questo senso³ – l'arrivo a una soluzione federale. Però, dove rimarrebbe, con una tale visione, la Repubblica indivisibile? Si è dubitato, infatti, se la ri-

² Vedi, per molti, la critica di L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004, 250 ss.

³ Vedi il giudizio di A. GAMPER, *Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit*, Frankfurt 2004, 343, 464.

forma del titolo V rispettasse il principio dell'articolo 5 della Costituzione⁴.

Non sembra però che tali argomentazioni abbiano una base reale, anzitutto se si considera la prassi costituzionale dal 2001. Già l'autonomia statutaria concessa alle regioni dall'art. 123 non è un'autonomia costituzionale, ma un potere limitato da regole, anche dettagliate, sulla forma di governo e gli organi regionali (in teoria da determinare dallo statuto) nella Costituzione della Repubblica. Queste limitazioni sono state sottolineate dalla prassi della Corte costituzionale. Alcuni esempi: Il popolo regionale non deve qualificarsi tale. Il Consiglio regionale non deve essere un Parlamento – con la conseguenza impossibile che la legge regionale non deve essere una legge parlamentare –, e perfino le elezioni regionali, anche dei Presidenti delle regioni, rimangono strumento della politica nazionale. Per i conflitti costituzionali nella regione non può essere istituita una corte costituzionale regionale. Lo statuto non ha più bisogno del visto di un Commissario del Governo, è vero, ed è sottoposto a referendum popolare sotto certe condizioni, ma, se il governo della Repubblica invoca una decisione della Corte costituzionale centrale, il referendum potrà svolgersi soltanto all'esito di quest'ultima. In tal caso, la Corte è chiamata a confrontarsi con un testo approvato dal consiglio regionale, ma non dal popolo, il che renderebbe più delicato l'intervento del giudice costituzionale, potenzialmente molto incisivo quando sollecitato dal governo.

Quanto alla distribuzione della potestà legislativa, la disciplina del 2001 ha limitato la legislazione statale alle materie "espressamente" elencate e sembra concedere alle regioni una potestà residuale (art. 117 IV° co. Cost.) per ogni altra materia. In realtà però, il catalogo delle competenze centrali è lacunoso e non menziona competenze che ovviamente si è voluto lasciare allo Stato, come la circolazione stradale. La giurisprudenza ha pertanto, fin dall'inizio, interpretato i poteri statali in una prospettiva definita "finalistica", con il risultato che lo Stato può regolare quasi tutti i problemi di rilievo, e l'innovazione del 2001 è rimasta sulla carta⁵. In merito al coordinamento dei livelli tra Stato, regioni e autono-

⁴ Su questo dibattito, v. nel dettaglio A. ANZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino 2003, soprattutto 3 ss., 73 ss.

⁵ Vedi, sulla base dell'analisi di A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino 2010, 148 ss., la tesi di dottorato (Università di Roma "Tor Vergata") di G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia". La potestà legislativa residuale delle regioni tra 'poteri impliciti' e sussidiarietà*, ora in corso di pubblicazione.

mie locali, il testo costituzionale non dice niente, lasciando invariata la prassi preesistente del sistema delle conferenze, anzitutto Stato-regioni, che sono però piuttosto uno strumento di adattamento delle regioni alla politica centrale all'insegna della "leale collaborazione", che non un mezzo di coordinamento reciproco, che richiederebbe del pari anche una fiducia da parte del governo centrale. Questa situazione non può sorprendere, perché il bicameralismo italiano dà, semmai, un peso molto esiguo all'influsso regionale sulla seconda camera.

Le conseguenze pratiche per le funzioni amministrative, certo pure disciplinate nella riforma del 2001, ma con una flessibilità probabilmente necessaria, consistono in un decentramento assai modesto; la "devolution" tentata già prima, dalle riforme Bassanini, non ha trasferito le funzioni pubbliche essenziali alle regioni e alle autonomie, ma ha mantenuto il sistema di un'amministrazione centrale forte, vasta e costosa, che sottolinea più l'indivisibilità che non il decentramento. Il decentramento, quando è stato realizzato, ha favorito e aumentato l'importanza delle autorità indipendenti e delle agenzie, collocate a livello centrale, talvolta sottraendo a regioni, province e comuni competenze che sarebbero piuttosto di carattere regionale o locale. L'autonomia finanziaria regionale, provinciale e locale, invece, promessa con la riforma del 2001, è certo un problema politico e amministrativo delicato, attualmente aggravato dalla crisi finanziaria che sembra rendere illusori i tentativi finora fatti.

Venendo a una prima conclusione intermedia, la tensione fra i concetti di indivisibilità e decentramento fondata nell'art. 5 Cost. è sempre all'ordine del giorno, ma non si può dire che il primo concetto risulti abbandonato. Al contrario, gli scopi del decentramento richiedono sempre sforzi nell'attuazione della Costituzione.

3. *La democrazia pluralista*

a) Una tale valutazione sembra ancora più convincente se si considera che il principio democratico, garantito nel primo articolo della Costituzione, è reso concreto in forma pluralistica⁶. Certo, le soluzioni democratiche richiedono decisioni, quindi voti di una maggioranza compatta – anche qui può venire in rilievo la nozione di "indivisibile" – contro la minoranza che non potrà realizzare le sue idee. Ci si confronta

⁶ Su questo concetto di recente F. RIMOLI, *Democrazia, pluralità, laicità*, Napoli 2013, specialmente 199 ss.

perciò con soluzioni univoche a spese della minoranza. Il primo articolo della Costituzione, attribuendo in questo senso la sovranità al popolo, lo lega però alle forme e ai limiti della Costituzione. L'importanza di questa riserva si rivela subito dall'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo: le libertà – poi concretizzate nella prima parte della Costituzione sui diritti e doveri dei cittadini – non sono a disposizione della maggioranza, e per quanto non sia prevista una loro limitazione per proteggere certi interessi della comunità, devono essere rispettate anche dalla decisione maggioritaria. L'indivisibilità della maggioranza non è infallibilità e non toglie il diritto della minoranza di articolarsi, anche in formazioni sociali del pari garantite nell'art. 2, che possono costituire il nucleo di una nuova maggioranza. La libertà di manifestazione del pensiero, individuale e collettiva, esercitabile attraverso forme e contenuti molto diversi, conferma e sottolinea questo rapporto. Il principio dell'eguaglianza, garantito nell'art. 3 Cost., garantisce la *chance* di tutti di contribuire alla formazione di una maggioranza. Perciò la maggioranza non è il prodotto di una sovranità popolare stabile, ma un fenomeno che cambia e che lascia alla minoranza la *chance* di diventare maggioranza.

Una problematica speciale è, poi, quella sollevata dalle minoranze che difendono e sostengono la loro differenza⁷. La Costituzione (art. 6) menziona, in questo senso, le minoranze linguistiche, pensando a quelle tradizionali, protette anche tramite le regioni a statuto speciale. Ma si può pensare del pari alle minoranze religiose, nonché agli immigrati, di lingua, religione e costumi minoritari, e, infine, a minoranze di orientamento sessuale diverso dall'opinione maggioritaria generale. Qui il conflitto non è risolto dalla Costituzione. Il principio democratico-pluralistico richiede un rispetto di tali minoranze, ma il principio democratico-egualitario si oppone a una protezione in positivo. In quale misura le “nuove minoranze” hanno diritto, oltre alla protezione dei diritti individuali dei loro appartenenti – che è incontestabile –, a una protezione speciale, privilegiata? In che misura il principio maggioritario, riconducibile all'eguaglianza, vi si oppone? Ecco una questione aperta, degna di studio e di sviluppo all'interno del diritto costituzionale.

La garanzia della *chance* del cambiamento appare come ancora più vera e necessaria, se si considerano le disuguaglianze, anzitutto economiche, che esistono nella società. Utilizzando il potere economico e finanziario, una maggioranza potrebbe tentare di stabilizzare la sua posizione

⁷ Vedi la ricerca fondamentale di A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano 1967.

e di impedire il ricambio. La Costituzione tiene conto di questo pericolo, basando, secondo l'art. 1, la democrazia sul lavoro, e sancendo, all'art. 4, un diritto al lavoro. Questi diritti devono garantire a tutti la *chance* di esprimere le proprie capacità. Infatti, secondo il comma 2 dell'art. 3, “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona”. Per realizzare questi principi, la parte della Costituzione che si occupa dei diritti fondamentali nell'ambito dei “rapporti economici”, oltre statuire ulteriori diritti sociali, impone, quali limiti all'iniziativa economica privata (art. 41) e alla garanzia della proprietà (art. 42), gli scopi di utilità e funzione sociale. Sembra essenziale, proprio nella situazione economica e finanziaria attuale, sottolineare queste garanzie costituzionali necessarie, secondo il disegno del potere costituente, per il funzionamento di una democrazia da un lato maggioritaria, dall'altro pluralista⁸.

b) Tuttavia, per governare ci vuole una certa stabilità, che può contrapporsi ad un modello caratterizzato dalla logica del ricambio e dalle uguali *chances*. La forma di governo parlamentare, descritta, disciplinata e razionalizzata dalla Costituzione, deve garantire, in questi termini, l'indivisibilità dell'azione politica. Regole di questo tipo limitano necessariamente il pluralismo democratico voluto, come si è detto, dai principi costituzionali. La contraddizione tra stabilità e *chance* di cambiamento non può essere evitata.

Nondimeno, la Costituzione italiana, più di altre, concede ampio spazio al pluralismo politico, anche a livello parlamentare. Gli elementi di proporzionalismo, benché mutilati, o, se si vuole, distorti nel sistema elettorale attuale, trasportano il pluralismo sociale nel campo della politica. I partiti politici, tutelati dalla stessa Costituzione come risultato della libertà associativa, sono – o perlomeno dovrebbero essere – soggetti e portatori di un sistema di ricambio aperto. Il bicameralismo tra Camera dei deputati e Senato mitiga il governo maggioritario e lascia la scelta di un'alternativa. Anche all'interno delle Camere, il divieto del vincolo di mandato e le garanzie per le minoranze parlamentari, concretizzate e ampliate dai regolamenti parlamentari, permettono alle diverse forze politiche l'espressione delle loro rispettive diverse posizioni.

L'equilibrio tra bisogno di stabilità governativa e indirizzo politico, da un lato, e tutela della diversità, dall'altro lato, rimane un compito de-

⁸ In questo senso di recente M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012.

licato, forse da calibrare secondo le sfide poste dalla politica internazionale, dalla politica economica e dalle riforme interne. Per il sistema dei partiti politici, invece, il concetto di concorrenza libera e democratica garantito dalla Costituzione (art. 49), sviluppato sulla base dell'esperienza della fase costituente, sembra oggi insufficiente. Con la pietrificazione del vecchio sistema partitico, da un lato, e, dall'altro, la sua crisi e la sostituzione – non totale, ma in aspetti importanti – del vecchio sistema da parte di un modello largamente determinato dal potere economico, la concorrenza associativa è stata sovrastata da concetti imprenditoriali e privilegi consolidati, estranei a una democrazia aperta. In quest'ambito appare dunque necessario un correttivo, per garantire una struttura interna democratica dei partiti, con il controllo dei flussi finanziari e la separazione del potere economico da quello associativo. Sembra, perciò, convincente la dottrina più recente, laddove afferma la legittimità costituzionale di una legge sull'organizzazione interna dei partiti⁹.

c) Occorre completare questo quadro tenendo conto altresì che il principio di indivisibilità si trova relativizzato, nella Costituzione, oltre che negli ambiti già menzionati, anche nel riconoscimento che, in conformità con i Patti lateranensi del 1929 (come modificati nel 1984), “lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani” (art. 7). La disposizione va oltre il contenuto della libertà religiosa, garantita dall'articolo successivo, sancendo un diritto fondamentale, essenziale, come abbiamo visto, per il funzionamento di una sistema pluralistico che offra possibilità di ricambio democratico: l'art. 7 riconosce, accanto al potere statale, un altro potere indipendente, anzi espressamente qualificato come “sovrano”, in contrapposizione al potere del popolo. Ne deriva la questione sulla portata di una simile “sovrانيتà”. Si tratta di un potere supremo? In quanto tale, dovrebbe essere indivisibile, e occorrerebbe attribuire la sovranità sia alla Chiesa cattolica, sia allo Stato, perché non possono coesistere due poteri supremi. Oppure si tratta soltanto di un ruolo di fatto – nella società, nella storia, nella tradizione – eminente? In questo caso, la sua importanza giuridica non sarebbe qualitativamente diversa dai fenomeni, già menzionati, dell'autonomia, del decentramento, della formazione di una volontà democratica

⁹ Vedi E. CHELI, *op. cit.*, 179 ss.; P. RIDOLA, *Le regole costituzionali del pluralismo politico*, *Giur. Cost.* 1993, 2959 (2966 ss.); P. RIDOLA, *Finanziamento della politica e eguaglianza delle chances*, Varese 1999, 7 (17); G. CERRINA FERONI, *Democrazia interna dei partiti in Germania: un modello per l'Italia?*, in *I 60 anni della Legge fondamentale*, Atti del Convegno 5-7 novembre 2009, Torino 2012, 227 ss.

e pluralistica come garanzia di ricambio, e l'uso del concetto di "sovranità" sarebbe quantomeno impreciso, e comprensibile, semmai, come segno di tradizione e cortesia nei confronti della Santa Sede.

d) Ad ogni modo è vero che il pluralismo dei poteri che abbiamo incontrato nell'ordinamento repubblicano, nonostante la sua qualificazione come "indivisibile", continua anche nell'ambiente internazionale di cui l'Italia fa parte. Con il senno di poi, è senz'altro ammirevole come l'Assemblea costituente dal 1946 al 1948 abbia previsto e preparato un simile sviluppo. Certo, diversamente da altre costituzioni più recenti o modificate più recentemente, la Carta del 1947 non contiene speciali disposizioni sull'ordinamento europeo. È disposto invece che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" (art. 10, I° co.), e "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo" (art. 11). Con queste due regole, integrate nel 2001 da un riconoscimento dei vincoli europei e degli obblighi internazionali (art. 117 I° co.) – riconducibile già al testo originario della Costituzione –, l'Italia ha potuto fare i passi necessari verso l'Unione Europea, come parte di questa Unione e inserendosi, per questa via, come parte di un complesso più ampio, certo ancora meno indivisibile che la Repubblica italiana. Ma è proprio questa divisibilità che caratterizza, come la struttura statale italiana, del pari la struttura europea. Per dirla con le parole del testo costituzionale, le limitazioni della sovranità sono necessarie, ed è soltanto a patto di accettare un simile concetto di sovranità limitata che si può ancora parlare di sovranità. Altrimenti, forse sarebbe meglio rinunciare a questa nozione tanto abusata nella storia.

Fanno dunque parte dell'organizzazione pubblica – e questa può essere una seconda conclusione intermedia – non i soli enti costitutivi della Repubblica (menzionati nell'art. 114 Cost.), ma anche persone e formazioni sociali (art. 2 Cost.): dall'individuo, per il tramite delle organizzazioni private e pubbliche, alle autonomie, alle regioni, ai fattori della vita pubblica su tutti questi livelli fino allo Stato centrale e ai livelli dell'Unione europea. Nella distribuzione dei poteri, un'importanza essenziale è certamente rivestita dalle regole costituzionali, comprese le regole europee, ma, come abbiamo visto, oltre ai principi fondamentali occorre considerare sia i diritti fondamentali, sia le regole sull'ordinamento della Repubblica (2a parte della Costituzione), tenendo conto che i procedimenti di decisione vengono influenzati, oltre che dalla disciplina costitu-

zionale, anche dalle formazioni di base che co-determinano l'organizzazione pubblica.

4. *Il bisogno di indivisibilità*

Ovviamente, però, la diagnosi testé formulata si rivela poco soddisfacente. Chi è che decide su diritti e poteri nel singolo caso? Chi tiene unite le parti del sistema? Dobbiamo riconoscere che, malgrado la pluralità degli attori e il frazionamento sociale, c'è una dipendenza reciproca, un bisogno di coesione, di decisione dei conflitti. Il giurista, allora, si vede spinto a ricorrere a una legalità formale, ad un sistema delle fonti chiuso, che esclude legittimazioni opposte, invocando, a questo scopo, la Costituzione stessa.

Un simile tentativo, tuttavia, non sembra promettente. È proprio la Costituzione che, come abbiamo visto, garantisce le autonomie, il decentramento, i diritti inviolabili collettivi ed individuali. Non c'è una “decisione fondamentale”¹⁰ in favore dell'indivisibilità, ma un testo costituzionale composito e problematico, oggetto di dibattito e forse non immune da contraddizioni. Nondimeno, il compito del giurista deve consistere nel far valere *tutte* le norme costituzionali, l'“unità della Costituzione”¹¹. L'unità della Costituzione e, in questo senso, l'indivisibilità della Repubblica, non è però, per le ragioni anzidette, una qualità data una volta per sempre, ma un compito, un processo continuo e difficile, che si può, e si deve, svolgere su piani diversi, tutti rilevanti per l'attività giuridica. Cinque elementi, in particolare, mi sembrano significativi al riguardo.

a) In primo luogo, rimane vero che la Costituzione, come norma giuridica (o complesso di norme giuridiche), pretende, basandosi su un procedimento qualificato di discussione ed elaborazione, di disciplinare la convivenza del popolo costituito e – in quanto tale – indivisibile. In senso formale, questa funzione può essere chiamata “graduazione dell'ordinamento giuridico”¹². La conformità alla Costituzione è decisiva per la legittimità di regole ed atti del potere pubblico, e anche di quello privato.

¹⁰ Nel senso di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, le cui opere dimostrano come la sostituzione della norma costituzionale da una decisione “totale” finisce nel totalitarismo nazista.

¹¹ F. MÜLLER, *Die Einheit der Verfassung*, 1979, 2a ed. Berlin 2007.

¹² Questa graduazione (“*Stufenbau der Rechtsordnung*” nel senso di Hans Kelsen) raccomanda, ma non presuppone l'esistenza di una giustizia costituzionale (vedi *infra*, b).

È compito del giurista pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale, e, decidendole, contribuire al mantenimento della Costituzione come fonte suprema. In senso sostanziale, questa posizione e questo ruolo della Costituzione le danno rilievo come atto fondamentale della società e della sua coesione. A sottolineare l'importanza delle Costituzioni, sta la solennità della loro pubblicazione¹³. Gli ostacoli ad una revisione costituzionale "facile" – con maggioranza semplice – aiutano a preservare la rigidità costituzionale¹⁴, ed è questo il motivo per cui le regole sulla modificazione della Costituzione – come quelle sulla Corte costituzionale – vengono qualificate dalla Costituzione stessa come "garanzie costituzionali".

Questo carattere della Costituzione non deve però essere esclusivo. Per gli Stati federali, le Costituzioni degli Stati membri sono un completamento naturale, e rimane da chiedersi se l'autonomia statutaria delle regioni italiane non possa, e forse debba, essere vista nel senso di una funzione simile. Per l'Unione Europea, l'importanza costituzionale dei Trattati è ovvia, nonostante il naufragio del disegno per una Costituzione europea. In altri termini, è l'idea di una "cultura costituzionale"¹⁵ che si afferma nelle società moderne, e, nonostante il significato incontestabilmente rivestito dalle Costituzioni nazionali, l'idea dello Stato costituzionale ha superato i limiti dello Stato tradizionale, giungendo ad includere altre forme di ordinamenti autonomi, quali quelli appena menzionati.

b) In secondo luogo, può osservarsi che dal ruolo orientatore della Costituzione, e dalla sua prevalenza, deriva una forza vincolante, un'obbligatorietà *erga omnes*. La Costituzione non è "norma" soltanto nel senso di una regola guida e da rispettare¹⁶, ma, lo è anche come limite invalicabile, la cui violazione può essere sanzionata nelle forme giuridicamente previste. Questo è tradizionalmente il caso dei delitti politici che offendono l'ordinamento costituzionale: basti pensare all'alto tradimento, caratterizzato come un attacco alla Costituzione. D'altro canto, resta compito della politica criminale incentrare i delitti politici su ipotesi di violazione della Costituzione. È anche vero, però, che l'interpreta-

¹³ Si pensi alla Costituzione degli Stati Uniti, e alla sua presentazione a Washington. Vedi anche art. XVIII, 2° co. disp. transitorie della Cost.it.

¹⁴ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, che si oppone decisamente a una riduzione della rigidità a un limite formale.

¹⁵ Nel senso di P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 6a ed., Baden-Baden 2009.

¹⁶ In questo senso, gli allievi di Alessandro Pizzorusso gli hanno dedicato Scritti in onore sotto il titolo "Il rispetto delle regole", Torino 2005.

zione costituzionale rimane determinata dalle diverse opinioni degli interpreti, il che rispecchia, a suo modo, la divisibilità della Repubblica, il suo carattere plurale. Nondimeno, dalla posizione della Costituzione come norma giuridica suprema può desumersi che il controllo della conformità rispetto ad essa è, al contempo, un problema giuridico, da risolvere per via giurisdizionale. È una simile conclusione – non ancora ovvia quando l'idea della Costituzione si è fatta strada – che ha avuto per conseguenza sia l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale, anzitutto nella prassi statunitense, sia la creazione di Corti costituzionali per decidere sulle questioni di legittimità costituzionale, intese in senso più o meno ampio. Questa soluzione, scelta nel secondo dopoguerra anzitutto dalla Costituzione italiana (e poi da quella tedesca), ha avuto un grande influsso nei decenni scorsi, come simbolo dell'unità del controllo sulle leggi nello Stato costituzionale.

c) Vengo, con ciò, ad accennare a una terza via attraverso cui la Repubblica viene resa indivisibile: ci sono infatti istituzioni che raffigurano, o meglio rappresentano l'unità, la cui presenza, con la dignità che è loro propria, richiama l'indivisibilità della Repubblica, nonostante le frammentazioni sopra ricordate. Si tratta di un compito oggi affidato, come abbiamo visto, alle Corti costituzionali. Prima di esse, ad esercitare un'analoga funzione c'era il potere monarchico, sempre in concorrenza con il Parlamento, in cui ogni membro, secondo la Costituzione (art. 67), rappresenta, senza vincolo di mandato, l'intera nazione. Questa indivisibilità di fondo è però nascosta, a livello visibile, dal pluralismo che contraddistingue il funzionamento dei lavori parlamentari. Ecco perciò che la Costituzione pone l'accento, oltre che sul Parlamento e sul Presidente del Consiglio dei ministri (il quale “mantiene l'unità di indirizzo politico”: art. 95 Cost.), sulla posizione del Presidente della Repubblica, che, secondo l'art. 87 Cost., “rappresenta l'unità nazionale”: tutti contribuiscono, ma è anzitutto funzione del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale rappresentare l'indivisibilità della Repubblica. Tuttavia, è proprio questa pluralità di rappresentanti che rivela le oscillazioni e la poliedricità del principio d'indivisibilità, il quale, dunque, appare privo di valore risolutivo nella decisione delle controversie. È questo il pericolo se la Corte costituzionale deve pronunciarsi sui conflitti tra gli organi costituzionali supremi¹⁷: la decisione risolve il conflitto con effetti giuridicamente vincolanti, certo, ma la sua forza convincente e per-

¹⁷ Esempi: sent. 1 del 2013 sulle intercettazioni del Presidente della Repubblica; il “Governo della Repubblica” (!) secondo l'art. 123 II° co. fr. 3 Cost.

suasiva deve essere in grado di affermarsi di per sé, non potendo essere garantita sul piano formale.

Occorre, poi, aggiungere che la rappresentanza dell'unità nazionale incontra i limiti derivanti dal pericolo di abusi del potere. Possono ricordarsi, da un lato, la fine della monarchia italiana, già menzionata, nonostante la mitigazione avvenuta nel 2002 con l'abrogazione dei primi due commi della XIII disposizione transitoria della Costituzione, nonché, dall'altro lato, il fatto che l'Italia, come la Germania dopo le esperienze vissute alla fine della Repubblica di Weimar, abbiano rinunciato a introdurre l'elezione popolare diretta del Capo dello Stato.

d) Questi aspetti dirigono l'attenzione verso un quarto modo di dare espressione al principio d'indivisibilità della Repubblica: la partecipazione del popolo, sovrano secondo l'art. 1 Cost., alla decisione diretta di questioni e alternative politiche. Ne consegue un potere di decidere su questioni essenziali, che, secondo la Costituzione italiana, si dispiega nelle ipotesi del referendum costituzionale (art. 138) e del referendum abrogativo di leggi (art. 75 Cost.); ad essi si aggiungono l'iniziativa legislativa – benché non vincolante – e i referendum in materie regionali, soprattutto sugli statuti (art. 72, 2° co., art. 123, 3° co. Cost.). In quest'ordine di idee, si potrebbe pensare ad un allargamento della partecipazione diretta del popolo alle scelte politiche, così che l'assunzione delle decisioni possa contare su una più ampia base di consenso. Ma, in ogni caso, rimane l'obiezione che si tratta di decisioni maggioritarie, da compiere nel rispetto dei diritti e delle libertà della minoranza. La decisione popolare può esprimere un consenso generale, è vero, ma, se davvero offre questo risultato, non è in conseguenza di un potere popolare, quanto piuttosto per la forza persuasiva della discussione pubblica. Il che non può essere garantito dalla regolazione giuridica. È una *chance* per unirsi, ma può del pari avere l'effetto di approfondire il divario fra opinioni politiche opposte.

e) Ne consegue che l'indivisibilità della Repubblica rimane uno scopo da perseguire su diverse, possibili strade, nessuna delle quali garantisce il successo. Tutte dipendono – è questo il quinto elemento – dalla coscienza civica, fattore decisivo che accetta l'indivisibilità dell'adesione alla "res publica", mantenendo i diritti e le libertà di tutti. A questo scopo, sono previste, possibili e necessarie certe decisioni giurisdizionali, come il controllo di costituzionalità delle leggi, oppure l'esercizio dei poteri concreti attribuiti dalla Costituzione al Presidente della Repubblica. La presenza e il funzionamento della coscienza civica non sono però oggetto di regolazione giuridica. Può – gli strumenti menzionati lo dimo-

strano – essere il risultato della convivenza sociale in una Repubblica saggiamente costituita, ma non ci sono strumenti giuridici che possono garantire, sancire questo risultato. Forzare l'unità della coscienza civile mediante misure giuridiche non basate sull'ordinamento costituzionale non produce l'unità. Al contrario, reprime le garanzie della divisibilità – in concreto, i diritti fondamentali – e distrugge, per questa via, una coscienza pubblica che unisce. Con altre parole, usando una formula enunciata dal costituzionalista tedesco Ernst-Wolfgang Böckenförde: lo Stato costituzionale vive da presupposti che non può garantire con il suo ordinamento¹⁸.

5. *I limiti del potere del giurista*

Possiamo constatare che l'indivisibilità della Repubblica, come norma costituzionale, è un principio fondamentale, una regola giuridica che permette e raccomanda certe soluzioni, ma dobbiamo ammettere che le garanzie costituzionali concedono diritti alla diversità e alla divisibilità. Nondimeno, il principio dell'indivisibilità rimane, e rimane compito del giurista contribuire alla sua realizzazione. Il suo contributo deve, però, limitarsi a misure che sostengono l'indivisibilità, senza poterla garantire. Possiamo – e dobbiamo – prendere questa limitazione come esempio del limite del potere del giurista che, in piena conoscenza dei valori costituzionali e dei compiti sociali, non è il creatore di un ideale sociale. Egli è invece soggetto alla legge (art. 101 Cost.), e deve esercitare le sue funzioni in tale modestia. Rimane, è vero, nondimeno il compito sociale; ma compiendolo, il giurista è, come ogni cittadino, vincolato, soggetto, e vale l'ammonizione di Gesù: “non giudicate, affinché non siate giudicati”¹⁹.

¹⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora in: *Staat, Recht und Freiheit*, Frankfurt 1976 (stw 176), 60.

¹⁹ Matt. 7,1. Cfr. L. LACCHÈ, “Non giudicate”. *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009.

IL VINCOLO REFERENDARIO DI NON RIPRODUZIONE
DELLA NORMATIVA ABROGATA
FRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DOTTRINA
QUALCHE RIFLESSIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA
N. 199 DEL 2012 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 199 del 2012 e la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. vincolo referendario. – 2. Divieto di riproduzione e sentenza n. 16 del 1978. – 2.1. Segue: la questione del rapporto con il c. d. principio del parallelismo fra legge e *referendum*. – 2.2. Segue: il problema della esclusione delle leggi “a forza passiva peculiare”. – 3. La non incompatibilità fra parallelismo e vincolo referendario di non riproduzione nella fitta serie di obiezioni alla affermazione di quest’ultimo. – 3.1. Il problema del fondamento costituzionale. – 3.2. Divieto di riproduzione e diritto positivo. – 3.3. Divieto di riproduzione e legislazione costituzionale. – 3.4. La questione dello *ius poenitendi*. – 3.5. Il problema degli esiti contraddittori – 4. La definizione dell’effettiva portata del divieto di ripristino. – 5. Divieto di ripristino e contesto obiettivo della decisione popolare. – 5.1. Contesto fattuale ed ordinamentale e durata temporale del divieto. – 5.2. Altre ipotesi di definizione dell’arco temporale di durata del vincolo di non riproduzione con particolare riferimento alla tesi dell’ancoraggio alla legislatura. – 6. Conclusione.

1. *La sentenza n. 199 del 2012 e la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di c.d. vincolo referendario*

“Senza precedenti”: questo l’appellativo che potrebbe accompagnare la sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale per sottolinearne l’assoluta novità, dovuta al fatto di essere la prima decisione con la quale il giudice di Palazzo della Consulta mette capo ad una declaratoria di illegittimità costituzionale di una normativa di rango legislativo, in quanto sostanzialmente riprodotto di una disciplina oggetto di abrogazione referendaria. Nella specie si trattava dell’art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), il quale aveva sostanzialmente riprodotto – replicandola, «ora nei principi, ora testualmen-

te»¹ – la normativa in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica già contenuta nell’art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), che era stato abrogato dal *referendum* del 12-13 giugno 2011².

L’espressione, però, non deve ingannare: “senza precedenti” non significa “priva di radici” nella pregressa giurisprudenza della Corte che, anzi, era stata sino ad allora tutt’altro che sprovvista di indicazioni e avara di prese di posizione sul punto³.

A questo proposito, tutti sogliono rammentare la nota pronuncia n. 468 del 1990⁴, assieme alle successive sentenze nn. 32 e 33 del 1993⁵,

¹ L’espressione è tolta dalla motivazione della sentenza. Cfr. Corte cost., sent. n. 199 del 2012, punto 5.2.1 del *cons. in dir.*

² Il quesito referendario in questione, denominato «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione», aveva come oggetto l’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e come obiettivo l’attribuzione agli enti locali del potere di optare in favore dell’affidamento *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali, anche in assenza delle condizioni straordinarie richieste dal comma 3 dello stesso art. 23-*bis* (in particolare, la ricorrenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»), tutte le volte in cui tale gestione risultasse corrispondente al pubblico interesse.

³ Osserva A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in www.forum-costituzionale.it, 3 gennaio 2013, “che il divieto di ripristino fosse stato più volte affermato e costituisse un punto fermo della giurisprudenza della Corte non è dubbio”.

⁴ Nella quale, in occasione di un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge n. 117 del 1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, approvata proprio in seguito all’abrogazione popolare della disciplina codicistica in materia, la Corte ebbe a «richiamare la peculiare natura del *referendum*, quale atto-fonte dell’ordinamento», la quale comporta che a «differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il *referendum* manifesta una volontà definitiva e irripetibile»; aggiungendo, altresì, che la caducazione per via referendaria di una disciplina legislativa «non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta», neppure «a titolo transitorio».

⁵ Pronunce, queste, che hanno riguardato l’ammissibilità di due quesiti referendari in materia elettorale, da valutarsi quindi, come è noto, secondo costante giurisprudenza, alla stregua dell’ulteriore requisito dell’autosufficienza ed operatività della normativa di risulta. Proprio in merito a tale questione, la Corte ha chiarito che il legislatore può «correggere, modificare o integrare la disciplina residua» (così Corte cost., sent. n. 32 del 1993, punto 5 del *cons. in dir.*), non anche riprodurre la normativa abrogata dal *referendum* (su tale aspetto v. G. FLORIDIA, *Referendum elettorali e difetti della normativa di risulta: «inconvenienti» vs. «impedimenti»?», in *Giur. cost.*, 1993, 225; L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, *ivi*, 258. Da ultimo v. anche A. GIGLIOTTI, *L’ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano 2009, 74 ss. e spec. 80 ss.).*

nelle quali si afferma in maniera abbastanza decisa il divieto, per il legislatore rappresentativo, «di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»⁶. A queste si aggiunge tradizionalmente anche l'ordinanza n. 9 del 1997, con cui viene affrontata e risolta, ancorché in un mero *obiter dictum*, la questione, lasciata aperta dalla giurisprudenza precedente, riguardante la natura, sia del vincolo di non ripristinazione incombente sul legislatore, variamente inteso e configurato in dottrina, sia di conseguenza del rimedio prospettabile dinanzi ad ipotesi di violazione dello stesso, asserendo che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»⁷.

Qui si ferma la lettura tradizionale o, comunque, più consueta della giurisprudenza costituzionale sul punto⁸, nel cui solco andrebbe quindi collocata l'attuale decisione della Corte.

Tale lettura tuttavia, oltre a non presentarsi del tutto completa⁹, tra-

⁶ Così ancora Corte cost., sent. n. 32 del 1993, *loc. cit.*

⁷ Corte cost., ord. n. 9 del 1997, dichiarativa dell'inammissibilità – per carenza di legittimazione dei ricorrenti – di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato che i promotori del *referendum* in tema di finanziamento pubblico ai partiti politici, svoltosi nel 1993, avevano sollevato in seguito all'approvazione della legge n. 2 del 1997 recante «Norme per la regolamentazione della contribuzione volontaria ai movimenti o partiti politici», reputata in contrasto con l'esito di quel medesimo *referendum* perché sostanzialmente elusiva dello stesso.

⁸ Alla quale, peraltro, anche chi scrive si è a suo tempo adeguato: cfr. P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Considerazioni intorno a taluni casi atipici di integrazione legislativa del parametro di costituzionalità nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino 1998, 27 ss. Non mancano, peraltro, analisi che tendono ad evidenziare una non piena e totale coincidenza delle posizioni espresse dalla Corte, sottolineando la differenza che c'è tra la «scelta di far rivivere retroattivamente la normativa abrogata [sent. n. 468. N.d.r.]; [...] il concetto di “formale e sostanziale ripristino”, pro futuro, della stessa». Così fra molti, di recente, T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di ammissibilità sul referendum” e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007, 322. Analogamente, M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. Tomo I, 2. Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 662, il quale osserva come le formule usate dalla Corte costituzionale per definire il rapporto tra il referendum abrogativo e la legge ordinaria «non sono equivalenti, sicché la vera sostanza del divieto di ripristino, per come concepito dal giudice costituzionale, non è semplice da accertare».

⁹ A mio avviso, nella rassegna giurisprudenziale andrebbero invero ricordate anche

scura, a mio parere, un fatto rilevante: che, cioè, la posizione in tema di divieto di ripristino vanta un'ascendenza ben più risalente che rimonta alla storica sentenza n. 16 del 1978, vera e propria matrice di tutta l'evoluzione giurisprudenziale in tema di ammissibilità referendaria. Il riferimento è, in specie, alla elaborazione, lì compiuta, del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, per cui sono sottratte a *referendum* abrogativo tutte quelle leggi «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»¹⁰, in ragione del fatto che esse incarnano, non «una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione»¹¹, ma l'unica concretamente realizzabile (pensabile).

due pronunce del 2000, la n. 41 e la n. 45, dichiarative dell'inammissibilità di due richieste di abrogazione popolare – concernenti, la prima, alcuni articoli della legge n. 230 del 1962 riguardanti la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, nonché contenenti disposizioni relative al medesimo contratto nei settori del commercio e del turismo e in tema di organizzazione del mercato del lavoro; la seconda, l'art. 5 del decreto legge n. 726 del 1984, recante norme regolatorie del rapporto di lavoro subordinato privato a tempo parziale – in quanto rivolte a colpire due normative «di anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario», intervenute successivamente in materia mercé l'adozione di due distinte direttive sostanzialmente consonanti con la previa disciplina legislativa interna. Ciò in ragione del fatto che, anche in pendenza del termine per il recepimento delle direttive implicate, incomberebbe in capo al nostro ordinamento un obbligo di non rimozione della disciplina pre-conformativa, «se non attraverso la contemporanea sostituzione con disposizioni al loro volta conformi», come pure un dovere di non adottare «atti collidenti con i principi» comunitari, tali da determinare «una situazione di “regresso” rispetto alla situazione vigente» all'atto di entrata in vigore delle direttive medesime in grado di comprometterne il risultato. Ora, se si tiene conto, da un lato, della «considerevole discrezionalità» goduta dal legislatore nazionale nel determinare l'adeguamento alle prescrizioni comunitarie nei casi di specie, e, dall'altro, che a fondamento della inabrogabilità delle leggi di attuazione del diritto comunitario è stato, per tempo, assunto dalla giurisprudenza costituzionale il principio di responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi internazionali, il quale tuttavia in attesa della scadenza del termine di recepimento non potrebbe essere evocato, allora ci si accorge che l'intero impianto argomentativo finisce per giustificarsi soltanto facendo appello alla vincolatività dell'esito referendario. È, infatti, alla luce di ciò che l'abrogazione popolare di leggi di pre-conformazione comunitaria in pendenza del termine di attuazione può effettivamente considerarsi idonea a compromettere l'obiettivo perseguito dalla normativa comunitaria, dovendosi ad essa riconoscere la capacità di impedire al legislatore di ripristinare la normativa abrogata nel tempo rimasto a disposizione prima che scatti l'inadempimento (per maggiori considerazioni sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Riflessioni su taluni aspetti emergenti dalla tornata di decisioni di ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo del 2000*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, § 4).

¹⁰ Corte cost., sent. n. 16 del 1978, punto 3 del *cons. in dir.*

¹¹ *Ivi*, punto 9 del *cons. in dir.*

Orbene, nonostante le differenze che pure sussistono fra *rationes* fondative del limite delle leggi costituzionalmente vincolate e del c.d. vincolo referendario¹², cionondimeno non è facile sottrarsi alla suggestione che una chiara assonanza fra le stesse abbia a doversi registrare.

Ciò in ragione del fatto che, se all'interno della ipotesi di attuazione costituzionale *sine optione*, si distingue il caso della mera riproduzione legislativa di norma costituzionale – il quale, a stare alla prevalente dottrina, sarebbe ipotesi da ricondurre all'interno della classe delle leggi (norme) a contenuto costituzionalmente vincolato, anzi ne sarebbe (se non l'unica) la più accreditata espressione¹³ – si comprende che la ragione della sottrazione al *referendum* può solo allusivamente essere individuata nello scopo di protezione della Costituzione. La norma costituzionale riprodotta, difatti, al venir meno della norma legislativa che la riproduce non subirebbe effettiva incidenza della sua sfera di efficacia¹⁴.

Ad essere inciso nella sua effettività sarebbe soprattutto il *referendum*, posto che la superiorità di grado della norma costituzionale riprodotta escluderebbe che, in seguito all'abrogazione popolare di quella legislativa, possa determinarsi l'abrogazione per incompatibilità della stessa, in quanto norma identica a quella abrogata dal popolo. Ne consegue che il *referendum*, ancorché idoneo a produrre il suo effetto tipico e costituzionalmente garantito – l'abrogazione di norma legislativa – si mostrerebbe come sostanzialmente privato di effetto, *inutiliter dato*.

¹² Una certa inconferenza andrebbe rilevata, tenendo conto che quella che si cela dietro l'affermazione del limite di inammissibilità *de quo* è, a ben guardare, una posizione ancora più intransigente di quella successivamente enunciata dal giudice costituzionale, giacché essa suppone che in una potenziale contrapposizione fra *vox populi* – espressa attraverso il *referendum* abrogativo di legge costituzionalmente vincolata – e *vox Constitutionis* – reclamante il recupero della normativa abrogata, onde assicurare l'attuazione della Carta – debba esser la prima e non la seconda a prevalere. Così facendo però, a tacer d'altro, si finisce per invertire la gerarchia di valori scolpita nell'art. 1, comma secondo, della stessa Costituzione, secondo cui è quest'ultima a definire le forme e a segnare i limiti all'esercizio della sovranità popolare e non viceversa; per cui, nel caso di non altrimenti sanabile contrasto fra sovranità popolare e principio di legittimità costituzionale sarebbe quest'ultimo a dover prevalere, mercé il ripristino per via legislativa dell'unica possibile normativa di attuazione della Costituzione abrogata dal corpo elettorale.

¹³ F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, in *Giur. cost.*, 1981, 2103; M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano 1983, 209.

¹⁴ Per dirla con Crisafulli, le «disposizioni ripetitive di altre, contenute in una fonte di rango superiore, sono in realtà “pseudo disposizioni” la cui eliminazione lascerebbe intatto il vigore delle corrispondenti norme già poste dalla fonte superiore» (V. CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 159).

Sennonché, a spingere verso l'inammissibilità di *referendum* inutili non è tanto – come per altri casi – un generico principio di economia, bensì la preoccupazione specifica per una *vocatio populi* con finalità deliberativa, la quale risulti *a priori* orbata di conseguenze concrete.

Non solo, anche al di fuori dell'ipotesi della legge costituzionalmente vincolata riprodotiva della disciplina costituzionale, il discorso non cambia, anzi forse acquista persino *maggiore persuasività*. Giacché, nel caso di legge a contenuto costituzionalmente vincolato che attui la Costituzione nell'unico modo possibile, senza tuttavia duplicarla, l'esclusione dal *referendum* risponde sì al fine di evitare che la normativa costituzionale resti inoperativa perché privata dell'unica disciplina in grado di dare ad essa il necessario svolgimento, ma si fonda egualmente sulla esigenza di presidiare l'esito referendario. Difatti, accanto al problema della riduzione all'impotenza della Costituzione, sta la considerazione che l'unico mezzo di reazione possibile alla disattuazione costituzionale provocata dall'abrogazione referendaria sarebbe la riproduzione della normativa venuta meno *ope referendi*, onde il primo cesserebbe di essere un problema ove quest'ultima fosse la soluzione praticabile¹⁵. È, in fondo, proprio nell'evitare tale effetto di neutralizzazione della decisione popolare che si risolve la *ratio* più profonda (remota) della sottrazione delle leggi in parola al *referendum* abrogativo.

Ma, se tutto questo è vero, mi pare che tra il conio giurisprudenziale del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e la prefigurazione del c.d. vincolo referendario non sia difficile rintracciare un evidente filo rosso: il rifiuto della eventualità che l'esito referendario possa essere – per dir così – “posto nel nulla”. Nell'un caso – quello cioè riguardante l'abrogazione referendaria di norme costituzionalmente vincolate – ciò sarebbe imputabile o ad un fatto proprio (strutturale) del tessuto normativo o alla necessità di “rimediare” all'abrogazione popolare nell'unico modo possibile; nell'altro, discenderebbe da un libero intervento dello stesso legislatore parlamentare.

Ed allora, viene da chiedersi: qual senso potrebbe avere, da un verso, impedire lo svolgimento del *referendum* sulla base della sua (dedotta o

¹⁵ Sia consentito qui rinviare a P. CARNEVALE, *Il «referendum» abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova 1992, 149, ove si legge che «dinanzi all'abrogazione di leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato” il legislatore resterebbe astretto fra l'assistere, incapace di porvi rimedio, ad una sorta di riduzione all'impotenza del dettato costituzionale ed il reagire con il solo mezzo possibile, cioè la riproduzione della normativa abrogata dal popolo, in palese conflitto con la decisione assunta da quest'ultimo».

prodotta) inutilità oggettiva e, dall'altro, non opporsi al fatto che quella sostanziale inutilità sia perseguibile dal legislatore, una volta che il *referendum* si sia svolto? Perché mai, quel che rappresenta un ostacolo al manifestarsi della volontà referendaria dovrebbe, in seguito alla diretta manifestazione di quella volontà, non ergersi a limite nei confronti del legislatore parlamentare?

2. *Divieto di riproduzione e sentenza n. 16 del 1978*

L'individuazione di un ceppo più antico del c.d. vincolo referendario nella giurisprudenza costituzionale non si risolve in una semplice precisazione, che contribuisce a meglio ricostruire la verità storica del suo percorso fondativo al cospetto dei giudici di Palazzo della Consulta.

In realtà, quella retrodatazione di poco più di un decennio ha un ben altro rilievo. Essa, infatti, consente di stabilire una diretta relazione fra il problema in esame ed il postulato del c.d. parallelismo fra legge e *referendum*, il quale – come si sa – costituisce la vera chiave di volta che sorregge per intero il nuovo edificio dei limiti di ammissibilità delle richieste referendarie costruito nella sentenza del 1978¹⁶, ivi compreso ovviamente il limite relativo alle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato.

Ora, secondo quanto appena osservato, fra affermazione del parallelismo e prefigurazione del divieto di riproduzione non vi sarebbe, né un prima, né un poi, bensì una piena corrispondenza sincronica. Il che deve quantomeno spingere a riportare la riflessione sulla questione del vincolo referendario all'interno della logica del parallelismo, piuttosto che al di fuori di essa.

Se, infatti, nel mentre la Corte sposa il principio della equiparazione fra legge e *referendum* abrogativo pensa, altresì, e prefigura il divieto, per la prima, di riprodurre la normativa abrogata dal secondo, ciò dovrebbe indurre a sondare l'ipotesi che quel medesimo divieto, da (preteso) fat-

¹⁶ Facendo leva sul principio del parallelismo con la legge ordinaria al fine di pervenire alla definizione dell'ambito di efficacia formale dello strumento ablatorio popolare e ricavarne limiti alla sua esperibilità, la sent. n. 16 del 1978 ha lasciato sullo sfondo il problema della relazione inversa, intrattenuta dal complesso delle fonti primarie nei confronti del *referendum* abrogativo. Questa prospettiva è già tenuta presente in P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una «storica» sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 168.

tore estraneo alla logica animatrice di quella decisione, frutto di una successiva alterazione dell'«ordine del rapporto tra legge e *referendum* disegnato da [que]lla sua prima giurisprudenza»¹⁷, si possa intendere come profilo di quello stesso quadro, nel quale si tratta perciò di leggerlo ed inserirlo.

A questo proposito, è opportuno tornare a ragionare proprio del suddetto principio del parallelismo tra legge e *referendum* abrogativo.

2.1. Segue: la questione del rapporto con il c.d. principio del parallelismo fra legge e referendum

Una prima e assai seguita interpretazione ha portato ad intendere il principio in parola come fondamento di un'operazione, più che di equiparazione di grado fra le due fonti, di equivalenza quanto a complessivo trattamento giuridico, di modo da pervenire (fatte salve le specificità di ciascuna fonte) ad un pieno apparentamento fra sfera del valido disporre della legge e sfera di ammissibile intervento del *referendum* abrogativo, con la conseguenza di trasformare i limiti posti alla legittimità costituzionale della legge in limiti di ammissibilità delle richieste referendarie¹⁸.

Si tratta tuttavia di una lettura che non convince appieno.

Essa, infatti, non valuta a sufficienza il fatto che l'estensione delle ipotesi di ammissibilità oltre gli stretti limiti del riscontro *ex art. 75*, comma secondo, Cost.¹⁹, nella pronunzia del 1978 risulta compiuta (per il profilo che qui interessa), facendo leva sul disposto del primo comma del medesimo art. 75 e, segnatamente, sulla formula «abrogazione [...] di una legge e di un atto avente valore di legge», lì utilizzata per definire l'ambito attizio suscettibile di abrogazione popolare. Questa formula, se consente, nella interpretazione largamente più diffusa²⁰, di attribuire al *referendum* abrogativo una collocazione al livello legislativo nel sistema delle fonti, non autorizza invece a distinguere, in alcun modo, il ruolo (ed il regime) della legge formale da quello degli altri atti legislativi. Onde,

¹⁷ M. LUCIANI, *La formazione delle leggi*. Tomo I, 2. Art. 75. Il referendum abrogativo, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso, Bologna-Roma 2005, 663.

¹⁸ È questa la prospettiva auspicata da M. LUCIANI, *op. e loc. ultt. citt.*, cui si rinvia per ulteriori richiami.

¹⁹ Secondo l'indirizzo interpretativo patrocinato dallo stesso Massimo Luciani (ivi, 337).

²⁰ Sul punto, v., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Padova 1993, 117.

l'espressione "parallelismo con la legge", che da quella formula ritrae il suo fondamento (e che è comunemente utilizzata per individuare l'ambito di efficacia formale del *referendum*), va in realtà declinata nei termini di una simmetria che trova il suo termine di riferimento non nella legge formale ordinaria, bensì nell'atto legislativo *tout-court*. La qual cosa comporta che, perché di parallelismo si possa parlare, si debba abbracciare una linea interpretativa al contempo *comprensiva e minimalista*, che faccia leva sulla cifra caratteristica della categoria, idonea, in quanto tale, ad assurgere ad elemento comune ed unificante della classe: vale a dire la comune subordinazione alle fonti di rango costituzionale.

Ed è proprio nella (esclusiva) prospettiva di una parificazione di grado, o meglio del suo riflesso negativo della esclusione del rango costituzionale del *referendum*, che la coerenza dell'impianto della sentenza del 1978 può essere in qualche modo rintracciata e difesa.

In questa ottica, è ben possibile che vi siano limiti al legittimo disporre da parte della legge che non si traducano in limiti di ammissibilità del *referendum* abrogativo, così come, per converso, che quest'ultimi possano essere affermati anche con riferimento a casi di leggi od atti equiparati la cui legittima abrogazione da parte del legislatore rappresentativo non sia disputabile e, infine, che lo stesso *referendum* possa metter capo ad esiti che il legislatore ordinario non può legittimamente revocare in dubbio. Il tutto purché non si incida, inficiandolo, sul principio di comune subordinazione alle fonti di rango costituzionale.

2.2. *Segue: il problema della esclusione delle leggi "a forza passiva peculiare"*

La conclusione cui sono appena pervenuto (e, più in generale la ricostruzione qui proposta²¹) parrebbe, tuttavia, messa in crisi (o quantomeno turbata) dalla presenza, fra quelli elaborati nella sentenza madre del 1978, del limite di inammissibilità riguardante le leggi «a forza passiva peculiare», cui s'è già fatto cenno. E esso, infatti, avendo riguardo al complesso degli «atti legislativi [...] insuscettibili di essere validamente abrogati da leggi ordinarie successive», sembrerebbe in effetti fondarsi sull'assunto per cui vincoli d'ordine formale-procedimentale ed anche contenutistico posti alla legge dalla Costituzione si tradurrebbero in al-

²¹ Cfr., a riguardo, la diversa posizione espressa da G. AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali e Parlamento: la forza delle decisioni referendarie nelle forme di democrazia rappresentativa*, in *Giur. cost.*, 1995, 92.

trettanti limiti all'esperibilità del *referendum* abrogativo, riproponendo così quell'equazione fra sfera del valido disporre della legge e sfera dell'ammissibile intervento dell'abrogazione popolare che prima s'è inteso rigettare.

Sennonché, le cose, a mio parere, non stanno esattamente così.

Il problema principale che qui si pone è quello di individuare e perimetrare la categoria.

A questo proposito, l'acuto tentativo di recente operato in dottrina di intravedere la cifra caratteristica ed unificante della classe delle leggi a forza passiva rinforzata nella riserva costituzionale di procedimento che le caratterizza, così che «si sottraggono al *referendum*, poiché la specialità (riservata) di quel medesimo procedimento non è surrogabile per via referendaria»²², non pare a chi scrive del tutto condivisibile. Nel senso che, pur cogliendo una parte di verità, risulta tuttavia trascurarne un'altra.

In effetti, il limite in parola, più che riferirsi soltanto ad atti legislativi tributari di una riserva di procedimento prevista in Costituzione, parrebbe interessare più generalmente quegli atti che esibiscono una maggiore resistenza all'abrogazione legislativa perché comunque destinatari di una certa qual "copertura costituzionale". La non valida abrogazione ad opera di semplici leggi ordinarie posteriori, infatti, sembrerebbe riguardare anche, ad esempio, gli atti legislativi destinatari di una riserva di competenza opponibile alla legge. Si pensi alle norme dei regolamenti parlamentari, in forza della riserva competenzaale ricavabile dal combinato disposto degli artt. 64 e 72 della Costituzione, che ne esclude l'abrogazione da parte di quelle recate dalla legge formale ordinaria²³. Non dis-

²² Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 460.

²³ E questo, senza poter far leva su argomenti ulteriori, quali quelli utilizzati a suo tempo per escludere qualsiasi controllo da parte di poteri esterni alle Camere sugli atti camerali di autonormazione. Difatti, non sarebbe possibile, in proposito, rievocare il regime di "autonomia guarentigiata" a suo tempo indicato dalla stessa Corte per giustificare l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio di legittimità costituzionale: quasi a immaginare che l'argine eretto avverso la piena affermazione del principio di legittimità costituzionale debba a fortiori valere per l'intervento diretto popolare, che a quel principio risulta soggetto (art. 1, cpv. Cost.). Questo, in quanto quell'argine è risultato essere edificato, come noto, proprio sul peculiare rapporto di rappresentanza esistente fra Camere e corpo elettorale, tale da far delle prime partecipi e diretta espressione della sovranità popolare e per questo impermeabili a qualsivoglia sindacato *ab externo* sugli atti espressivi della propria autonomia normativa, fosse anche quello esercitato dal supremo tutore della conformità dell'ordinamento a Costituzione. Ora, è del tutto ovvio che un simile argomento non sarebbe in alcun modo spendibile nei confronti

similmente ad analoga conclusione dovrebbe pure pervenirsi per i c.d. regolamenti della Corte costituzionale (regolamento generale e norme integrative) espressione di potestà normativa *ex art. 14 e 22 l. n. 87 del 1953* (ma, in realtà, fondata sulla posizione di autonomia e indipendenza della Corte nel sistema²⁴), e per i decreti legislativi di attuazione degli statuti delle regioni a speciale autonomia²⁵.

Peraltro, lo stesso caso di specie in relazione al quale il limite in esame risulta coniato – vale a dire la richiesta di abrogazione della legge di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato del 1929 – pone qualche problema a riguardo, stante la difficoltà a ritenere le leggi in materia concordataria di cui all'art. 7 cpv. Cost. quale esempio certo di leggi ordinarie a procedimento specializzato o, secondo un linguaggio largamente in uso, leggi rinforzate. L'ancoraggio a previi accordi fra lo Stato e la Chiesa cattolica per la modifica con legge dei relativi rapporti, richiesto dal capoverso dell'art. 7, non sembra, infatti, dar luogo propriamente ad un aggravamento del (o deviazione dal) procedimento legislativo tipico, posto che assai a fatica gli accordi potrebbero qualificarsi come elementi procedurali, quanto semmai come presupposti materiali delle leggi in questione²⁶. Ciò che farebbe pensare, stando sempre alle convenzioni linguistiche in uso, più ad una legge atipica, che non rinforzata e, quindi, per quel che qui maggiormente interessa, ad una *differentia ratione substantiae* e non *ratione formae*²⁷.

di quel soggetto cui *secundum Constitutionem* la sovranità di cui le Camere sono espressione appartiene (di nuovo art. 1, cpv., Cost.).

²⁴ Per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., [ma 1984], 239; S.P. PANUNZIO, *I Regolamenti della Corte costituzionale*, Padova 1970, 201 e 266.

²⁵ Per la cui inabrogabilità potrebbe addursi, altresì, il rilievo circa l'esclusiva afferenza all'ordinamento regionale (sarebbe, forse, possibile qui evocare l'argomento della corrispondenza necessaria fra dimensione della rappresentanza e della partecipazione, secondo quanto sostenuto da M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 497), il quale potrebbe trovare *quodammodo* conforto anche nell'esclusione dell'esperibilità del *referendum* nazionale *ex art. 138 Cost.* sulle leggi costituzionali approvative degli Statuti regionali delle Regioni ad autonomia speciale, recentemente disposta dalla l. cost. n. 2 del 2001.

²⁶ Sul punto, dubitativamente, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 214-215. Nel senso del testo, molto chiaramente A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 472; nonché pure F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II. *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970, 152.

²⁷ Prova ne sia il fatto che, a rigore, il carattere necessariamente negoziato della normativa di modifica della disciplina dei rapporti Stato-Chiesa non risulta radicalmente in contrasto con la possibilità del diretto intervento popolare. Ciò sol che si rifletta all'eventualità di un accordo di modifica in termini riduttivi della normativa vigente – risolventesi

Ed allora, se quanto si è osservato è vero, ci si deve domandare se il predetto regime di “copertura costituzionale” possa fungere da causa di esclusione del *referendum*, sia quando ne risulti tributario un atto con forza di legge, sia qualora il beneficiario venga ad essere la legge formale ordinaria. Rimanendo nell’ipotesi della riserva costituzionale di competenza, si tratta in sostanza di chiedersi se possa ammettersi l’intervento referendario in tutte le ipotesi, ad esempio, di “riserva di legge formale” che è dato rintracciare nel nostro ordinamento, nelle quali la riserva di funzione trasmodi in requisito del regime dell’atto. Viene da rammentare il caso della legge istitutiva di una Commissione parlamentare di inchiesta (art. 82 Cost.), della legge di delegazione, a delega ancora “aperta” e, quantomeno, con riferimento alla norma di conferimento dell’esercizio della funzione legislativa (art. 76 Cost.)²⁸, della legge di proroga delle Camere (art. 60 cpv. Cost.)²⁹, della deliberazione dello stato di guerra, ove assunta in forma legislativa³⁰, e di conferimento dei poteri necessari (art. 78 Cost.)³¹, in cui il rapporto di alterità necessaria fra Parlamento e Go-

nella parziale eliminazione di talune parti della stessa, a cui potrebbe legittimamente seguire l’abrogazione disposta attraverso il *referendum* popolare. Si tratta, evidentemente, di una mera ipotesi di laboratorio, la cui macchinosità e inopportunità pratica sono di tutta evidenza, ma astrattamente sostenibile sul piano formale dei rapporti fra fonti su cui è condotto il discorso.

²⁸ Riserva che, nonostante una sin troppo corriva giurisprudenza costituzionale, non dovrebbe limitarsi al conferimento, bensì estendersi anche alla disciplina della delega. Sul punto, v. le acute osservazioni di A. PACE, *Sull’uso “alternativo” del decreto-legge, in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. cost.*, 1992, 1784 ss. e se vuoi, più di recente, P. CARNEVALE, *A proposito delle interferenze fra legislazione di delega e decretazione d’urgenza*, *ivi*, 2002, 1633 ss.

²⁹ Sia consentito rinviare, da ultimo, a P. CARNEVALE, *Invalidità della legge di proroga e difetto di legittimazione delle Camere scadute*, in *AA.VV., Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, 590 ss.

³⁰ Secondo l’indirizzo patrocinato, come noto, in specie da G. FERRARI, voce *Guerra I. Stato di guerra (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, XIX, 1970, 834 ss. (spec. 839 ss.), avverso all’altro sostenuto invece da L. ELIA, *Gli atti bicamerali non legislativi*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione*, Vol. II, *Studi sulla Costituzione*, Milano 1958, 421 (cui si rinvia anche per una ricognizione delle origini del dibattito sull’adozione in forma legislativa o meno della deliberazione dello stato di guerra), il quale vi ravvisa un caso di deliberazione parlamentare bicamerale insuscettibile «di rivestire la forma legislativa» (427 e 431 ss.). Per un recente tentativo di riproporre la questione con riferimento alle deliberazioni parlamentari di approvazione di missioni militari all’estero, con conclusione favorevole alla forma legislativa, v. ora C. DE FIORES, *“L’Italia ripudia la guerra?”*. *La Costituzione di fronte al nuovo ordine globale*, Roma 2002, 25.

³¹ Cui potrebbe aggiungersi fors’anche – a stare a quanto è stato ritenuto in dottrina (cfr. A. D’ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V, in Le Regioni*, 2002, 317) – il caso della legge statale determinativa di nuovi principi fon-

verno si ritiene debba impedire a quest'ultimo la possibilità di intervenire con propri atti legislativi³².

Ora, se non si vuole pervenire alla conclusione per cui uno stesso istituto – la riserva di competenza – rispetto allo stesso atto – la richiesta di referendum – e allo stesso problema – la valutazione di ammissibilità di quest'ultima – finisce per operare, ora come impedimento, ora no, a seconda del fatto che esso non riguardi o, per contro, interessi la sola legge formale, la risposta all'interrogativo che ci si è posti non può che essere positiva.

Quel che tuttavia se ne ricava è, innanzitutto, che la “peculiarità” della forza passiva si traduce, ai fini della sottraibilità di una normativa di livello legislativo al referendum, nell'*esclusione del libero concorso fra fonti di quel medesimo livello*. Ciò che ne consegue però, oltre alla ulteriore riduzione della sfera di efficacia formale del referendum abrogativo, è il rischio di cadere in una patente smentita che sa di contraddizione. Penso, in proposito, al caso della legislazione elettorale. Invero, se si ritiene che la materia elettorale, quantomeno “in senso stretto”, sia tributaria di una riserva di legge formale – secondo una opinione assai diffusa, ribadita anche in occasione di una recente *querelle*³³ – se ne dovrebbe poi dedurre, sulla scorta di quanto sin qui asserito, l'insuscettibilità ad intervenire su di essa da parte del referendum abrogativo. Ma questo contrasta in modo evidente con un dato dell'esperienza e con la giurisprudenza costituzionale che non ha mai inteso aggiungere al limite della diretta ap-

damentali nelle materie di competenza ripartita con la Regione, ai sensi dell'art. 11 l. cost. n. 3 del 2001. Sulla questione v. quanto osservato da G. SERGES, *Riassetto normativo mediante delega legislativa e determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente*, in *Le Regioni*, 2006, 83 ss.

³² In altri casi di riserva di legge formale, come quelli riguardanti la conversione dei decreti-legge o la c.d. sanatoria legislativa degli effetti prodotti dal decreto-legge non convertito, l'assunzione esclusivamente della funzione ascritta alla legge formale nell'ambito riservato, non impedisce che, una volta convertito o sanato il decreto (cioè a dire, espletata la funzione), la legge (meglio, la relativa disciplina) possa divenire oggetto di intervento di modifica da parte di atti legislativi.

³³ Mi riferisco al vivace dibattito suscitato dall'ipotesi avanzata da Michele Ainis in più occasioni (si tratta di editoriali giornalistici, quali, ad esempio: *Idea, Mattarellum per decreto*, in *L'Espresso*, 10 agosto 2012; *La lunga notte di una riforma*, in *Corriere della Sera*, 14 settembre 2012; *Legge elettorale, serve il decreto*, in *L'Espresso*, 24 settembre 2012) di una nuova disciplina elettorale recata da decreto-legge, i cui termini sono da ultimo riassunti in N. LUPO, *Legge elettorale come legge “in senso formale” nel regime delle fonti*, in *Giur. it.*, 2013, 1461 (nella parte di dottrina ed attualità giuridiche dedicata al tema: *La legge elettorale per il Parlamento nazionale fra diritto costituzionale e politica*, con contributi di G. Azzariti, N. Lupo, D. Carrarelli, L. Trucco).

plicabilità della disciplina elettorale di risulta, l'ulteriore vincolo del contenimento dello spazio di intervento popolare alla sola legislazione elettorale "di contorno".

Peraltro, va altresì osservato che a seguire l'impostazione in esame si finirebbe per utilizzare in funzione restrittiva dell'ambito di azione referendaria *rationes* che risultano poco spendibili, anzi del tutto fuori luogo se riferite allo strumento ablatorio popolare. Volendo, ancora una volta, tornare alla figura della riserva di competenza e in particolare alle ipotesi di riserva di legge formale, di cui s'è appena detto, la cosa è abbastanza evidente, se si tiene conto che esse trovano la loro ragione fondativa, come detto, nel dualismo necessario fra Parlamento e Governo; esigenza, questa, che sembra assai difficile far valere nei confronti del popolo legislatore, onde escluderne l'intervento. Senza, poi, dire che quantomeno nei casi di riserva relativi a condizione emergenziale, il possibile ricorso al popolo, assieme a quello alla Corte, appare un indeclinabile presidio del principio democratico³⁴.

Ed allora? Quale lettura dare del limite in parola?

Io continuo a pensare³⁵ che se ne possa fornire una che eviti le contraddizioni evidenziate, collocandosi proprio nel solco della prospettiva comprensiva e minimalista del principio del parallelismo qui propugnata.

Bisogna, invero, tener conto al proposito del ruolo determinante che nell'elaborazione del criterio di inammissibilità delle leggi a forza passiva peculiare ha, a mio avviso, svolto proprio il caso di specie per il quale è stato coniato: vale a dire, la richiesta di abrogazione dell'art. 1 della legge n. 810 del 1929, relativamente all'esecuzione del concordato del 1929 fra lo Stato e la Chiesa cattolica. Questo tanto più considerando il fatto che si tratta dell'unico caso di applicazione; ciò che ne fa una sorta di criterio "monouso".

Ora, è noto che, nel nostro ordinamento, alle leggi in materia concordataria è stato riconosciuto un regime giuridico del tutto peculiare, posto che, sia dal lato passivo – dinanzi a modifiche non concordate – secondo l'espresso dettato del capoverso dell'art. 7 della Costituzione, sia da

³⁴ Circa la questione della sottoponibilità a *referendum* abrogativo della legge di proroga ex art. 60 cpv. Cost v. un accenno in P. CARNEVALE, *Invalidità della legge di proroga*, cit., 587-588. Con particolare riferimento alla «legge dichiarativa dello stato di guerra e quella di conferimento dei poteri necessari al Governo» v. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 496.

³⁵ Questa tesi era stata già avanzata da chi scrive in P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978*, cit., 160-161.

quello attivo – per la riconosciuta idoneità a prestar deroga a norme costituzionali, con il solo limite dell'intangibilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale – secondo l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale maturato sin a partire dai primi anni settanta³⁶, paiono esibire un grado di apparentamento con le fonti formalmente costituzionali – le quali, come si sa, risultano astrette in analogo vincolo quanto a *vis activa*³⁷ – assai pronunciato³⁸.

Tale attrazione – declinabile in termini di paracostituzionalità³⁹ – avrebbe determinato, agli occhi della Corte costituzionale, una sostanziale assimilazione del limite in questione a quello riguardante le fonti formalmente costituzionali, nel senso che per le leggi lì indicate la “peculiarità” della forza passiva si sarebbe in realtà tradotta in sostanziale apparentamento di regime giuridico con le leggi *ex art.* 138 Cost.

In questo senso, non va neppure trascurato il fatto che la decisione unilaterale di disciplinare, in tutto o in parte, i rapporti con la Chiesa cattolica, qualora assunta con atto legislativo (nel nostro caso con *referendum*), finirebbe per risultare invasiva di un ambito di competenza che la Costituzione espressamente riserva, non già ad altro atto legislativo, bensì alla stessa legge (*di revisione*) costituzionale. In definitiva, in una tale

³⁶ V., com'è noto, le sentenze nn. 30 e 31 del 1971.

³⁷ V., com'è ancor più noto, le sentenze n. 1146 del 1988 e n. 366 del 1991 della Corte costituzionale, ove si individua nella immutabilità e non sovvertibilità dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, assunti nel loro nucleo essenziale, il limite d'ordine sostanziale posto al potere di revisione (legislazione) costituzionale.

³⁸ Non pare cogliere appieno la portata dell'assimilazione Massimo Luciani, là ove afferma la stessa come del tutto relativa, «poiché, evidentemente, in caso di accordo tra l'Italia e la Santa Sede per modificare i Patti è sufficiente la legge ordinaria»; aggiungendo, altresì, che identica condizione di inabrogabilità referendaria sarebbe da riconoscersi anche «alle leggi regolatrici dei rapporti fra lo Stato italiano e le confessioni acattoliche, che ai sensi dell'art. 8, comma 3° Cost., sono adottate “sulla base” delle intese tra le relative rappresentanze» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 459). A riguardo, mette conto rilevare che, da un lato, le leggi *ex art.* 7 Cost. paiono esibire, dinanzi all'ipotesi di abrogazione popolare, invariabilmente forza passiva di legge costituzionale, posto che il *referendum*, a differenza della legge, si presenta evidentemente – tranne che ad immaginare macchiniosissime (ed inverosimili) ipotesi come quella di un *referendum* preceduto da intesa abolitiva presenta evidentemente – come strumento di intervento unilaterale di modificazione da parte dell'Italia. Dall'altro, la dottrina richiamata non tiene conto del fatto che, seppur vincolate ad un analogo principio della previa negoziazione fra le parti, alle leggi di cui all'art. 8 Cost. non si riconosce nel nostro ordinamento alcuna forza attiva derogatoria di norme costituzionali, come invece alle leggi regolanti i rapporti con la Chiesa cattolica.

³⁹ Per usare un'espressione cara, fra gli altri, particolarmente ad A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2009, 210 ss.

situazione il *referendum* abrogativo finirebbe per vestire i panni di una fonte di rango costituzionale, sostituendola nel compito costituzionalmente assegnatole, recando così un *vulnus* che, oltre a risultare di evidenza tale da far pensare ad una incostituzionalità “in senso forte”⁴⁰, presenterebbe, ancora una volta, un sensibile grado di parentela con l’ipotesi di diretta attribuzione di rango costituzionale.

3. *La non incompatibilità fra parallelismo e vincolo referendario di non riproduzione nella fitta serie di obiezioni alla affermazione di quest’ultimo*

Ebbene, alla luce di quanto sin qui osservato – e prescindendo da altre considerazioni più afferenti al piano funzionale ed al processo nomodinamico⁴¹ – fra principio del c.d. parallelismo tra legge e *referendum* abrogativo e vincolo di non riproduzione della normativa abrogata dal secondo non sembra esserci quell’incompatibilità logica che viene tradizionalmente asserita. Se, infatti, quel parallelismo si risolve in comune subordinazione alla Costituzione del *referendum* e degli altri atti normativi primari – legge in testa – esso non risulta evidentemente turbato dall’esistenza di ipotesi in cui taluno di questi atti possa esibire, in via generale o particolare, una maggiore resistenza all’abrogazione. Quest’ultima, in-

⁴⁰ Frutto di una violazione – riprendo qui terminologia e impostazione proprie della riflessione di Franco Modugno – tale da intaccare la norma nella sua validità “in senso debole”, risolvendosi nella appartenenza della stessa all’ordinamento, in quanto incompatibile con le regole «essenziali sulla normazione», la quale va distinta dalla validità “in senso forte” «come completa e perfetta corrispondenza (conformità) dell’atto, del testo o della norma “a tutte le norme che, in vario modo, ne disciplinano la produzione e/o ne limitano il contenuto”» (cfr. F. MODUGNO, voci *Validità (teoria generale)* e (*diritto costituzionale*), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, rispettivamente 18-19 e 44 ss.).

⁴¹ Che fanno leva sulla considerazione secondo cui «la funzione legislativa riservata alle camere è caratterizzata da un principio di inesauribilità della funzione, mentre il procedimento referendario è destinato a produrre effetti, e a risolversi, *uno actu*. Sicché impostare il problema del rapporto tra esito referendario e legge di ripristino, come se fosse stato un normale problema di successione nel tempo di prescrizioni legislative, dava solo l’illusione di una soluzione equilibrata e coerente, quando in realtà lasciava in ombra la strutturale debolezza del potere referendario, destinato ad esaurirsi con il suo esercizio, e consegnava alla sensibilità politica del legislatore (o, più realisticamente, dei governi in carica) la gestione degli esiti di ogni *referendum*» (v. A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 2). Analogamente anche P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2011, 10-11.

fatti, revocando in dubbio la condizione di libero concorso, non mina invece la *qualitas* della primarietà come immediata soggezione alla Costituzione e alle leggi costituzionali.

Senonché, se può considerarsi così potenzialmente disinnescata una delle (principali) obiezioni opposte al riconoscimento del vincolo referendario, nondimeno restano aperte una serie di questioni che la dottrina ha opposto a quel riconoscimento⁴². Si tratta ora di esaminarle.

3.1. Il problema del fondamento costituzionale

Primo e (forse) più importante rilievo critico è quello relativo al fondamento costituzionale del divieto di riprodurre la normativa abrogata dal *referendum* che, sottolinea la dottrina, è spesso asserito come fosse cosa da dare «per scontata anche da parte degli studiosi più attenti [...] senza vera argomentazione [...] mentre] nulla [...] è meno certo di questo»⁴³. Si osserva poi che l'indeclinabile presidio costituzionale è stato in proposito individuato nel combinato disposto degli «artt. 1 e 75 della Costituzione e soprattutto sulla contrapposizione tra volontà “legislativa” e volontà “referendaria”, la quale ultima [...] dovrebbe prevalere in quanto esprimerebbe, meglio della legge, la “vera” volontà del popolo»⁴⁴. Insomma, sullo sfondo del prefigurato vizio da riproduzione a carico della legge vi sarebbe la questione cruciale del «delicato equilibrio tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa nel nostro ordinamento costituzionale»⁴⁵.

Si osserva che, posta in questi termini, la questione appare di difficile compatibilità con il nostro ordinamento costituzionale in cui, nell'attribuirsi al popolo la titolarità della sovranità, «non si distingue una diversità di grado o di intensità nei diversi modi del suo esercizio, quest'ultimo in ogni caso soggetto alle forme e ai limiti della Costituzione»⁴⁶. Non

⁴² Di sostanziale scetticismo diffuso in dottrina parla ora A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 2, sottolineando come fossero troppi – “e troppo destabilizzanti – [...] gli interrogativi aperti”, come testimoniato dai diversi “esempi, fin troppo noti, di ripristini legislativi perfettamente tollerati dalla Corte e, in larga misura, anche da parte degli studiosi”.

⁴³ Citazioni tratte da M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 664 con ampio florilegio di richiami della dottrina.

⁴⁴ *Ivi*, 667-668.

⁴⁵ T.F. GIUPPONI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum e i limiti al legislatore*, cit. 318.

⁴⁶ G. AZZARITI, *Referendum*, cit., 92.

solo, essa parrebbe evocare e supporre una concezione conflittuale che, caricando l'istituto referendario di una naturale valenza antagonista rispetto alla rappresentanza politica, finirebbe per vanificare (o rendere estremamente difficoltoso) il fisiologico innesto del *referendum* nel sistema rappresentativo e con esso l'idea stessa di una integrazione delle diverse forme espressive del principio di sovranità popolare finalizzata al comune scopo di assicurare la preservazione ed il consolidamento dei «caratteri propri e indefettibili degli stati pluralistici»⁴⁷.

Come (e cosa) rispondere ad una così radicale obiezione?

Una prima considerazione che si può fare è che, a ben riflettere, risulta abbastanza curioso (e, invero, stupisce un po') l'utilizzo dell'argomento della necessaria integrazione fra gli strumenti (e gli esiti) che veicolano l'*unica* sovranità del popolo, in funzione di contestazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* ad opera del legislatore rappresentativo. Ciò in quanto, proprio la legge riproduttiva appare in sé e per sé un indiscutibile segnale di difetto di integrazione⁴⁸. Quella riproduzione, infatti, non tanto mette in luce una divaricazione di scelte e di indirizzi rispetto ad un *thema* specifico (*id est*, una divergenza) fra orientamento del corpo elettorale e rappresentanza della Nazione – *sub specie* dei consequenziali interventi dei due legislatori, popolare e parlamentare-governativo – *quanto una chiara ed evidente contrapposizione della seconda al primo*, espressa attraverso una “reazione” speculare ed opposta alla decisione ablatoria referendaria, messa in campo per contrastarne gli esiti. Insomma, il nesso fra i due *decisa* testimonia che nel porre in essere il secondo *decisum* – la riproposizione della normativa oggetto del primo – il legislatore parlamentare, più che agire, *reagisce* e ciò non appare privo di conseguenze nel dare senso al suo intervento, che si colora inevitabilmente di consequenzialità (del resto, si parla per questo non di produzione, ma di *riproduzione*)⁴⁹.

⁴⁷ *Ivi*, 93.

⁴⁸ Ed in effetti la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 199 che il “vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile”. Sottolinea il passaggio A. MANGIA, *Abrogazione referendaria*, cit., 3.

⁴⁹ Si potrebbe qui richiamare la tesi la quale, volendo escludere che il carattere responsivo della rappresentanza debba implicare la diretta reattività delle sue scelte, intese come effetto di automatica e non mediata risposta alle esigenze dei rappresentati, asseri-

Non solo, se si fa leva sull'esigenza – assolutamente condivisibile – dell'innesto sul tronco rappresentativo dell'istanza partecipativa, allora, ben più che contro il divieto di ripristino, bisognerebbe indirizzare gli strali della critica (anche severa) verso quel *processo di trasvalutazione* cui è andato progressivamente incontro il *referendum* abrogativo, il quale si è visto riversare addosso «una domanda di prestazione decisamente sproporzionata rispetto a quanto la sua stessa natura poteva consentire»⁵⁰. Si è così dato corpo, nel corso di un'esperienza quasi quarantennale, ad una evoluzione ch'è andata configurandosi – per quel che qui più direttamente rileva – come una sorta di irresistibile ascesa della *concezione autosufficiente dell'istituto*.

Penso a certi limiti di ammissibilità elaborati dalla Corte costituzionale in termini di completezza ed esaustività del quesito abrogativo o di congruenza dello stesso rispetto al fine e, più in generale, al ruolo assunto nella sua valutazione dalla c.d. normativa di risulta – tale da render ormai assai labile la linea di demarcazione (che invece deve esserci!) fra controllo di ammissibilità della richiesta ablatoria e giudizio di costituzionalità anticipato sull'abrogazione popolare – o, infine, all'uso manipolativo dello strumento referendario. La stessa sottrazione al *referendum*, quantomeno sotto il profilo dell'abrogazione totale, della classe delle leggi «costituzionalmente necessarie», giustificata dalla possibilità del loro

see la netta contrapposizione di siffatta reattività con l'idea stessa della rappresentanza (la rammenta, da ultimo, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, 41, che richiama sul punto la posizione di H. EULAU, P.D. KARPS, *Le componenti della responsività*, in D. FISICHELLA [a cura di], *La rappresentanza politica*, Milano 1983, 320). Ci si può chiedere se ad opacizzare la natura della rappresentanza ed il suo carattere responsivo possa concorrere anche l'eventualità in cui ad essere assunta in forma reattiva sia una decisione che si traduca in una risposta di segno specularmente negativo alla scelta manifestata dai rappresentati.

⁵⁰ Così mi sono espresso in P. CARNEVALE, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio? Riflessioni in tema di abrogazione, reviviscenza e referendum elettorali*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel limbo delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino 2012, 24, precisando trattarsi di «natura che permette ad esso anche semplicemente di *veicolare domande*, piuttosto che *fornire risposte conclusive*, che altri (in particolare, il legislatore rappresentativo) sono invece chiamati a dare; di *aprire problemi*, invece che *risolverli in via definitiva*. Quella popolare-referendaria, pertanto, si presenta, più che come una compiuta decisione, come un *pezzo* di una decisione complessiva in cui *espressione immediata e mediata* della sovranità risultano reciprocamente implicate, piuttosto che immerse in una logica di separatezza nella quale la sovranità popolare tende (illusoriamente) a proporsi come rappresentabile solo da se stessa, in quanto intollerante ad ogni mediazione partitica» (il richiamo è qui evidente alla riflessione di C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo*, in *Dem. e dir.*, 1981, *passim*).

venir meno solo per sostituzione e, per questo, fondata su quello che è il limite naturale dello strumento di democrazia diretta *ex art. 75 Cost.*, è un po' figlia, a ben guardare, della medesima logica. V'è dietro l'idea della inaccettabilità della parzialità, nel senso della insufficienza della decisione popolare ove questa richieda, in specie in un settore ove la cesura normativa può costituire un problema di particolare momento, un seguito necessario da parte del legislatore.

È proprio su questo terreno che, a me sembra, si annidi prevalentemente l'inimicizia fra *referendum* e sistema rappresentativo, sotto il profilo del corretto inserimento (e canalizzazione) delle *issues* veicolate dal primo nel secondo.

Tornando, poi, al problema del conflitto fra le due forme – partecipativa e rappresentativa – della democrazia che la questione della riproduzione per via legislativa della normativa *iussu populi* abrogata parrebbe rivelare, penso che esso debba essere posto e risolto, piuttosto che in quel contesto polemico, tutto all'interno della dinamica propria della (sola) forma democratico-rappresentativa. Non, quindi, una sorta di lotta fra due democrazie, che effettivamente non troverebbe cittadinanza nel nostro sistema costituzionale, collidendo con «l'intima coerenza strutturale e funzionale» del sottomodello rappresentativo-referendario accolto dai nostri costituenti⁵¹, bensì una tensione intestina della rappresentanza come forma di trasmissione delle istanze provenienti dal basso, cui la funzione dinamizzante degli strumenti partecipativi è fondamentalmente servente⁵².

Non bisogna perciò ricorrere alla concezione del *surplus* di legittimazione democratica vantato dal *referendum* abrogativo rispetto alla legge, quanto semmai richiamarsi alla (e far valere la) esigenza della coerenza di un sottomodello – quello rappresentativo-referendario – che, da un verso, si fonda sull'opzione «che, in determinate circostanze, la decisione è allontanata dalle sedi rappresentative e collocata altrove»⁵³ e, dall'altro, consente che quella decisione, una volta assunta appunto “altrove”, sia cancellata in seguito ad una scelta di ricentralizzazione della decisione nella sede rappresentativa⁵⁴.

⁵¹ Ciò che costituisce la condivisibile tesi di fondo del lavoro di Massimo Luciani più volte richiamato (il passo citato fra virgolette è specificatamente a pag. 110).

⁵² V. ancora M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 102 ss. Analogamente, G. BRUNELLI, *Quesito manipolativo e statuto peculiare dei referendum elettorali*, in R. BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino 1999, 35 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 272 ss.

⁵³ Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 110 ss.

⁵⁴ Così che il problema si sposta «dall'alternativa fra supremazia della legge o della

Ora, se è vero che la rappresentanza politica non implica «una automatica ricettività dei rappresentanti rispetto il voluto dei rappresentati»⁵⁵, è altrettanto vero che «non può neanche legittimarsi la sostanziale indifferenza dei rappresentanti rispetto a quanto espresso dai rappresentati tramite canali di partecipazione a ciò espressamente deputati»⁵⁶; tanto più che, nella questione che ci occupa, piuttosto che di *indifferenza* si debba parlare di palese *revoca* di quel voluto (non schopenaueriana *no-luntas*, ma speculare disvolere)⁵⁷.

Peraltro, è bene chiarire l'esatta portata della prospettata incoerenza fra volontà popolare e del legislatore rappresentativo.

Qui – come meglio si preciserà in seguito – non si vuole in alcun modo sostenere una prevalenza dell'esito referendario sulla legislazione successiva e, quindi, una resistenza *tout-court* della clausola abrogativa popolare all'intervento del legislatore, giacché questo si risolverebbe proprio in un avallo di quella concezione autosufficiente del *referendum* che prima si è aspramente criticata. L'esito referendario non è assolutamente intangibile da parte del legislatore rappresentativo, il quale, da un punto di vista giuridico, potrà colmare la lacuna determinata (o comunque intervenire sulla normativa di risulta prodotta) *nel modo che riterrà più opportuno*, restando esclusa la sola ipotesi di riportare *sic et simpliciter* il tessuto normativo allo *status quo ante*. In tal senso, va convenientemente ridimensionata anche l'affermazione circa la “doppiezza” che il *referendum* abrogativo parrebbe esibire nel sistema: «atto legislativo “in entrata” [...] e atto superlegislativo “in uscita”»⁵⁸.

volontà popolare alle garanzie del corretto esercizio della funzione legislativa, soggetto all'onere di rispettare l'esito del *referendum* abrogativo come *fonte di correzione e di completamento della legislazione*» (così L. GENINATTI SATÉ, *Sulla (ri)produzione legislativa di norme già abrogate*, in *Giur. cost.*, 2011, 3838, corsivo mio).

⁵⁵ M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., 133.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Revoca*, il cui verificarsi – come rilevato di recente – finisce per riflettersi negativamente, non solo sul corretto esercizio della funzione legislativa da parte degli organi rappresentativi, bensì pure sulla stessa credibilità dell'istituto referendario, generando un effetto disincentivante della partecipazione popolare (cfr. E. DE MARCO, *Il referendum: uno strumento ormai “spuntato”?*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Arcidiacono*, III, Torino 2010, 1063 ss., spec. 1078, il quale rammenta in proposito i due “casi emblematici” del Ministero dell'agricoltura e foreste e del Ministero del turismo e dello spettacolo, entrambi aboliti per via referendaria e poi sostanzialmente riattivati dal legislatore).

⁵⁸ L'efficace espressione è ancora di M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 663 che peraltro la riferisce alla giurisprudenza della Corte costituzionale e alle due sedi del giudizio di ammissibilità della richiesta di *referendum* e di legittimità costituzionale sulla eventuale legge riproduttiva.

3.2. *Divieto di riproduzione e diritto positivo*

Ciò posto, si tratta tuttavia di superare un'ulteriore obiezione. Ammesso il difetto che parrebbe affliggere la rappresentanza nel caso in cui si metta capo alla riproduzione legislativa dello *status quo ante* l'abrogazione popolare, resta tuttavia da verificare la possibilità di configurare forme di sanzione che eccedano il piano delle valutazioni propriamente politiche per investire quello dei rapporti giuridici fra le fonti. Ci si deve chiedere, per questo, se l'*accountability* possa essere accompagnata da uno scrutinio giuridicamente qualificato.

Ora, a tale proposito, a me pare che il nostro ordinamento non sia del tutto privo di indici idonei a fornire avallo ad una simile "eccedenza", tanto da poterla derubricare da "illogica (e illecita) conquista" in "ragionevole espansione".

Mi spiego.

Innanzitutto, una prima considerazione di carattere generale sulla pretesa esclusività del rapporto fra rappresentanza e responsabilità politica. Invero, che problemi legati ad un *deficit* di rappresentanza possano vestire i panni, non solo di fatti afferenti al piano delle valutazioni politiche, ma anche di fattori di illegittimità di atti adottati dal legislatore rappresentativo, non è cosa del tutto eccentrica nell'ordinamento.

Si prenda, ad esempio, l'istituto della *prorogatio* della Camere, di cui all'art. 61 della Costituzione, il quale, giusta l'orientamento assolutamente prevalente della dottrina e della prassi, associa ad una situazione di carenza rappresentativa una limitazione funzionale, consentendo di temperare le esigenze della rappresentanza democratica con quelle della continuità⁵⁹. Ebbene, qualora si intenda una siffatta limitazione in grado di esprimere un condizionamento sul piano giuridico e non solo esprimere un vincolo di correttezza – secondo, del resto, l'indirizzo ad oggi più accreditato nella giurisprudenza costituzionale⁶⁰ – il suo supera-

⁵⁹ Tale limite funzionale sembra giustificarsi alla luce della situazione di *deficit* rappresentativo in cui versano le Camere in regime di *prorogatio* e alla stregua della necessità di salvaguardare la sfera decisionale dei futuri codeterminatori dell'indirizzo politico da condizionamenti discendenti da un organo rappresentativo ormai morente. Sul punto sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *La prorogatio delle Camere quale limite all'esercizio della funzione legislativa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, 484 ss. e spec. 491 ss. ed *ivi* ulteriori richiami.

⁶⁰ A dar corpo ad esso possono richiamarsi alcune decisioni della Corte costituzionale, come le sentt. nn. 468/1991, 515/1995, 196/2003, 68/2010, dalle quali emerge con sufficiente chiarezza l'intento di accreditare la tesi della giuridicità del limite dell'"ordinaria amministrazione".

mento dovrebbe comportare una sanzione a carico dell'atto "eccedente". E laddove si trattasse di una legge, la conseguenza dovrebbe essere la sua incostituzionalità⁶¹. Discorso non troppo diverso dovrebbe farsi per il Governo (e, per quanto riguarda il tema qui in esame, il Governo-legislatore) privo di fiducia, per il quale la situazione di carenza rappresentativa sarebbe mediata dalla dinamica propria del rapporto di fiducia. Decreti legislativi e, per certi aspetti, gli stessi decreti-legge adottati in regime di *prorogatio* risulterebbero viziati⁶².

In una prospettiva storico-costituzionale, viene poi da rammentare che proprio alle origini della nostra esperienza repubblicana è dato rinvenire un, sia pur peculiare, caso di vincolo referendario nei confronti del legislatore rappresentativo, se è vero che la decisione sulla forma monarchica o repubblicana assunta dal corpo elettorale col *referendum* c.d. istituzionale del 2 giugno 1946 fu prevista come vincolante per l'Assemblea costituente dalla stessa "costituzione provvisoria", giusta la previsione dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 98 del 1946 che recitava: «Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Repubblica, l'Assemblea, dopo la sua costituzione, come suo primo atto, eleggerà il Capo provvisorio dello Stato, che eserciterà le sue funzioni, fino a quando sarà nominato il Capo dallo Stato a norma della Costituzione deliberata dall'Assemblea»⁶³.

Ma, lasciando da parte il terreno delle decisioni ultime e fondative, è proprio nel campo che più direttamente ci interessa – quello, cioè, della disciplina del *referendum* abrogativo – che paiono rintracciarsi gli indizi più interessanti per il discorso che ci occupa.

⁶¹ Dalle pronunce della Corte costituzionale sembra che il limite in questione debba imporsi al legislatore e viziare gli atti adottati in violazione di esso, prefigurando per questi ultimi un sindacato di ragionevolezza.

⁶² Sia consentito qui il rinvio a P. CARNEVALE, *Vizio della condizione soggettiva del legislatore e invalidità della legge*, Roma 1999, 305 ss.

⁶³ Previsione percepita condizionante dall'Assemblea costituente, che anzi decise di trasformarla in un che di permanente attraverso la formulazione dell'art. 139 della Costituzione.

Si dirà che un simile riferimento per l'eccezionalità, unicità e irripetibilità dell'evento parrebbe scarsamente probante al fine di ricavarne indicazione circa i rapporti fra le ordinarie manifestazioni di volontà normativa del popolo e dei suoi rappresentanti. Sarebbe un rilievo difficilmente contestabile, su cui dover convenire, se non fosse che quelle stesse caratteristiche di eccezionalità, unicità e irripetibilità qualificano, nel nostro caso, anche il potere condizionato – quello, cioè, ascritto ed esercitato dall'Assemblea costituente. Di tal che, quell'obiezione, una volta revocata in dubbio l'asimmetria qualificatoria che la sostiene, ne uscirebbe fondamentalmente neutralizzata.

Penso, innanzitutto, al meccanismo della sospensione di efficacia dell'abrogazione referendaria, previsto dall'art. 37 della legge n. 352 del 1970. Quest'ultimo statuisce, come si sa, che la sospensione predetta e la conseguente ultrattività della normativa abrogata possa essere disposta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro interessato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Ebbene, una simile previsione può spiegarsi (anzi, si può dire che la postuli) solo con l'inammissibilità di una diretta riproduzione della normativa abrogata ad opera del legislatore, giacché, a diversamente opinare, ci troveremmo dinanzi ad una vera e propria superfetazione, posta la sostanziale equivalenza fra reintroduzione *ope legis* della disciplina abrogata e sua ultrattività, quantomeno limitatamente all'arco di tempo previsto dall'art. 37 cit. Che senso potrebbe avere, infatti, la previsione di una specifica procedura – che peraltro non coinvolge l'organo tributario della potestà legislativa – per produrre un effetto altrimenti conseguibile semplicemente per via di legislazione? Non se ne potrebbe scorgere uno nella celerità del procedimento, giacché – a parte la considerazione che anche l'*iter* legislativo, a certe condizioni particolari, può essere ridotto a tempi brevissimi – l'adozione di un decreto-legge non avrebbe un percorso diverso da quello qui delineato (proposta ministeriale-deliberazione del Consiglio dei Ministri-emanazione del relativo decreto da parte del Capo dello Stato).

Proprio quest'ultima considerazione induce ad orientare la ricerca di un senso ragionevole della previsione in esame nella implicita qualificazione in termini di "esclusività" della relativa fattispecie, traendo cioè da essa la conseguenza per cui, quantomeno a ridosso dell'abrogazione popolare, l'unico intervento ammesso sarebbe soltanto quello meramente sospensivo dell'efficacia del *referendum* con durata temporalmente predeterminata⁶⁴.

Ancor più probante è il richiamo alla previsione dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970⁶⁵, per come "audacemente" riscritto dalla Corte co-

⁶⁴ Si noti che la riproduzione della normativa contenuta nell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 ad opera dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 (pubblicato lo stesso giorno nella Gazzetta Ufficiale n. 188 ed immediatamente entrato in vigore) è intervenuta ben dentro il lasso di tempo in esame, stante il fatto che l'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* è stata disposta a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione del decreto presidenziale (datato 18 luglio del 2011) che ne ha dichiarato l'avvenuta abrogazione, ai sensi dell'art. 37 l. n. 352 del 1970, vale a dire dal 21 luglio, appena ventitré giorni prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2011.

⁶⁵ Un accenno alla quale, per i fini specifici del presente scritto, può leggersi in G.

stituzionale nella sentenza n. 68 del 1978, secondo cui – come noto – laddove nelle more del procedimento referendario la disciplina oggetto del quesito sia interessata da *ius superveniens*, l'abrogazione della normativa oggetto della richiesta di *referendum* comporta il blocco delle relative operazioni solo a condizione che essa abbia determinato il mutamento dei principi ispiratori o dei contenuti normativi essenziali (c.d. abrogazione sufficiente). Ora, sappiamo bene che ad una simile riscrittura la Corte pervenne sulla base della considerazione che, qualora si fosse ritenuto – come l'art. 39 nell'originaria formulazione induceva a fare – che ogni abrogazione *in itinere* della legge proposta all'ablazione popolare avesse determinato un impedimento alla celebrazione del *referendum*, ciò sarebbe risultato gravemente lesivo del diritto politico presidiato dall'art. 75, comma 1, Cost., giacché si sarebbe consentita la paradossale conseguenza per cui «la stessa riproduzione integrale dei contenuti di una legge preesistente, operata da una legge nuova, [...sarebbe bastata] a precludere l'effettuazione del *referendum* già promosso per l'abrogazione della prima di queste due fonti»⁶⁶. Ma ciò avrebbe comportato – conclude la decisione *de qua* – la riduzione «della sovranità del popolo (attivata da quella iniziativa [referendaria. *N.d.r.*] [...]) ad una mera apparenza»⁶⁷.

Insomma, quel che la Corte ha inteso a suo tempo sventare con la richiamata declaratoria di incostituzionalità è la possibilità di un “aggiramento” del diritto allo svolgimento del *referendum* legittimamente richiesto ad opera del legislatore rappresentativo.

Ma se questo è, allora parrebbe assai singolare che quel medesimo aggiramento che si è voluto impedire *referendum in itinere*, escludendo che la legge sostanzialmente riproduttiva di quella proposta all'abroga-

AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali*, cit. 95. Del tutto diversa è la lettura della previsione in parola operata da T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di ammissibilità sul referendum” e i limiti al legislatore*, cit., 319, ss. secondo il quale «l'art. 39 della legge n. 352/1970 dà per scontato che, anche in pendenza di una richiesta di *referendum*, il Parlamento conservi intatta la sua possibilità di legiferare nell'ambito della materia sottoposta a votazione popolare», avendo come unica limitazione (della cui natura giuridica dubita) la reintroduzione della «medesima normativa oggetto della consultazione referendaria». La prospettazione del testo mi era capitato di avanzarla già in P. CARNEVALE, *La Corte ed il referendum: un nuovo atto*, in *Giur. cost.*, 1993, 2276 ss. Analogo parallelo sembra proposto anche da R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2354-2355 e F. MODUGNO, *Richiesta di «referendum» abrogativo di «leggi cornice»*, in *Dir. soc.*, 1980, 217.

⁶⁶ Sent. n. 68 del 1978, punto 3 del cons. in dir.

⁶⁷ *Ibidem*.

zione del corpo elettorale possa bloccare il procedimento referendario, venga poi tranquillamente considerato possibile dopo che il popolo si è espresso nel senso dell'abrogazione, consentendo che il *decisum* del corpo elettorale sia sostanzialmente revocato attraverso quella medesima riproduzione *ex lege*. Non mi sembra coerente, anzi a voler essere sinceri fino in fondo appare persino irridente.

Non solo, parrebbe altresì irragionevole che il diritto di iniziativa referendaria sia fornito di una tutela più intensa rispetto alla decisione popolare alla cui espressione esso è ordinato, tenendo conto che l'uno come l'altra traggono origine e si radicano nel medesimo soggetto: il corpo elettorale⁶⁸.

⁶⁸ Poco persuasivo appare il rilievo mosso da G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, nonché già in *Consulta-online* § 5 *ad finem*, il quale osserva che la sentenza n. 199 del 2012 «introduce una disarmonia nella giurisprudenza stessa. Infatti, la giurisprudenza ammette che il Parlamento possa evitare il *referendum* abrogativo modificando sostanzialmente la normativa compresa nel quesito. Poiché tale modifica avviene con una legge che potrebbe essere oggetto di una successiva modifica con cui vengono reintrodotte le norme vigenti al momento della presentazione della richiesta referendaria, e poiché quindi esiste per il legislatore rappresentativo la possibilità di prevenire l'insorgenza di vincoli a suo carico derivanti dalla pronuncia popolare, la Corte dovrebbe allora stabilire che lo stesso legislatore, prima del *referendum*, non può intervenire sulla normativa compresa nel quesito». Ebbene, riesce un po' difficile individuare un nesso reale tra la presa di posizione espressa nella sentenza n. 199 e la questione del possibile "aggiramento" del meccanismo "antiaggiramento" dell'art. 39 l. n. 352 del 1970, per come riscritto dalla Corte nel 1978, il quale evidentemente risulta praticabile di per sé, a prescindere dalla sanzionabilità del ripristino della normativa abrogata dal *referendum*, come del resto dimostra il tentativo (ricordato dallo stesso A.) di evitare il *referendum* sul nucleare del 2011, attraverso l'introduzione *ex lege* n. 75 del 2011 – di conversione del decreto-legge n. 34 del 2011 recante "disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di moratoria nucleare, di partecipazioni della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli enti del Servizio sanitario nazionale della regione Abruzzo" – di una sospensione del programma nucleare in pendenza della consultazione referendaria, tuttavia non riconosciuto dall'Ufficio centrale per il *referendum* in grado di bloccare lo svolgimento della consultazione popolare (U.c.r., ordinanza 3 giugno 2011). Ove poi il discorso si volesse fondare sulla prefigurazione del divieto di riproduzione e della punibilità della sua violazione come possibili stimoli a seguire la via fraudolenta della modifica della normativa proposta all'abrogazione in prospettiva del ripristino della disciplina originaria a *referendum* ormai bloccato, si incorrerebbe, a mio avviso, in una chiara forzatura. Difatti, tale prefigurazione mancherebbe di considerare un elemento importante ed imprescindibile: il diverso e meno pesante "costo politico" di quest'ultima operazione, se messa a confronto con la riproduzione della normativa abrogata dal popolo, che rende l'aggiramento *politicamente preferibile* rispetto alla diretta violazione della volontà espressa nel *referendum*.

3.3. Divieto di riproduzione e legislazione costituzionale

Ma la fitta serie dei rilievi critici non si ferma certo a quello appena esaminato.

Si potrebbe infatti osservare che, ove si volesse fondare il vincolo sopra la (asserita) supremazia da assicurare alla volontà popolare espressa nel *referendum* nei confronti di quella rappresentata in Parlamento, la conseguenza sarebbe l'affermazione del divieto di ripristino anche a carico della legge costituzionale non confortata dal voto popolare. Dal che discenderebbe l'assegnazione alle leggi costituzionali di una «forza attiva differenziata a seconda del loro processo di formazione, laddove è del tutto evidente [...] che l'art. 138 Cost. ha fissato una perfetta equivalenza fra le leggi costituzionali approvate con il voto popolare e quelle che sono state approvate con la maggioranza dei due terzi, o comunque senza *referendum*»⁶⁹. Non solo, si determinerebbe anche un «clamoroso isolamento del *referendum* rispetto a tutte le altre fonti», dovuto al fatto che esso pretenderebbe per sé una protezione che l'ordinamento non riconosce a nessun'altra fonte primaria atipica nel cui ambito competenziale [...] mai può escludersi che] possa introdursi la legge costituzionale (o di revisione)»⁷⁰.

Ora, a me pare che l'obiezione, nonostante il rigore della prospettazione, non sia insuperabile.

Primariamente, non può non rilevarsi che l'art. 1 della Carta costituzionale, nel mentre afferma l'appartenenza al popolo della sovranità, ne circoscrive appunto l'esercizio, oltre che «nelle forme», anche «nei limiti della Costituzione», con ciò volendo asserire che quella costituzionale costituisce una cornice che si attegga naturalmente a svolgere la funzione di delimitare lo spazio della sovranità popolare. Onde, non sarebbe una forma – quella rappresentativa – piuttosto che un'altra forma – quella diretta o partecipativa – attraverso cui si esprime la medesima sovranità popolare, a dover prevalere nella eventuale contesa, quanto semmai che entrambe risulterebbero egualmente soggette alla sovranità costituzionale anche in funzione di demarcazione dei rispettivi ambiti di azione. Ed allora, alla stregua di ciò, ben potrebbe la legge costituzionale riprodurre la normativa abrogata attraverso il *referendum* ergendosi ad argine della volontà popolare.

⁶⁹ Così M. LUCIANI, *op. cit.*, 669.

⁷⁰ *Ibidem*.

Ciò che, peraltro, potrebbe anche considerarsi un portato del principio del parallelismo inteso, secondo quanto detto in precedenza, come subordinazione eguale della legislazione popolare e di quella rappresentativa alla normativa di rango costituzionale. Se infatti il principio *de quo* si sostanzia, nella giurisprudenza della Corte, in criterio per escludere il sindacato ablatorio popolare su scelte già acquisite a livello costituzionale, allora anche l'acquisizione *ex post* può apparire giustificata, allo stesso modo che, sanzionata per incostituzionalità una certa disciplina legislativa, quest'ultima possa, salvo ipotesi assai limitate, ripresentarsi nelle forme di cui all'art. 138 Cost. al fine di superare il vincolo discendente dal giudicato costituzionale. Il che, ove venisse effettuato con legge risulterebbe costituzionalmente illegittimo (e non solo per reiterata violazione delle disposizioni costituzionali cui la precedente normativa era apparsa non conforme)⁷¹.

In sostanza, il livello costituzionale della normazione è quello in cui il legislatore rappresentativo si affranca dalla concorrenza di quello popolare e ciò non cambia decisamente (anche se non è per altri versi irrilevante) laddove quell'affrancarsi appaia come un'operazione *ex ante* o *ex post* rispetto all'azione di quest'ultimo.

Del resto, se ci si pensa, quello formalmente costituzionale è l'unico grado dell'ordinamento normativo in cui la legge parlamentare torna a riassaporare quella situazione di "splendido isolamento" monopolistico che ne aveva caratterizzato la condizione nel sistema delle fonti al tempo dello Stato liberale. Scompare, assieme al *referendum* abrogativo, ogni altro atto legislativo competitore; rimane fuori dall'uscio persino la sempre più invadente disciplina comunitaria che, ancorché in grado (entro i noti limiti) di prestar deroga a quella costituzionale, tuttavia non può stabilmente modificarla e integrarla. Lì sulla vetta dell'ordinamento resta, sola, la fonte legge parlamentare (*eventualmente* accompagnata dalla consultazione popolare, ma solo laddove non si raggiunga in sede di approvazione la maggioranza dei due terzi dei membri delle Camere), senza più alcun altro dei molti compagni di viaggio che ne hanno contornato l'esistenza soprattutto in epoca di costituzione rigida.

⁷¹ Sul parallelismo fra il vizio di violazione del giudicato costituzionale e il divieto di ripristino della normativa abrogata *ex referendo* v., fra gli altri, A. RUGGERI, *Fonti, norme*, cit., 113.

3.4. La questione dello *ius poenitendi*

Per quanto riguarda, poi, il rilievo, secondo il quale l'asserzione del divieto di riproduzione della normativa abrogata dal *referendum* si risolverebbe per il popolo in un pregiudizio, piuttosto che in un vantaggio, in quanto proprio il titolare della sovranità sarebbe in tal modo privato dello *ius poenitendi*, cioè della possibilità di «tornare sui propri passi [...] decidendo di ripristinare la normativa abrogata»⁷², va osservato quanto segue.

In prima battuta, viene da notare che quello a “tornare sui propri passi”, revocando quanto prima deciso, è per il normatore in genere un diritto – per dir così – *attenuato*, se si tiene conto della possibilità di uno scrutinio sulla coerenza, non solo sincronica, ma anche diacronica della legislazione, in grado di valutare gli atti attraverso le politiche di cui sono parte e, quindi, le scelte depositate nel portato normativo nel loro concreto connettersi con le precedenti. Penso, in proposito, al sindacato esercitabile dalla Corte costituzionale sulle leggi alla stregua di parametri come la certezza del diritto e, soprattutto, il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino che, seppur prevalentemente utilizzati in ipotesi di retroattività legislativa, sono in grado di esibire anche un profilo tipicamente prospettico⁷³. Alla luce di ciò non può affermarsi che l'alternarsi fra volizioni di segno opposto si atteggi ad espressione di una mera signoria del volere del legislatore, il cui “capriccio”⁷⁴ può invece incorrere nella sanzione del giudice delle leggi, ogniqualvolta il mutamento normativo possa risultare in contrasto con l'esigenza di stabilità di trattamento dei rapporti giuridici.

Peraltro, vero è che assicurare al legislatore rappresentativo la «possibilità di ripristinare la normativa abrogata ridarebbe la parola al popolo, consentendogli di folgorare con un ulteriore *referendum* la nuova

⁷² Così M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 670-671, ma già precedentemente A. GIORGIS, *Alcune riflessioni sul possibile oggetto dei referendum parziali: disposizioni, norme esplicite, norme implicite?*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino 2001, 121 ss. (ma sul punto v. pure L. CARLASSARE, *Considerazioni su principio democratico e referendum abrogativo*, in *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 6-7 luglio 1996, Milano 1998, 138 ss.).

⁷³ Sia consentito qui il richiamo a P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli 2012, 1927ss.

⁷⁴ Per usare la terminologia di A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. Cost.*, 1985, 1147 ss.

legge, oppure decidendo di cambiare idea»⁷⁵, tuttavia a ben guardare l'antinomia fra divieto di ripristino e riconoscimento dello *ius poenitendi* è, nella specie, più apparente che reale. Proprio recenti vicende, relative alle due ultime iniziative referendarie riguardanti l'attuale legge elettorale, hanno portato all'attenzione generale il problema del rapporto fra abrogazione ex art. 75 Cost. e reviviscenza normativa, alimentando un serrato dibattito che ha consentito di scandagliarne i molteplici profili. Ora, al di là del caso specifico rappresentato dalle due iniziative referendarie in parola che miravano al recupero della precedente legislazione elettorale, mi sembra si possa dire che, sia nel fronte favorevole all'ammissibilità delle stesse (e, quindi, al riconoscimento di quella possibilità di recupero), sia in quello dei contrari, mi pare abbia trovato diffuso consenso l'ipotesi per la quale un effetto di reviviscenza potrebbe ascrivere all'abrogazione referendaria, quantomeno nei casi in cui esso risulta affermato per l'abrogazione per via legislativa ed in particolare nel caso di abrogazione di norma meramente abrogativa⁷⁶.

Ebbene, stando così le cose⁷⁷, una richiesta referendaria che assumesse ad oggetto il decreto presidenziale dichiarativo dell'avvenuta abrogazione di una disciplina già soggetta a *referendum*⁷⁸ potrebbe consentire al popolo di "tornare sui propri passi", votando per l'abrogazione e richiamando in vita la legge a suo tempo abrogata. In tal modo, lo *ius poenitendi populi* sarebbe per l'appunto salvo⁷⁹.

⁷⁵ M. LUCIANI, *op. cit.*, 671.

⁷⁶ I termini della articolata discussione emergono dalla lettura del volume di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel limbo delle leggi*, cit., *passim*. Il nesso fra reviviscenza *ex referendo* e esercizio dello *ius poenitendi* da parte del popolo è stato per tempo adombrato da A. GIORGIS, *Alcune riflessioni*, cit., 122.

⁷⁷ So bene che nella sentenza n. 13 del 2012, dichiarativa dell'inammissibilità delle due richieste di abrogazione, totale e parziale, della legge elettorale per la Camera ed il Senato presentate nel 2011, la Corte costituzionale si è schierata per il disconoscimento, ma si tratta della parte di quella pronuncia meno condivisibile, nella quale, partendo dall'esatta premessa della natura di fonte unidirezionale del *referendum*, ne ritrae la (erronea) conseguenza di escludere l'ascrizione di effetti di reviviscenza alla clausola abrogativa popolare sulla scorta di una concezione in chiave psicologica della figura *de qua*, che ne fa il frutto della *voluntas legislatoris* soggettivamente intesa e non (come deve essere) oggettivamente tale, in quanto prodotto di un'opzione ermeneutica mossa dalla necessità di salvaguardare la razionalità dell'intervento legislativo (cfr., sul punto, le assolutamente condivisibili affermazioni di M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 654 ss.).

⁷⁸ Ciò evidentemente suppone che si risolva per la positiva la questione relativa alla natura normativo-legislativa del decreto in parola. In questo senso, v. F. MODUGNO, *Apunti dalle lezioni sulle Fonti del diritto*, Torino 2005, 79-80; *contra* M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 579 ss. ed *ivi* ulteriori indicazioni.

⁷⁹ Nel solco del discorso appena fatto può anche recuperarsi l'osservazione per cui

3.5. Il problema degli esiti contraddittori

Quanto infine alla *quaestio* riguardante la possibilità di esiti referendari sincronicamente contrapposti, paventata quale conseguenza della (coerente) estensione del vincolo referendario in parola anche all'ipotesi di consultazioni popolari che non abbiano messo capo ad un'abrogazione della normativa oggetto del quesito (vittoria dei no)⁸⁰, ed in grado di produrre l'assurdo esito di un «doppio vincolo di contenuto logicamente incompatibile»⁸¹ bisogna precisare quanto segue.

Innanzitutto, va osservato che la protezione della legge uscita indenne dalla consultazione referendaria – ove affermata – non si risolverebbe in una sostanziale immodificabilità della stessa ad opera del legislatore successivo, bensì più esattamente nella inammissibilità di un intervento modificatorio che riproducesse negli stessi termini il quesito abrogativo bocciato dal corpo elettorale. In sostanza, la legge in parola (c.d. referendata) non andrebbe in alcun modo qualificata come “voluta” dal popolo, che si sarebbe limitato a disvolere la specifica abrogazione prefigurata dalla richiesta referendaria respinta, vincolando il legislatore futuro a non riproporre quel peculiare impatto ablatorio, per lasciarlo nondimeno libero di porre in essere ogni altro intervento modificativo della legge medesima⁸².

Secondariamente, deve sottolinearsi che la questione in esame evoca e si inserisce in una problematica più ampia: quella concernente l'eventualità di una contemporanea (*id est*, nella medesima “tornata”) presentazione di più richieste di *referendum* che abbiano in tutto od in parte un medesimo oggetto normativo.

il vincolo di non riproduzione della normativa abrogata dal popolo dovrebbe sussistere perlomeno sin quando non sia stata esperita una nuova consultazione popolare dalla quale emerga con chiarezza un mutato avviso dell'elettorato» (così M. SICLARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1993, 105, in nt. [32]), parzialmente affrancandola dall'accusa di eccessiva astrattezza per l'impossibilità di accertare il mutamento dell'opinione del corpo elettorale.

⁸⁰ Qui si allude all'ipotesi di un vincolo discendente da un *referendum* che abbia avuto esito favorevole alla non abrogazione, il quale si risolverebbe nel riconoscere alla legge uscita indenne dalla consultazione referendaria una protezione nei confronti di posteriori interventi di modifica da parte del legislatore (cfr., in proposito, R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti*, cit., 2353 ss.).

⁸¹ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 672.

⁸² La quale, perciò, sarebbe semmai qualificabile, più che «direttamente voluta dal popolo, [...] preferita rispetto alla specifica proposta ablatoria risultata respinta» (P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro “eventuale”*, cit., 36).

Tornando indietro di circa trent'anni, si può ricordare il caso delle plurime iniziative referendarie per l'abrogazione della legge n. 194 del 1978, in tema di interruzione di gravidanza, promosse in contemporanea all'inizio degli anni '80, sia dal partito radicale che dal movimento per la vita. Le tre richieste referendarie presentate, pur vertendo sul medesimo complesso normativo, avevano indirizzi specularmente opposti – di sostanziale liberalizzazione dell'aborto, da un verso; di fondamentale impedimento o forte limitazione, dall'altro. Come ebbe ad osservare la Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità – stante la “singolarità” ed autonomia propria di ciascuno scrutinio, necessariamente circoscritto ad una (ed una sola) richiesta, salvo l'ipotesi di accorpamento prevista dall'art. 32 l. n. 352 del 1970⁸³ – «la coesistenza di più *referendum* aventi per oggetto la medesima legge rischia di determinare inconvenienti, che sono attenuati ma non eliminati dal loro necessario svolgimento nello stesso giorno (da fissare in base all'art. 34, primo comma, della legge n. 352 del 1970)»⁸⁴. Ebbene – proseguì la Corte – dinanzi all'eventualità di «effetti abrogativi suscettibili di sovrapporsi o sommarsi [determinando...] esiti incerti o contraddittori o perfino indecifrabili», i rimedi possibili «si affidano, da un lato, alla maturità degli elettori e, d'altro lato, ai futuri interventi del legislatore»⁸⁵.

Venendo a tempi più recenti, va sicuramente richiamato il caso del “*plurireferendum*”⁸⁶ sulla legge n. 40 del 2004 (più nota come legge sulla procreazione medicalmente assistita), oggetto di cinque simultanee richieste abrogative popolari, una di abrogazione totale – dichiarata dalla Corte inammissibile perché volta ad eliminare una legge “costituzionalmente necessaria” (sent. n. 45 del 2005) – e quattro di abrogazione parziale – dichiarate, invece, ammissibili proprio in ragione della loro parzialità (sentt. nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005) – le quali si atteggiavano tuttavia, a differenza del caso precedente, ad iniziative ugualmente orientate.

⁸³ La disposizione citata prevede, al quarto comma, che l'Ufficio centrale per il *referendum*, con ordinanza, possa disporre «la concentrazione di quelle, tra le richieste depositate, che rivelano uniformità o analogia di materia».

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 26 del 1981, punto 2 del *cons. in dir.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ Tale espressione vuole indicare non la strategia del ricorso alla proposizione di più iniziative referendarie congiunte su diversi *obiecta*, bensì la prassi della presentazione contemporanea di più iniziative di abrogazione popolare aventi ad oggetto una medesima legge, i cui quesiti risultino in vario modo sovrapposti. Il *plurireferendum* sembra trovare un aggancio normativo nella previsione dell'art. 32 della l. n. 352 del 1970, che indica la possibilità del ricorso plurimo allo strumento referendario anche con iniziative che presentino una certa identità obiettiva di contenuti.

In tale vicenda, la prassi della “multi-richiesta”, piuttosto che il problema degli esiti contraddittori, ha posto la questione del sostanziale aggiramento del limite delle leggi costituzionalmente necessarie ad opera delle richieste di abrogazione parziale che, ove approvate dal corpo elettorale, avrebbero congiuntamente prodotto un risultato sostanzialmente corrispondente all’abrogazione totale della legge. Ed in questo caso anche l’appello alla maturità degli elettori sarebbe risultato fuori centro⁸⁷.

Nel mezzo si situa la vicenda della contestuale presentazione nel 1992 di alcune richieste di abrogazione di leggi istitutive di diversi ministeri⁸⁸, cui la Corte non intese opporre il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sulla base dell’argomento per cui l’esistenza o meno di un Ministero (nella specie, era quello del turismo e dello spettacolo) non sarebbe presupposta dalla Costituzione, venendo ad incidere sulla struttura e non sull’esistenza e/o sulla funzionalità dell’organo costituzionale Governo (sent. n. 35 del 1993). E questo, ancorché quell’esistenza e quella funzionalità avrebbero potuto essere messe a repentaglio ove ad oggetto di contemporanee, sia pure distinte, richieste di abrogazione popolare fosse l’intero complesso delle leggi istitutive di Ministeri⁸⁹.

⁸⁷ Come già mi è capitato di osservare, se è vero che «un maturo atteggiamento del corpo elettorale potrebbe effettivamente costituire un rimedio alla eventualità, resa concretamente possibile, di un contestuale accoglimento delle due (o anche più) contrapposte richieste abrogative, nel caso di proposte ablatorie concorrenti la circostanza di una congiunta vittoria dei sì non potrebbe certo considerarsi un segnale di scarsa maturità. E soprattutto essa sarebbe da considerarsi un’eventualità molto meno remota della congiunta approvazione popolare di due richieste abrogative della stessa legge di significato opposto» (P. CARNEVALE, *Ragioni, pretese e reali, della prassi del «plurireferendum» ugualmente orientato (in margine all’attuale vicenda dei referendum in tema di procreazione medicalmente assistita)*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano, 2005, 61-62).

⁸⁸ Si trattava, in particolare, dei Ministeri dell’agricoltura, delle partecipazioni statali, del turismo, dell’industria e della sanità. I quesiti relativi all’abrogazione degli ultimi due dicasteri non sono stati giudicati ammissibili dalla Corte costituzionale per incompletezza (v. Corte cost., sentt. nn. 34 e 36 del 1993).

⁸⁹ Anche se va precisato che in quella decisione era forse possibile reperire un antidoto ad una strategia di attacco concentrico all’organo governativo, mercé una valorizzazione del riferimento al carattere non «coessenziale alla struttura ed al funzionamento del Governo» del Ministero del turismo; di modo da trarne la conseguenza che, qualora ad essere colpita fosse la legge istitutiva di un Ministero coessenziale, non muovendosi più nell’ambito di apparati burocratici «che il legislatore ha ritenuto di discrezionalmente far assurgere al rango di Ministeri», la relativa richiesta di abrogazione, in quanto coinvolgente il Governo “in essenza”, sarebbe da ritenersi inammissibile. Onde, prescelta quella lettura, l’obiezione relativa alla pretesa inadeguatezza di un sindacato autonomo su richieste abrogative congiuntamente presentate poteva considerarsi superabile.

Tutto questo per dire che «le inestricabili difficoltà nelle quali [...] finisce per avvolgersi»⁹⁰ la tesi del vincolo di non riproduzione, testimoniata dalla considerazione della eventualità che esiti contrapposti di sincrone richieste referendarie aventi un medesimo oggetto normativo – vittoria dei sì per una e vittoria dei no per un'altra – diano luogo ad «un doppio vincolo di contenuto logicamente incompatibile»⁹¹, paiono in realtà figlie del nodo irrisolto del *referendum* plurimo piuttosto che della questione specifica di cui ci si sta occupando.

Del resto, anche sul doppio vincolo “a non riprodurre” e – per dir così – “a dover riprodurre”, bisogna intendersi meglio.

Innanzitutto, va chiarito che – come si avrà modo di meglio spiegare in seguito – sia il vincolo negativo che quello positivo non vanno riferiti a singoli disposti inseriti in più ampi complessi normativi presi ad oggetto da quesiti referendari⁹², ma debbono misurarsi ed essere parametrati proprio avendo riferimento al contenuto globale di questi ultimi (*id est*, a quei medesimi complessi normativi). Quindi il discorso va riportato all'ipotesi di richieste referendarie sostanzialmente equivalenti, quanto a contenuto.

A questo proposito, pur senza indugiare sul fatto che l'ipotesi prospettata suppone una volontà popolare afflitta da schizofrenia, va puntualizzato che il vincolo discendente da *referendum* ad esito negativo – vittoria dei no – ove ovviamente se ne ravvisi la prospettabilità⁹³, non si sostanzia in una sorta di “blindatura” della legge uscita indenne dalla consultazione, bensì più limitatamente nella impossibilità di proporre un'abrogazione negli stessi termini della respinta iniziativa abrogativa. L'esito negativo del *referendum* – come già detto – non fa della legge oggetto della richiesta abrogativa una legge “voluta” dal popolo, quanto semmai implica la protezione di quest'ultima da un'abrogazione ad opera di un'altra legge che richiami il verso obiettivo della richiesta (quella sì “disvoluta”).

⁹⁰ M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 660.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Come nell'esempio riportato dalla dottrina qui in esame, relativo al coinvolgimento dell'art. 53, comma 4, l. n. 142 del 1990 in due richieste referendarie dichiarate ammissibili dalla Corte costituzionale in due coeve sentenze del 1997 – la n. 22 e la n. 25.

⁹³ In questo senso sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum*, cit., 2281. Analogamente, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2353-2354; P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 32 ss. Diversamente, P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 62.

Ed anche nell'ipotesi speculare di abrogazione integrale di una stessa disciplina congiuntamente *disposta e respinta* dal corpo elettorale, la conseguenza non sarebbe un doppio veto incrociato al successivo operato del legislatore rappresentativo che intendesse reintervenire. Difatti, quel che discenderebbe dalla vittoria dei "no" sarebbe soltanto un divieto a non meramente abrogare per intero quella disciplina – che tuttavia il popolo ha contemporaneamente abrogato approvando l'altra richiesta – non già a non modificarla. Mentre, come già detto e come si dirà meglio subito dopo, la vittoria dei sì produce il solo vincolo a non riprodurre, non certo a non disciplinare diversamente. Se ne ricava che, a valle del prefigurato "corto circuito" decisionale, il legislatore rappresentativo potrebbe certamente adottare una nuova normativa che vada a colmare il *vacuum* prodotto dal *referendum*, avendo su di sé il solo divieto di ripristinare la disciplina abrogata. Nulla di più.

4. *La definizione dell'effettiva portata del divieto di ripristino*

Se quanto si è sin qui osservato è ritenuto in grado di riacquisire al mondo del giuridicamente "plausibile" il divieto di ripristino della normativa abrogata mediante *referendum*, è possibile procedere oltre ad affrontare ulteriori problemi, legati alla morfologia ed alla qualificazione del vincolo referendario di cui s'è finora discorso.

Credo che la prima cosa su cui soffermarsi sia la questione della definizione della portata del condizionamento discendente dall'abrogazione popolare, cercando di precisarne gli esatti termini. Come s'è già più volte accennato, nonostante si parli di ascrizione di forza superlegislativa al *referendum* o, meglio, alla clausola abrogativa derivante dalla decisione popolare di approvare la richiesta referendaria, il vincolo in parola, ove correttamente inteso, non genera una alterazione dei rapporti di forza fra legislazione e *referendum*. A seguito dell'avvenuta abrogazione popolare, infatti, il legislatore rappresentativo è giuridicamente libero di intervenire nella ridisciplina della materia per l'innanzi regolata dalla legge abrogata, secondo il modo che ritiene più opportuno.

Può, quindi, procedere a colmare la lacuna prodotta dalla pronuncia ablatoria popolare, che non presenta alcuna particolare resistenza alla successiva azione del legislatore, la cui discrezionalità trova una restrizione solo limitatamente alla ipotesi di formale o sostanziale riproduzione della normativa preesistente. Salvo il ripristino dello *status quo ante*

referendum, ogni altra opzione è *nella piena disponibilità del legislatore successivo*⁹⁴.

Si tratta, tuttavia, di chiarire in che senso possa parlarsi di ripristino.

Oltre all'ipotesi più evidente di mera riproduzione (fotografica) della normativa abrogata, va senz'altro contemplata anche l'eventualità della riproposizione *quoad substantiam*, mercé ripresentazione di una disciplina che, sia pur non formalmente identica a quella abrogata, risulti ricardare la *ratio* fondamentale e i contenuti qualificanti ovvero, riprendendo ancora il parallelo con la c.d. abrogazione sufficiente *ex art. 39 l. n. 352 del 1970*, appaia richiamarne i «principi ispiratori» o ripresentare i «contenuti normativi essenziali dei singoli precetti». E, mentre nel caso appena ricordato la valutazione spetta, come noto, all'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di cassazione, in quello che ci occupa il riscontro spetterebbe alla Corte costituzionale, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulla legge riproduttiva⁹⁵.

Non solo, è appena il caso di ricordare (anche se può sembrare ovvio) che perché di ripristino si possa parlare è altresì necessario che fra normativa riprodotte e riprodotta vi sia una (totale o parziale) coincidenza dei rispettivi ambiti di applicazione. Quindi, come già per i conflitti fra norme si afferma che per aversi antinomia è necessario che fra le prescrizioni poste a confronto vi sia corrispondenza di ambiti di validità⁹⁶, nel caso che ci occupa non potrà asserirsi la violazione di alcun divieto di ripristino laddove la sostanziale identità di disciplina non si accompagni ad una simmetria di sfera personale, temporale, materiale e spaziale di operatività fra disciplina abrogata e disciplina riprodotte. Solamente così, infatti, si avrebbe effettiva sostituzione *in toto* o *pro parte* della nuova normativa a quella già abrogata e, quindi, riproposizione di quest'ultima ad opera della prima⁹⁷.

⁹⁴ Secondo le parole della Corte costituzionale il legislatore ordinario, «pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di *referendum* senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata» (sentenza n. 33 del 1993, punto 3 del *cons. in dir.*).

⁹⁵ Sottolinea D. BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012 tra intentio del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 874, che tale asimmetria finisce per alimentare «i dubbi di chi ritiene incongruo che il giudizio sulla "abrogazione sufficiente" sia affidato ad un Organo della Cassazione invece che alla Corte costituzionale».

⁹⁶ Secondo una tradizione abbastanza consolidata per la quale v. peculiarmente G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1958, 48 ss. e N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 88 ss.

⁹⁷ Per questa ragione appaiono, a chi scrive, privi di sufficiente fondamento i ricorsi

Ne consegue che il prefigurato divieto di ripristino assume una por-

con i quali le regioni Campania e Sardegna hanno impugnato dinanzi alla Corte costituzionale la disciplina recata dall'art. 4 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 sulla c.d. *spending review* (risp. nn. 153 e 160/2012 r. r.), in tema di gestione c.d. *in house* dei servizi pubblici. Vero è che nella normativa *de qua* «il Governo ha riprodotto il divieto di procedere all'affidamento diretto alle società con capitale interamente pubblico di servizi di importo superiore alla soglia di 200.000 euro» (v. V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *AmministrazioneIncammino*, 2012, 6), ricalcando quanto già previsto dall'art. 4 del d.l. n. 138 (e successive modifiche) dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 199. Ed è pure vero che tale decreto n. 95, adottato prima della pronuncia della Corte costituzionale – depositata in data 20 luglio – è stato convertito in legge (n. 135 del 7 agosto 2012) a sentenza già depositata, con la conseguenza di potenzialmente accumulare, sia il vizio da divieto di riproduzione, che quello da violazione del giudicato costituzionale.

Il fatto è, però, che l'affermazione dell'esistenza dei due vizi in parola e segnatamente del primo di essi è nel caso esclusa dalla diversità di ambito di applicazione delle due discipline – la prima, come sappiamo, relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, la seconda, invece, riguardante servizi e beni strumentali all'attività della Pubblica Amministrazione. Ora, in questo secondo caso, invero, si fa riferimento a «quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente pubblico di riferimento e con i quali l'ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali» e, quindi, ad «attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività» (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 12 giugno 2009, n. 3766).

Perplessità, sul punto, sono manifestate anche da S. LA PORTA, *Il ripristino della normativa abrogata dal referendum, Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 4, 6, il quale osserva che, «benché la norma del decreto sulla *spending review* sia testualmente identica a quella contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dichiarato illegittimo, il contesto in cui è inserita è diverso da quello dell'articolo dichiarato illegittimo. Quest'ultimo, infatti, si proponeva di disciplinare i SPL dopo il *referendum*, mentre l'art. 4 del decreto sulla *spending review* mira a privatizzare e mettere in liquidazione le società pubbliche. Sicché si può ritenere anche che le “nuove” limitazioni alla gestione *in house* si riferiscano soltanto a queste società».

A conferma di quanto qui osservato è intervenuta, da ultimo, la pronuncia della Corte costituzionale (n. 229 del 2013), nella quale si legge che l'«ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale.

tata obiettiva, essendo fondamentalmente parametrato sul contenuto precettivo sostanziale della normativa abrogata. Ciò esclude che nello scrutinio relativo al rispetto del divieto in questione un qualche ruolo possa essere svolto dalla *intentio* in vario modo sottesa all'iniziativa referendaria, la quale, dando corpo ad un "voluto" popolare eccedente il significato oggettivo del quesito abrogativo – che si rispecchia, come detto, nella sostanza normativa propria della disciplina abrogata – farebbe sì che il giudizio finirebbe per ancorarsi ad «elementi volontaristici (aspettative, programmi, ecc.), esterni alla richiesta e non obiettivati in essa»⁹⁸.

Proprio la vicenda oggetto della sentenza n. 199 della Corte costituzionale, da cui hanno preso le mosse queste considerazioni, ne è una chiara testimonianza. È noto, infatti, che la richiesta referendaria per l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 è stata fondamentalmente presentata come iniziativa volta ad arrestare la tendenza alla privatizzazione della gestione del servizio idrico, a favore del mantenimento del carattere pubblico del bene "acqua". Basti osservare, in proposito, che «nel logo del comitato a sostegno dei due *referendum* era presente la scritta "2 Sì per l'Acqua Bene Comune"»; che nella campagna referendaria questo era stato il *Leitmotiv* assolutamente dominante⁹⁹ e che, infine,

Le censure muovono, perciò, da un presupposto interpretativo erroneo, che è quello dell'applicabilità delle norme qui in esame in riferimento ai servizi pubblici locali. Tale presupposto non solo è contraddetto espressamente dal citato comma 3, ma viene anche smentito da una lettura sistematica delle disposizioni dell'art. 4, le quali più volte fanno riferimento a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni (già nel comma 1), che sono "strumentali" all'attività delle medesime (ad esempio, al comma 7).

Considerato che le disposizioni censurate hanno un ambito di applicazione diverso da quello delle disposizioni oggetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 199 del 2012 e, dunque, non sono riproduttive né delle disposizioni abrogate con il referendum, né delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime con la citata sentenza n. 199 del 2012, non sussiste alcuna lesione né del giudicato costituzionale, né della volontà popolare espressa tramite il referendum» (punto 9.1. del *cons. in dir.*).

⁹⁸ V. C. MEZZANOTTE, *Comitato dei promotori e conflitto tra i poteri dello Stato*, in *Dem. e dir.*, 1978, 88. Sulle problematiche relative alla incidenza della *intentio* del comitato promotore nel procedimento referendario, v. L. IMARISIO, A. MASTROMARINO, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie*, cit., 139 ss.; V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, 1996, 172 ss.

⁹⁹ Lo ricorda, tra gli altri, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore*, cit., 5, in nt. (37), il quale aggiunge il richiamo ad alcuni articoli comparsi sulla stampa quotidiana, come ad esempio quelli di: S. RODOTÀ, *Perché andiamo in piazza in difesa di sorella acqua*, in *la Repubblica*, 26 marzo 2011; P.L. BERSANI, *Acqua pubblica, ancora più*

la richiesta referendaria in questione veniva accompagnata da un'altra avente specifico riferimento al servizio idrico integrato, presentata dagli stessi promotori¹⁰⁰.

Tale particolare significazione non trovava, tuttavia, alcun riscontro oggettivo, né nel tenore della normativa oggetto del quesito¹⁰¹; né nella denominazione della richiesta ablatoria¹⁰² e neppure nella decisione di ammissibilità n. 24 del 2011 che era stata assolutamente chiara sul punto¹⁰³. Ecco perché la Corte ha buon gioco ad affermare che l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, con «l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica», possa considerarsi assolto dall'addebito di aver sostanzialmente reintrodotta la normativa abrogata dal *referendum* del 13 giugno 2012, trattandosi – per le ragioni anzidette – di esclusione non «satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare»¹⁰⁴.

Peraltro, la vicenda appena richiamata fornisce una qualche luce anche su di un altro aspetto: quello delle coordinate in grado di orientare la valutazione – sia del legislatore rappresentativo chiamato a reintervenire a valle dell'abrogazione popolare, sia della Corte costituzionale investita in qualità di giudice della legittimità della riproduzione per via le-

di prima: tutti al voto, in *Liberazione*, 21 aprile 2011; A. LUCARELLI, *Acqua pubblica, le buone ragioni del sì al referendum*, in *il manifesto*, 12 giugno 2011.

¹⁰⁰ Oggetto di questo *referendum* è stato l'art. 154, 1° comma, del d. lgs. n. 152 del 2006, nella parte in cui prevedeva che la tariffa per il servizio idrico si determinasse in base all'adeguata remunerazione del capitale investito.

¹⁰¹ La disciplina di cui all'art. 23-*bis* d.l. n. 112 del 2008 proposta all'abrogazione riguardava, infatti, tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, come comprova la stessa rubrica del medesimo articolo: "Servizi pubblici locali di rilevanza economica".

¹⁰² «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione».

¹⁰³ Nel senso del testo, fra i primi, M. RUOTOLO, *Non ce la chiede l'Europa non la vogliono i cittadini*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012, 1. (Corte cost., sent. n. 24 del 2011, punto 5.1 del *cons. in dir.*)

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.1 del *cons. in dir.*

Si osservi che la prospettiva qui delineata consente di considerare estranea anche l'*intentio* che risultasse obiettivamente incardinata nel quesito, come nel caso di richiesta di abrogazione totale di una determinata legge animata da uno scopo esclusivamente eliminatorio, finalizzato a conseguire un risultato meramente deregolatorio o, meglio, di affidamento alla regolazione privata. In una simile eventualità, movente soggettivo e impatto obiettivo del *referendum* parrebbero identificarsi, risolvendosi nell'effetto caducatorio giuridicamente ascritto all'istituto. Cionondimeno, il vincolo giuridico a carico del legislatore successivo non si trasformerebbe, per questo, in un divieto a regolare purchessa la materia, restando invece saldamente circoscritto alla sola ipotesi di riproduzione della normativa abrogata.

gislativa – circa l’effettiva portata del divieto di ripristino. Se è vero, infatti, che il controllo sull’abrogazione sufficiente, con la conseguente identificazione dei principi ispiratori o dei contenuti normativi essenziali della normativa abrogata, può costituire un valido ausilio; è però da tenere in conto che un simile riscontro, da parte dell’Ufficio centrale, è solo eventuale ed è comunque fruibile evidentemente solo in caso di abrogazione “insufficiente”.

Termini di riferimento certi e ugualmente indicativi sono invece, secondo quanto sopra ricordato, innanzitutto l’esito del riscontro sulla omogeneità del quesito effettuato in sede di giudizio di ammissibilità che, nell’accertare la “matrice razionalmente unitaria” della disciplina oggetto della richiesta abrogativa, definisce *quoad substantiam* il *thema* referendario e quindi, in definitiva, il significato obiettivo dell’abrogazione popolare; a cui va aggiunta la denominazione della richiesta da parte dell’Ufficio centrale in sede di giudizio di legittimità-regolarità, che svolge un’analogia funzione definitoria. Definizione, quest’ultima, che, salva l’eventualità di una descrizione infedele¹⁰⁵, è resa particolarmente significativa dal fatto che la denominazione, al pari del quesito, è presente sulla scheda di voto e, quindi, si appalesa in modo inequivoco all’elettore, a differenza della “matrice razionalmente unitaria” individuata dalla Corte.

Si può trarre a questo punto una prima conseguenza.

Parlare di “cristallizzazione” o di blocco dell’evoluzione ordinamentale con riferimento all’affermazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* ad opera del legislatore rappresentativo sembra davvero un’*enfaticizzazione*. In realtà, secondo quanto si è sin qui rilevato, a valle dell’abrogazione popolare il processo nomodinamico non subisce un arresto, né sul piano ermeneutico, né su quello della produzione normativa, ma può svolgersi seguendo una pluralità di scelte possibili, da cui va esclusa solo l’eventualità della riproduzione della disciplina abrogata. Insomma, il divenire dell’ordinamento è senz’altro preservato, con l’eccezione di quella particolare forma di *divenire* che è il... *regredire*, il tornare indietro. Se quindi di cristallizzazione si vuol parlare, bisogna farlo nella consapevolezza che si tratta di una cristallizza-

¹⁰⁵ Si v., ad esempio, il caso del *referendum* sul c.d. modulo nella scuola elementare, dichiarato inammissibile con la sent. n. 40 del 1997. Sul problema della definizione della «denominazione», sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *Nuove incertezze e problemi inediti per il referendum abrogativo al varco del nuovo millennio, fra oscillante assetto del regime dei controlli e interferenza da delegificazione*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie*, cit., 38 ss.

zione che si risolve non in una statica conservazione, ma in presidio – nel bene o nel male – della evoluzione in senso progressivo della legislazione.

5. *Divieto di ripristino e contesto obiettivo della decisione popolare*

Volendo racchiudere in un asserto riassuntivo il discorso fatto nel precedente paragrafo, si potrebbe affermare che fra divieto di riproduzione e contenuto precettivo essenziale della normativa abrogata vi sarebbe una *fondamentale equivalenza* quanto a portata. Onde, lo scrutinio relativo al divieto in questione altro non si risolverebbe che nella comparazione di sostanza normativa fra la legge abrogata dal popolo e la legge di ripristino reintervenuta a valle del pronunciamento popolare.

Sarebbe, tuttavia, una conclusione affrettata ed imprecisa.

Come per tempo rilevato in dottrina, il sindacato sul rispetto del vincolo di non riproduzione va effettuato arricchendo il parametro legislativo – vale a dire, la normativa abrogata considerata *quoad formam et substantiam* – di un elemento di natura fattuale, costituito dal contesto obiettivo entro il quale è maturata la decisione popolare ablatoria. Si è formulata, a riguardo, l'ipotesi di un significativo cambiamento delle cognizioni tecnico-scientifiche o dell'insorgenza di una grave situazione di crisi petrolifera che si fossero verificate successivamente allo svolgimento dei *referendum* sul nucleare del 1997, tanto da mutare il quadro complessivo dei «pericoli e problemi legati all'utilizzo dell'energia nucleare»¹⁰⁶. Ma altre se ne potrebbero fare¹⁰⁷.

Ciò si spiega con il fatto che – a ben guardare – ad essere al centro della attenzione del vincolo referendario non è tanto una certa disciplina o un certo assetto normativo in sé e per sé considerati, ma quella disciplina e quell'assetto in quanto effetto e portato di una determinazione del corpo referendario. È quest'ultima che risulta essere l'oggetto ultimo (e vero) della salvaguardia prestata dal divieto di ripristino, ancorché la

¹⁰⁶ Così in assoluta sintonia, ancorché divergendo sulla *quaestio* di fondo della sussistenza del vincolo referendario, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2359, in nt. (64) e M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 671. Analogamente, A. PACE, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3095.

¹⁰⁷ Viene in mente il caso di una legge in tema di ordine pubblico abrogata dal popolo per il suo carattere estremamente restrittivo e riproposta in seguito al manifestarsi di fenomeni di terrorismo interno particolarmente gravi oppure la circostanza della ripresentazione di una legge precedentemente abrogata dal popolo in tema di restrizioni all'ingresso nel territorio italiano di cittadini stranieri extra-comunitari, in seguito al sovravvenire di una situazione di emergenza sul fronte dell'immigrazione clandestina.

guarentigia venga assicurata e si dispieghi sul piano squisitamente oggettivo-normativo.

Se questo è vero, ben si comprende che una simile salvaguardia debba supporre la perduranza della *voluntas* che ha sorretto quella decisione nel momento in cui si dovesse verificare la riproposizione della normativa a suo tempo abrogata. Perduranza che, non potendo essere asserita soggettivamente attraverso il preliminare accertamento del «processo volitivo individuale dei singoli votanti»¹⁰⁸, finisce per essere oggetto di una *presunzione* destinata, tuttavia, a venir meno al mutare «delle condizioni oggettive presenti al momento della consultazione referendaria»¹⁰⁹. Insomma, la tutela è offerta ad una decisione “situata”, quindi la garanzia prestata finirebbe per eclissarsi, perdendo il suo oggetto, nel momento in cui dovessero sopraggiungere condizioni oggettive fondamentalmente diverse da quelle nelle quali quella decisione fosse stata assunta. Nulla a che vedere quindi con un processo alle intenzioni dei partecipanti (a suo tempo) al voto referendario, che ovviamente non avrebbe alcun senso¹¹⁰, trattandosi piuttosto di un accertamento che filtrerebbe l'*intentio populi* solo ed esclusivamente attraverso la lente obiettiva delle *res (stantes)*.

Ove la lente fornisse una visione di significativo cambiamento, il legislatore rappresentativo, libero da esigenze di rispetto del *dictum populi*, ben potrebbe riprodurre la normativa a suo tempo abrogata dal *referendum*, giacché «l'analogia tra la vecchia e la nuova normativa è in questo caso soltanto apparente, in quanto il fatto stesso di inserirsi in un mutato contesto oggettivo rende comunque “diversa” la nuova disciplina che è stata adottata»¹¹¹.

Una simile impostazione sembra, peraltro, essere accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 199, ove non mancano riferimenti al fatto che fra l'abrogazione popolare dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e l'adozione dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (di quello sostanzialmente riproduttivo) non fosse intervenuto «alcun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata» e che tale situazione dovesse apprezzarsi con riferimento ad un cambiamento del quadro «delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto [la vanificazione dell'effetto utile del *referendum*. *N.d.r.*]»¹¹².

¹⁰⁸ Così M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 677.

¹⁰⁹ Così R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2360.

¹¹⁰ Come giustamente osserva M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677.

¹¹¹ R. PINARDI, *op. cit.*, 2359-2360.

¹¹² Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*

5.1. Contesto fattuale ed ordinamentale e durata temporale del divieto

Invero, qui si coglie un punto assai delicato.

Se, infatti, con il richiamo al ruolo del contesto oggettivo si fa riferimento al quadro normativo, la cui modificazione successiva potrebbe far mutare di significato la disciplina a suo tempo abrogata o persino imporne il recupero, i problemi sembrano decisamente meno impervi. Se invece si pensa – come la stessa Corte mostra di fare – al quadro delle circostanze di fatto, il discorso si fa decisamente più complesso ed articolato.

Si può in proposito osservare che il nostro ordinamento conosce già una situazione tutto sommato analoga a quella appena descritta. Penso alla figura del c.d. vizio da reiterazione del decreto-legge, a suo tempo delineata dalla giurisprudenza costituzionale con la celebre sentenza n. 360 del 1996¹¹³. Come ognuno sa, in quella pronuncia la Corte ebbe a definire le condizioni per la ripresentazione legittima di decreti-legge non convertiti dalle Camere, individuandole alternativamente: *a)* nella modifica testuale del decreto decaduto da parte di quello ripresentato; *b)* nel mutamento dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del decreto riproduttivo rispetto a quelli del decreto riprodotto. Ricorrendo una delle suddette eventualità, il decreto riproposto non sarebbe incorso nel vizio da reiterazione e, quindi, nella violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Ora, proprio l'evenienza sub *b)* presenta evidenti sintonie con quella che qui si esamina. Difatti, in ambo i casi noi ci muoviamo in ipotesi di vizio da riproduzione normativa – per il primo è il decreto reiterante a riproporre il contenuto del decreto decaduto, per il secondo è la legge successiva a riproporre la disciplina abrogata dal *referendum*; così come, nell'uno e nell'altro, si assiste ad un accertamento in cui assume un ruolo determinante l'elemento fattuale di contesto – per il decreto-legge si tratta,

¹¹³ Si osservi che un parallelismo fra la problematica in esame e il sindacato di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza era stato, a suo tempo, prefigurato, sia pur al fine di mostrare la difficoltà del controllo sul divieto di ripristino, da A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo ad uno studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, 1994, 317, il quale peraltro, scrivendo in epoca in cui dominava ancora presso il giudice costituzionale la tesi della sanatoria del vizio di carenza dei presupposti ad opera della legge di conversione, sostiene che proprio l'inopponibilità del vizio *de quo* a conversione avvenuta proverebbe «l'incapacità del giudice costituzionale ad essere sempre il momento di definizione dei rapporti istituzionali in senso lato, alla stregua della Legge fondamentale».

evidentemente, del caso straordinario di necessità ed urgenza, per la legge riproduttiva sono invece le condizioni obiettive sussistenti al momento della consultazione popolare a rilevare – ed infine, per quel che più importante, è in entrambe le ipotesi che il mutamento delle condizioni di fatto – i presupposti per la decretazione d’urgenza, il contesto obiettivo esistente al momento del *referendum* per la legge riproduttiva – rende “nuova” e non viziata la riproposizione dei medesimi contenuti normativi.

Certo, mi rendo ben conto che, giunto a questo punto, il raffronto, pur molto significativo, rischia di interrompersi per l’esistenza di un elemento di frattura rappresentato dal fatto che il sindacato sul vizio da reiterazione fa esplicito riferimento a presupposti dichiarati dal Governo all’atto dell’adozione del decreto-legge, mentre nel nostro caso lo scrutinio della Corte sarebbe condotto in assoluta autonomia e privo di punti di riferimento. Starebbe, infatti, a quest’ultima il compito di ricostruire i due contesti obiettivi – della deliberazione referendaria e della nuova legge – per poi effettuare la comparazione e verificare gli eventuali scostamenti, con il rischio evidente di uno sconfinamento nell’area preclusa della discrezionalità legislativa.

Tuttavia, almeno due considerazioni possono parzialmente arginare questa preoccupazione.

Da un verso, l'*eccesso di solitudine* del giudice costituzionale potrebbe essere attenuato dalle deduzioni del giudice *a quo* necessarie a profilare il vizio di riproduzione. Dall’altro, l’accertamento rimesso alla Corte parrebbe, da questo punto di vista, non troppo dissimile da quello ad essa richiesto nel sindacato sul vizio da anacronismo legislativo¹¹⁴, inteso quest’ultimo come fenomeno riguardante quei casi in cui la «legge, come mezzo originariamente collegato ad un fine, perda, col passare del tempo, il senso di tale relazione funzionale, ossia la propria *ratio* e risulti perciò irragionevole»¹¹⁵, non trovando «più giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale»¹¹⁶, in conseguenza del mutamento dei presupposti fattuali sussistenti all’atto della sua adozione, causato dall’evolversi del costume sociale, della tecnologia o della stessa legislazione¹¹⁷. Non

¹¹⁴ Il paragone è formulato da P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 59. *Contra*, ma apoditticamente, M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677, in nt. (51).

¹¹⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 30.

¹¹⁶ Così Corte cost., sent. n. 140 del 1979, punto 3 del *cons. in dir.*

¹¹⁷ Cfr., fra i molti, da ultimo G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 246, i quali rammentano il caso della sent. n. 91 del 1973 della Corte co-

solo, a differenza del caso appena ricordato, la (definitiva) acquisizione del vizio da riproposizione nel novero dei vizi di legittimità costituzionale della legge dovrebbe produrre l'effetto di caricare il legislatore che volesse recuperare la normativa abrogata dal popolo dell'onere di giustificare il proprio intervento, fornendo così alla Corte elementi di valutazione per esercitare il proprio sindacato¹¹⁸.

Peraltro, proprio il rimando alla figura dell'anacronismo richiama alla mente il ruolo cardine che nell'apprezzamento della violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal *referendum* assume l'elemento temporale. L'aspetto fattuale-ambientale del vizio da riproduzione si pone, in certo qual senso, al crocevia fra dimensione sostantiva e dimensione temporale del divieto stesso, testimoniandone la reciproca implicazione. È, difatti, di tutta evidenza il fatto che la strettezza dell'arco temporale che separa l'abrogazione popolare dalla ripresentazione legislativa della disciplina abrogata rende estremamente più agevole il compito di verificare la costanza del contesto obiettivo, nel senso che esiste una sorta di rapporto di inversa proporzionalità fra tempo e scrutinio sul rispetto del divieto di ripristino: tanto minore sarà la distanza temporale, tanto più difficile sarà il verificarsi di fatti in grado di mutare il contesto e, quindi, maggiore sarà la persuasività della (mera) affermazione della condizione di invarianza. La vicenda oggetto della sentenza n. 199 del 2012 ne è una prova esemplare, giacché proprio la stretta contiguità temporale fra l'abrogazione popolare dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e la sua riproposizione *ex art.* 4 del d.l. n. 138 del 2011 – 23 giorni, come sottolinea puntualmente la stessa sentenza – costituisce per la Corte un argomento formidabile, stante il suo carattere *self-evident*, per affermare la perduranza del contesto¹¹⁹.

stituzionale, con cui quest'ultima ebbe a dichiarare l'incostituzionalità del divieto di donazione fra coniugi, definendolo «“mero relitto storico”, cioè “norma senza scopo attuale”».

¹¹⁸ Si noti che proprio nel caso del d.l. n. 138 del 2011 dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 199 del 2012, la giustificazione vi sarebbe stata e sarebbe consistita nel fatto di escludere il servizio idrico, da un verso, e di porsi come attuativa della normativa comunitaria per tutti gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, dall'altro. E tale giustificazione è stata sottoposta a vaglio critico nella sentenza.

¹¹⁹ «Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata» (Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*). Per alcune considerazioni sul punto v. P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum*, cit., spec. 13 ss.

Riprendendo il parallelo con l'anacronismo (cui potrebbe anche aggiungersi, sotto il profilo qui in esame, il principio di salvaguardia del legittimo affidamento davanti al legislatore¹²⁰), si può dire che il fattore temporale giochi nel nostro caso un ruolo diametralmente opposto: invero, se nel primo il trascorrere del tempo accredita il vizio, nell'ipotesi che ci occupa, invece, quel medesimo trascorrere ne indebolisce l'affermazione¹²¹. Insomma, la violazione del divieto di ripristino può considerarsi come un vizio caratterizzato da una condizione di naturale progressivo *affievolimento nel tempo*. Ciò, peraltro, avendo cura di precisare che nella considerazione del *gap* temporale va tenuto conto, non solo della sequenza *referendum*/legge riproduttiva, ma anche dell'eventuale giudizio della Corte costituzionale su quest'ultima, la cui collocazione a notevole distanza da quella sequenza rischierebbe di pregiudicare la possibilità di valutare la situazione di contesto nella quale le due determinazioni dei legislatori, popolare e rappresentativo, sono maturate¹²².

Quanto detto, consente pure di affrontare il rilievo circa la politicità dell'accertamento sulla clausola *rebus sic stantibus* e quindi la necessaria sottrazione dello stesso alla cognizione del giudice costituzionale¹²³. In

¹²⁰ Sia consentito rinviare, per questo aspetto, a P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 1927 ss.

¹²¹ Riprendendo le parole di A. CARIOLA, *Referendum e giudizio costituzionale*, cit., 316, si può dire che «il trascorrere del tempo fornisce una consistente giustificazione alla riproposizione delle norme abrogate». Analogamente, da ultimo, E. DE MARCO, *Il referendum: uno strumento ormai "spuntato"?*, cit., 1079, in nt. (45).

¹²² Il rilievo si deve particolarmente ancora ad A. CARIOLA, *Referendum e giudizio costituzionale*, cit., 317, il quale osserva che il «sindacato costituzionale sui vizi materiali – come dovrebbe essere, appunto, quello in oggetto – tende a configurarsi, infatti, come un giudizio marcato da una forte attualità, che relega, pertanto, sullo sfondo gli eventuali vizi esistenti al momento della "nascita" della legge». Meno convincente nella sua assolutezza – come, del resto, dimostra proprio la sentenza n. 199 del 2012 – è l'affermazione per cui la «questione di costituzionalità arriverebbe davanti al giudice costituzionale abbastanza tardi» (*ibidem*), quando ormai «probabilmente, rinverrebbe più argomenti a sostegno della legittimità della reintroduzione della normativa abrogata (o di alcuni profili della stessa) piuttosto che motivi conducenti alla declaratoria di incostituzionalità della disciplina posta» (ivi, 316). Vale, peraltro, la pena di osservare che, se è vero che la prossimità temporale del giudizio della Corte al "botta e risposta" fra legislatore referendario e quello rappresentativo agevola non poco la valutazione di costituzionalità della legge riproduttiva, nondimeno la tardività dell'intervento del giudice costituzionale può anche non pregiudicarla irrimediabilmente, ad esempio laddove la legge sia stata adottata a ridosso del *referendum* così che, in assenza di giustificazioni addotte dal legislatore o, comunque, ricavabili, l'assenza della mutazione di contesto possa essere facilmente dedotta anche a distanza nel tempo (oltreché nel caso in cui il ritardo della Corte sia misurato con riferimento al *referendum*, ma non alla legge).

¹²³ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 677.

effetti, il rischio per quest'ultimo di incamminarsi per un terreno ad esso precluso, trattandosi di *political question*, è assai elevato, per il fatto che il giudizio, spettante alla Corte, sul *grado di consistenza* della novità dello stato di fatto addotto a giustificazione dal legislatore finirebbe per sovrapporsi specularmente alla valutazione compiuta da quest'ultimo anche sotto il profilo dell'ampio margine di discrezionalità dell'apprezzamento¹²⁴. Ciò anche in considerazione, da un verso, della delicatezza del ruolo arbitrale fra legislatore popolare e legislatore rappresentativo che il giudice delle leggi verrebbe ad assumere e, dall'altro, dell'accusa di politicità mossa da tempo nei confronti di quest'ultimo per l'elasticità, concettuale e applicativa, che caratterizza la propria giurisprudenza in tema di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo.

Queste legittime preoccupazioni non possono certo essere lasciate senza risposta; risposta che tuttavia non credo debba essere quella di un irrimediabile accantonamento del controllo della Corte costituzionale.

Invero, a me sembra che, come in altre ipotesi in cui il giudice costituzionale abbia ingresso negli ambiti più politicamente sensibili del diritto costituzionale, la politicità dell'apprezzamento, piuttosto che escludere del tutto l'intervento della Corte, abbia l'effetto «di assottigliar[n]e i margini del sindacato»¹²⁵, circoscrivendolo (quasi fosse una sorta di «costo naturale»¹²⁶ da sopportare), all'accertamento delle sole ipotesi di evidenza e macroscopicità del vizio¹²⁷.

¹²⁴ La preoccupazione è già manifestata da A. CARIOLA, *op. ult. cit.*, 315. Ma v. pure M. VOLPI, *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. dir.*, 1988, 440, secondo il quale la Corte costituzionale, nell'ambito del giudizio di ammissibilità, si trova – impropriamente – al centro di un vero e proprio conflitto politico. Le stesse perplessità sul ruolo della Corte all'interno del procedimento referendario in R. BIN, *Scivolando sempre più giù*, in ID. (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, 27 ss., che considera sbagliata la collocazione del controllo della Corte alla fine dell'*iter* poiché è proprio nell'ultima fase che lo scontro politico giunge al culmine, mettendo in gioco la legittimazione della stessa Corte costituzionale.

¹²⁵ Per usare le parole di S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni e la politica*, in *Giur. cost.*, 1996, 80, a commento della notissima sentenza della Corte costituzionale sul “caso Mancuso” n. 7 del 1997.

¹²⁶ *Ibidem.*

¹²⁷ Il che può considerarsi come espressivo di quell'atteggiamento di *self-restraint* della giurisprudenza costituzionale in ossequio all'appello dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953 circa il divieto ad «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale assegnato alla Corte (cfr., da ultimo, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 244-246, che sottolineano positivamente il «margine di elasticità tra il campo della Corte e il campo del legislatore» che così si delinea).

Del resto, com'è a tutti noto, questa è la via seguita dalla Corte costituzionale nel momento in cui (e qui torna ancora una volta il parallelo con la decretazione d'urgenza) essa ha inteso riconoscersi competente a sindacare il vizio di carenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge. E ciò proprio al dichiarato fine di evitare la sostanziale coincidenza del suo controllo a quello esercitato da altri organi, ivi compresi quelli direttamente afferenti al circuito dell'indirizzo politico¹²⁸. Ma altre ipotesi potrebbero essere richiamate a conferma¹²⁹.

¹²⁸ La «esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità. La Corte tuttavia, nell'affermare l'esistenza del sindacato proprio compito, è stata ed è consapevole che il suo esercizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto. L'espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato, come si è detto, evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall'altro, però, comporta l'inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità. Infatti, la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi. Ciò spiega perché questa Corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente e perché sia intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti-legge non convertiti (sentenza n. 360 del 1996)» (Corte cost., sent. n. 171 del 2007, punto 4 del *cons. in dir.*).

¹²⁹ Oltre all'asserto sindacato di costituzionalità sulla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza dei decreti-legge, si potrebbe rammentare il tipo di controllo sul corretto esercizio della potestà camerale di valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'immunità per le «opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni» *ex art.* 68, comma 1, Cost. in ipotesi di iniziative giudiziarie che coinvolgono parlamentari, prefigurato dalla Corte a partire dalla sentenza n. 1150 del 1988, sino alla svolta dei primi anni duemila; ovvero anche, secondo quanto pure reputato in dottrina, l'eventuale verifica di legittimità sui presupposti per la nomina presidenziale dei senatori a vita (cfr. V. DI GIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, IV ed., Milano, 2003, 213); nonché, il sindacato sul rispetto delle c.d. clausole generali contenute in Costituzione e, più ampiamente, alla stregua del canone di ragionevolezza, in cui l'esigenza di non fare dello scrutinio di costituzionalità una “duplicazione, spostata in altra sede, delle stesse valutazioni che il legislatore ha svolto in sede politica” fa sì che la Corte limiti il suo intervento alla forma di un “controllo estrinseco e tangenziale, che si esprime nell'espressione *manifesta irragionevolezza*” (così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit. 203 [ma anche 233]).

Insomma, quello dell'*Evidenzkontrolle* parrebbe il modo del giudice costituzionale di sindacare le scelte politiche del legislatore senza "far politica"¹³⁰, facendo leva a fini argomentativi su ciò che, nella sua chiarezza e limpidezza, non ha bisogno di essere argomentato (giustificato), perché si atteggia – a torto o a ragione, qui non importa – a verità in grado di autoimporsi a ciascuno, rimuovendo ogni ragionevole dubbio¹³¹. La valutazione della Corte si pone così al sicuro riparo offerto dall'indiscutibilità del fatto, che esibisce persuasione di per sé e che soprattutto, in quanto carica di autoaffermazione, non può considerarsi frutto di scelta. Tutto questo consente allo stesso giudice costituzionale di evitare che si smarrisca del tutto la distinzione fra il «compimento delle scelte, che pertiene alla politica, e [il] controllo pur penetrante su di esse, che è compito del giudice della legge»¹³². E ciò, tanto più laddove le sedi di un controllo politico-istituzionale si mostrino non particolarmente efficaci¹³³.

¹³⁰ Come è stato di recente sottolineato, richiamando quanto nella sistematica elaborata principalmente nella dottrina tedesca si afferma come prima fase del giudizio di ragionevolezza-proporzionalità nel giudizio di costituzionalità, vale a dire la verifica di idoneità o di sufficienza tra mezzo e fine (*Geeignetheit* o *Tauglichkeit*) (su questo tipo di controllo v. peculiarmente G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 246 ss.), il «giudizio "liminare" [...], limitandosi a vagliare la manifesta idoneità del mezzo», trova giustificazione nel fatto che altrimenti «il controllore [...] sostituirebbe, *in toto*, inammissibilmente, il giudizio effettuato dal controllato (legislatore)» (così F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 74).

¹³¹ Mi avvalgo qui della definizione di evidenza offerta dai logici, per come richiamata da G. SCACCIA, *Ragionevolezza e attuazione della Costituzione*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, in *Nova juris interpretatio in odierna gentium communione*, Quad. monografico, Roma, 2006, 298, in nt. (34), citando sul punto N. ACHTERBERG, *Die Evidenz als Rechtsbegriff*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1963, 331 ss.

¹³² P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 56.

¹³³ Il riferimento è al mancato controllo da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione del d.l. n. 138 del 2011. Va, a riguardo, tenuto conto del fatto che l'estensione del controllo presidenziale a ragioni di «merito costituzionale» – formula con la quale si ritiene di individuare ipotesi di *veti* presidenziali ispirati a valutazioni di opportunità "costituzionale", appunto, in quanto non soltanto riconducibili a specifiche previsioni della Carta, ma anche e soprattutto perché fondate su di un oggettivo [e non di parte (o, come si suol dire, di partito)] esame dei riflessi della legge sul complessivo funzionamento del sistema disegnato dalla Costituzione, fra i quali non può non essere annoverata l'incidenza sul rapporto fra diversi modi di espressione della "sovranità popolare" – avrebbe verosimilmente legittimato il Capo dello Stato a resistere alla emanazione del decreto stesso anche senza consentire con la qualificazione del divieto di ripristino come vizio di legittimità costituzionale vero e proprio. Sul problema del controllo presidenziale in sede di emanazione dei decreti-legge v. gli interventi raccolti negli atti del

Nel nostro caso, ciò significherebbe riservare alla Corte un controllo che dovrebbe limitarsi a censurare solo le ipotesi di leggi riproduttive assolutamente prive di giustificazione o provviste di giustificazione del tutto inconsistente, sotto il profilo della «evidente mancanza delle condizioni idonee ad integrare il richiesto mutamento della situazione obiettiva»¹³⁴. E non v'è dubbio, come già affermato, che l'adozione della disciplina riproduttiva a stretto ridosso dell'avvenuta abrogazione popolare – come nel caso del d.l. n. 138 del 2011 dichiarato incostituzionale dalla Corte con la sent. n. 199 – costituisca un'ipotesi ideale per affermare l'evidente mancanza¹³⁵.

5.2. Altre ipotesi di definizione dell'arco temporale di durata del vincolo di non riproduzione con particolare riferimento alla tesi dell'ancoraggio alla legislatura

Non sono mancati, in dottrina, tentativi di diversamente delimitare la sfera temporale del vizio da riproduzione, cercando di ancorarla a termini o ad accadimenti di più sicuro accertamento¹³⁶.

È il caso, ad esempio, di chi ha pensato di individuare un termine quinquennale di vigenza del divieto di riproduzione a far tempo dall'entrata in vigore dell'abrogazione referendaria, evocando una sorta di interpretazione analogica del disposto dell'art. 38 della legge n. 352 del 1970, che proibisce, per il medesimo arco di tempo, la riproposizione di *referendum* su leggi uscite indenni da una precedente consultazione referendaria¹³⁷. Diversamente, v'è anche chi ha optato per la scelta di un referente “mobile” e persino “eventuale”, prefigurando l'esistenza del vincolo risolutivamente condizionata allo svolgersi di una nuova consultazione popolare, referendaria od elettorale, dalla quale possa evincersi il mutamento di avviso del corpo elettorale¹³⁸. C'è, infine, chi del profilo

seminario di Astrid dal titolo *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, in www.astrid-online.it.

¹³⁴ Così ancora P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *op. e loc. ultt. citt.*

¹³⁵ Di «caso-limite di fronte al quale, forse anche per la spinta popolare tendente a far rispettare il risultato del *referendum*, la Corte ha ritenuto di non potere sottrarsi all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale» parla G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore*, cit., 8.

¹³⁶ Una rapidissima rassegna dei quali si trova ora in M. RUOTOLO, *Non ce la chiede*, cit., 2.

¹³⁷ Cfr., ad esempio, A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 1991, 77, ma già in precedenza G. GRECA, *L'oggetto del referendum abrogativo*, in *Foro amm.*, 1974, III, 484.

¹³⁸ Per il riferimento ad un nuovo *referendum* v., come già ricordato *supra* in nt. (79),

diacronico ha fatto un uso assolutamente diverso, riferendolo non già alla distanza temporale fra *referendum* e legge riproduttiva, bensì all'ambito di efficacia di quest'ultima, la cui illegittimità per violazione del vincolo di non riproposizione della normativa abrogata sarebbe asseribile con assoluta certezza solo in caso di reintroduzione con efficacia retroattiva, la quale consentirebbe al legislatore di sostituirsi completamente all'esito referendario, ponendolo nel nulla¹³⁹.

Ebbene, si tratta di ipotesi le quali si muovono tutte, ove più ove meno, nel solco della logica della predeterminazione del "tempo di affievolimento" del vincolo referendario, cercando agganci o riferimenti più o meno ingegnosi che, tuttavia, non risultano convincenti.

Non lo è il richiamo all'art. 38 l. n. 352, per l'obiettivo difformità delle relative fattispecie, quella prevista e quella cui vorrebbe estendersi la previsione – l'una riguardando un limite all'iniziativa referendaria, l'altra invece concretando una limitazione a carico del legislatore – che svela una sostanziale diversità di *rationes* – la prima funzionale ad un'esigenza di protezione della legge da eccessi referendari, la seconda ispirata alla necessità di proteggere il *referendum* dagli eccessi negazionisti del legislatore. Neppure persuade la tesi che fa leva sullo svolgimento delle elezioni in quanto momento disvelatore dell'orientamento contrario del corpo elettorale, stante l'obiettivo incertezza del relativo accertamento che, peraltro, non potrebbe certo addossarsi alla Corte costituzionale. Così come, ugualmente criticabile appare la parallela opinione che guarda, non alle elezioni, ma ad una futura consultazione referendaria quale indice per ricavare il mutato indirizzo popolare, date le analoghe difficoltà a decrittare l'avviso dell'elettorato espresso nel secondo *referendum*¹⁴⁰,

specificamente M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, cit., 105, in nt. (32); il richiamo alle elezioni si trova invece in C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 854, in nt. (2).

¹³⁹ V., a riguardo, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2355 ss. e già in precedenza A. PACE, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3093. In senso contrario, v. M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 681 ss., il quale sostiene che neanche un ripristino *ex tunc* possa considerarsi in linea generale costituzionalmente illegittimo, ma solo nei casi in cui sia motivato da intenti emulativi e, perciò, viziato da irragionevolezza e non anche in contrasto con gli artt. 1 e 75 Cost. V. pure, sul punto, analogamente L. GENINATTI SATÉ, *Sulla (ri)produzione legislativa di norme già abrogate*, cit., 3838 ss. e spec. 3842-43 (il quale tuttavia aggiunge l'ipotesi di reintroduzione con efficacia *ex nunc* animata da evidente volontà di pregiudicare «la funzione di completamento, integrazione e correzione del diritto legislativo che il nostro ordinamento riconosce all'abrogazione referendaria» [*ivi*, 3851]).

¹⁴⁰ Vedi M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 678 e quanto da me a suo tempo osservato in *La Corte e il referendum*, cit., 2280, in nt. (40).

salva forse soltanto l'ipotesi di esito abrogativo con effetti di reviviscenza della normativa originariamente abrogata dal popolo¹⁴¹. Né, infine, può essere accolta l'opinione che intende limitare l'ambito di applicazione del divieto di ripristino alla sola ipotesi di reiterazione con effetto retroattivo della normativa abrogata, per l'eccesso di formalismo in cui rischia di incorrere. Ciò in quanto essa farebbe salva l'ipotesi di una riproduzione anche a stretto ridosso dell'abrogazione referendaria (magari il giorno successivo alla pubblicazione del decreto presidenziale di dichiarazione dell'avvenuta abrogazione), che sostanzialmente vanificherebbe ugualmente l'esito referendario, ancorché formalmente disponendo soltanto per il futuro. Non solo, laddove l'efficacia *ex tunc* della disciplina reintrodotta retroagisse all'indietro nel tempo ad un momento *x* anteriore, senza tuttavia arrivare a ricongiungersi al *dies* dell'entrata in vigore dell'abrogazione popolare, non si saprebbe più distinguere l'ipotesi in esame da quella in cui venga adottata una legge riproduttiva non retroattiva i cui effetti si producano a far tempo da quel medesimo momento *x*: perché nell'un caso l'intervento legislativo sarebbe illegittimo e nell'altro no?¹⁴².

Una partita considerazione richiede da ultimo la tesi che, volendo proporre una lettura del "contesto" all'interno del quale va valutato il vizio di ripristino della normativa abrogata, non già sul piano strettamente fattuale e ordinamentale, bensì alla stregua di una valutazione dinamica e diacronica del rapporto di rappresentanza, afferma che il vincolo di non riproduzione debba valere solo nel corso della legislatura durante la quale s'è svolto il *referendum*, per venir meno a seguito della

¹⁴¹ V. *supra* § 3.4.

¹⁴² Visto che, da un punto di vista temporale, ambo le leggi produrrebbero un "pregiudizio" dell'esito referendario *assolutamente equivalente*, sia pure ottenuto – per l'una – tornando a ritroso nel tempo rispetto al giorno della sua entrata in vigore e – per l'altra – per la via normale dell'efficacia *de futuro* (nonché pure garantirebbero uno stesso, per così dire, spazio di salvaguardia di quell'esito, che si estenderebbe dall'entrata in vigore del decreto presidenziale che dichiara l'avvenuta abrogazione della legge, al momento coincidente di entrata in vigore delle due leggi). Volendo esemplificare, ipotizziamo che il giorno 21 aprile 2013 sia stato celebrato un *referendum* che abbia dato esito positivo con decorrenza degli effetti a partire dal 29 di aprile. Immaginiamo, pure, che il legislatore approvi successivamente, in data 10 giugno, una legge che riproponga la normativa abrogata; che essa sia promulgata il 17 di giugno, pubblicata il giorno successivo con clausola di entrata in vigore (motivata in base a ragioni che qui non è rilevante individuare) a partire dal 1° giugno 2013. In che cosa si distinguerebbe, ai nostri fini, il caso appena delineato da quello in cui il Governo, in data 27 maggio, adotti un decreto-legge riproduttivo, che esso sia emanato il giorno successivo e pubblicato il 31 maggio, con clausola di entrata in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione?

rinnovata legittimazione parlamentare conseguente allo svolgimento di nuove elezioni.

Questo, non solo per il diffuso consenso dottrinario di cui gode¹⁴³, ma anche per l'avallo che sembra ora trovare nella giurisprudenza costituzionale. Un'eco di questa impostazione teorica sembra, infatti, chiaramente ritrovarsi nella motivazione della sentenza n. 199, laddove la Corte, proprio per comprovare la condizione di invarianza situazionale in cui è stato adottato l'impugnato decreto-legge "riproduttivo", fa esplicito riferimento alla mancanza di mutamento, non solo delle condizioni di fatto, ma anche «del quadro politico»¹⁴⁴.

Certo, com'è di tutta evidenza, le due espressioni – "cambiamento di legislatura" e "mutamento di quadro politico" – non sono sinonimiche, la seconda mostrando una portata di significato decisamente più ampia rispetto alla prima. Se, infatti, fra le trasformazioni del quadro politico va sicuramente annoverato il rinnovo delle Camere, nondimeno tali trasformazioni possono registrarsi anche in occasione, ad esempio, di un cambio di Governo all'interno della legislatura o di variazioni di composizione della maggioranza parlamentare di sostegno all'Esecutivo o, persino, di modifiche della geografia politica complessiva in conseguenza della nascita di nuovi partiti o movimenti, rappresentati o meno in Parlamento¹⁴⁵. È stato, tuttavia, rilevato che il «fatto che, nel corso della XVI legislatura, dopo l'abrogazione referendaria vi sia stato un cambiamento della maggioranza governativa e che ciononostante la Corte abbia negato che siano avvenuti mutamenti del quadro politico dovrebbe portare a escludere che la giurisprudenza costituzionale faccia dipendere il mutamento del quadro politico dalle vicende riguardanti la maggioranza di Governo», rendendo più convincente «l'interpretazione secondo la quale la Corte richiederebbe implicitamente un intervento del corpo elettorale: intervento che, rinnovando e restituendo la piena rappresentatività al Parlamento, potrebbe giustificare l'approvazione di una legge contrastante con l'esito referendario»¹⁴⁶.

Invero, l'osservazione richiede una precisazione, giacché il mutamento governativo a valle dell'abrogazione referendaria, nella specie, non sarebbe in sé rilevante ove l'adozione del provvedimento legislativo

¹⁴³ V. M. LUCIANI, *La formazione*, cit., 678, nt. (53) e, se vuoi, P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum*, cit., 2279- 2280, nt. (39).

¹⁴⁴ Corte cost., sent. n. 199, cit., punto 5.2.2 del *cons. in dir.*

¹⁴⁵ In questo senso, parla di «difficoltà a ricondurre ad unità semantica la categoria» M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione*, cit., 70.

¹⁴⁶ Così G. FERRI, *Abrogazione popolare*, cit., 6.

riproduttivo lo precedesse. E questo era per l'appunto il caso del d.l. n. 138 "riproduttivo", adottato dall'Esecutivo in carica al momento dello svolgimento del *referendum* – vale a dire il Governo Berlusconi IV – prima che questo si dimettesse, passando il testimone al Governo Monti. Sennonché, a corroborare la giustezza dell'affermazione riportata sta un'altra considerazione. In verità, a cadere sotto la scure della declaratoria di incostituzionalità per illegittimo ripristino della normativa abrogata dal *referendum* in tema di servizi pubblici locali non è soltanto l'impugnato d.l. n. 138, ma anche la legge di stabilità per il 2012 (n. 183 del 2011) e il d. l. n. 1 del 2012, cui la Corte estende officiosamente la portata della propria pronunzia, nella parte in cui modificano l'art. 4 del d.l. n. 138, rimanendo tuttavia nel solco di quella originaria disciplina, anzi ulteriormente restringendo l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici di rilevanza economica da parte degli enti locali. Ebbene, si tratta di provvedimenti legislativi (questa volta) adottati da un Esecutivo diverso da quello in carica al momento di svolgimento del *referendum* – vale a dire quello presieduto dall'on. Monti – con diversa maggioranza politica: ciò che dimostra evidentemente che il cambiamento di governo e della maggioranza parlamentare di sostegno non possono annoverarsi per la Corte in quei «mutamenti del quadro politico» idonei a legittimare il recupero della normativa abrogata dal popolo ad opera del legislatore rappresentativo.

Se ne ricava che l'interpretazione più coerente ed accreditata dell'espressione utilizzata nella sentenza n. 199 sia proprio quella che identifica il mutamento del quadro politico nel cambio di legislatura¹⁴⁷. Ed è allora proprio a questa opinione, ripetutamente espressa in dottrina, che devo dedicare qualche osservazione.

Innanzitutto, va osservato che essa comporta la scelta di un referente temporale "doppiamente" mobile, con riguardo sia al termine *a quo* che a quello *ad quem*, giacché la durata del vincolo referendario sarà condizionata, da un verso, al *quando* della celebrazione del *referendum* nel corso della legislatura e, dall'altro, alla eventualità di conclusione ordinaria od anticipata di quest'ultima, potendo quindi assumere volta a volta portata molto diversa¹⁴⁸. Data, peraltro, la certezza del fatto che

¹⁴⁷ Di soluzione «più ovvia» parla A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, cit.

¹⁴⁸ La durata del vincolo, quindi, potrebbe oscillare tra un massimo di circa quattro anni, nel caso in cui la consultazione popolare *ex art. 75 Cost.* sia stata promossa nell'anno (solare) di scioglimento delle Camere e si svolga nella successiva legislatura che si concluda in via ordinaria, ed un minimo di un giorno, nell'ipotesi di uno scioglimento an-

nuove elezioni si svolgeranno e che, comunque, la legislatura non può eccedere, salvo l'ipotesi estrema della proroga *ex art. 60 Cost.*, i cinque anni, il fatto delle elezioni politiche assurge a vera e propria condizione risolutiva del divieto di ripristino della normativa abrogata da un *referendum* popolare.

L'idea di fondo che sorregge la tesi in esame è che il rinnovo delle Camere a seguito delle elezioni rechi con sé un effetto di rilegittimazione popolare del legislatore rappresentativo, tale da fornirgli la capacità di elidere il vincolo insorgente dalla decisione referendaria assunta dal medesimo corpo elettorale, in forza della nuova espressione di voto da parte di quest'ultimo. Insomma, come specificamente affermato nella formulazione più compiuta della tesi *de qua*, fra i due *decisa ex art. 48 Cost.*, referendario ed elettorale, quest'ultimo dovrebbe cronologicamente portare con sé l'idoneità a prevalere sul primo, anche in considerazione del fatto che la volontà espressa dal *referendum* sarebbe veicolata da un mezzo di produzione normativa di tipo *speciale*, a fronte del carattere *generale* proprio dello strumento legislativo¹⁴⁹. In sostanza, «l'esito favorevole del *referendum* in quanto specifico veto popolare nei confronti del legislatore, interverrebbe come limite puntuale anche rispetto al libero mandato parlamentare, la cui fonte risiede nell'elezione a membro del Parlamento e che dunque tornerebbe a riespandersi pienamente con la nuova legittimazione connessa al voto popolare»¹⁵⁰.

Ora, a me pare che la posizione enunciata lasci aperti alcuni problemi.

Prima d'ogni cosa, credo debba rilevarsi il singolare utilizzo del canone di specialità, che sarebbe chiamato a mutare sensibilmente connotati e *modus operandi*, rispetto a quanto riconosciuto in sede di elaborazione di teoria generale. Da un verso infatti, come è stato rilevato, il nesso specialità/generalità sarebbe parametrato questa volta, non sulla portata e sul verso delle determinazioni poste a raffronto, bensì sul carattere continuo o discontinuo delle relative funzioni¹⁵¹. Dall'altro, va rilevato che l'ordinamento giuridico tende tradizionalmente a riconoscere nel *dictum* speciale un che capace di *resistere*, piuttosto che di *cedere* – come invece si richiede nell'ipotesi in esame – a quello generale posteriore, (salvo ov-

ticipato delle Camere l'indomani del decreto presidenziale di dichiarazione dell'avvenuta abrogazione della legge oggetto del *referendum*.

¹⁴⁹ Cfr. diffusamente A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 255 ss. e spec. 269 ss. e 317-318.

¹⁵⁰ La citazione è di P. SABBIONI, *Il ripristino della normativa abrogata*, cit., 12.

¹⁵¹ Così M. LUCIANI, Art. 75, cit., 679, in nt. (58)

viamente il caso in cui quest'ultimo non esprima chiaramente la volontà di rimuoverlo)¹⁵².

E poi c'è la considerazione della effettiva consistenza della (giuridica) salvaguardia offerta alla decisione ablatoria popolare, che, in ipotesi, potrebbe ridursi allo "spazio di un mattino" nel caso di *referendum* esperiti nella parte conclusiva della legislatura¹⁵³. A ciò potrebbe anche aggiungersi la preoccupazione di una possibile (ulteriore) strumentalizzazione dello scioglimento in funzione antireferendaria, questa volta non per impedire lo svolgimento del *referendum*¹⁵⁴, bensì per disfarsi del condizionamento discendente dal suo esito abrogativo.

Non solo, andrebbe altresì tenuto conto dell'eventualità, abbastanza condivisa in dottrina¹⁵⁵, che allo scioglimento delle Camere possa arriversi proprio in conseguenza dell'approvazione della legge riproduttiva.

¹⁵² V. in proposito riassuntivamente A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giudiziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 201 ss.

¹⁵³ *Contra*, sul punto, A. MANGIA, *Referendum*, cit., 317-318, il quale tuttavia si limita a replicare riaffermando semplicemente che la carenza di salvaguardia dell'esito referendario discenderebbe «dalla pienezza di legittimazione che dall'esercizio del voto politico scaturisce in capo alle camere».

Bisogna comunque precisare che va in proposito distinta l'eventualità di una fine anticipata della legislatura – che consentirebbe il verificarsi della celebrazione del *referendum* anche a strettissimo ridosso della conclusione del mandato parlamentare – da quella della fine ordinaria – che invece renderebbe possibile l'esperimento del *referendum* non oltre l'anno (solare) precedente la conclusione della legislatura, stante il divieto di deposito delle richieste referendarie nell'anno antecedente alla scadenza delle Camere, di cui all'art. 31 della legge n. 352 del 1970.

¹⁵⁴ Nel tempo, lo scioglimento anticipato per evitare le consultazioni referendarie è diventato prassi: si ricordano, ad esempio, i primi due scioglimenti anticipati di entrambe le Camere nella storia repubblicana (non considerando quelli puramente "tecnici" del 1953 e 1958, giustificati dall'esigenza di raccordare la iniziale differente durata delle due Camere), che avvennero proprio in occasione dell'indizione dei *referendum* sul divorzio (1972) e sull'aborto (1976), con conseguente sospensione automatica dell'*iter* referendario, ai sensi dell'art. 34 della l. n. 352/1970 (su tali vicende v. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, 34 ss.); anche lo scioglimento anticipato nel 1987 fu probabilmente determinato anche dalla posizione assunta dalle forze partitiche circa i cinque quesiti referendari proposti (anche se in questo caso la sospensione del procedimento referendario fu "ridotta" grazie all'intervento della legge n. 332 del 7 agosto 1987).

¹⁵⁵ V., ad esempio, D. NOCILLA, voce *Popolo*, in *Enc. del dir.*, XXIV, 1985, 371 in nt. (186) e M. RAVERAIRA, *Il referendum: un istituto da abrogare?*, in *Dir. e soc.*, 1990, 86, in nt. 25, nonché, se vuoi, P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale»*, cit., 51, nt. (40). Critico su tale strumento di tutela dell'esito referendario è, invece, R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2363-2364.

Ebbene, in tal caso il nuovo Parlamento, scaturito dalla sanzionata divaricazione fra rappresentanti e rappresentati di cui sarebbero state protagoniste le Camere vecchie, si troverebbe nella singolare condizione di essere affrancato da quel vincolo di non riproponibilità della legge abrogata dal *referendum*, alla cui esistenza deve in certo senso la propria nascita e quindi, in ipotesi, di non dover procedere all'abrogazione della legge riproduttiva. Così che lo scioglimento si tramuterebbe per il popolo-legislatore da "presidio" in "beffa".

Senza poi dire che, nell'eventualità appena prefigurata, ove l'esito elettorale fosse in favore della maggioranza parlamentare che avesse approvato la legge riproduttiva il passaggio elettorale finirebbe per fungere da fattore «di rilegittimazione *a posteriori* dell'operato del precedente parlamento, nel senso della testimonianza "ora per allora" della ricomposta corrispondenza fra "paese legale" e "paese reale"»¹⁵⁶. Ed allora, in questo caso, la legge riproduttiva come andrebbe trattata: come legge il cui vizio sarebbe sanato *ex post* oppure come legge perdurantemente illegittima perché adottata da Camere obiettivamente prive della legittimazione ad approvarla? Ed in quest'ultimo caso, la situazione di invalidità sarebbe o meno da declinarsi in termini di vizio del presupposto soggettivo della legge?¹⁵⁷

Insomma, pur con tutte le difficoltà e le cautele del caso, fra i due indicatori individuati dalla Corte – quello riguardante il mutamento delle circostanze di contesto, sotto il profilo fattuale e ordinamentale e quello relativo al cambiamento di quadro politico – è il primo ad apparire, nei limiti di cui s'è detto, più convincente.

6. Conclusione

Voglio concludere queste mie riflessioni con una considerazione che definirei di carattere politico-costituzionale, usando qui l'espressione con una certa accentuazione del primo dei due termini. Spero che il lettore non mi accusi di un'invasione di campo o, meglio, di un'infedeltà al

¹⁵⁶ P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro "eventuale"*, cit., 52.

¹⁵⁷ La tesi della configurazione dell'atto legislativo adottato dal legislatore in regime di *prorogatio* come affetto da vizio del presupposto, da noi, si deve in origine particolarmente a A. CERRI, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti con forza di legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1965, 420 e spec. 439 ss. Per ulteriori svolgimenti e considerazioni sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Vizio della condizione soggettiva del legislatore e invalidità della legge*, Roma, 1999.

mio specifico profilo professionale o peggio ancora di una caduta di stile. Ma la questione esaminata credo che la sollecciti.

Ebbene, la vicenda della riproduzione della disciplina abrogata nel *referendum* del giugno 2011 in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica potrebbe essere considerata come un *misunderstanding* in cui è incorso il legislatore. Penso particolarmente al fatto della prevista inapplicabilità della stessa al servizio idrico, su cui s'era quasi esclusivamente concentrata la campagna referendaria; esclusione che potrebbe effettivamente deporre in favore della tesi per cui il legislatore avrebbe agito nella consapevolezza di non violare il responso popolare. Qual senso, infatti, avrebbe quello scorporo (in precedenza, infatti – *i.e.* nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 – il servizio idrico risultava soggetto, in tema di affidamento, alla disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) se non quello di voler rispettare il verdetto popolare espresso nel *referendum*?

A gettare qualche ombra sulla buona fede del legislatore sta, però, la considerazione dell'assoluta disinvoltura con cui Governo e Parlamento hanno ritenuto così superato ogni impaccio derivante dalla decisione popolare. Come già accennato in precedenza, chiarissime ed inequivocabili erano state, invero, le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità della richiesta abrogativa riguardante l'art. 23-*bis* del d.l. 112 del 2008 e dall'Ufficio centrale della Cassazione in sede di intitolazione della medesima, le quali non lasciavano alcun dubbio circa la portata da assegnarsi al *referendum* ed alle dimensioni oggettive del *thema decidendum*: che esso cioè riguardasse tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, ivi compreso quello idrico. Né autorizzava ad alcuna differenziazione la rubrica dello stesso art. 23-*bis* d.l. n. 112 proposto all'abrogazione, che recitava appunto: "Servizi pubblici locali di rilevanza economica"¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Ne conclude F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.forum-costituzionale.it e in corso di pubblicazione ne *Le Regioni*, 2012, che la «fretta non è stata, in questo caso, una buona consigliera: il legislatore ha creduto di adottare una disciplina che potesse apparire diversa da quella abrogata dal referendum in base a due elementi. In primo luogo si è sottolineata l'esclusione dalla nuova disciplina del settore del "servizio idrico integrato", il settore di materia che era stato indubbiamente al centro dell'attenzione nel referendum. Il Governo, però, non poteva ignorare l'effetto formale del referendum, che è consistito nell'abrogazione dell'intero art. 23-bis, cioè della disciplina presentata come generale, applicabile a tutti i servizi, nei diversi settori. In secondo luogo il nuovo articolo 4 si presentava come molto diverso dal testo abrogato (34 commi, contro i 12 dell'art. 23-bis) e comprendeva materie "nuove [...]". Ma le "nuove" disposizioni

Appare, quindi, davvero sorprendente come il legislatore, corroborato da una (sconcertante) segnalazione resa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁵⁹, abbia potuto pensare di essere in linea con una volontà popolare espressa solo due mesi prima, tanto da rubricare l'art. 4 del d.l. n. 138 contenente la normativa riproduttiva: "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell'unione europea". Non minore sorpresa, del resto, desta l'atteggiamento del Presidente della Repubblica, così attento alla propria funzione di controllo in punto di decretazione d'urgenza, che non ha sollevato alcun rilievo in merito.

Viene da pensare che la vicenda qui in esame possa essere letta e meglio compresa nel contesto della singolarissima congiuntura vissuta dal nostro sistema nell'ultimo scorcio della legislatura appena conclusa. Contesto in cui si è consumata una evidente torsione della nostra forma di governo (nonché di Stato) sotto la pressione di un'emergenza economica drammatica, nel pieno di una situazione di crisi politica interna molto grave e di contemporanea debolezza sul piano delle relazioni internazionali, all'interno di una più complessiva debolezza del quadro europeo. Penso, fra le altre cose, alla enfattizzazione del ruolo centrale dell'Esecutivo, al ricorso pressoché esclusivo alla decretazione d'urgenza, al protagonismo del Presidente della Repubblica non di rado chiamato in causa per sostenere e persino spiegare i provvedimenti governativi, alla instaurazione di una sorta di legame fiduciario fra Capo dello Stato e Presidente del Consiglio, alla eterodiretta e rapidissima revisione dell'art. 81 della Costituzione per introdurre il principio del pareggio del bilancio, al ruolo sostanzialmente gregario del Parlamento, alla proposta deroga all'art. 138 della Costituzione, ecc.

erano in realtà nient'altro che un amplissimo recupero delle disposizioni del regolamento attuativo, il d.P.R. n. 168 del 2010: la disciplina della liberalizzazione/assunzione dei servizi pubblici locali contenuta nei commi da 1 a 7 dell'art. 4 riproduceva, alla lettera, i sette commi dell'art. 2 del regolamento; i commi da 19 a 27 dell'art. 4 riproducevano, alla lettera (con variazioni del tutto trascurabili), i commi da 1 a 9 dell'art. 8 del regolamento. In un quadro in cui anche in materia di forme di gestione si è operato riproducendo quasi per intero le disposizioni di un regolamento, di cui il Governo non poteva ignorare l'avvenuta abrogazione, proprio in virtù dell'abrogazione referendaria delle norme (il rinvio delegificante del comma 10 dell'art. 23-bis) che ne erano il fondamento giuridico».

¹⁵⁹ Il riferimento è alla segnalazione AS 8694 della Autorità garante della concorrenza e del mercato del 26 agosto 2011, (Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo"), nella quale si legge che il d.l. in questione «ripropone nei fini l'impianto preesistente la consultazione popolare dello scorso giugno, escludendo l'applicabilità al settore idrico, per tener conto dell'esito del *referendum*».

In sostanza, il quadro che se ne potrebbe trarre è quello di una situazione emergenziale, ove si erge come Leviathan l'imperativo *primum* (so-prav)vivere, nella quale certi riti e pregi della democrazia possono essere percepiti come un lusso che non ci si possa permettere o, comunque, guardati con una certa disattenzione, se non con sufficienza. La democrazia pare trasformarsi in *democrazia protetta* e il preoccupante *deficit* economico-finanziario finisce per tradursi in un *deficit* democratico.

Quanto l'emergenza abbia giustificato la torsione, giocando da fattore di legittimazione, non è qui il luogo per dirlo. Mi preme piuttosto un'altra osservazione.

Guardata in questa prospettiva, la sentenza n. 199 della Corte costituzionale – comunque la si pensi sulla *quaestio* (giuridica) del vizio da riproduzione di normativa abrogata dal *referendum* – assume un valore ed un significato tutt'affatto particolare di presa di posizione che, su di un piano politico-costituzionale, segnala l'esistenza di una specie di “linea del Piave” oltre la quale il sacrificio dei riti della democrazia non può andare, neppure sotto il peso della crisi più drammatica¹⁶⁰. Di questo, a mio avviso, bisogna essere grati ai giudici di Palazzo della Consulta.

¹⁶⁰ Di sentenza coraggiosa che «non si lascia condizionare da una certa contingenza politica, e ristabilisce la rotta corretta», parla P. SABBIONI, *La sentenza n. 199 del 2012: una sentenza coraggiosa, forse troppo*, in *Quad. cost.*, 2012, 874.

DEL DIVIETO DI AGGRAVAMENTO VENTITTRÈ ANNI
DOPO (OVVERO DELL'INTRAMONTABILE
DISCREZIONALITÀ ISTRUTTORIA
DELL'AMMINISTRAZIONE PROCEDENTE)*

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine: il divieto di aggravamento come principio dell'istruttoria procedimentale. – 2. Lo stato dell'arte: a) le ricostruzioni della dottrina. – 3. Segue: b) l'applicazione giurisprudenziale. – 4. Segue: c) un punto d'incontro tra teoria e prassi. – 5. Divieto di aggravamento e discrezionalità istruttoria: l'amministrazione precedente è sempre «signora della prova»? – 6. Violazione del divieto di aggravamento: quali conseguenze? – 7. Considerazioni conclusive: i limiti fisiologici alla proficua applicazione del principio.

1. *Delimitazione dell'oggetto dell'indagine: il divieto di aggravamento come principio dell'istruttoria procedimentale*

Dodici anni fa, quando, passato ormai più di un decennio dall'entrata in vigore della legge sul procedimento, avevamo ritenuto che i tempi fossero maturi per indagare sulla capacità del divieto di aggravamento di incidere sul concreto svolgimento dell'azione amministrativa, ci eravamo prefissi, in particolare, di stabilire se i limiti che il principio¹ di economicità – a nostro avviso – incontra in determinati settori di attività dei pubblici poteri comportassero un indebolimento di tale divieto, limitandone l'incidenza sia sulla c.d. discrezionalità istruttoria che sulla libertà procedimentale della pubblica amministrazione².

* Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*.

¹ L'art. 1, comma 2, l. n. 241/1990 parla, invero, di «criterio». Sulla distinzione tra principio e criterio, tuttavia, non è possibile soffermarsi in questa sede, sicchè si rinvia a E. STICCHI DAMIANI, *Principio di economicità e disciplina degli appalti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 470-471, nota 9.

² F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in questa *Rivista*, 2001, 491 ss.

Da allora sono state svolte altre ricerche, anche al fine di individuare l'effettiva *ratio* del divieto di aggravamento, e l'applicazione giurisprudenziale si è arricchita, sicchè non sembra inutile fare il punto della situazione, anche per immaginare quali potrebbero essere le prospettive future.

Come nella precedente occasione, pur essendo pienamente consapevoli che il divieto di aggravamento si presta ad essere analizzato sotto molteplici profili, ci soffermeremo sui rapporti tra il divieto medesimo e la discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente.

2. *Lo stato dell'arte: a) le ricostruzioni della dottrina*

Quando ci eravamo occupati per la prima volta di questo tema, la prevalente dottrina era dell'avviso che il divieto di aggravamento si potesse come esplicitazione, applicazione del canone generale di economicità: si riteneva, in sostanza, che il fatto che l'attività amministrativa debba essere retta dal criterio di economicità implichi l'esigenza di non aggravare immotivatamente il procedimento amministrativo. Ulteriore conferma di questo strettissimo rapporto si traeva dalla giurisprudenza, che basava sovente le proprie valutazioni di illegittimità, anziché sulla violazione del divieto di aggravamento, sul contrasto con il principio di economicità³.

Nell'ultimo decennio, però, non sono mancate diverse ricostruzioni. La più recente dottrina, infatti, pur non abbandonando del tutto l'accezione funzionale dell'economicità, *id est* l'idea del divieto legislativo «di un'azione amministrativa che agisca attraverso *iter* procedurali tortuosi, aggravati da passaggi superflui, ripetitivi, finanche inutili»⁴, ed affermando talvolta, in modo esplicito, che il divieto medesimo costituisce specificazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia (a loro volta corollari del principio di buon andamento)⁵, ha proposto anche diverse chiavi di lettura.

Secondo un filone di pensiero, ad es., il divieto di aggravamento costituisce attuazione del principio di proporzionalità⁶.

³ Per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a F. SAITTA, *op. cit.*, 503-507.

⁴ Così M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 126.

⁵ In tal senso, ad es., T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, 2° ed., Torino 2013, 287.

⁶ Indicazioni in C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggrava-*

Un'ulteriore impostazione, poi, configura tale divieto come espressione del principio di correttezza e buona fede oggettiva, avente lo scopo di garantire il cittadino contro le vessazioni derivanti da vincoli procedurali ingiustificati e di esaltare lo spirito collaborativo dei dipendenti⁷.

Secondo una ricostruzione ancora diversa, dichiaratamente finalizzata ad evitare che il divieto di aggravamento «sia ridotto a pleonastica declinazione di regole già codificate dalla disciplina generale del procedimento», il divieto stesso svolgerebbe la «funzione di controlimito, cioè di argine – consentaneo al principio di informalità, cui la norma era nel complesso dedicata – alla possibilità di moltiplicare vincoli ed irrigidimenti formali, laddove la legislazione di settore non si fosse attenuta al criterio generale»⁸.

Non manca, infine, chi ritiene che, al di là di tutti i pur necessari tentativi di specificazione, il precetto contenuto nell'art. 1, comma 2, della legge sul procedimento non possa avere un contenuto prescrittivo separato del tutto rispetto a quello di molti altri principi (congruità, proporzionalità, logicità), convergendo tutti nel buon andamento⁹.

Si tratta in tutti i casi di ricostruzioni pregevoli, la cui tenuta dev'essere però verificata anche alla luce dell'applicazione concreta del divieto di aggravamento da parte della giurisprudenza.

mento del procedimento, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2011, 209 e 213 ss., il quale, premesso che il principio di proporzionalità è una manifestazione del principio di ragionevolezza, che è a sua volta principio cardine dell'ordinamento amministrativo, nota che, nell'ambito delle fattispecie ricondotte al divieto di aggravamento, la gran parte delle ipotesi sono risolte soprattutto in base ad un criterio di proporzionalità. Come vedremo, l'analisi della giurisprudenza dell'ultimo decennio conferma tale assunto (v. *infra*, § 3).

⁷ Così S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; ID., *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino 2008, 255-256.

⁸ M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 494-495. In termini analoghi si era già espresso P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli 2008, 109, nel «tradurre il non aggravamento nella regola della libertà delle forme come criterio attraverso cui interpretare le incombenze prescritte».

⁹ In tal senso, C. MARZUOLI, *op. cit.*, 210-211, secondo cui, in definitiva, «[i]l non aggravamento svolge un ruolo "relazionale", consistente nella integrazione degli elementi che ogni volta debbono essere bilanciati nel momento in cui si deve trovare il punto di equilibrio fra i tanti principi, criteri e standard che vengono in evidenza».

3. *Segue: b) l'applicazione giurisprudenziale*

Va detto subito che la situazione attuale non sembra presentare significative differenze rispetto a quella descritta al termine della precedente indagine, allorquando avevamo sostanzialmente individuato, con specifico riguardo alla giurisprudenza amministrativa¹⁰, quattro gruppi di pronunce: del primo facevano parte quelle decisioni che avevano applicato il divieto di aggravamento, nell'ambito dei contratti pubblici, per impedire alle stazioni appaltanti di imporre oneri ingiustificati a carico delle ditte che partecipano alle gare; nel secondo gruppo erano state collocate le sentenze che utilizzavano il divieto di aggravamento per escludere la sussistenza, in capo all'amministrazione, dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in tutti i casi in cui la partecipazione del cittadino sarebbe risultata inutile; in un terzo gruppo erano state inserite le pronunce che, alla luce del divieto di aggravamento, cercavano di individuare un punto di equilibrio tra i poteri/doveri istruttori dell'amministrazione procedente e gli oneri probatori del cittadino; nel quarto gruppo, infine, si erano collocate le decisioni che vedevano nel divieto di aggravamento un criterio ermeneutico per la corretta applicazione di altri istituti e principi¹¹.

La giurisprudenza del terzo millennio si muove, infatti, lungo lo stesso percorso.

a) Il filone di gran lunga più consistente è quello che applica il divieto di aggravamento alle gare d'appalto¹² o ai concorsi pubblici, pervenendo all'affermazione che la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e, appunto, del divieto di aggravamento degli oneri burocratici¹³.

In tal modo opinando, si reputano illegittime clausole che preve-

¹⁰ Della giurisprudenza contabile, che pure ha fatto diffusa applicazione del divieto di aggravamento, ci occuperemo più avanti: v. *infra*, 5.

¹¹ Per le relative indicazioni giurisprudenziali può vedersi F. SAITTA, *op. cit.*, 496-503.

¹² Sull'acquisita centralità del principio di economicità dell'azione amministrativa nella materia dei contratti pubblici, anche in virtù dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, si rinvia all'ampia trattazione di E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 467 ss.

¹³ *Ex multis*, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 9 febbraio 2012, n. 700, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 8 luglio 2011, n. 1321, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071, *ibidem*; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 dicembre 2009, n. 2014, in *Ragiusan*, 2010, 317-318, 120.

dono, a pena di esclusione, oneri documentali inutili a carico dei partecipanti¹⁴ ovvero requisiti di partecipazione e qualificazione, ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla legge, del tutto irragionevoli¹⁵ ovvero ancora non siano dotate di quel grado di specificità necessario ad evitare ai destinatari ogni equivoca interpretazione¹⁶.

Utilizzando in tal modo il divieto, non soltanto si afferma che la facoltà dell'amministrazione procedente di fissare un termine perentorio per effettuare un determinato adempimento incontra dei limiti¹⁷, ma si giunge financo a disapplicare sostanzialmente il bando, escludendo, ad es., che un termine formalmente qualificato come perentorio dall'amministrazione abbia effettivamente tale carattere¹⁸.

In molti casi, peraltro, come ben notato dalla dottrina, l'aggravamento sarebbe valutabile in base al principio di proporzionalità, commisurando gli oneri addossati ai partecipanti alla gara con i risultati da conseguire¹⁹.

Si consideri, poi, che, in talune (non rarissime) ipotesi, la giurisprudenza esclude che l'aggravamento procedimentale sia ingiustificato e,

¹⁴ Come, ad es., la produzione per due volte, in buste differenti, del medesimo documento (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 20 giugno 2011, n. 3259, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 7 novembre 2003, n. 1864, *ibidem*), la presentazione di documenti volti a provare la sussistenza dei requisiti soggettivi di portata identica a quelli prodotti in sede di prequalifica (Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416, *ibidem*) o l'utilizzo di specifiche modalità di spedizione delle offerte (T.A.R. Marche, Sez. I, 1 agosto 2005, n. 938, *ibidem*).

¹⁵ *Ex plurimis*, T.A.R. Liguria, Sez. II, 27 maggio 2009, n. 1238, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 14 marzo 2002, n. 1359, in *Foro amm. – TAR*, 2002, 1029.

¹⁷ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 28 settembre 2006, n. 8360, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Così T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nella direzione opposta, però, sembra andare T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 8 novembre 2007, n. 720, *ibidem*, laddove afferma che, alla luce del principio di economicità del procedimento, il termine per il deposito dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti dichiarati, ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006, dev'essere inteso come perentorio in quanto, se così non fosse, la stazione appaltante sarebbe costretta a tenere in piedi *sine die* la struttura organizzativa predisposta per la gara al fine di esaminare la documentazione richiesta e non potrebbe mai concludere l'attività di verifica e riscontro dei requisiti.

¹⁹ Oltre a C. MARZUOLI, *op. cit.*, 209 e 213 ss., può vedersi L. IANNOTTA, *Notazioni in tema di ricorso incidentale e di divieto di aggravamento del procedimento di aggiudicazione*, in *Giust. civ.*, 2003, 808 ss.. Di «adempimenti irragionevoli o sproporzionati» parla, ad es., T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 564, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quindi, vietato dalla legge: ciò o perché trattasi di adempimento poco oneroso per il soggetto gravato²⁰ ovvero, assai più spesso, in quanto solleva l'amministrazione procedente da accertamenti istruttori che rallenterebbero l'*iter* procedimentale. In quest'ultimo caso, il divieto di aggravamento non solo viene applicato a favore dell'amministrazione ed a discapito del cittadino, che, per agevolare gli uffici, viene onerato di adempimenti che non gli spetterebbero, ma finisce addirittura per giustificare la disapplicazione di norme che – come, ad es., l'art. 18 della stessa legge n. 241 del 1990 – erano state chiaramente pensate per alleggerire gli oneri documentali a carico dei privati²¹.

b) Nulla è cambiato nemmeno con riguardo all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, adempimento che – specie a seguito dell'ulteriore dequotazione dei vizi formali conseguente alla riforma della legge sul procedimento operata nel 2005 – è considerato superfluo e contrario al principio di economicità in tutti i casi in cui la conoscenza sia comunque avvenuta, sì da ritenersi già raggiunto in concreto lo scopo cui tende la comunicazione²², e, pur in presenza del chiaro disposto dell'art.

²⁰ Come, ad es., la sottoscrizione integrale dell'offerta economica: Cons. St., Sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5619, in *Giur. it.*, 2012, 1689, con nota di F. MANGANARO, *La controversa interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare di appalti pubblici*.

²¹ In tal senso, Cons. St., Sez. IV, 6 novembre 2009, n. 6948, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 67, secondo cui, nei concorsi pubblici, la prescrizione del bando di allegare alla domanda di partecipazione tutti i titoli vantati dal candidato, compresi quelli posseduti dall'amministrazione, non viola il principio di non aggravamento del procedimento, ma garantisce una maggiore efficacia e rapidità delle procedure concorsuali; Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2872, *ivi*, 2009, 873, secondo cui la scelta della stazione appaltante di non contemplare tra la documentazione di gara le dichiarazioni sostitutive si iscrive in una ragionevole logica di speditezza procedimentale, potendo tali dichiarazioni comportare un aggravamento degli oneri procedurali, in quanto impongono un controllo postumo sui dati forniti dal concorrente; id., 21 aprile 2006, n. 2267, *ibidem*, secondo cui non dà luogo ad un irragionevole e sproporzionato aggravamento procedimentale, rispondendo piuttosto ad apprezzabili finalità acceleratorie, l'inserimento nella *lex specialis* di gara di una clausola mirante ad ottenere una dimostrazione anticipata della sussistenza dei poteri di rappresentanza, così da esonerare la stazione appaltante dall'espletamento di complessi accertamenti ufficiosi; *contra*, T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 7 aprile 2009, n. 686, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'art. 18 l. n. 241/1990, che si muove proprio nel segno della semplificazione procedimentale o quantomeno del suo non inutile aggravamento, impone alle amministrazioni che bandiscono una selezione pubblica di acquisire d'ufficio i documenti, necessari all'istruttoria, già in loro possesso; nello stesso senso, Sez. III, 6 settembre 2006, n. 1375, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 26 maggio 2006, n. 6182, *ibidem*.

²² In tal senso, tra le più recenti, Cons. St., Sez. VI, 30 aprile 2013, n. 2350, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 7 settembre 2012, n. 2254, *ibidem*.

8, comma 2, lett. c-ter), della legge n. 241 del 1990, nei procedimenti ad istanza di parte, del cui avvio l'interessato è già a conoscenza per averlo provocato egli stesso²³.

Analogamente, si ritiene in contrasto con il divieto di aggravamento un'interpretazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 nel senso che l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sussista nei confronti di tutti i proprietari confinanti con il manufatto oggetto dell'aspirazione edificatoria di terzi²⁴, mentre il principio di economicità dell'azione amministrativa viene invocato per giustificare l'omessa specifica e puntuale pronuncia su ciascuna delle singole argomentazioni contenute nelle memorie presentate ai sensi dell'art. 10, lett. b), della stessa legge²⁵ e/o per consentire all'amministrazione, senza bisogno di ricorrere ad interpretazioni estensive dell'art. 21-octies, comma 2, di dimostrare in giudizio che l'omissione del preavviso di rigetto non ha inciso sul contenuto finale del provvedimento²⁶.

Anche in tutti questi casi, dunque, il divieto di aggravamento viene utilizzato a favore dell'amministrazione ed a discapito del cittadino.

c) Nel terzo gruppo si collocano – come dicevamo – le sentenze che cercano di utilizzare il divieto di aggravamento per trovare un equilibrato dosaggio tra i poteri/doveri istruttori dell'amministrazione procedente e gli oneri probatori del cittadino.

In quest'ambito vanno segnalate, *in primis*, le decisioni secondo cui l'autorità che rilascia un titolo abilitativo edilizio non è tenuta a compiere complesse ricognizioni giuridico-documentali circa eventuali pretese che potrebbero essere avanzate da soggetti terzi, diversi da colui che ha chiesto il rilascio del titolo medesimo, dovendosi ritenere, in coerente applicazione del divieto di aggravamento, che l'amministrazione debba semplificare ed accelerare tutte le attività di verifica sul titolo prodotto, valorizzando gli elementi documentali forniti dall'interessato²⁷.

Anche in quest'ambito, la giurisprudenza non sembra aver mutato approccio.

²³ T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, 2 luglio 2012, n. 529, www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Toscana, Sez. II, 3 giugno 2011, n. 988, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I ter, 29 ottobre 2010, n. 33085, *ibidem*; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, 25 luglio 2008, n. 205, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4827, *ibidem*.

²⁴ T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 12 aprile 2005, n. 527, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ T.A.R. Liguria, Sez. I, 21 aprile 2009, n. 777, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ T.A.R. Molise, Sez. I, 15 febbraio 2013, n. 162, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 26 marzo 2012, n. 328, in www.giustizia-amministrativa.it.

d) Il divieto di aggravamento, infine, continua ad essere applicato come criterio orientativo nell'applicazione di altri istituti e principi.

Con riguardo ai procedimenti di secondo grado, ad es., la giurisprudenza suole affermare, da un lato, che il principio di conservazione degli atti giuridici – che impone di limitare l'eliminazione ai soli atti viziati e di conservare efficacia a quelli, invece, legittimi – assume, nel diritto amministrativo, una valenza rafforzata, in relazione al divieto di aggravamento del procedimento ed al principio di economicità dell'azione amministrativa²⁸; dall'altro, che quest'ultimo principio, che impone ai pubblici apparati di ispirare la propria azione a criteri di corretta gestione economica, giustifica l'annullamento, a seguito dell'aggiudicazione, dell'indizione di una pubblica gara a causa dell'incongruità del prezzo a base d'asta, che rende assolutamente non conveniente la stipula del contratto²⁹.

4. *Segue: c) un punto d'incontro tra teoria e prassi*

La rassegna giurisprudenziale dianzi svolta, ancorchè inevitabilmente incompleta³⁰, conferma, a nostro avviso, la problematicità della nozione che stiamo analizzando e la relatività di qualsivoglia ricostruzione teorica.

Ed infatti, optando per l'opinione più diffusa, sia in dottrina che in giurisprudenza, secondo cui il divieto di aggravamento è un corollario del principio di economicità, si pongono alcuni problemi insormontabili, da noi già segnalati nel precedente saggio in argomento e recentemente sintetizzati con chiarezza in un recente commento: difficoltà di trasporre in termini giuridici una nozione di scienza dell'amministrazione che assume connotati diversi a seconda che riguardi attività di prestazione ovvero provvedimenti; impossibilità di operare valutazioni in termini di economicità in assenza di una chiara definizione degli obiettivi da raggiungere e dei costi sostenibili, *id est*, con riferimento all'attività provvedimento, di una compiuta predeterminazione legislativa delle scansioni procedurali³¹.

²⁸ Così Cons. St., Sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5464, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 3 maggio 2011, n. 1091, *ibidem*.

²⁹ T.A.R. Piemonte, Sez. II, 19 febbraio 2007, n. 706, in *Comuni d'Italia*, 2007, 4, 66.

³⁰ Per ulteriori indicazioni può comunque vedersi C. MARZUOLI, *op. cit.*, 213-221.

³¹ C. MARZUOLI, *op. cit.*, 208-209.

Ragionando, invece, in termini di proporzionalità, come del resto di ragionevolezza, logicità e congruità, si maneggiano concetti giuridici indeterminati che mal si prestano al tentativo di delimitare l'amplessima discrezionalità istruttoria tendenzialmente attribuita alle pubbliche amministrazioni, le quali, non a caso, applicando il medesimo divieto di non aggravamento, pervengono spesso a soluzioni opposte in presenza di fattispecie pressochè identiche: emblematico è il sofferto rapporto – talora di perfetta sintonia, tal'altra di radicale antitesi – tra l'anzidetto divieto e l'art. 18 della legge sul procedimento che emerge dall'elaborazione giurisprudenziale. Né può confidarsi in un penetrante sindacato giurisdizionale sulle scelte istruttorie dell'amministrazione, in quanto – come avremo modo di constatare nel prosieguo dell'indagine³² – la giurisprudenza si mostra assai timida al riguardo.

Riduttiva appare, poi, l'impostazione che configura il divieto di aggravamento come espressione del principio di correttezza e buona fede oggettiva, inteso a garantire il cittadino da ogni deriva vessatoria³³. A prescindere dal fatto che, come si è avuto modo di evidenziare, il divieto di aggravamento viene spesso applicato a favore dell'amministrazione, ossia per sgravare quest'ultima – e non già il cittadino! – da oneri documentali e/o istruttori (talvolta addirittura previsti espressamente dalla legge), anche con riferimento allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale sarebbe erroneo affermare che l'appesantimento si traduca sempre in un pregiudizio per il cittadino³⁴, non potendosi *a priori* escludere che alla fine il sovraccarico procedurale conduca all'accoglimento di un'istanza che sarebbe stata altrimenti respinta³⁵.

Infine, la stessa ricostruzione che, muovendo dichiaratamente dall'intento di «smarcare» il divieto di aggravamento da altre regole già codificate dalla legge n. 241 del 1990, individua nello stesso un argine alla possibilità di moltiplicare vincoli ed irrigidimenti formali³⁶, finendo in sostanza per auspicare un maggiore rigore nell'interpretazione dell'art. 1,

³² *Infra*, § 5.

³³ Di questo avviso sembra essere anche M. CAFAGNO, *op. cit.*, 502, il quale ritiene che l'influenza del divieto di aggravamento «ammetta proiezioni che trascendono il piano delle garanzie del cittadino, all'interno del procedimento dato».

³⁴ Come sembra adombrare S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento*, cit., 462-463.

³⁵ Su questo specifico aspetto, strettamente attinente all'oggetto della nostra indagine, ci soffermeremo di qui a poco: v. *infra*, § 5.

³⁶ Secondo questa impostazione, «[a]l cospetto di leggi di settore derogatorie e perciò propense ad introdurre vincoli procedurali, il principio di informalità flette in divieto di aggravamento»: M. CAFAGNO, *op. cit.*, 498.

comma 2, deve confrontarsi con la prassi giurisprudenziale, che non sembra proprio aver avvertito «il valore severamente selettivo della lettera della norma»³⁷. Ciò di cui, del resto, è consapevole lo stesso sostenitore di questa tesi³⁸.

5. *Divieto di aggravamento e discrezionalità istruttoria: l'amministrazione procedente è sempre «signora della prova»?*

A questo punto, il problema principale che ci siamo riproposti di affrontare – concernente, in sostanza, l'individuazione delle regole che governano l'istruttoria procedimentale improntata al principio di economicità ed al divieto di aggravamento – dovrebbe essere stato collocato nella giusta ambientazione.

Quando ci eravamo cimentati per la prima volta con questo tema, avevamo detto che la legge n. 241 del 1990, introducendo questi nuovi principi, «ha probabilmente decretato il tramonto dell'era della discrezionalità istruttoria ed ha certamente inciso anche sulla libertà procedimentale dell'amministrazione, sinora pressochè limitata»³⁹; a supporto di questa affermazione, avevamo ricordato come lo stesso artefice principale della riforma del 1990 avesse detto che la legge sul procedimento tenta di conciliare l'esigenza di completezza nella ponderazione dei fatti e degli interessi con quella di efficienza dell'azione amministrativa, «in modi tali da evitare che l'adeguatezza dell'acquisizione degli interessi sovraccaricasse l'azione procedimentale provocando appesantimenti in termini di tempi e di efficienza complessiva dell'azione dei pubblici poteri»⁴⁰.

La dottrina dell'epoca sembrava, d'altronde, convenire sul fatto che il divieto di aggravamento «implica la necessità di modulare l'applicazione del principio inquisitorio in relazione ai caratteri dell'intervento amministrativo ed alla natura e alla portata degli interessi di volta in volta in gioco»⁴¹. Si riteneva, in altri termini, che la facoltà dell'amministrazione procedente di autoimporsi vincoli procedimentali istruttori sa-

³⁷ Sono parole di M. CAFAGNO, *op. cit.*, 499, nota 18.

³⁸ Cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, 500, nota 19, e 502 ss.. Ma su tutto ciò si tornerà nel prosieguo dell'indagine: v. *infra*, §§ 5 e 7.

³⁹ F. SAITTA, *op. cit.*, 510.

⁴⁰ M. NIGRO (con la collaborazione di E. CARDI), *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, 5ª ed., Bologna 1997, 36.

⁴¹ M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano 1996, 192-193.

rebbe stata, d'ora in avanti, subordinata non soltanto all'inesistenza di norme particolari sulle modalità procedurali, bensì anche alla necessità e straordinarietà delle esigenze di approfondimento istruttorio; si dovrà cioè trattare – si diceva – di esigenze non prevedibili dal legislatore e di notevole rilievo ai fini dell'istruttoria⁴².

Già allora, tuttavia, le oscillazioni giurisprudenziali denotavano la persistente difficoltà di trovare un equilibrato temperamento delle opposte esigenze: nella pratica, stabilire quando l'aggravio procedimentale sia legittimo ed opportuno era subito apparso tutt'altro che semplice. Si consideri, ad es., che, dieci anni dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, la giurisprudenza continuava a ritenere che la volontaria acquisizione di un parere non prescritto dalla legge non fosse di per sé causa di invalidità del provvedimento, potendo l'amministrazione richiedere ogni parere che ritenga utile nello svolgimento delle funzioni di sua competenza ed in tal modo giovare di ulteriori elementi di giudizio ai fini della decisione⁴³.

Tale difficoltà era – e, come vedremo, è – in certa misura fisiologica in quanto dovuta alla mancanza di un criterio predeterminato in base al quale valutare che proporzione vi sia tra il risultato vantaggioso che si conseguirebbe in termini di approfondimento istruttorio ed il sacrificio connesso all'appesantimento procedimentale: dall'art. 1, comma 2, della legge sul procedimento emerge, infatti, che il fenomeno negativo da evitare non è tanto l'aggravamento in sé, quanto piuttosto l'aggravamento ingiustificato, sicché in assoluto «non si può dire *a priori* se sia meglio semplificare o aggravare, proprio ai fini del risultato; dipende dai contesti e dai valori in gioco»⁴⁴.

L'ineliminabile flessibilità valutativa attribuita al singolo decisore aveva indotto i primi commentatori della legge del 1990 a risolvere l'antinomia «approfondimento istruttorio/tempestività dell'azione amministrativa» utilizzando i principi generali della ragionevolezza e/o della proporzionalità⁴⁵: si sottolineava, dunque, l'esigenza di un'acquisizione

⁴² A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 51, il quale osservava che, nell'art. 1, comma 2, l. n. 241/1990, «il buon andamento si profila come completezza dell'istruttoria e speditezza dell'azione amministrativa».

⁴³ Le relative indicazioni giurisprudenziali si trovano in F. SAITTA, *op. cit.*, 512-513, in nota.

⁴⁴ G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 121.

⁴⁵ S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 120.

conoscitiva «congrua» rispetto al tipo ed alla consistenza degli interessi coinvolti nel procedimento e di un conseguente controllo giudiziario «sotto il profilo della verifica della congruità, logicità e ragionevolezza delle scelte istruttorie compiute dalla amministrazione procedente»⁴⁶. In sostanza, tanto per tornare al precedente esempio, la facoltà di decidere se prescindere o meno da un parere avrebbe dovuto essere esercitata dall'amministrazione «ragionevolmente»⁴⁷.

A chi scrive era parso che, rimettendo al parametro della «ragionevole proporzionalità» il giudizio in ordine alla legittimità o meno del singolo appesantimento istruttorio, si corresse il rischio di abbandonarsi ancora una volta alla «legalità debole dei principi»⁴⁸: in definitiva, la difficoltà di valutare se l'aggravio procedimentale sia, nel singolo caso, giustificato o meno è analoga alla difficoltà che, più in generale, si incontra nel «misurare» la proporzionalità⁴⁹.

Più recentemente, la dottrina è tornata ad indagare sull'incidenza del divieto di aggravamento sul principio inquisitorio e di completezza e, muovendo dalla piena consapevolezza dell'inevitabile tensione logica che sussiste tra sistema inquisitorio ed esigenze di celerità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, è pervenuta alla conclusione che il divieto in esame «impone un'interpretazione antiformalistica e secondo buona fede degli adempimenti e delle regole procedimentali»⁵⁰. Non sembra, però, che quest'ultimo approfondimento si sia spinto al di là della conferma del «definitivo superamento della *communis opinio* in base alla quale spetterebbe all'ufficio amministrativo un'ampia discrezionalità nella determinazione del grado di approfondimento istruttorio»⁵¹.

Come si è già riferito⁵², dottrina ancora più recente ha pure tentato di valorizzare il tenore letterale dell'art. 1, comma 2, della legge sul procedimento, che, parlando, di «straordinarie esigenze», sembra circoscrivere la facoltà di operare appesantimenti procedimentali all'allegazione

⁴⁶ P. GUERRA, *op. cit.*, 194.

⁴⁷ Così C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo*, Milano 1992, 75.

⁴⁸ L'efficace espressione – com'è noto – è di M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in questa *Rivista*, 1993, 473 ss.

⁴⁹ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, 395-396. Più recentemente, sulla «proporzionalità della proporzionalità» come freno all'aggravamento procedimentale si è soffermato S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano 2008, 114 ss.

⁵⁰ P. LAZZARA, *op. cit.*, 108.

⁵¹ P. LAZZARA, *op. cit.*, 113.

⁵² *Retro*, § 2.

di eccezionali ragioni istruttorie⁵³. In tal modo opinando, tuttavia, essa finisce per affidarsi *in toto* alla discrezionalità del singolo collegio giudicante, a cui è in definitiva rimesso il sindacato sul corretto esercizio della discrezionalità istruttorie dell'amministrazione precedente.

E che si tratti di un affidamento incauto – come, del resto, sa bene la stessa dottrina di cui si discute, che non manca di notare che la giurisprudenza, lungi dall'avallare la visione rigorosa proposta, continua a risolvere il sindacato sulle scelte procedurali dell'amministrazione in una verifica di compatibilità con canoni di correttezza o di ragionevolezza ed economicità⁵⁴ – è confermato dalle più recenti pronunce in argomento, che denotano come i giudici amministrativi continuino ad esercitare un sindacato alquanto debole sugli aggravamenti istruttori.

Alcuni anni fa, il Consiglio di Stato aveva espresso la sua opinione al riguardo, affermando a chiare lettere che «[l]a sufficienza qualitativa e quantitativa dei mezzi istruttori, salve le limitate ipotesi di trasmodamento degli stessi, tali da integrare l'eccesso di potere, o anche il vizio di violazione di legge per contrarietà ai principi di efficienza, divieto di non aggravamento, economicità dei mezzi di cui all'art. 1, L. n. 241 del 1990, rientrano nella discrezionalità dell'organo deputato a provvedere e non sono, come tali, in generale, sindacabili ordinariamente nel merito»⁵⁵.

Alcuni anni dopo, lo stesso Consiglio di Stato ha detto, senza mezzi termini, che la scelta dei mezzi istruttori è sindacabile in sede di legittimità solo allorché appaia *chiaramente incongrua* o conduca a risultati *aberranti*⁵⁶, mentre, soltanto due anni fa, ha affermato, in modo altrettanto lapidario, che, «[i]n linea di principio, salvi i casi nei quali, in violazione dell'art. 1, comma 2, della L. n. 241/1990, l'incombente istruttorio costituisce un *inutile, sviatorio, manifesto aggravio* dell'*iter* procedimentale, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. a), della L. n. 241 cit., l'organo di amministrazione attiva, nella fase istruttorie del procedimento, può richiedere, a sua discrezione ed indipendentemente da un'espressa previsione, pareri e valutazioni sull'oggetto del provvedere ad altri organi con specifica qualificazione normativa. Tali avvisi hanno natura di pareri facoltativi, proprio perché non sono obbligatoriamente previsti da singole norme di legge o di regolamento»⁵⁷.

⁵³ Si allude a M. CAFAGNO, *op. cit.*, 499 ss.

⁵⁴ M. CAFAGNO, *op. cit.*, 500, nota 19.

⁵⁵ Sez. IV, 11 marzo 2005, n. 1043, in *Foro amm.* – *CdS*, 2005, 747.

⁵⁶ Sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3097, in *www.giustizia-amministrativa.it* (il corsivo nel testo è nostro).

⁵⁷ Sez. IV, 10 ottobre 2011, n. 5500, in *www.giustizia-amministrativa.it* (il corsivo nel

Infine, è addirittura di pochi mesi fa l'affermazione, se vogliamo ancora più ferma, che «[i]l fatto [...] che un determinato parere non sia previsto (o non sia reso obbligatorio) non impedisce all'Amministrazione procedente, ove ritenga utili le valutazioni di una diversa Amministrazione o di un determinato organo, di acquisire, prima di decidere, il suo apporto valutativo»⁵⁸.

La «signoria» dell'amministrazione procedente nel richiedere arricchimenti istruttori⁵⁹, dunque, sembra non essere stata in alcun modo scalfita da oltre un ventennio di applicazione del divieto di aggravamento ed essersi tradotta semplicemente in un moderato ritocco all'art. 16, comma 2, della legge sul procedimento, che adesso (non si limita soltanto a facultare, ma) fa espressamente obbligo all'amministrazione procedente, in caso di infruttuosa decorrenza del termine stabilito per la comunicazione di un parere facoltativo, di procedere indipendentemente dall'espressione del parere stesso⁶⁰.

6. *Violazione del divieto di aggravamento: quali conseguenze?*

Nulla sembra essere cambiato nemmeno in ordine alle conseguenze della violazione del divieto di aggravamento.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento, la più accorta dottrina aveva dubitato fortemente del fatto che alla violazione del divieto di aggravamento conseguiva *tout court* l'illegittimità dell'atto emanato⁶¹ ed aveva sostenuto che l'aggravamento procedurale, traducendosi «in un *surplus* di attività *a priori* ininfluenze ai fini della decisione», dovrebbe semmai comportare una sanzione a carico del responsabile dell'aggravamento⁶².

testo è nostro); in termini, T.A.R. Veneto, Sez. II, 6 maggio 2011, n. 782, *ibidem*; già prima, C. conti, Sez. contr. Molise, 28 febbraio 1995, n. 54, in *Riv. C. conti*, 1995, 3, 35.

⁵⁸ Sez. VI, 29 aprile 2013, n. 2343, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Quella che E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano, 2011, 176, ha definito «signoria cognitiva» del responsabile del procedimento.

⁶⁰ Il comma 2 dell'art. 16 l. n. 241/1990, già sostituito dall'art. 17, comma 24, l. n. 127/1997, è stato così modificato dall'art. 8, comma 1, lett. a), l. n. 69/2009.

⁶¹ P.G. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli 1991, 37, aveva affermato che le enunciazioni contenute nell'art. 1 costituiscono «declamazioni di desiderio o di speranza [cui] non corrisponde un adeguato contenuto precettivo».

⁶² In tal senso, A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993, 105, che configurava, pertanto, l'aggravamento procedurale come ipotesi di irregolarità.

Successivamente, mentre certa giurisprudenza contabile aveva fondato alcune pronunce di condanna in sede di giudizio di responsabilità amministrativo-contabile sulla violazione del principio di economicità⁶³, il giudice amministrativo, chiamato a sindacare la legittimità di singoli provvedimenti, aveva escluso che l'attività amministrativa ritenuta come ingiustificato aggravamento del procedimento si riverberi sulla legittimità del provvedimento adottato a conclusione del provvedimento⁶⁴.

Chi scrive, fermamente convinto che la mancanza, nell'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990, di «una diretta sanzione»⁶⁵ sia una conseguenza, e non già una causa, dell'intrinseca debolezza del divieto di aggravamento, derivante dall'evidente difficoltà di misurare in termini di economicità l'attività amministrativa provvedimentale, era pervenuto alla conclusione che i criteri di economicità e di efficacia, lungi dall'essere divenuti nuovi parametri del riscontro di legittimità senza la necessaria mediazione dell'eccesso di potere, possano aver ingresso soltanto in sede di controllo sugli atti o, meglio ancora, sulle attività⁶⁶.

A più di un decennio di distanza, la Corte dei conti continua a ritenere, adesso con l'autorevole avallo della Corte di cassazione⁶⁷, che la verifica della compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico non possa prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti ed i costi sostenuti e che quindi, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sia consentito al giudice contabile procedere ad una valutazione dell'operato degli amministratori in punto di legittimità, alla stregua delle regole introdotte dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990⁶⁸.

⁶³ Cfr., ad es., C. conti, Sez. giur. Campania, 17 maggio 1993, n. 27, in *Riv. C. conti*, 1993, n. 3, 133.

⁶⁴ T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 luglio 1999, n. 1209, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3324.

⁶⁵ In questi termini segnalata già da Cons. St., Ad. gen., 17 febbraio 1987, n. 7/87, in *Cons. Stato*, 1987, II, 534.

⁶⁶ F. SAITTA, *op. cit.*, 543-545. Così anche P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinali e livelli di controllo*, in *Foro amm.*, 2000, 277.

⁶⁷ Sez. un., 13 giugno 2011, n. 12902, 28 marzo 2006, n. 7024 e 29 settembre 2003, n. 14488, in *CED Cassazione*, 2011; in *Foro it.*, 2007, I, 2484, con nota di G. D'AURIA, *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione delle società pubbliche; a proposito di alcune sentenze delle Sezioni Unite*; in *Foro amm. – CdS*, 2003, 2524.

⁶⁸ In tal senso, Sez. giur. Sicilia, 15 ottobre 2010, n. 2152, in *CED Cassazione*, 2010; Sez. II, 25 agosto 2010, n. 340/A, *ibidem*; Sez. giur. Lombardia, 10 luglio 2009, n. 476, *ivi*, 2009; Sez. giur. Veneto, 13 febbraio 2009, n. 121, *ibidem*; Sez. giur. Friuli Venezia Giulia, 5 novembre 2008, n. 451, *ivi*, 2008.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha recentemente escluso che l'acquisizione, *ad abundantiam*, di un ulteriore parere non prescritto dalla legge valga ad inficiare la legittimità del provvedimento: «l'eccesso di "consultazione" (il fatto cioè che l'Amministrazione procedente chieda pareri non previsti o non imposti) non determina un vizio dell'istruttoria, ma, al contrario, ne arricchisce i contenuti. Tale *modus procedendi*, pertanto, non è di per sé sufficiente ad inficiare la legittimità del provvedimento che risulti nel suo contenuto dispositivo sostanzialmente corretto»⁶⁹.

I giudici amministrativi, peraltro, hanno anche ritenuto che, in presenza di attività vincolata, l'eventuale violazione del divieto di aggravamento debba confrontarsi con l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, che sancisce la conservazione degli atti corretti nella sostanza, ma carenti sotto il profilo formale o procedimentale⁷⁰.

Stando così le cose, non rinveniamo ragioni per cambiare opinione: l'illegittimità del provvedimento finale per violazione del divieto di aggravamento può, tutt'al più, verificarsi ove sia inequivocabilmente dimostrato che l'atto (parere facoltativo o altro) che non avrebbe dovuto essere richiesto abbia influito in modo determinante sulla decisione⁷¹.

7. Considerazioni conclusive: i limiti fisiologici alla proficua applicazione del principio

Intesa come «capacità di soddisfare le attese della collettività, considerate legittime e ragionevoli in rapporto alle risorse disponibili ed al loro efficiente impiego», o anche soltanto come «congruenza tra risorse ed obiettivi»⁷², l'economicità mal si ataglia a fungere da parametro ai

⁶⁹ Sez. VI, n. 2343/2013, cit., e 7 gennaio 2014, n. 12, in *www.lexitalia.it*, n. 1/2014. Più in generale, nel senso che, «[a]nche se il fattore tempo concorre a qualificare l'azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata, tale fattore tuttavia assume valenza viziana dei provvedimenti adottati solo [...] nei casi in cui il ritardo sia espressione, sul piano sintomatico, di evidenti vizi di eccesso di potere», Sez. III, 3 ottobre 2013, n. 4884, *ivi*, n. 10/2013.

⁷⁰ T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, 23 gennaio 2013, n. 21, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷¹ In tal senso, C. MARZUOLI, *op. cit.*, 222-223; S. TARULLO, *Il divieto*, cit., 500-501.

⁷² Entrambe le definizioni sono tratte da appunti estratti da E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2005, in *www.unisalento.it*, 15.

fini del riscontro di legittimità dell'attività amministrativa provvedimento.

Tanto per esemplificare: rispetto alla doverosa attività di controllo sul territorio e di repressione degli eventuali abusi edilizi che tutte le amministrazioni comunali sono chiamate a svolgere, cosa la collettività può legittimamente e ragionevolmente pretendere? come si può effettuare una valutazione di congruenza tra risorse ed obiettivi, cioè stabilire se il livello di risorse disponibili sia coerente e compatibile con il livello di bisogni che si è obbligati per legge a soddisfare⁷³?

Gli stessi aziendalisti, del resto, c'insegnano che «le valutazioni di economicità devono far riferimento non solo al dato economico di sintesi (pareggio, avanzo o disavanzo), ma alla struttura del sistema di valori»; in altri termini, «efficacia ed economicità non sono correlate esclusivamente a misure quantitative, ma piuttosto a misure qualitative (soddisfazione degli utenti)»⁷⁴.

Se, dunque, è probabilmente vero che la giurisprudenza ha tenuto un atteggiamento di basso profilo, omettendo di soppesare appieno il dato concernente la «straordinarietà» dell'esigenza che sola può giustificare l'aggravamento⁷⁵, è anche vero che ciò ha fatto anche in considerazione dell'obiettivo difficoltà applicativa sopra descritta.

Soltanto in rare ipotesi⁷⁶, del resto, il legislatore ha fatto quanto in suo potere, sagomando i procedimenti amministrativi di settore sul modello imposto dall'art. 1 della legge sul procedimento⁷⁷.

Stando così le cose, ci sembra improbabile che, almeno nell'immediato, il divieto di aggravamento venga più proficuamente applicato all'istruttoria procedimentale, che verosimilmente continuerà ad essere go-

⁷³ Osserva giustamente A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 30, che le modalità di impiego del metodo analisi costi-benefici, per loro natura destinate ad essere formulate in termini monetari, presentano caratteristiche specifiche per le amministrazioni pubbliche, dovendo essere tenute in massimo conto le esternalità negative della decisione e gli eventuali effetti intertemporali rilevanti.

⁷⁴ Così sempre E. BORGONOVÌ, *op. cit.*, 18.

⁷⁵ C. MARZUOLI, *op. cit.*, 224.

⁷⁶ Ad es., nel codice delle comunicazioni elettroniche, la cui intera disciplina è orientata verso forme di semplificazione amministrativa, in ossequio al divieto di aggravamento: Cons. St., Sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1431, in *Amb. e svil.*, 2007, 847.

⁷⁷ Come sembra auspicare M. CAFAGNO, *op. cit.*, 502, che non a caso conclude poi la sua disamina affermando che il principio di non aggravamento «non può essere correttamente applicato se non viene prima metabolizzato da una coerente legislazione» (*ivi*, 508).

vernata da quella «razionalità procedurale» che il giudice amministrativo sembra sindacare con malcelato fastidio, evidente disagio ed eccessiva timidezza.

PRINCIPI COSTITUZIONALI E COMPLESSITÀ DELLE FONTI*

SOMMARIO: 1. Premessa generale. – 2. Il tramonto della concezione mistica della legge. – 3. L'ingresso delle fonti dell'U.E. – 4. I controlimiti e i principi costituzionali comuni. – 5. Il ruolo della CEDU e della sua Corte. – 6. L'emergere di un sistema costituzionale europeo. – 7. Il ruolo ed il significato della Carta di Nizza. – 8. Rapporti tra la Carta di Nizza, le Costituzioni nazionali e la CEDU. – 9. Il diritto internazionale privato e la nuova *lex mercatoria*.

1. *Premessa generale*

In pochi altri settori come in quello delle fonti si incontrano e si incrociano diversi approcci al fenomeno giuridico e soprattutto diverse discipline scientifiche.

Il costituzionalista muove invero dell'idea che quella delle fonti sia materia affidata alla sua disciplina, non solo perché la costituzione rappresenta, secondo l'efficace metafora di Santi Romano, "la prima armatura e i muri maestri dell'ordinamento, su cui poggiano tutte le altre parti", ma soprattutto in base alla ben nota tesi kelseniana che definiva la costituzione come l'insieme delle norme sulla normazione generale, onde quello delle fonti (comunque vada intesa l'espressione) ne costituisce l'oggetto principale.

Il costituzionalista, però, non può chiudersi, soprattutto quando si interroga su come il diritto nasce e si sviluppa, nell'angusto recinto della propria disciplina, limitandosi all'esegesi del testo costituzionale, ma deve aprirsi, quanto più ampiamente possibile, ai dati che emergono dall'esperienza giuridica ed agli studi di altri settori del diritto, che mo-

* Relazione al Convegno *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo in onore di Umberto Breccia*, svolta a Pisa il 17 ottobre 2013.

strano come il tema in esame sia molto più complesso di quanto non risulti dalle norme costituzionali sulla produzione normativa e confermi, con stupefacente precisione, quanto più di cinquant'anni or sono Carlo Esposito aveva lucidamente avvertito: l'attitudine degli atti e dei comportamenti umani a creare diritto non tanto dipende dalla loro conformità alle norme sulla produzione, quanto piuttosto dalla loro capacità di affermarsi come fonti del diritto¹, con l'ulteriore conseguenza che atti e comportamenti "quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti"².

Infatti, l'esperienza giuridica attuale ci mostra, come accennerò più avanti, che i comportamenti umani, non solo sono disciplinati da atti normativi riconducibili alle norme sulla produzione e, *in apicibus*, alla costituzione, ma sono altresì sottoposti ad atti-fonte provenienti da diversi ordinamenti (quello europeo, quello del Consiglio d'Europa, gli ordinamenti stranieri e la c.d. nuova *lex mercatoria*, di cui converrà specificamente occuparsi) e ad orientamenti giurisprudenziali e dottrinali nonché a riferimenti di diritto comparato, che da alcuni studiosi sono annoverati nella categoria delle fonti del diritto.

Ricondurre tutte queste fonti ai principi costituzionali e soprattutto tentarne una ordinata sistemazione diviene però sempre più difficile nell'ora attuale, dal momento che esse sembrano sorgere ed affermarsi del tutto fuori del quadro costituzionale consolidato e quasi per forza propria.

In particolare l'affermazione della c.d. nuova *lex mercatoria*, conseguente alla globalizzazione dei mercati e degli scambi internazionali, la quale ha prodotto vero diritto oggettivo, applicato comunemente dagli arbitri internazionali e la cui fonte difficilmente può essere ricondotta al diritto costituzionale di un singolo Stato, fa emergere un "sistema" di regole del tutto autonomo da ogni riconoscimento statale, ma al tempo stesso ritenuto "validamente" posto ed applicato.

L'emergere e lo svilupparsi di questo diritto, cioè della nuova *lex mercatoria*, incrina, com'è evidente, il monopolio statale della produzione normativa, peraltro già messo in crisi, come dirò più avanti, da vari altri fenomeni, ugualmente produttivi di nuovo diritto, genericamente derivanti da fonti esterne all'ordinamento nazionale, ma rese in questo rilevanti grazie a richiami espliciti o impliciti della costituzione.

Questi richiami sono, per un verso, manifestazione della c.d. aper-

¹ C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1961, 456 ss., *passim*.

² *Id.*, *op. cit.*, 468.

tura della Costituzione italiana, già nel testo originario del 1947, ai fenomeni internazionali, ma essi si trovano accentuati grazie ad un'interpretazione fortemente evolutiva dell'art. 11 da parte della Corte costituzionale e, poi, dal novellato art.117, che ha subordinato l'esercizio della potestà legislativa dello Stato (oltre che delle regioni) al rispetto degli obblighi internazionali e dell'ordinamento comunitario; per altro verso, essi rendono esplicito un fenomeno del tutto opposto, quello dell'“invasione” dell'ordinamento interno da parte di fonti ad esso esterne, che finiscono coll'imporsi nell'applicazione giudiziaria quotidiana più per forza propria che in base ad un rinvio costituzionale, destinato a mano a mano a scolorirsi e a rimanere nello sfondo del ragionamento giuridico.

L'a. di queste riflessioni, sebbene abbia dedicato gran parte della propria ricerca scientifica al tema delle fonti, si trova sempre a disagio ogni volta che, come oggi, tenta d'inserire in un ordito coerente il fenomeno delle norme create al di fuori del sistema nazionale ed in particolare di quelle prodotte da fonti non specificamente richiamate dal testo della costituzione.

La “complessità” evocata dal titolo di questa relazione sta dunque in massima parte nella difficoltà di ricondurre alle norme sulla produzione ovvero di “riconoscere” come fonti valide nell'ordinamento di riferimento atti nati e sviluppatisi fuori di esso.

2. *Il tramonto della concezione mistica della legge*

Con riferimento ai principi costituzionali sulle fonti conviene subito svolgere alcune premesse.

La prima si ricollega al tramonto di una concezione mistica, sviluppatasi a partire dalla Rivoluzione francese, e poi soprattutto (a cavallo dei secoli XIX e XX) nei paesi di cultura germanica, che vedeva nella legge l'atto normativo per eccellenza e la suprema manifestazione di volontà dello Stato.

Questa concezione viene evidentemente travolta già prima dall'avvento delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, nel momento in cui la legge viene considerata come atto giuridico, disciplinato e limitato dalle norme sulla produzione, sottoponibile (già con la costituzione austriaca del 1920) ad un riscontro di validità (controllo che, peraltro, al di là dell'Atlantico, già avveniva, sia pure in forma diffusa, a partire dal 1803, grazie alla sentenza *Marbury v. Madison* della Corte suprema).

Con la Costituzione repubblicana del 1947, invero, non solo si rea-

lizza la subordinazione della legge alla costituzione, con tutte le conseguenze applicative che ne discendono sul terreno del controllo di costituzionalità, ma soprattutto cessa o diviene evidente la cessazione del monopolio statale sulla produzione legislativa, primaria e secondaria, insieme con l'attenuarsi del ruolo centrale e supremo delle leggi dello Stato.

I passaggi di quest'evoluzione sono stati subito avvertiti dalla dottrina della fine degli anni '50 e degli anni '60, soprattutto nei ben noti studi di Vezio Crisafulli, nei quali è delineato il nuovo sistema delle fonti, discendente appunto dalla Costituzione del 1947, retto, non più solo dal criterio gerarchico, ma da questo combinato con quello della competenza.

Invero nella riflessione di quegli anni iniziava a prendersi consapevolezza dell'esistenza, a fianco della legge, di una pluralità di fonti, talvolta pariordinate, talaltra con competenze riservate, mettendosi così in crisi uno dei pilastri della concezione tradizionale dell'atto legislativo, la sua "forza formale di legge". L'efficacia tipica della legge, infatti, perdeva (o aveva già perso) il suo significato consueto di identificare l'atto supremo, a competenza generale, capace di abrogare gli atti normativi anteriori e di resistere all'abrogazione da parte degli atti sublegislativi successivi. L'idea stessa della pluralità delle fonti, ordinata, non solo su base gerarchica, ma anche in ragione della competenza, finiva quindi per limitare la legge verso l'alto, nei confronti della costituzione, ma anche in orizzontale, nei confronti degli atti normativi a competenza riservata, la forza normativa dei quali poteva paragonarsi a quella della legge, non più nel senso della reciproca abrogabilità o resistenza all'abrogazione, bensì in quello della loro uguale subordinazione alla costituzione (e conseguentemente della esclusiva loro sottoponibilità al controllo della Corte costituzionale).

In particolare va segnalato che, per lo meno sino alla l. cost. n. 3/2001, il pluralismo delle fonti, se offuscava il carattere monolitico della legge statale, non ne escludeva la sua naturale centralità, se non altro per effetto della clausola generale dell'art. 70 cost., rispetto alla quale le fonti con competenza riservata costituivano eccezione.

Di modo che tali atti si qualificavano appunto come fonti primarie, astrattamente sottoponibili al controllo di costituzionalità della Corte, proprio in base all'idea che essi occupavano uno spazio che, in loro mancanza, sarebbe stato occupato dalla legge come fonte a competenza generale.

La posizione centrale della legge parlamentare, anche nei confronti della potestà legislativa regionale e della potestà regolamentare e statuta-

ria degli enti locali, risultante invero dagli artt. 117 e 128 (sulla base dei quali veniva costruita l'idea della funzione "ordinante" della legge nei confronti delle autonomie regionali e locali), è stata poi del tutto offuscata dalla l. cost. n. 3/2001 che, da un lato, novellando l'art. 117, ha stabilito una competenza generale-residuale della legge regionale nelle materie non enumerate e, dall'altro, abrogando l'art.128, ha previsto nel 2° c. dell'art. 114 che gli statuti, i poteri e le funzioni degli enti locali siano (direttamente) assoggettati ai "principi fissati dalla Costituzione".

Per effetto di tale riforma la legge statale sembra aver definitivamente perso la centralità che prima le spettava, non solo perché il carattere generale dell'art. 70 risulta derogato dal nuovo art. 117 (che enumera le materie statali e quelle di competenza concorrente, ma non quelle regionali), ma anche perché la stessa potestà statutaria e regolamentare degli enti locali scaturisce direttamente dalla Costituzione (v. anche l'art. 117, c. 6) e non è più dimensionata dalla legge statale.

È pur vero che la giurisprudenza della Corte s'incaricherà di attenuare, nelle due direzioni ora accennate, l'impatto della riforma, ma ciò non toglie che essa ha avuto l'effetto di indebolire ulteriormente il ruolo e la posizione della legge statale.

3. *L'ingresso delle fonti dell'U.e.*

Lo spettro d'azione della legge ed in genere delle fonti nazionali viene poi circoscritto a seguito dell'ingresso nell'ordinamento delle fonti comunitarie, oggi dell'Unione europea.

Con l'adesione del nostro Paese, prima, alle organizzazioni comunitarie e, poi, all'Unione europea, il sistema costituzionale delle fonti ha subito una sempre più incisiva alterazione, senza – significativamente – alcuna modifica del testo costituzionale, essendo stata ritenuta sufficiente la "copertura" dell'art. 11 (prima ancora, naturalmente, che con il novellato 1° c. dell'art. 117 venissero richiamati nella Costituzione i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario") per:

- a. consentire l'applicazione diretta delle norme prodotte dai regolamenti europei;
- b. limitare, in conseguenza, la competenza legislativa nazionale a fronte delle materie devolute alle organizzazioni comunitarie europee;
- c. fare delle norme comunitarie il parametro interposto di costituzionalità delle leggi;
- d. obbligare gli operatori giuridici interni a disapplicare le norme le-

gislative nazionali contrastanti con il diritto comunitario direttamente applicabile;

e. permettere alla Corte di giustizia d'intervenire, attraverso la risoluzione delle questioni pregiudiziali, nel processo di applicazione del diritto, ogni qual volta si ponesse il dubbio interpretativo di disposizioni comunitarie ovvero quello della loro validità, con il conseguente affidamento ad essa del compito di riscrivere la premessa maggiore (o una delle premesse maggiori) del sillogismo giudiziario;

f. attribuire alla medesima Corte, attraverso l'interpretazione dei trattati e del diritto derivato, una sorta di verifica di compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, vincolando il giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo.

Si tratta di passaggi assai importanti del processo di integrazione europea, cui corrispondono, come detto, consistenti limitazioni delle fonti interne a cospetto di quelle comunitarie e, soprattutto grazie a quelli di cui alle lettere e ed f, una sensibile alterazione del regime della legge e degli atti equiparati, non più soggetti al solo sindacato di legittimità della Corte costituzionale, ma suscettibili anche di disapplicazione giudiziaria, ove le loro norme fossero ritenute, magari con l'avallo del giudice europeo, incompatibili con norme dell'ordinamento sovranazionale direttamente applicabili.

4. *I controlimiti e i principi costituzionali comuni*

Il rapporto tra fonti nazionali e fonti europee pone però il problema, che la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno subito avvertito, dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità che il fenomeno dell'integrazione europea determina: sino a che punto tali limitazioni sono invero compatibili con il quadro costituzionale nazionale e quindi sino a che punto l'ingresso prepotente delle fonti europee non intacca i principi supremi della Costituzione che neanche una legge di revisione costituzionale potrebbe modificare?

La risposta a questi interrogativi viene, com'è noto, per un verso, dai giudici costituzionali dei paesi membri che, sin dagli anni '70, hanno cercato di tracciare una sorta di linea di confine all'ingresso delle fonti comunitarie (principi supremi e diritti inalienabili della persona umana) e, per altro verso, dal giudice comunitario, che si è fatto garante del rispetto dei principi costituzionali comuni degli Stati membri nei confronti di

possibili prevaricazioni da parte delle istituzioni europee (lo stesso limite del rispetto dell'identità nazionale insita nella struttura fondamentale degli Stati membri, di cui all'art. 4 § 2 del Trattato UE, è stato spesso inteso in questa ottica).

L'elaborazione da parte della Corte di giustizia dei principi costituzionali comuni, integrati dal riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è, nella costruzione dell'ordinamento comunitario, di decisiva importanza, da un lato, perché è volta a creare, in un sistema, nato come un'organizzazione internazionale con finalità economiche, una tavola di valori adeguati ad esso, nella quale tutti i cittadini degli Stati membri possano riconoscersi, dall'altro, in quanto provoca, anche e soprattutto grazie allo strumento delle questioni pregiudiziali, una circolazione in ambito europeo di quei valori che, quasi per osmosi, si trasferiscono, in verticale, dall'Unione agli Stati e, in orizzontale, da uno Stato all'altro.

Sotto questo profilo la competenza della Corte di giustizia a risolvere le questioni pregiudiziali svolge un ruolo veramente strategico: non soltanto perché essa, come già detto, riscrive la premessa maggiore del sillogismo del giudice nazionale, ma soprattutto perché, sulla base delle indicazioni provenienti dalle esperienze costituzionali nazionali, elabora e rielabora, trasformandoli, i principi costituzionali comuni, che poi impone all'applicazione degli operatori giuridici interni.

Gli esempi che potrebbero farsi sono numerosi e non è questo il luogo per diffondervisi. Basti pensare alla storia del principio di proporzionalità, che proviene dall'esperienza costituzionale germanica e che, grazie alla sua utilizzazione da parte della Corte di giustizia, è trasposto e comunemente applicato negli ordinamenti degli altri paesi.

Lo stesso principio di eguaglianza elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, muovendo da disposizioni dei Trattati statuenti singoli divieti di discriminazione, è stato alla fine costruito come principio generale sul modello del corrispondente principio espresso dalle costituzioni nazionali. Va al riguardo comunque osservato che in taluni casi il principio comunitario di eguaglianza, in quanto espressione della razionalità intrinseca dell'ordinamento, crea frizioni difficilmente tollerabili all'interno degli ordinamenti nazionali, quando la sua applicazione sia in qualche modo in contrasto con i principi ivi operanti (penso alla vicenda dei lettori universitari di madre lingua straniera ovvero a quella della lingua del processo nella provincia di Bolzano, quando le parti siano non residenti in quella provincia, ma cittadini europei di lingua tedesca) e quindi con la razionalità intrinseca ad essi.

La conclusione, che ora rapidamente ne traggo, è quindi che, in forza della prevalenza del diritto europeo su quello interno, il principio comunitario di eguaglianza finisce per costituire elemento di unificazione degli ordinamenti, europeo e nazionali.

In tal modo si incrinano le barriere che tradizionalmente separano gli ordinamenti, da un lato, per la diretta applicabilità delle fonti europee negli ordinamenti interni, ma, dall'altro, molto più incisivamente, per la trasmigrazione di principi costituzionali da un sistema all'altro e la conseguente formazione di un tessuto costituzionale comune.

5. *Il ruolo della CEDU e della sua Corte*

Nel discorso che precede non ho specificamente considerato il ruolo della CEDU e della sua Corte nella formazione di quello che A. Pizzorusso ha efficacemente denominato il patrimonio costituzionale europeo³.

Da tale convenzione e dai riferimenti effettuati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza risulta ancora più evidente la circolarità dei valori giuridici di cui il giudice comunitario si è fatto interprete e principale promotore. Sono invero numerose le sentenze della Corte di giustizia che utilizzano norme e principi dell'ordinamento CEDU in combinazione con i principi costituzionali comuni degli Stati membri, così da costruire un sistema di principi che poi vengono imposti all'applicazione dei giudici nazionali.

Questo sistema oggi si arricchisce e si complica con l'introduzione nel diritto europeo della Carta dei diritti fondamentali, alla quale con il trattato di Lisbona è stata finalmente riconosciuta efficacia vincolante. Cosicché lo stesso sistema di garanzia di quei diritti, anche in forza della diretta applicabilità delle norme dell'Unione, finisce per sovrapporsi ai sistemi nazionali, ampliandone la tutela.

Ma la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto trattato internazionale, ha assunto ed assume nell'ordinamento italiano significato particolare e rilevanza autonoma in base al novellato 1° c. dell'art. 117 cost., come inteso dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.

Essa, com'è noto, sin dalle sentenze nn. 248 e 249 (c.d. sentenze gemelle) del 2007, ha configurato le norme della Convenzione, allo stesso

³ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002.

titolo di ogni altro trattato internazionale, come parametro interposto di costituzionalità, che, ferma la loro sottoponibilità [*recte*: la sottoponibilità delle corrispondenti norme interne di esecuzione] al giudizio di legittimità costituzionale della Corte stessa, determinano l'incostituzionalità delle norme legislative con esse contrastanti.

Il fondamento giuridico di questa giurisprudenza è ben chiaro, ma essa ha dato in più occasioni luogo a numerosi fraintendimenti, in dottrina e nella giurisprudenza comune, che conviene qui rapidamente dissipare.

La premessa è che il vincolo, nascente dal 1° comma dell'art.117, del rispetto degli obblighi internazionali comporta comunque l'incostituzionalità delle norme interne in contrasto con quegli obblighi, collocando le norme dei trattati internazionali nella posizione di parametro interposto di costituzionalità (non diversamente dai principi e dai criteri direttivi della legge di delegazione rispetto al decreto delegato), onde la violazione di queste (sempre che, a loro volta, non creino nell'ordinamento interno norme incostituzionali) si risolve nella violazione mediata della norma costituzionale (cioè dell'art.117).

La seconda premessa è che quando, come nel sistema CEDU, esiste un giudice cui è devoluta l'interpretazione delle norme della Convenzione, queste vanno intese, nei limiti del costituzionalmente possibile, nel significato che ne dà il giudice della Convenzione, il quale è così in grado di orientare l'interpretazione dei giudici interni, vincolando la stessa Corte costituzionale nella configurazione del parametro, sia pure interposto, della costituzionalità delle leggi.

Corollario delle due premesse è, infine, l'obbligo dell'interpretazione conforme delle leggi nazionali ovvero della loro interpretazione "convenzionalmente orientata", che diviene, nel giudizio incidentale di costituzionalità, condizione di ammissibilità delle questioni, alla stessa stregua in cui è condizione di ammissibilità che il giudice *a quo* effettui l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative da sottoporre al sindacato della Corte.

L'accentramento nelle mani della Corte del controllo sulla conformità alla Convenzione europea delle leggi nazionali passa infine attraverso la rigorosa distinzione tra il diritto della CEDU e quello dell'Unione europea: solo le norme comunitarie (oggi, più semplicemente, europee) e non quelle convenzionali, infatti, possiedono, a certe condizioni, il carattere della diretta applicabilità (con le conseguenze definite, in sede nazionale, a partire dalla sentenza Granital n. 170/1984 della Corte costituzionale e, in sede europea, dalla sentenza Simmenthal del

1978, in causa 103/77, del giudice comunitario), derivando questa caratteristica (con la conseguente inapplicabilità delle norme interne incompatibili) dalle limitazioni di sovranità cui i trattati comunitari, in riferimento all'art.11 cost., hanno dato luogo.

Questa rigorosa distinzione tra i due fenomeni impedisce la disapplicazione ad opera del giudice comune del diritto interno incompatibile con quella Convenzione ed essa non può essere superata o scavalcata dal riferimento della giurisprudenza della Corte di giustizia alle norme CEDU né tampoco dalla prospettiva, ancora da realizzarsi, dell'adesione dell'UE, in quanto tale, alla Convenzione.

6. *L'emergere di un sistema costituzionale europeo*

Se i fenomeni ora ricordati, l'integrazione europea e la CEDU, vengono riguardati in un'ottica del tutto formale, essi mantengono la loro autonomia ed appaiono operare nell'ordinamento interno in forza dei rinvii che le norme costituzionali fanno ad essi. Ma, sul piano sostanziale dell'effettività dell'applicazione del diritto, il loro ingresso ha un significato dirompente, non tanto perché altera la posizione della legge nel quadro delle fonti, quanto piuttosto perché le loro norme, combinandosi con quelle interne, incidono, modificandole, sulle categorie giuridiche ricevute, orientando il sistema verso una diversa centralità (basti pensare ai principi del giudicato, della responsabilità dello Stato-legislatore, dello Stato-amministrazione e dello Stato-giudice, della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, della ragionevole durata del processo, ecc.).

A loro volta, grazie anche al ruolo acquisito dalla Corte di giustizia – assai prima che intervenisse e poi venisse giuridicizzata la Carta europea dei diritti – che si è assunta il compito di richiamare e di elaborare principi costituzionali comuni, le fonti europee hanno iniziato ad incrociarsi con la Convenzione dei diritti dell'uomo attraverso un dialogo, a distanza, ma comunque significativo, tra le due Corti.

Ciò è del resto confermato, sul piano formale, dall'art. 6 del Trattato UE (dopo Lisbona) e dalla stessa Carta di Nizza, che mettono in stretto collegamento i diversi testi normativi riguardanti i diritti fondamentali – quelli delle costituzioni nazionali, la CEDU e la Carta europea – creando, a mio parere, notevoli problemi teorici ed applicativi. È infatti molto difficile, perché è espressione di un delicato equilibrio tra pubblico e privato, stabilire, in presenza di diverse dichiarazioni di diritti fondamen-

tali, quali di queste offre la migliore tutela, considerato che i limiti ai diritti sono normalmente conseguenza delle garanzie di valori collettivi, che vengono dalle Corti sottoposti a bilanciamenti propri di ciascun sistema e con esiti volta a volta differenti.

7. *Il ruolo ed il significato della Carta di Nizza*

L'esigenza di presidiare l'ordinamento comunitario europeo con un catalogo di diritti fondamentali che fosse adeguato alle sue istituzioni, già avvertita nel lontano 1974 dalla prima sentenza *Solange* del *Bundesverfassungsgericht*, capace di offrire stabilità e certezza alla relativa tutela, inizia a realizzarsi alla fine dell'anno 2000 con la proclamazione a Nizza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sarà poi risistemata a Strasburgo nel 2007.

Tale documento, secondo le "conclusioni" del Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999), che ne avviò la formazione, riunisce "i diritti di libertà e di eguaglianza, nonché i diritti processuali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi fondamentali del diritto comunitario". Inoltre, sempre secondo quelle "conclusioni", "la Carta deve (...) contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione".

Ora, sebbene detta Carta s' inserisca interamente nell'ambito del diritto europeo e si proponga di integrarlo sotto il profilo dei principi e dei valori fondamentali, in realtà essa sembra disegnare una sorta di *ius commune* in materia, riferito anche all'attività interna degli Stati membri. Infatti, benché nell'art. 51 della Carta sia espressamente stabilito che le relative disposizioni si applicheranno, oltre che agli organi dell'Unione, "agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" e che la Carta non modifica le competenze rispettive dell'Unione e degli Stati membri, tutto il suo impianto ne dimostra l'attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc., non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri (in quanto il mancato rispetto di tali diritti diverrebbe elemento ostativo alla loro adesione), onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze.

Va inoltre detto che, rispetto al mandato conferito alla Convenzione chiamata a redigere la Carta, il testo finale appare ben più ricco rispetto ad una mera raccolta di diritti riconosciuti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Com'è stato lucidamente rilevato, la Carta ha, non solo riconosciuto “nuovi diritti”, che non hanno specifica corrispondenza nelle costituzioni nazionali e nella Convenzione, ma, attraverso la tecnica redazionale utilizzata, ha individuato sei classi di valori o principi fondamentali capaci di consentire all'interprete una lettura dei singoli diritti alla luce dei valori di riferimento, secondo un principio di *indivisibilità* capace di superare la tradizionale dicotomia tra diritti individuali e diritti sociali⁴.

Dopo il fallito esperimento del trattato che “adotta una Costituzione per l'Europa”, quello di Lisbona introduce importanti novità per quanto riguarda il tema dei diritti fondamentali.

Per un verso nell'art. 2 del TUE viene ripresa la clausola, già presente nelle precedenti versioni del trattato, relativa ai “valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani”, per altro verso, nell'art. 6, viene esplicitamente richiamata la Carta dei diritti, alla quale è assegnato lo stesso valore giuridico dei trattati.

Infine si prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, mentre ancora una volta si sottolinea che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Questi riferimenti, tutti nella direzione dell'ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, rischiano però di complicare e di rendere poco trasparente il quadro complessivo.

In particolare, a parte il richiamo nell'art. 2 dei valori della libertà umana, dell'eguaglianza, ecc., che ispirano e dovranno ispirare l'azione dell'Unione, l'attribuzione alla Carta dei diritti del valore giuridico dei trattati pone termine all'incertezza sulla sua collocazione formale, pur se ad essa in sede giurisdizionale si è subito fatto ampio riferimento, essendo stata sin dall'inizio intesa come una sorta di silloge dei diritti fondamentali europei, di per sé rilevante anche indipendentemente da una sua espressa inclusione nei trattati. Con l'attribuzione ad essa di uno spe-

⁴ M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, 89 ss., 92 ss.

cifico valore primario l'applicazione delle sue clausole diviene di per sé obbligatoria e, indipendentemente dall'eventuale loro carattere *self-executing*, prescinde dalla necessità di alcuna mediazione, vuoi della giurisprudenza della Corte di giustizia, vuoi delle tradizioni costituzionali comuni e della stessa CEDU.

Le clausole della Carta cessano dunque di rappresentare principi generali del diritto comunitario da ricavarsi in via interpretativa e diventano diritto positivo scritto, la cui violazione da parte delle istituzioni comunitarie produce l'invalidità dei relativi atti e, se del caso, la responsabilità dell'Unione, mentre la loro violazione da parte degli Stati consentirebbe l'avvio di una procedura d'inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia (laddove la violazione dei valori supremi di cui all'art. 2 legittimerebbe l'iniziativa della più grave procedura della sospensione in capo allo Stato che li abbia violati di alcuni dei diritti di cui esso sia titolare in forza dei trattati).

Rimane però nel trattato la clausola ormai tralattata, ricavata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e successivamente ripresa a partire dal trattato di Maastricht, secondo cui i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. Conseguentemente, sebbene tali diritti si ritrovino, con una formulazione necessariamente più precisa, nella stessa Carta di Nizza-Strasburgo, il significato di questa clausola è evidentemente quello di non bloccare del tutto l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia nel configurare, al di là di quelli stabiliti dalla Carta o negli interessi di essa, nuovi diritti da valere come parametro della validità degli atti delle istituzioni comunitarie.

A sua volta la prevista, ma non ancora determinata, adesione dell'Unione alla CEDU, se rafforza il vincolo al rispetto di questa convenzione, rischia però di porre problemi di coordinamento e di compatibilità di non facile soluzione per la sovrapposizione di due diversi sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, la cui soluzione dovrebbe essere affidata al futuro accordo di adesione.

8. *Rapporti tra la Carta di Nizza, le costituzioni nazionali e la CEDU*

La lettura del titolo VII della Carta, dedicato alle "disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta", consente di precisare meglio il rapporto tra questa e la Convenzione eu-

ropea dei diritti dell'uomo, e tra la Carta e le tradizioni costituzionali comuni.

In particolare l'art. 52 stabilisce, al § 3, che, in caso di coincidenza tra i diritti previsti dalla Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il loro significato e la loro portata siano quelli della Convenzione, con la possibilità peraltro che l'Unione conceda una protezione più estesa; mentre al § 4 dispone che i diritti riconosciuti dalla Carta, che risultino dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, vengano interpretati in armonia con dette tradizioni.

A loro volta le disposizioni della Carta, secondo quanto risulta dal relativo preambolo, dovranno essere interpretate "tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *Praesidium* della Convenzione europea"⁵. Queste spiegazioni, pubblicate nella stessa G.U.C.E. in cui è stata pubblicata la Carta, costituiscono dunque un ausilio interpretativo rilevante, anche per quanto riguarda i rapporti con le corrispondenti disposizioni della CEDU in armonia con le quali, come si è visto, va intesa la Carta stessa, pur se parte della dottrina ne ha posto seriamente in dubbio l'autorità.

È evidente che il quadro, qui sommariamente delineato, relativo al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione in rapporto con le costituzioni nazionali e con la CEDU, non appare rigorosamente definito a causa dell'interferenza e della sovrapposizione di molteplici fonti di origine diversa (comunitaria, nazionale, internazionale e soprattutto giurisprudenziale), sì che occorrerà attendere qualche anno prima che la situazione possa consolidarsi e permetta di chiarire i diversi problemi interpretativi ed applicativi che verranno a crearsi.

La conclusione di queste osservazioni è dunque che l'ampliamento dei diritti fondamentali ed il perfezionamento dei meccanismi di tutela conseguenti al Trattato di Lisbona creeranno, insieme con il miglioramento della loro garanzia, non pochi problemi di coordinamento nell'ambito di un sistema di tutela multilivello che è ben lungi dal vedere il suo punto d'approdo.

Invero, destinatario di tale tutela è sempre il cittadino, nazionale ed europeo, mentre i criteri di distribuzione delle competenze tra gli Stati e l'Unione rimangono attualmente incerti e suscettibili di mutare anche ta-

⁵ Cioè della Convenzione chiamata a redigere il Trattato costituzionale europeo, sottoscritto a Roma nel 2004, ma poi non ratificato dalla maggioranza degli Stati membri e sostituito dal Trattato di Lisbona.

citamente, pur senza esplicita revisione dei trattati, con conseguenze per l'applicazione agli Stati delle norme comunitarie sulla tutela dei diritti.

Sicché il medesimo soggetto, come è destinatario di precetti nazionali ed europei, così è titolare di diritti nascenti dalle norme dell'uno e dell'altro ordinamento ed è in grado di invocare nei confronti delle autorità nazionali e di quelle europee tanto i diritti nascenti dalle norme di questi sistemi quanto quelli garantiti dalla CEDU.

Ma lo stesso cittadino, in quanto membro di una *societas*, nazionale ed europea, è anche fruitore di beni, di servizi e di diritti sociali nella comunità di appartenenza. Il rapporto tra i diritti individuali e gli interessi pubblici che vengono di volta in volta bilanciati, in sede normativa e in sede giurisprudenziale, rischia di non trovare nel sistema multilivello ora accennato uno stabile punto di equilibrio, dal momento che non sempre ad un più elevato grado di protezione dei diritti individuali corrisponde un aumento del benessere sociale, mentre le clausole generali che normalmente accompagnano le enunciazioni normative dei diritti individuali si prestano, nei diversi ambiti in cui sono chiamate ad operare, ad essere interpretate in modo diverso.

La molteplicità di riferimenti interpretativi di cui gli organi giurisdizionali interessati devono tener conto per ricostruire la consistenza normativa dei diversi diritti apre dunque ad essi scenari nuovi ed estesi orizzonti, onde il tentativo, risultante dalle modifiche della Carta nella versione adottata a Strasburgo nel 2007, di imbrigliare attraverso dettagliate "spiegazioni" quei diritti ed ancorarli rigidamente ai diritti CEDU e alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, appare nel nuovo quadro del tutto sterile e destinato ad essere largamente superato dagli equilibri che si determineranno tra le Corti.

9. *Il diritto internazionale privato e la nuova lex mercatoria*

Quanto sin qui sviluppato riguarda, a ben vedere, l'ingresso prepotente negli ordinamenti statali di fonti (con i relativi valori) appartenenti a diversi ordinamenti, che, in buona sostanza, scardinano le barriere della sovranità che tradizionalmente connotavano gli Stati: il dualismo nei rapporti tra ordinamenti, la c.d. relatività dei valori giuridici sono, infatti, figli e conseguenze della nozione tradizionale della sovranità: essa rimane, bensì, ascritta agli Stati, ma in modo più attenuato ed elastico che nel passato, sì che la stessa idea schmittiana del sovrano come titolare del potere di provvedere per il caso di eccezione sembra perdere peso,

quando si rifletta che oggi le emergenze economiche, quelle sociali, quelle collegate con l'emigrazione, con l'inquinamento ambientale, ecc., appartengono sempre di più all'area sopranazionale che non a quella statale, ond'esse vanno evidentemente fronteggiate con interventi che trascendono il raggio d'azione di un singolo Stato.

Viceversa i fenomeni del diritto internazionale privato e della c.d. nuova *lex mercatoria* sono manifestazioni dell'apertura dell'ordinamento a realtà che sorpassano la sua dimensione, collocandosi piuttosto nell'area delle relazioni e del commercio internazionale.

Si tratta – anche se in diversa misura – di fenomeni prevalentemente collegati all'internazionalizzazione ed alla globalizzazione dell'economia, che, non solo trascendono la dimensione del mercato (e, quindi, dell'ordinamento) nazionale ed europeo, ma che creano, soprattutto a favore dei suoi protagonisti, regole commerciali considerate vincolanti e talvolta giustiziabili alla stessa stregua di quelle statali.

Quanto al diritto internazionale privato, la difficoltà del suo inquadramento costituzionale deriva in larga misura dalla premessa che il richiamo del diritto straniero stabilito dalle norme di rinvio deroga al principio, tratto dall'art. 70, della tassatività costituzionale delle fonti primarie; di modo che l'applicazione del diritto straniero, in vece ed in sostituzione della legge interna, può probabilmente trovare giustificazione anch'esso nell'art. 11 Cost. in nome dell'idea del coordinamento tra i sistemi, che le norme di diritto internazionale privato perseguono, e delle conseguenti limitazioni di sovranità.

A sua volta la *lex mercatoria*, intesa oggi come «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme (...) i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»⁶, finisce, anche se per il tramite dei contratti che la richiamano ed in forza dei lodi arbitrali che la applicano, con l'essere riconosciuta nell'ambito interno, come una fonte autonoma proveniente da un ordinamento separato, che contribuisce a rendere sempre più fluido il confine tra «interno ed esterno», grazie al quale si afferma e si postula la sovranità degli Stati.

La disciplina della moneta, il governo dell'economia, la regolazione del mercato dei beni e dei capitali e conseguentemente della domanda interna sfuggono sempre di più alle istituzioni nazionali e spesso anche a

⁶ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova 1990, 86.

quelle internazionali, che vedono le loro possibilità d'intervento condizionate da operatori capaci di trasferire con sorprendente rapidità enormi risorse economiche e finanziarie da un'area geografica ad un'altra, con tutto quello che ne può discendere in termini di ricchezza e di povertà, cioè di benessere dei soggetti radicati in tali aree.

La globalizzazione, come è stato di recente osservato, cessa di essere un mero fenomeno economico e coinvolge gli stessi istituti giuridici, dando luogo ad un diritto globale che incide profondamente sul diritto nazionale e le sue fonti.

Questi fenomeni, uniti ad un processo, se non di disgregazione, di allentamento della struttura sociale e politica, che ha investito in modo abbastanza evidente la realtà italiana degli ultimi anni, rischiano di produrre, insieme con la crisi dello Stato (e della sua costituzione che ne è il titolo di legittimità) quale strumento di composizione e di sintesi delle diverse esigenze e tensioni che caratterizzano qualsiasi struttura sociale, anche la crisi dei procedimenti di formazione del diritto. Questi, da un lato, possono collocarsi fuori dell'ambito nazionale e, dall'altro, producono regole che, ben lungi dal costituire momento di unificazione delle diversità sociali (ed economiche), tendono invece a consolidarle, quando non le approfondiscono.

In un quadro del genere il principio di eguaglianza entra naturalmente in crisi, sia con riferimento all'eguaglianza dei cittadini, sia, ed a maggior ragione, nel profilo, da molti autori valorizzato, dell'eguaglianza tra gli uomini, indipendentemente dalla loro cittadinanza e dal luogo dove essi si trovano, senza che sia possibile, allo stato attuale, reperire nelle norme del diritto internazionale validi criteri per uniformare discipline statali e non statali fortemente eterogenee.

L'auspicio – ma si tratta di poco più di un auspicio – che di fronte a tale situazione si può formulare è forse quello espresso da F. Galgano in chiusura del suo saggio sulla *lex mercatoria*⁷, che la globalizzazione dell'economia porti con sé la globalizzazione dei diritti dell'uomo e che la creazione del diritto globale, attraverso la mediazione culturale dei giuristi, possa produrre una legittimazione di tipo consuetudinario che si faccia carico nei rapporti commerciali dei principi di equità e di giustizia assai meglio di quanto non possano le assemblee legislative.

⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2010, 284 ss.

ATTUALITÀ

*La Corte dei conti nell'ordinamento italiano**

Aldo Carosi

SOMMARIO: 1. Premessa: la Corte dei conti e Salerno capitale d'Italia. – 2. Le ascendenze della Corte dei conti italiana. – 3. Le vicende della Corte dei conti dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana. – 4. La Corte dei conti nello Stato repubblicano. – 4.1. La funzione di controllo dopo la Costituzione repubblicana. – 4.2. La giurisdizione contabile dopo la Costituzione. – 5. Il processo del decentramento. – 5.1. Il decentramento del controllo. – 5.2. Il decentramento della giurisdizione. – 6. Dalla contabilità di Stato alla contabilità pubblica. – 7. La Corte dei conti nel nuovo scenario della finanza pubblica allargata. – 7.1. Con riguardo al controllo. – 7.2. Con riguardo alla giurisdizione. – 8. Tendenze evolutive e prospettive di riforma. – 8.1. La concentrazione del controllo verso il parametro della legalità finanziaria e contabile. – 8.2. Necessità di un riequilibrio quantitativo e qualitativo delle due funzioni. – 8.3. Razionalizzazione della giurisdizione contabile. – 8.4. Il principio del contraddittorio e la tutela degli interessi finanziari diffusi. – 9. Conclusioni.

1. Premessa: la Corte dei conti e Salerno capitale d'Italia. – I molteplici stimoli che derivano dalla celebrazione congiunta del centocinquantenario della Corte dei conti e degli importantissimi avvenimenti che culminarono nella vicenda di Salerno capitale d'Italia mi inducono ad integrare la relazione con una migliore contestualizzazione al Convegno.

In questa sede, infatti, lo spettro di osservazione si è allargato a quella parte di storia più vicina nel tempo che abbraccia un'ampia parte di vita del cosiddetto Regno del sud, quel periodo compreso tra il 10 settembre 1943 ed il 4 giugno 1944 (data della liberazione di Roma). Allora il Paese era in ginocchio: la Camera era sciolta e i membri del Senato erano rimasti a Roma; il Comitato di liberazione nazionale non aveva alcuna funzione di carattere decisivo, il Re si era rifugiato prima a Brindisi e poi a Salerno, protagonista di quell'evento che fu definito «La fuga del Re»¹.

* Collazione dei discorsi tenuti dall'Autore alle celebrazioni del centocinquantenario della Corte dei conti nelle sedi di Salerno, di Cagliari, di Trento, di Milano, di Perugia e di Campobasso integrati con alcune novità giurisprudenziali intervenute nel 2013.

¹ È significativo come, malgrado gli sforzi retorici del Re, il suo comunicato del 10 settembre

I filmati preziosamente restaurati hanno mostrato momenti salienti dell'armistizio e del primo governo Bonomi: di fronte alla Patria in ginocchio, gli uomini che avevano guidato la resistenza alla barbarie nazista e al regime dittatoriale, uomini di eterogenea estrazione sociale e culturale, di pensieri politici profondamente diversi, trovavano la forza, le parole, gli intenti per collaborare alla ricostruzione del Paese. Pur essendo una scommessa difficilissima, essi riuscirono nel loro obiettivo ed una tangibile testimonianza del loro operato sinergico rimane proprio la nostra Costituzione, la quale è il portato di un compromesso, ai livelli più alti, tra le diverse idee di coloro che possono essere a giusto titolo chiamati Padri della Repubblica.

Le drammatiche e commoventi immagini del Paese distrutto, e tuttavia già pronto ad avviare la ricostruzione, da un lato possono essere uno stimolo in questo difficile momento dell'economia nazionale e di quella globalizzata, dall'altro costituiscono invece motivo di pessimismo. La prima reazione di natura positiva è indotta dal confronto tra la situazione attuale e quella di allora, ben più grave; la seconda scaturisce invece dalla consapevolezza che oggi non si manifesta quella volontà sinergica di incontro tra le forze politiche e, più in generale, tra le diverse componenti sociali e culturali del nostro Paese e che quindi viene a mancare il coefficiente principale di un'azione di ricostruzione e di rinascita dell'Italia attuale, piena di problemi, non solo economici ma anche etici e culturali.

Il tema della ricostruzione della nostra economia e delle nostre istituzioni si intreccia nell'un caso e nell'altro – oggi come ieri – con le vicende della Corte dei conti. La Corte dei conti in sede di controllo fu una delle prime istituzioni ricostituite dal nuovo Governo del 1944, il quale si poneva in posizione di legittima continuità con lo Stato italiano, mentre lo strappo veniva rappresentato dalla Repubblica di Salò, nell'ambito della quale, purtroppo, operava la Corte dei conti nazionale ancora presieduta dal vecchio Presidente, successivamente sospeso e sottoposto a procedimento di epurazione così come il prestigioso Presidente del confratello Consiglio di Stato.

Già allora la storia della Corte dei conti era lunga e l'Istituto attraversava un momento cruciale: la sua rinascita attraverso una rottura formale con il vecchio ordinamento faceva da *pendant* alla situazione della Nazione, di cui aveva ac-

1943 sia la più tangibile testimonianza di abbandono delle proprie responsabilità, avendo egli lasciato ai cittadini, all'esercito lealista e a Dio l'incombenza di salvare l'Italia. Mette conto riprendere i drammatici passi del comunicato, i quali evidenziano la contraddizione intrinseca tra il supremo fine del bene della Patria e il rifiuto di assunzione di responsabilità da parte del suo Capo: «Per il supremo bene della patria che è sempre stato il mio primo pensiero e lo scopo della mia vita, e nell'intento di evitare più gravi sofferenze e maggiori sacrifici, ho autorizzato la richiesta di armistizio. Italiani, per la salvezza della capitale e per potere pienamente assolvere i miei doveri di re, col governo e con le autorità militari mi sono trasferito in altro punto del sacro e libero suolo nazionale. Italiani! Faccio sicuro affidamento su di voi per ogni evento, come voi potete contare fino all'estremo sacrificio, sul vostro Re. Che Iddio assista l'Italia in quest'ora grave della sua storia».

compagnato e avrebbe in futuro accompagnato le alterne vicende fino alla crisi che caratterizza i nostri giorni. Lo avrebbe fatto con mutevole efficacia, talvolta con risultati non ottimali. Sarebbe stata tuttavia chiamata, allora come oggi, al «capezzale finanziario» del Paese in momenti topici, come in effetti avvenne ancora nel 1994, con la cosiddetta riforma Cassese, ed oggi, con il decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 (Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012), convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213.

2. *Le ascendenze della Corte dei conti italiana.* – Le istituzioni, come ogni prodotto del pensiero e dell'azione umana, nascono, vivono e scompaiono. Il loro ciclo di vita è generalmente più lungo di quello degli individui che si trovano ad operare nel contesto contemporaneo. Se è vero che le istituzioni sono prodotto dell'uomo, è altresì certo che gli individui devono naturalmente adattarsi, pena l'assenza di socializzazione, alle istituzioni vigenti nel periodo e nel territorio, nei quali è capitato loro di nascere.

In linea teorica, pertanto, anche per le istituzioni, come per gli individui, è possibile delineare una biografia nell'arco del loro ciclo di vita che va dalla nascita, allo sviluppo, alla maturità e, inevitabilmente, alla scomparsa.

Nel caso della Corte dei conti italiana la data di nascita è fissata al 1862, con l'emanazione della legge n. 800; le ascendenze, tuttavia, sono molto più remote e meriterebbero di essere indagate più a fondo dagli storici del diritto e delle istituzioni.

Le funzioni attribuite alla Corte dei conti presentano una sorprendente continuità morfologica dall'esperienza giuridica medievale a quella moderna.

Questa sostanziale continuità deve far riflettere, in considerazione della profonda differenza tra gli ordinamenti giuridici come intesi nel medioevo e come invece percepiti nell'era moderna². Quando si verifica una così lunga sopravvivenza, degna di riflessione non è soltanto la congerie storica in cui è avvenuta la creazione – la quale, pur risalente alla notte dei tempi, è comunque riconducibile all'azione di individui e gruppi identificabili – ma anche il processo più o meno consapevole che l'ha resa così longeva. Anzi, proprio la diversità d'opinione di illustri autori circa le ricostruzioni storiche inerenti all'ascendenza della

² L'ordinamento medievale presuppone infatti una «percezione del diritto come *ordo*, ordine scritto delle radici più profonde della natura della società, una dimensione ontica che si è chiamati unicamente a constatare e a leggere» (così P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e post-moderna*, in convegno di democrazia pluralista, Università di Siena, 29 settembre 2008) mentre nell'era moderna il sistema giuridico viene inteso come promanazione dall'autorità, secondo una insindacabile valutazione della fonte normativa da questa formalizzata in un vincolante testo scritto.

Corte dei conti possono condurre alla conclusione che, più che di una volontà specifica di un creatore, lo sviluppo di questo tipo di istituzione fino all'attuale dimensione e consistenza sia frutto di una spontanea e graduale azione e correlata percezione interna ed esterna ascrivibili alla molteplicità dei contesti storici succedutesi nel tempo o vissuti parallelamente (nei quali la storiografia giuridica cerca un archetipo probabilmente non identificabile con assoluta certezza). In buona sostanza, la "preistoria" della Corte dei conti non ha probabilmente un albero genealogico certo ed univoco: i suoi attuali ma perduranti caratteri sono verosimilmente il portato di una gemmazione parallela di istituti simili sorti in contesti culturali "latini" (soprattutto Francia, Spagna e Italia meridionale) aventi in comune l'esigenza di dare un connotato formale e solenne alla funzione di sindacato dei conti pubblici.

Fra tutti gli organismi a rilevanza costituzionale indubbiamente la Corte dei conti italiana è quella che conserva la più organica continuità e le più tangibili caratteristiche in relazione ai rivolgimenti politici e all'evoluzione del diritto, che sono maturati nel corso della sua lunga storia. Attraverso una sorta di obiettiva intangibilità della sostanza delle proprie funzioni – e malgrado le frequenti ed anche autorevoli avversioni – essa è riuscita a conservare un posto preminente nell'ordinamento costituzionale italiano.

Le brevi considerazioni che seguono non hanno certamente lo scopo di un'analitica ricostruzione storica, bensì mirano a verificare se, pur nella considerazione della eterogeneità delle situazioni storiche e politiche esaminate, i caratteri genetici delle antiche istituzioni che hanno preceduto la Corte dei conti siano persistenti e quindi sopravvissuti al rapido mutare dei contesti della società moderna.

Una prima illustre ascendenza può essere riferita alla Camera dei conti di Francia del secolo XIII. Essa era già dotata di un'organizzazione giudiziaria ed era competente a giudicare le controversie che oggi possono essere sinteticamente catalogate attraverso l'aggettivo "contabili". Facevano parte delle sue attribuzioni anche i giudizi relativi ai rapporti patrimoniali tra il sovrano e i privati³.

La Camera dei conti, sempre nella sua veste giudiziaria, aveva inoltre la competenza ad esaminare la legalità, sotto il profilo finanziario, degli atti regi, provvedendo a renderli esecutivi. Nel caso di diniego prevaleva comunque la volontà del sovrano.

La rivoluzione francese abolì la vecchia Camera dei conti, che tuttavia rinacque già nell'età napoleonica sotto l'attuale nome di *Cour de comptes*.

Questo modello francese fu preso a riferimento, fin dall'origine, nei domini della casa Savoia.

³ Cfr. sul punto L. GRECO, *Le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti*, in atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative e di unificazione, Milano 1961

Nel regno di Sardegna, con l'editto del 29 ottobre 1847, veniva tuttavia avviata una radicale revisione della Camera dei conti la quale, oltre a conservare la funzione di giudice contabile, diveniva magistrato di appello del contenzioso amministrativo, mantenendo il potere di giudicare su questioni afferenti alla zecca, alle miniere e al debito pubblico. Rimaneva prerogativa di tale istituzione la funzione di controllo sugli atti finanziari del Governo. Tuttavia, avendo lo Statuto Albertino del 1848 abrogato le registrazioni, queste ultime vennero affidate dalla legge di contabilità 23 marzo 1853, n. 1483, al Controllore generale. Peraltro, fin dal 1859, su impulso di Camillo Benso di Cavour, alla Corte dei conti fu restituito il controllo preventivo con la competenza ad esaminare la legittimità di tutti i decreti reali.

Nell'Italia meridionale, invece, operava la Camera della sommaria⁴, creata dagli Aragonesi come tribunale delle cause feudali e dei conti fiscali. Essa ebbe ad operare dal 1444 al 1806, quando le subentrò, in un regime di sostanziale continuità di funzioni, la Regia Corte dei conti, poi a sua volta confluita nella Gran Corte dei conti di Napoli, istituita con la legge del 21 marzo 1817.

La Regia Camera della sommaria fu fondata nel 1444 da Alfonso V d'Aragona, attraverso l'unificazione di due organi: la *Magna Curia Magistrorum rationarum* (Corte dei Maestri razionali) e la *Summaria audentia rationum* (Camera dei conti). Essa fu protagonista di notevoli e sottili elaborazioni giuridiche, specie con la redazione dei riti, sostanzialmente assimilabili alle forme della giurisdizione, i quali avevano preso le mosse dai «Riti della Magna Curia dei Maestri razionali» dell'illustre giurista meridionale Andrea d'Isernia⁵, vissuto a cavallo tra il XIII ed il XIV secolo. La Camera non aveva, a differenza della consorella francese, la funzione di controllo preventivo sugli atti regi. Essa trattava sia gli affari amministrativi che le cause giudiziarie concernenti il fisco. Cumulava quindi le funzioni di revisore dei conti (precedentemente attribuite alla *Summaria audentia rationum* istituita da Carlo I) e di giudice in sostituzione della *Curia Magistrorum rationarum*. È significativo che questa unificazione avvenne per comporre questioni inerenti a continui sconfinamenti di competenze da parte dell'una e dell'altra istituzione. Ciò a dimostrazione dell'obiettiva incertezza del confine tra controllo di legalità contabile e giurisdizione e del ruolo unificante oggettivamente esercitato dal comune riferimento alla materia già allora definibile come contabilità pubblica.

I compiti amministrativi della Camera della sommaria erano essenzialmente quelli di revisore dei conti, sia dello Stato che delle *universitates*, vale a dire delle

⁴ L'analisi e la storia delle funzioni della Camera della sommaria sono trattate da F. SERNIA, *La Gran Corte dei conti del regno di Napoli ed il suo plurisecolare antenato: La Regia Camera della sommaria*, in atti del convegno di Salerno del 17 dicembre 2012.

⁵ Cfr. sul punto G.M. MONTI, *Sul testo dei Riti della Magna Curia dei Maestri razionali e su Andrea d'Isernia*, in *Annali del Seminario Giuridico Economico della R. Università di Bari*, 3/1, 1929, 65-101.

comunità dell'Italia meridionale, sorte già nell'Alto Medioevo e successivamente infeudate con le conquiste dei Normanni. Quelli giurisdizionali consistevano essenzialmente nelle cause in cui era coinvolto, come attore o come convenuto, il regio fisco e nei contenziosi che riguardavano le *universitates* e i feudatari, aventi attinenza alla materia fiscale.

Altre ascendenze, sia pure meno dirette, sono rinvenibili negli Stati preunitari. La Corte dei conti era presente nel Ducato di Parma e Piacenza e dal 1849 nello stesso Granducato di Toscana, nel quale la magistratura contabile era competente a giudicare – tra l'altro – nella materia delle pensioni.

Nel periodo risorgimentale fa la propria comparsa nelle Corti dei conti preunitarie anche la figura del Procuratore generale, concepito come diretto rappresentante del potere esecutivo e deputato a vegliare nell'interesse dell'erario.

3. *Le vicende della Corte dei conti dall'unità d'Italia alla Costituzione repubblicana.* – Si può dire dunque che il modello di questa Istituzione, nata immediatamente dopo il compimento dell'unità d'Italia, è sorprendentemente omogeneo a quello di analoghi organismi esistenti prima dell'unità stessa ed a quello contemporaneo, che pure ha assorbito, anche in tempi recenti, profonde innovazioni⁶.

Non v'è dubbio, tuttavia, che al momento della creazione dello Stato unitario notevole era l'influenza della teoria della separazione dei poteri di Montesquieu, per cui si pose fin dall'inizio con forza la questione del mantenimento in capo alla Corte dei conti di attribuzioni di natura giurisdizionale e non giurisdizionale.

Decisive furono certamente le complesse questioni inerenti alla definizione dei nuovi equilibri tra governi e parlamenti, in un contesto di novità delle strutture istituzionali, particolarmente sotto il profilo finanziario, in ordine alle quali un soggetto neutrale, dotato di un particolare *status* di indipendenza, sembrava indispensabile diaframma tecnico per dirimere le molteplici questioni derivanti dalla limitazione delle rispettive sfere d'influenza⁷.

In questo magmatico contesto di principi potenzialmente contrastanti e su-

⁶ Sul punto cfr. paragrafo successivo.

⁷ Si pensi – tra le altre – alla tematica del diritto del bilancio, particolarmente approfondita all'epoca dal grande giurista P. LABAND, tra i cui riflessi principali c'era quella di garantire che non fossero oltrepassati i rispettivi limiti del Governo e del Parlamento nella redazione e gestione del bilancio e nei presupposti normativi di tale gestione, riservati al Parlamento in sede diversa da quella dell'approvazione formale della legge di bilancio. Questa problematica, condizionata da delicati confini tecnici, era ben compatibile con l'opera ausiliaria di un organo indipendente da entrambi i suddetti poteri quale una magistratura dedicata per materia. Argomenti, questi, ancora attuali nel diverso contesto dello Stato policentrico contemporaneo e dei suoi rapporti con l'Unione Europea.

scettibili di una valutazione sistemica dei valori coinvolti, costituì certamente un saldo ancoraggio l'ossequio alla tradizione nel confermare in capo alla Corte dei conti la titolarità congiunta del controllo e della giurisdizione, con conseguenti delicati problemi di regolamentazione dei confini tra le due funzioni.

Non mancarono in dottrina voci fortemente dissenzienti, soprattutto con riguardo alle attribuzioni in materia di pensioni acquisite *ex novo* dalla legislazione toscana⁸: la Corte dei conti ne ebbe espresso riconoscimento con l'art. 12 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo⁹. Tra gli oppositori più radicali va ricordato De Gioannis Gianquinto¹⁰, il quale ebbe ad affermare che «la natura delle cose e la filosofia del diritto» debbono prevalere sulle tradizioni secolari delle antiche Corti dei conti e che la logica del diritto non consente il cumulo di attribuzioni disparate in uno stesso collegio o in una stessa magistratura. Anche il controllo preventivo sugli atti del Governo fu avversato soprattutto dall'Amministrazione finanziaria, che riteneva propria funzione esclusiva il controllo sulle pubbliche spese. Questo fenomeno indusse la progressiva implementazione dei poteri della Ragioneria generale dello Stato. In dottrina Orlando era favorevole alla tesi della costituzionalità della cointestazione¹¹ mentre critico risultava Cammeo¹².

Da un punto di vista formale, anche il regime fascista non si discostò dalla tradizione: tuttavia, per quel che riguarda la funzione di controllo, veniva a man-

⁸ Successivamente la materia pensionistica fu riordinata: alla Corte dei conti fu sottratta la competenza all'emissione di provvedimenti positivi o negativi, atti di carattere amministrativo, i quali venivano riservati ai singoli ministeri, mentre veniva confermata la competenza a giudicare sui ricorsi prodotti dagli interessati contro detti provvedimenti: così cessava un equivoco difficilmente giustificabile a meno di non considerare giurisdizionale anche la fase attinente alla liquidazione delle pensioni (così L. MORTARA, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, 4, 401 e ss.), opinione forse ammissibile in un contesto in cui la materia veniva inquadrata soprattutto sotto il profilo del rapporto di vitalizio che si andava a costituire tra lo Stato e il privato, ma oggi assolutamente non utilizzabile alla luce della evoluzione giurisprudenziale sia in materia processuale che pensionistica.

⁹ Rileva L. GRECO, *Le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti*, in atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative e di unificazione, Milano 1961, che «anche in sede legislativa non si dimenticò l'avversione contro questa attribuzione, prima nel 1877 e poi nel 1880 con disegni di legge, in cui si proponeva di trasferire i ricorsi in materia di liquidazione di pensione al Consiglio di Stato sul presupposto che lo stesso organo non potesse contemporaneamente agire in sede amministrativa e decidere, poi, in sede giurisdizionale. La storia, invece, correva sull'avvio iniziale: nel corso degli anni il contenzioso pensionistico s'ingiganti, estendendosi prima alle così dette pensioni miste (e cioè a quelle in cui vi è concorso da parte dello Stato) e poi ad altre a carico di enti determinati, finché, con la sopravvenienza delle guerre del sec. XX, si uscì fuori dal rapporto di impiego, sul quale la pensione era fondata, e la Corte fu competente a giudicare in materia di pensioni di guerra. La giurisdizione contabile così veniva sovrachiesta dalla giurisdizione pensionistica, nella quale i ricorsi cominciarono a raggiungere cifre astronomiche».

¹⁰ G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Nuovo Diritto amministrativo d'Italia*, Pavia 1864.

¹¹ V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, 1900, 23 e ss.

¹² F. CAMMEO, *La competenza del IV sezione sugli atti amministrativi dell'autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. It.*, IV, 1903, 182 e ss.

care nel nuovo contesto istituzionale il cuore della funzione ausiliaria della Corte dei conti al Parlamento per l'evidente decadimento di quest'ultimo.

Conseguenza diretta dei mutamenti costituzionali che avevano interessato il nostro Stato fu l'innovazione consistente nella presentazione della deliberazione sul rendiconto generale dello Stato (insieme con la relazione) al Capo del governo per essere poi trasmessa al Gran consiglio del fascismo e al Parlamento. In buona sostanza la Corte dei conti diveniva organo ausiliario del Capo del governo, essendo il ruolo del Parlamento ormai meramente simbolico.

Nella materia giurisdizionale alla Corte dei conti veniva tolta la competenza amministrativa sulle pensioni, che veniva appunto attribuita ai singoli Ministeri, rimanendo la sua attività concentrata sulla funzione giurisdizionale.

Una riforma generale ma non organica si ebbe con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 (Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti), e con il regolamento di procedura approvato con regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038 (Approvazione del regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti). Al di là del contenuto di detti provvedimenti – che risentiva, almeno in parte, delle idee del regime autoritario che li aveva emanati – anche dal punto di vista metodologico essi presentano lacune e soluzioni opinabili. Il testo unico divenne una sorta di sommatoria di disposizioni recepite da testi legislativi, per lo più risalenti, non distinguendo l'aspetto sostanziale degli istituti, magmaticamente disciplinati, da quello processuale. Talvolta disposizioni in materia di contenzioso, anziché nel regolamento di procedura, si ritrovano nel testo unico. Lo stesso regolamento di procedura non seppe delineare un modello di processo unitario o comunque avente peculiarità specifiche, suscettibili di appropriata declinazione nelle diverse tipologie di controversie attribuite. Il regolamento, tuttora in vigore, si articola in una molteplicità di procedimenti speciali, costruiti piuttosto in relazione al loro oggetto che ad un modello tipico di processo. Il suo mancato aggiornamento è una delle cause principali dei problemi processuali che caratterizzano la giurisdizione della Corte dei conti, pregiudicando – tra l'altro – quell'attenzione di studio della dottrina, che invece caratterizza la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

4. *La Corte dei conti nello Stato repubblicano.* – Proprio al momento del passaggio dalla monarchia allo Stato repubblicano potevano venire in evidenza i problemi inerenti alle ambiguità che avevano già caratterizzato la collocazione della Corte dei conti nell'ambito dell'ordinamento statale. Risolutivo nel senso conservativo delle peculiarità dell'Istituto si è rivelato il suo inquadramento nella Costituzione: gli articoli 100 e 103 Cost. consentirono di mantenere alla Corte dei conti le caratteristiche storiche, già presenti al momento dell'unità d'Italia ed ereditate dalle ascendenze prima richiamate.

Nella Costituzione la Corte dei conti viene collocata, per quel che riguarda il controllo, tra gli organi ausiliari disciplinati al Titolo III (Ordinamento della Repubblica) e, per le funzioni giurisdizionali, nel Titolo IV (La Magistratura).

La differenziata allocazione delle funzioni non ha tuttavia messo mai in dubbio, neppure nelle intenzioni del legislatore costituente, la natura magistratuale delle stesse e dei membri che le esercitano. Se ciò appariva naturale con riferimento alle prerogative giurisdizionali dell'Istituto, non era affatto scontato per il controllo, funzione storica la cui cointestazione è stata giustificata attraverso una sottile esegesi dei suoi contenuti, la quale prende le mosse proprio dalla tradizione.

4.1. *La funzione di controllo dopo la Costituzione repubblicana.* – Si diceva, appunto, della particolare natura del controllo quale elemento giustificatore della permanenza della sua intestazione in capo ad un Istituto, cui la Costituzione riservava comunque l'esercizio della giurisdizione.

La dottrina prevalente ebbe un ruolo molto importante nel riportare a sistema le scelte del legislatore costituente pur in presenza della collocazione della funzione di controllo nell'ambito degli organi ausiliari, categoria contraddistinta da componenti molto eterogenee. Così, almeno fino alla riforma del 1994, vi fu una sostanziale uniformità nel catalogare il controllo della Corte dei conti al di fuori del perimetro dell'attività amministrativa: questo sindacato veniva ritenuto estraneo agli interessi del controllante, nonché espressione di giudizio obiettiva ed imparziale, caratterizzata da alcuni connotati tipici della giurisdizione, ossia l'assenza di discrezionalità, l'irrevocabilità, la doverosità, l'indipendenza di giudizio¹³. Sandulli, il costituzionalista che forse si è dedicato più di ogni altro allo studio della Corte dei conti, leggeva nell'art. 100 Cost. un sindacato di legittimità esterno, esercitato in posizione neutrale a garanzia dell'ordinamento e finalizzato ad assicurare nell'azione amministrativa l'osservanza delle leggi e delle regole, a prescindere da qualsiasi interesse generale o particolare del Governo o della pubblica amministrazione¹⁴.

La Corte costituzionale¹⁵ – chiamata ad esprimersi sulla possibilità per la Corte dei conti di sollevare l'incidente di costituzionalità nel corso del procedimento di controllo preventivo sugli atti – ebbe a spiegare le ragioni della cointestazione non solo sulla base del chiaro dettato costituzionale, ma anche dell'intrinseca connotazione della funzione di controllo. È opportuno riportare alcuni significativi passi della sentenza n. 226 del 1976: «Anche se il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non è un giudizio in senso tecnico-processuale, è certo tuttavia che, ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1

¹³ Così G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 268 e ss.

¹⁴ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, 410 e ss.

¹⁵ Cfr. sentenza n. 226 del 1976.

del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella amministrativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico. Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo, che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica Amministrazione; ed è altresì diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui è affidato. Composta di magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, secondo comma, Cost.), che, analogamente ai magistrati dell'ordine giudiziario, si distinguono tra loro "solo per diversità di funzioni" (art. 10 legge 21 marzo 1953, n. 161); annoverata, accanto alla magistratura ordinaria ed al Consiglio di Stato, tra le "supreme magistrature" (art. 135 Cost.); istituzionalmente investita di funzioni giurisdizionali a norma dell'art. 103, secondo comma, Cost., la Corte dei conti è, infatti, l'unico organo di controllo che, nel nostro ordinamento, goda di una diretta garanzia in sede costituzionale».

La fattispecie concreta della pronuncia fu dunque il controllo preventivo di legittimità sugli atti, ma anche il controllo finanziario sull'attività amministrativa e contabile veniva considerato sotto lo stesso profilo; tanto che il nuovo controllo sugli enti parastatali, introdotto dalla legge 21 marzo 1958, n. 259 (Partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria), non fu oggetto di elaborazioni concettuali, discriminanti dalle caratteristiche attribuite alle altre funzioni di controllo della Corte dei conti. Nel pendolo dei ricorsi storici, si può dire – come vedremo in seguito – che la più recente evoluzione legislativa si pone in un solco concettuale molto vicino a quello della dottrina e della giurisprudenza successive all'emanazione della Costituzione repubblicana.

In questa sede è sufficiente ricordare che gli elementi sulla base dei quali fu elaborata la tesi della "funzione paragiurisdizionale" del controllo possono essere così sintetizzati: il parametro giuridico di riferimento; la tecnica sindacatoria consistente nella qualificazione giuridica della concreta fattispecie, cui è collegato il divieto di disapplicare le disposizioni normative che la regolano; il preminente neutrale interesse pubblico della certezza del diritto che ispira le pronunce in sede di controllo; lo *status* dei funzionari che la esercitano.

4.2. *La giurisdizione contabile dopo la Costituzione.* – Quanto alla giurisdizione, l'art. 103 Cost. definiva le competenze della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

Già al momento dell'adozione della Costituzione repubblicana la Corte era titolare del giudizio di conto, del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, dei giudizi in materia pensionistica oltre che dei cosiddetti giudizi ad istanza di parte.

Il giudizio di conto, il più antico dei giudizi contabili sopravvissuti, si collega al modello «dell'accertamento dei diritti patrimoniali inerenti alle gestioni contabili, che per maggiore garanzia non solo dell'amministrazione, ma anche degli stessi agenti contabili è stato sempre oggetto di competenza di una speciale magistratura a periodi fissi e con il rito contenzioso»¹⁶. Esso presenta diverse singolarità che possono essere spiegate soltanto con la conoscenza del suo sviluppo storico in periodi in cui la funzione giurisdizionale era caratterizzata da connotati arcaici. La finalità del giudizio di conto si fonda sul dovere che incombe sui soggetti che gestiscono risorse pubbliche. Nessun soggetto che ne ha la disponibilità può farne uso illecito o distrarre somme o cose amministrate tenute in deposito: da questo principio generale deriva quello che è stato definito il carattere di necessità del giudizio di conto.

Per una sorta di finzione giuridica esso si avvia con il deposito del conto da parte dell'agente e procede secondo un modulo inquisitorio, nel quale può venire a mancare anche completamente la controversia nei casi in cui non risulti nessun ammanco e il conto sia stato reso nelle forme di legge.

Il giudizio di responsabilità era già un giudizio ad impulso della parte pubblica consistente nella citazione, da parte del pubblico ministero, del funzionario pubblico ritenuto responsabile del danno erariale. Pur essendo nato molto tempo dopo il giudizio di conto, la sua importanza e la sua incisività erano fin da allora preminenti rispetto a quelle dell'illustre antenato.

Esso è proposto dal pubblico ministero contabile attraverso atti di citazione finalizzati alla condanna del pubblico funzionario che abbia arrecato danno all'erario. Dibattuta – come è noto – è la questione se questo tipo di responsabilità abbia natura patrimoniale o sanzionatoria. In realtà, sono le singole disposizioni ad individuare la tipologia di responsabilità, fermo restando che quella di natura patrimoniale sembra essere la regola generale mentre quella sanzionatoria si articola attraverso norme specificamente repressive di tipologie di illecito delinque dal legislatore. La natura del potere riduttivo, collegato alla misura della responsabilità del funzionario in relazione a quella complessivamente imputabile all'organizzazione amministrativa, non sembra decisiva ai fini della classificazione della responsabilità in una specie o nell'altra. In realtà, si tratta di una responsabilità particolare, come molti illustri autori hanno messo in luce.

Caratteristica di questa responsabilità è che l'azione è sottratta al potere dispositivo dell'amministrazione per essere attribuita al pubblico ministero regio-

¹⁶ M. CANTUCCI, *Il giudizio sui conti degli agenti contabili dello Stato*, Padova 1958, 151-152.

nale contabile: questa posizione di supplenza, secondo taluni, è ascrivibile alla categoria della sostituzione processuale; secondo altri, alla tutela dell'interesse astratto della legge.

I giudizi ad istanza di parte consistono nell'impugnazione di provvedimenti amministrativi ed in particolare di quelli aventi ad oggetto le ritenute operate a carico dei contabili o il rimborso di quote inesigibili per effetto dell'infruttuosa esecuzione fiscale nei confronti dei debitori. Al momento dell'adozione della Costituzione repubblicana, la Corte dei conti era già titolare di giudizi ad istanza di parte, per così dire innominati, di cui si riferisce più diffusamente in seguito.

Infine, la Corte dei conti manteneva anche la giurisdizione pensionistica. Essa, a seguito della riforma del 1933, aveva perduto la competenza amministrativa, ormai riservata alle amministrazioni statali, conservando invece il contenzioso inerente alle pensioni, fossero esse quelle di guerra, militari o civili. I giudizi pensionistici, quelli afferenti agli eventi bellici delle grandi guerre, quelli inerenti alla materia militare, quelli aventi ad oggetto le pensioni civili, erano e sono strutturati come un vero e proprio giudizio di impugnazione avverso un atto amministrativo.

In definitiva, al momento della entrata in vigore della Costituzione, rimanevano ferme le preesistenti competenze giurisdizionali e contemporaneamente veniva lasciata al legislatore la possibilità di affidare alla giurisdizione contabile altre materie, soprattutto con riguardo al genere della contabilità pubblica. Di ciò occorrerà tener conto nella valutazione delle prospettive di riforma dell'Istituto.

La formulazione dell'art. 103 Cost. apriva la rilevante questione se la giurisdizione contabile fosse attribuita in via generale alla Corte dei conti oppure se tale attribuzione dovesse mantenersi nell'ambito delle leggi vigenti. Le sezioni riunite della Corte dei conti, con la decisione 4 agosto 1958, n. 9, ebbero ad affermare che la Corte dei conti, al pari del Consiglio di Stato per ciò che concerneva la giurisdizione in tema di interessi legittimi, era titolare delle controversie nella specifica materia della contabilità, sancendo una sorta di esclusività della funzione, pur nell'ambito della specialità della magistratura.

Questo orientamento non è stato però condiviso dalla Corte costituzionale, la quale – con la sentenza n. 17 del 1965 – ha negato la sussistenza di una «riserva assoluta di giurisdizione della Corte dei conti nella materia di contabilità pubblica» che discenderebbe dal secondo comma dell'art. 103 Cost.

La Consulta, pur riconoscendo che nel nostro ordinamento la Corte dei conti è il principale organo della “giurisdizione contabile”, ne ha negato il carattere esclusivo, affermando che nella materia della contabilità pubblica la specificazione delle singole controversie di competenza della magistratura contabile deve essere sempre accompagnata dalla “*interpositio legislatoris*”.

Ancora oggi i giudizi preesistenti alla Costituzione repubblicana costituiscono il nocciolo duro della funzione giurisdizionale della magistratura conta-

bile e non sono stati assoggettati, se non in parte, a quel processo di razionalizzazione ed ammodernamento che i nuovi scenari di riferimento della finanza pubblica giustificerebbero ampiamente.

5. *Il processo di decentramento.* – Diversi fattori hanno favorito, nella seconda parte del secolo scorso, il decentramento delle funzioni della Corte dei conti. Tra questi è opportuno ricordare il proliferare dei centri di spesa in periferia e l'esigenza di avvicinare al cittadino il servizio giustizia. Così la delocalizzazione dei centri di spesa richiedeva una maggiore presenza sul territorio dell'Istituto al quale è affidato il compito, sia nell'ambito del controllo sia in quello della giurisdizione, di sindacare la regolarità e la correttezza dell'uso delle risorse pubbliche; analogamente – per quel che riguarda la giurisdizione pensionistica – si avvertiva l'esigenza di avvicinare la giustizia al cittadino per migliorarne i costi, i tempi di attesa e, più in generale, l'accessibilità al servizio.

Il processo di decentramento della Corte dei conti sul territorio nazionale non è stato contestuale e simmetrico, sia con riguardo alle due diverse funzioni che all'interno delle stesse.

5.1. *Il decentramento del controllo.* – Il primo decentramento riguardò la funzione di controllo: con il decreto legislativo luogotenenziale 18 gennaio 1945, n. 16 (Istituzione dei Provveditorati regionali alle opere pubbliche), erano stati istituiti, appunto, i Provveditorati regionali alle opere pubbliche attraverso la trasformazione dei già esistenti Ispettorati compartimentali del genio civile. Ad essi era demandata la gestione degli interventi di competenza del Ministero dei lavori pubblici. Con il decreto legislativo luogotenenziale 14 giugno 1945, n. 355 (Istituzione di uffici distaccati della Corte dei conti presso i Provveditorati regionali alle opere pubbliche), furono istituiti presso ciascun Provveditorato regionale uffici distaccati della Corte dei conti, inizialmente con carattere di temporaneità, per l'espletamento della funzione di controllo sugli atti e sulle spese. Agli uffici distaccati furono assegnate successivamente, nel 1947, anche le attribuzioni spettanti alla Corte dei conti in materia di resa dei conti da parte degli agenti contabili, rimasti in sospenso in conseguenza dello stato di guerra.

Questa misura di carattere provvisorio ed emergenziale entrò a regime negli anni successivi ed, in particolare, con una serie di provvedimenti legislativi adottati nel corso del 1955. Nel contesto di un ampio disegno di decentramento dei servizi di molti Ministeri, furono affidate agli uffici della Corte presso i Provveditorati le attribuzioni di controllo nelle diverse materie che venivano via via decentrate. In tal modo, i nuovi uffici della Corte assunsero una competenza generalizzata nei capoluoghi di Regione ove erano stati aperti. Con il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1955, n. 1534 (Decentramento dei servizi del Ministero dei lavori pubblici), sia i Provveditorati che gli uffici della Corte di-

staccati persero il carattere di temporaneità, indicato nei provvedimenti istitutivi, per trasformarsi in organi permanenti¹⁷.

Con la legge 20 dicembre 1961, n. 1345 (Istituzione di una quarta e una quinta Sezione speciale per i giudizi su ricorsi in materia di pensioni di guerra ed altre disposizioni relative alla Corte dei conti), gli uffici distaccati assunsero la denominazione di delegazioni regionali della Corte dei conti.

Alle delegazioni regionali seguirono nel 1997 collegi regionali di controllo istituiti peraltro con atto regolamentare della Corte dei conti, adottato ai sensi dell'art. 4 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti).

Con il regolamento 14 giugno 2000, n. 14, deliberato dalla Corte dei conti – sezioni riunite i collegi regionali furono trasformati in sezioni regionali di controllo. Queste nuove articolazioni ottennero copertura legislativa con la legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3).

Peraltro già nel 1946 lo statuto della Regione siciliana¹⁸ aveva previsto, insieme al decentramento della giurisdizione, quello della funzione di controllo.

La sezione di controllo della Regione Friuli-Venezia Giulia fu istituita con il decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902 – recante «Adeguamento ed integrazione delle norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia» di cui alla legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), e successive modifiche ed integrazioni – in seguito modificato dal decreto legislativo 15 maggio 2003, n. 125 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Friuli-Venezia Giulia recanti modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 25 novembre 1975, n. 902, in materia di funzioni di controllo della sezione regionale della Corte dei conti).

La sezione di controllo della Regione Sardegna è stata istituita con il decreto del Presidente della Repubblica 16 gennaio 1978, n. 21 – recante «Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Sardegna concernente il controllo sugli atti della Regione», statuto di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3

¹⁷ Sul processo di decentramento del dopo guerra cfr. S. ZAMBARDI, *Il lungo processo di decentramento delle funzioni di controllo e giurisdizionali della Corte dei conti*, in atti del convegno in memoria di Francesco Staderini, Milano 2013, 77 e ss.

¹⁸ Art. 23 dello statuto della Regione Siciliana, approvato con il regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana), convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, modificato dalle leggi costituzionali 23 febbraio 1972, n. 1 (Modifica del termine stabilito per la durata in carica dell'Assemblea regionale siciliana e dei Consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige, del Friuli-Venezia Giulia), 12 aprile 1989, n. 3 (Modifiche ed integrazioni alla legge costituzionale 23 febbraio 1972, n. 1, concernente la durata in carica dell'assemblea regionale siciliana e dei consigli regionali della Sardegna, della Valle d'Aosta, del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia. Modifica allo statuto speciale per la Valle d'Aosta), e 31 gennaio 2001, n. 2 (Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei presidenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano).

(Statuto speciale per la Sardegna) – successivamente modificato dal decreto legislativo 9 marzo 1978, n. 74 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Sardegna recanti modifiche al D.P.R. 16 gennaio 1978, n. 21, in materia di controllo della Corte dei conti sugli atti amministrativi della regione).

La Sezione di controllo della Regione Trentino-Alto Adige è stata istituita con il decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 305 – recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige per l'istituzione delle sezioni di controllo della Corte dei conti di Trento e di Bolzano e per il personale ad esse addetto» ed attuativo dello statuto Regione Trentino-Alto Adige di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) – successivamente modificato dai decreti legislativi 2 ottobre 1997, n. 385 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige recanti modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 305, in materia di controllo della Corte dei conti sugli atti della regione e delle province autonome), 14 giugno 1999, n. 212 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige recanti integrazioni e modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 305, in materia di controllo e di sezioni giurisdizionali della Corte dei conti) e 14 settembre 2011, n. 166 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige recanti modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 305, in materia di controllo della Corte dei conti).

La sezione di controllo della Regione Valle d'Aosta è stata istituita con il decreto legislativo 5 ottobre 2010, n. 179 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione autonoma Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste concernenti l'istituzione di una sezione di controllo della Corte dei conti), attuativo dello statuto speciale della Regione Valle d'Aosta di cui alla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto speciale per la Valle d'Aosta).

5.2. *Il decentramento della giurisdizione.* – Il primo decentramento giurisdizionale della Corte dei conti avvenne nella Regione siciliana, con l'emanazione dello statuto regionale¹⁹, il cui art. 23 ha previsto che gli organi giurisdizionali centrali devono avere in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione.

In seguito analoga vicenda ha caratterizzato la Sardegna con l'istituzione delle sezioni riunite, della sezione giurisdizionale e della procura regionale attraverso il decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1982, n. 240 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la Sardegna concernenti istituzione in Cagliari di una sezione giurisdizionale e delle sezioni riunite della Corte dei

¹⁹ Cfr. nota precedente.

conti) e la legge 8 ottobre 1984, n. 658 (Istituzione in Cagliari di una sezione giurisdizionale e delle sezioni riunite della Corte dei conti).

Dopo le due Regioni a statuto speciale, tre nuove sezioni giurisdizionali furono istituite nelle Regioni Calabria, Campania e Puglia col decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in un contesto normativo di esplicito contrasto a gravi forme di criminalità organizzata.

Dopo una serie di decreti d'urgenza adottati nel corso del 1993 e non convertiti in legge, il decentramento della giurisdizione è stato completato con il decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), convertito con modificazioni dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19. Sulla base di detto decreto furono create, nelle altre Regioni, sezioni giurisdizionali con competenza generale in materia di contabilità pubblica e di pensioni. Contestualmente, presso ciascuna sezione è stato istituito un ufficio di procura contabile. Con detto decreto è stata generalizzata per tutte le Regioni l'ubicazione delle sezioni giurisdizionali nel capoluogo di Regione (nella Regione Trentino-Alto Adige ne sono state istituite due con sede in Trento e in Bolzano). Nei confronti delle sentenze delle sezioni giurisdizionali regionali, fatta salva la disciplina prevista dallo statuto Regione siciliana, è stato istituito l'appello alle sezioni giurisdizionali centrali, fissate nel numero di tre. Alle sezioni riunite è stata attribuita la decisione sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferite dalle sezioni giurisdizionali centrali o regionali, oppure rimesse per richiesta del procuratore generale. Le funzioni di pubblico ministero innanzi alle sezioni riunite ed alle sezioni giurisdizionali centrali sono state attribuite al procuratore generale o ad un vice procuratore generale, mentre nelle sezioni giurisdizionali regionali vengono esercitate da un procuratore generale o da altro magistrato assegnato all'ufficio.

Con la stessa legge è stato istituito l'«invito a dedurre» preliminare all'eventuale emissione dell'atto di citazione in giudizio, attraverso il quale il presunto responsabile del danno è facultizzato a depositare deduzioni e documenti nonché a presentarsi personalmente. Il procuratore regionale può chiedere inoltre il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del convenuto.

Contestualmente al d.l. n. 453 del 1993, la legge n. 20 del 1994 ha disciplinato – con significative modifiche rispetto al passato – anche l'azione di responsabilità.

Così, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile è stata configurata come personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave; è stata sancita l'insindacabilità delle scelte discrezionali, l'intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione risarcitoria salvo i casi di illecito arricchimento, la parziarietà – salvo specifiche eccezioni – dell'obbligazione derivante da illecito contabile.

È stata altresì unificata la prescrizione dell'illecito contabile in cinque anni decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso o dalla sua scoperta, in caso di suo occultamento doloso.

È stata poi codificata la responsabilità per omissione o ritardo nella denuncia nei casi di prescrizione dell'azione di risarcimento.

Infine, viene espressamente prevista la responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per danni causati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza.

Per i giudizi di conto sono state emanate disposizioni deflattive finalizzate ad estinguere i molti conti pendenti nei casi in cui – entro cinque anni dal deposito del conto – non sia stata depositata presso la segreteria della sezione la relazione del magistrato assegnatario o non siano state elevate contestazioni a carico del tesoriere o del contabile da parte dell'amministrazione, degli organi di controllo o del procuratore regionale.

6. *Dalla contabilità di Stato alla contabilità pubblica.* – Come già osservato, nell'ordinamento positivo non vi sono norme che definiscono puntualmente l'oggetto della contabilità pubblica: la dottrina ne ha evidenziato alcune interconnessioni con il diritto pubblico dell'economia²⁰, poiché entrambe le discipline hanno oggetti parzialmente coincidenti e di natura sostanzialmente eterogenea e comunque caratterizzati da molteplici punti di contatto.

A partire dagli anni ottanta dello scorso secolo, il diritto finanziario e i connessi profili contabili hanno assunto progressivamente una dimensione ben superiore a quella tradizionalmente presa a riferimento, costituita dal bilancio dello Stato. Lo sviluppo policentrico della nostra amministrazione ed il conseguente decentramento della spesa nonché il numero crescente di soggetti pubblici gestori della stessa hanno inevitabilmente condotto a ritenere rilevante, piuttosto che il bilancio dello Stato, il cosiddetto conto consolidato delle amministrazioni pubbliche.

Si tratta di una nuova dimensione della finanza pubblica in cui al conto economico dello Stato devono essere sommati quelli delle altre amministrazioni centrali, quelli degli enti territoriali e quelli degli enti di previdenza.

L'evoluzione del Trattato CE ha posto al centro delle politiche degli Stati membri l'esigenza di controllare e monitorare il complesso dei conti pubblici al fine di prevenire effetti nocivi sull'andamento delle rispettive economie.

Si è venuto così a sviluppare il concetto di finanza pubblica allargata, intesa appunto come grandezza complessiva dei conti pubblici quali precedentemente richiamati.

²⁰ Cfr. per tutti E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia*, Roma 1996.

Alla luce di questa mutazione, la contabilità pubblica viene ad abbracciare tutte le attività rientranti nel settore della finanza pubblica allargata, cioè dell'insieme dei soggetti che prelevano ed erogano pubbliche risorse. L'ampia ed eterogenea dimensione di riferimento conferisce alla materia una portata dinamica ed elastica, tendenzialmente espansiva.

In un periodo di grave congiuntura come l'attuale, gli obiettivi di assicurare la stabilizzazione del sistema economico ed un adeguato sviluppo del reddito nazionale con disposizioni finanziarie che incidono sugli investimenti e sulla propensione marginale al consumo finiscono per attribuire alla contabilità pubblica contenuti che travalicano i tradizionali ambiti di gestione del patrimonio e delle risorse finanziarie. Questo fenomeno espansivo riguarda sia le regole che i controlli e le responsabilità conseguenti alla violazione delle disposizioni finalizzate alla sana gestione finanziaria ed all'equilibrio dei bilanci pubblici, intesi sotto il profilo individuale e, contemporaneamente, sotto il complessivo aggregato degli stessi.

Detto fenomeno riguarda anche l'invasione di diversi ambiti giuridici, poiché per alcune tematiche (responsabilità, controlli, contratti) le disposizioni di volta in volta emanate risultano a cavallo tra diritto costituzionale, amministrativo, civile e finanziario, senza contare che i relativi contenuti presuppongono la conoscenza di tecniche economiche e contabili in grado di influenzare le valutazioni giuridiche che afferiscono ai diversi profili gestionali coinvolti.

La mobilità e la flessibilità della legislazione intervenuta in questa complessa materia caratterizzano il sistema delle fonti normative, i profili soggettivi della contabilità pubblica, i profili tecnici dei bilanci, la specifica disciplina di settori della spesa pubblica, i rapporti con le banche e con i tesorieri, i rapporti con la contabilità economica ed in particolare con quella che caratterizza le società partecipate pubbliche²¹, il diritto dei beni pubblici demaniali e patrimoniali, i contratti delle amministrazioni pubbliche, quelli bancari nonché gli ambiti delle giurisdizioni che intercettano direttamente o marginalmente detti fenomeni.

In questo nuovo contesto "integrato" anche enti che avevano goduto di una particolare autonomia rispetto allo Stato, come le Regioni a statuto speciale²², sono stati chiamati a concorrere al conseguimento degli obiettivi complessivi di finanza pubblica, gran parte dei quali è elaborata a livello europeo.

Una tappa fondamentale, nell'ambito del processo di integrazione comunitaria, è stata la risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997 relativa al

²¹ Cfr. sul punto la sentenza n. 46 del 2013 della Corte costituzionale in tema di assoggettamento delle società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale di cui all'art. 18, comma 2-*bis*, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria), convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

²² Cfr. sul punto la sentenza n. 60 del 2013 della Corte costituzionale.

«patto di stabilità e crescita». Da quest'ultimo ha preso le mosse la normativa nazionale sul «patto di stabilità interno», la quale ha subito nell'ultimo decennio notevoli variazioni in un processo sempre più rigoroso che ha coinvolto in particolare Regioni ed enti locali. Ciò al fine di realizzare gli obiettivi di finanza pubblica scaturenti, appunto, dai vincoli comunitari che hanno condotto all'emanazione di disposizioni legislative con cadenza serrata a partire dalla legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)». Dette disposizioni sono state qualificate dalla Corte costituzionale principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Con l'emanazione della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), il concetto di contabilità pubblica allargata si è ulteriormente consolidato, per effetto della nuova formulazione degli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. Quella dell'art. 81, se da un lato sembra riferirsi direttamente al bilancio dello Stato, dall'altro detta principi riferibili a tutte le amministrazioni del settore pubblico allargato, che vengono tenuti presenti nelle altre disposizioni costituzionali modificate dalla novella del 2012. In particolare, il nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. prevede l'esplicito obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Questo obbligo agisce come vincolo complessivo per le amministrazioni pubbliche nel loro insieme, ma anche come vincolo individuale per ciascuna amministrazione che partecipa alla galassia del consolidato pubblico. Esso viene specificamente ribadito al nuovo art. 119, primo comma, Cost. laddove gli enti territoriali, ancorché titolari dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa, sono riconosciuti destinatari dell'obbligo di concorrere, ciascuno per la propria parte, all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. Analogamente, il nuovo sesto comma dell'art. 119 Cost. prescrive il concorso di detti enti al rispetto dei vincoli in tema di indebitamento, stabilendo, tra l'altro, che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio del bilancio e che sia esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti contratti dagli stessi enti territoriali.

Correlato a tale profilo è il passaggio della materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici dal terzo al secondo comma dell'art. 117 Cost. Infatti, proprio il consolidamento dei conti pubblici e l'obbligazione, inscindibile tra le amministrazioni pubbliche interessate, di rispettare i vincoli comunitari e quello nazionale in tema di equilibrio complessivo dei bilanci pubblici e di sostenibilità del debito, impongono di adottare linguaggi contabili assolutamente integrati così da fare in modo che l'armonizzazione costituisca comun denominatore delle operazioni di calcolo e di riscontro del rispetto di detti parametri.

7. *La Corte dei conti nel nuovo scenario della finanza pubblica allargata*²³. – La magmatica espansione normativa inerente alla contabilità pubblica non poteva non riverberarsi sul tradizionale custode di essa, storicamente rappresentato dalla Corte dei conti.

Il coinvolgimento normativo della Corte dei conti, oltre ad essere continuo, mutevole ed eterogeneo, ha riguardato, in modo significativamente differenziato, sia la funzione di controllo che la giurisdizione.

Mentre alcune recenti disposizioni non fanno altro che codificare prassi funzionali già attuate con successo dalla Corte stessa, non sono mancate, e continuano ad essere emanate, disposizioni-manifesto adottate, soprattutto nel settore della giurisdizione, quale deterrente per comportamenti illegittimi. Tuttavia, proprio la loro concezione umorale e poco tecnica le condanna, non di rado, alla mancata o marginale applicazione.

Quel che più rileva ai nostri fini è che, mentre il controllo è stato caratterizzato dall'introduzione di una serie di nuove competenze talvolta ipertrofiche, poco coordinate e sovrapponibili, ma comunque facenti capo a tipologie di sindacato già sperimentate dalla Corte dei conti quali il controllo sulla gestione in senso stretto ed il controllo di legittimità e regolarità di carattere finanziario²⁴, la giurisdizione è stata chiamata in causa con norme specifiche, settoriali, di natura sanzionatoria, le quali non arricchiscono il profilo peculiare della giurisdizione contabile e non fanno sistema, allontanando la magistratura della Corte dei conti da quel riassetto razionale per materia che ha particolarmente valorizzato la giustizia amministrativa, attraverso l'*iter* culminato nell'emanazione del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, di «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»)²⁵.

Per questo motivo, come si vedrà meglio in seguito, mentre il controllo potrebbe essere soggetto ad una razionalizzazione e semplificazione anche attraverso sinergici atti interpretativi adottabili dalla stessa magistratura contabile, per la giurisdizione appare necessario un riassetto normativo sistematico in grado di aggiornare e concentrare intorno alla contabilità pubblica procedi-

²³ Sull'impatto dell'evoluzione istituzionale e normativa verso la pratica concreta dei controlli cfr. S. POZZOLI, *Il sistema dei controlli, problemi e prospettive*, in atti del convegno di Firenze, 26 ottobre 2011, *Il ruolo della Corte dei conti nella riforma degli enti locali per l'attuazione del federalismo*, Milano 2013.

²⁴ Sulla differenza tra controllo sulla gestione in senso stretto e controllo di legittimità-regolarità su attività cfr. la sentenza n. 60 del 2013 della Corte costituzionale.

²⁵ Già nel 1997 F. STADERINI, *Introduzione al convegno nazionale di studi sulla giurisdizione contabile*, tenutosi a Siena il 13-14 giugno 1997, in *Rivista Corte dei conti*, n. 5 del 1997, osservava che con «questo modo caotico e confuso di legiferare con interventi spesso contraddittori che introducevano, modificavano, confermavano o sopprimevano norme e principi (il legislatore) ha creato problemi non lievi di analisi ermeneutica, tanto più che alcune innovazioni sono di tale portata da incidere sulla stessa configurazione giuridica della responsabilità amministrativa».

menti giurisdizionali riconducibili agli archetipi del giudizio di responsabilità, del giudizio di conto, dei giudizi ad istanza di parte, attraendo anche le procedure di dissesto finanziario degli enti locali. Solo il giudizio pensionistico sembra, al momento, sufficientemente strutturato per rispondere alle esigenze giuridiche dei tempi.

7.1. *Con riguardo al controllo.* – Già la legge n. 20 del 1994 aveva esteso il controllo della Corte dei conti a tutte le amministrazioni pubbliche, comprese le Regioni e gli enti locali, superando in tal modo la dimensione un tempo “statale” della finanza pubblica riflessa dall’art. 100 Cost. e riconoscendo alla Corte dei conti, «nell’ambito del disegno tracciato dagli artt. 97, primo comma, 28, 81 e 119 (nel testo originario) Cost., il ruolo di organo posto al servizio dello “Stato-comunità”, quale garante imparziale dell’equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell’efficacia, dell’efficienza e dell’economicità (sentenze n. 29 del 1995 e n. 470 del 1997)»²⁶.

La scelta legislativa contenuta nella legge n. 20 del 1994 ha assunto peraltro maggior rilievo proprio a seguito dei richiamati vincoli derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea, tra cui, in particolare, l’obbligo imposto agli Stati membri di rispettare un determinato equilibrio complessivo del bilancio nazionale. In tale contesto è stato attribuito dall’art. 7 della legge n. 131 del 2003 (cosiddetta La Loggia) alla Corte dei conti, «ai fini del coordinamento della finanza pubblica, il compito di verificare “il rispetto degli equilibri di bilancio da parte di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea”. Una previsione, quest’ultima, che va letta anche nella prospettiva di quanto stabilito dall’art. 248 del Trattato CE, in ordine al controllo negli Stati membri della Corte dei conti europea, da effettuarsi “in collaborazione con le istituzioni nazionali di controllo”»²⁷.

In tale ampio ma unitario contesto, essenzialmente volto a salvaguardare l’equilibrio complessivo della finanza pubblica, la riforma introdotta dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda

²⁶ Cfr. sentenza n. 267 del 2006 della Corte costituzionale. Va segnalata la forte influenza culturale esercitata in quel periodo dal Presidente della Corte dei conti *pro-tempore* F. STADERINI, il quale nelle audizioni parlamentari sostenute per l’attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione utilizzò l’argomento della vigilanza sui vincoli comunitari in materia di bilancio e sull’attuazione del federalismo solidale per sostenere l’opportunità di una *interpositio legislatoris* a favore della Corte dei conti (effettivamente poi avvenuta con la legge n. 131 del 2003), per determinarne il ruolo di garante imparziale della finanza pubblica allargata nella dialettica tra lo Stato e gli enti territoriali. Cfr. sul tema gli atti parlamentari sull’attuazione del Titolo V ed in particolare l’audizione sostenuta dal Presidente Staderini davanti alla I Commissione permanente del Senato della Repubblica, nella seduta del 31 ottobre 2001.

²⁷ Ancora sentenza n. 267 del 2006 della Corte costituzionale.

della Costituzione), e la successiva legge di attuazione n. 131 del 2003 hanno inserito il controllo delle sezioni regionali della Corte dei conti, le quali hanno il compito di verificare il perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma, secondo la rispettiva competenza, nonché la sana gestione finanziaria degli enti locali ed il funzionamento dei controlli interni. Con riferimento a quest'ultima funzione, la Corte costituzionale ne ha ribadito i caratteri tradizionali di terzietà e di indipendenza inquadrandola, tra l'altro, nella materia del coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.

L'art. 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003 ha attribuito inoltre alla Corte dei conti una funzione consultiva nei confronti degli enti territoriali, prevedendo che le Regioni e gli enti locali possano chiedere alle sezioni regionali di controllo pareri in materia di contabilità pubblica e altre forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Fondamentale, nel processo di estensione del controllo della Corte dei conti agli enti territoriali è stata la legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2006)», il cui art. 1, commi 166 e segg., ha previsto che, «ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica», gli organi degli enti locali e delle aziende sanitarie di revisione economico-finanziaria trasmettono alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo, e che le sezioni regionali accertino, anche sulla base di dette relazioni, il conseguimento, da parte degli enti locali, degli equilibri di bilancio fissati a livello nazionale. Laddove vengano accertati «comportamenti difforni dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto [di stabilità interno]», le sezioni regionali della Corte dei conti segnalano dette irregolarità agli organi rappresentativi dell'ente, perché adottino idonee misure correttive.

Tale tipo di sindacato è stato esteso anche alle Regioni dall'art. 14, comma 1, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. Chiamata a pronunciarsi su tali innovative metodologie di controllo, la Corte costituzionale ha affermato che esse sono ascrivibili alla categoria del riesame di legalità e regolarità e concorrono alla formazione di una visione unitaria della finanza pubblica, ai fini della tutela dell'equilibrio finanziario e dell'osservanza del patto di stabilità interno²⁸.

Più di recente l'art. 148-*bis* del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), introdotto dall'art. 3,

²⁸ Cfr. sentenze n. 198 del 2012 e n. 179 del 2007.

comma 1, lettera *e*), del d.l. n. 174 del 2012²⁹, ha reso più incisivo questo controllo sugli enti locali, prevedendo anche la possibilità di interdire preventivamente spese inserite nel bilancio di previsione e non coperte correttamente.

Detta definizione riporta la nuova tipologia del controllo alla categoria dei controlli di legittimità ai quali appartiene – come già precisato – il controllo preventivo sugli atti ancora intestato alla Corte dei conti dall'art. 3, comma 1, della legge n. 20 del 1994.

Mette conto sottolineare come la Consulta rinvenga le ragioni della scelta del legislatore di rimettere alla Corte dei conti tale nuova funzione «con la specializzazione della stessa Corte nella materia della contabilità pubblica»³⁰.

Ancor più di recente la Corte costituzionale è tornata sull'argomento³¹, affermando che il controllo sui bilanci degli enti locali sembra piuttosto ascrivibile alla categoria giuridica dei controlli di legittimità con cadenza preventiva o concomitante (nel caso di specie finalizzati ad evitare danni irreparabili agli equilibri di bilancio), piuttosto che al cosiddetto controllo sulla gestione amministrativa, almeno sotto il profilo dicotomico del giudizio (violazione o non violazione del patto di stabilità, regolarità o irregolarità del conto) e dei possibili esiti parzialmente inibitori delle partite di spesa prive di copertura.

Tra le novità rilevanti contenute nel d.l. n. 174 del 2012 sono da richiamare quelle contenute nell'art. 1, comma 5, il quale prevede la parificazione del rendiconto della Regione, da parte della sezione regionale di controllo della Corte dei conti, ai sensi degli artt. 39, 40 e 41 del r.d. n. 1214 del 1934.

La disposizione in esame presenta carattere di novità per le Regioni a statuto ordinario, mentre nelle Regioni a statuto speciale l'istituto della parifica era già presente in forza delle rispettive norme statutarie³².

Dalle richiamate disposizioni relative alle Regioni a statuto speciale, nonché dal raffronto con le norme disciplinanti la parificazione del rendiconto generale

²⁹ Sull'ampio ventaglio delle novità introdotte dal d.l. n. 174 del 2012 cfr. D. MORGANTE, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*, in *Federalismi* n. 1/2013.

³⁰ Cfr. sentenza n. 198 del 2012.

³¹ Cfr. sentenza n. 60 del 2013.

³² Per la Regione siciliana, l'art. 2, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655 (Istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana), modificato dal decreto legislativo 18 giugno 1999, n. 200 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione siciliana recanti integrazioni e modifiche al decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 655, in materia di istituzione di una sezione giurisdizionale regionale d'appello della Corte dei conti e di controllo sugli atti regionali), e l'art. 6, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 655 del 1948; per la Regione Sardegna, l'art. 10 del d.P.R. n. 21 del 1978 e l'art. 4, secondo comma, della legge n. 658 del 1984; per la Regione Friuli-Venezia Giulia, l'art. 33 del d.P.R. n. 902 del 1975, sostituito dall'art. 3 del d.lgs. n. 125 del 2003; per la Regione Trentino-Alto Adige, l'art. 10, comma 1, del d.P.R. n. 305 del 1988, sostituito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 166 del 2011. Con riguardo alla Regione Valle d'Aosta, nella quale la sezione regionale di controllo è stata costituita di recente, l'ordinamento regionale dovrà essere adeguato al principio della parifica ai sensi dell'art. 1, comma 11, del d.l. n. 174 del 2012.

dello Stato, emerge che la pronuncia della Corte dei conti interviene prima dell'approvazione, da parte dell'organo legislativo, della legge sul rendiconto (artt. 38 e 43 del r.d. n. 1214 del 1934; art. 149 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, recante «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato»; art. 38 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, «Legge di contabilità e finanza pubblica»³³).

7.2. *Con riguardo alla giurisdizione.* – La giurisdizione non è stata caratterizzata dalla tendenza normativa espansiva del controllo sulle tematiche inerenti alla contabilità pubblica. È vero che la Costituzione lascia, come già sottolineato, la possibilità di un analogo processo, la cui specificazione è stata tuttavia rimessa – secondo i principi dettati dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione – alla cosiddetta *interpositio legislatoris*.

Il richiamo della responsabilità contabile è avvenuto spesso – da parte del legislatore – con finalità preventivamente repressive di incombenti pericoli di cattiva gestione finanziaria, che esso intende combattere attraverso formule sbrigative e minacciose³⁴. Fenomeno opposto, ma convergente nell'effetto di precludere una sistemazione ordinamentale della giurisdizione contabile, è costituito dalla ritrosia del potere politico e del mondo commerciale a riconoscere all'azione contabile un principio di sequela nei confronti della risorsa pubblica malversata. Si pensi alla diversa intensità dei poteri attribuiti alla Corte dei conti in sede di controllo nei confronti delle società partecipate e dei prodotti derivati rispetto alla giurisdizione, che è vissuta piuttosto di iniziative pretorie dei pubblici ministeri e dei giudici contabili, non di rado smentite in sede nomofilattica dalla Cassazione.

Spesso è stata invocata, in questo percorso di cautela, la peculiarità della giurisdizione contabile italiana nel contesto dei paesi europei occidentali, i quali solo eccezionalmente contemplan istituzioni di controllo, dotate di poteri giu-

³³ In tal senso Corte dei conti – sezione delle autonomie, delibera n. 9/SEZAUT/2013/INPR.

³⁴ Cfr. per tutte la formulazione dell'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 (Meccanismi sanzionatori e premiali relativi a regioni, province e comuni, a norma degli articoli 2, 17 e 26 della legge 5 maggio 2009, n. 42): «Il grave dissesto finanziario [degli enti territoriali] costituisce grave violazione di legge e in tal caso con decreto del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 126, comma primo, della Costituzione, sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale nonché la rimozione del Presidente della Giunta regionale per responsabilità politica nel proprio mandato di amministrazione della regione, ove sia accertata dalla Corte dei conti la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1 e la loro riconduzione alla diretta responsabilità, con dolo o colpa grave del Presidente della Giunta», laddove si può verificare come la locuzione adottata dal legislatore in modo atecnico e ambiguo sembra ignorare i tempi e le problematiche di connessione tra la procedura del dissesto e l'azione di responsabilità contabile, la quale deve essere comunque esercitata con le garanzie e nei modi previsti dall'art. 1 della legge n. 20 del 1994 e dalle altre disposizioni di carattere generale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 219 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità della disposizione in riferimento all'art. 126 Cost. – per violazione del procedimento sanzionatorio ivi previsto – e per contrasto con il principio di ragionevolezza.

risdizionali come la Corte dei conti italiana. Anche questo argomento, in realtà, appare specioso se si considera – ad esempio – che in tema di malversazione di fondi comunitari l'importanza di una giurisdizione “dedicata” di contrasto è stata più volte riconosciuta anche in sede europea.

Malgrado ciò, l'attribuzione in via generale del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti della generalità dei funzionari pubblici si è dimostrata, indipendentemente dalla settorialità di alcune disposizioni introdotte in modo poco sistematico, strumento essenziale e indispensabile a garanzia della legalità della gestione finanziaria dei fondi pubblici.

La sua intrinseca incisività e la possibilità di coinvolgere direttamente le responsabilità individuali le hanno permesso di inserirsi, con positivi effetti, non solo di carattere patrimoniale ma anche di deterrenza, nelle complesse fattispecie di illecito che la finanza moderna spesso alimenta indirettamente, attraverso contratti e prassi innovative, non di rado piegate a scopi di malversazione delle risorse pubbliche.

Peraltro, negli ultimi anni le innovazioni legislative sono state sovente caratterizzate dalla creazione di ipotesi tipiche di illecito, le quali appaiono piuttosto assimilabili alla responsabilità sanzionatoria che a quella patrimoniale. Così, ad esempio, frequentemente le leggi finanziarie e di stabilità hanno posto limiti quantitativi alle spese e specifiche condizioni per il conferimento, a soggetti esterni alle amministrazioni pubbliche, di incarichi di studio, consulenze, contratti di collaborazione coordinata e continuativa e contratti a tempo determinato; sovente la violazione di detti limiti viene contestualmente configurata dalla legge come fattispecie di responsabilità amministrativa. Tra le prime fattispecie, cui ha fatto seguito un proliferare di ipotesi simili, mette conto ricordare l'art. 23, comma 4, della legge n. 289 del 2002, il quale stabilisce che è causa di responsabilità amministrativa la stipulazione, da parte di amministrazioni aggiudicatrici, di contratti relativi a forniture o appalti di servizi in violazione delle procedure di gara aperte o ristrette, ovvero dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro intercorse con la Consip s.p.a.

Analogamente, l'art. 1, commi 11 e 42, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 – recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)» – stabilisce che un affidamento di incarichi di studio, ricerca o consulenza a soggetti esterni, da parte di enti pubblici, compresi gli enti locali e le Regioni, in materie e per oggetti rientranti nella competenza funzionale della struttura burocratica dell'ente conferente, in assenza dei presupposti di legge, costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

L'art. 1, commi 9 e 187, della stessa legge delinea omologhe tipologie di responsabilità per incarichi di studio e per consulenze conferiti a soggetti esterni e per i contratti di collaborazione coordinata e continuativa ed a tempo determinato.

Con riguardo a dette fattispecie, che appaiono costruite nella eziologica configurazione del danno in modo quasi automatico, la giurisprudenza contabile ha sempre riaffermato il principio di civiltà giuridica, secondo cui la violazione delle previsioni normative non è idonea a concretizzare, *ex se*, una responsabilità amministrativa. In sostanza, disposizioni così formulate devono essere intese come specificazione di particolari settori sensibili, nei quali il rischio di illeciti viene valutato superiore alla norma. Peraltro, la loro apodittica formulazione non può derogare al principio generale, già contenuto nel sistema, secondo cui i soggetti legati da un rapporto di servizio alle amministrazioni pubbliche rispondono innanzi alla Corte dei conti dei danni, oggettivamente dimostrati, causati a queste ultime con dolo o colpa grave³⁵.

Pur in assenza di espliciti richiami normativi, l'evoluzione dell'organizzazione amministrativa ed il proliferare dei fenomeni di esternalizzazione, soprattutto nella gestione dei servizi pubblici, non hanno intaccato le potenzialità dell'antico strumento del giudizio di conto. Così è accaduto che il giudizio di resa di conto e quello di conto siano stati utilizzati per verificare il corretto uso del danaro pubblico da parte di società per azioni gerenti servizi pubblici. Ciò per quanto riguarda le ipotesi di riscossione e maneggio di tariffe e fondi direttamente incassati dagli utenti dei servizi in ordine ai quali il coinvolgimento del giudizio di conto è avvenuto sulla base della qualifica di agente contabile delle società stesse. Secondo le sezioni unite della Cassazione «tale nozione allargata di agente contabile, la quale ricomprende anche i soggetti che abbiano di fatto maneggio di danaro pubblico è in perfetta armonia con l'art. 103 della Costituzione, la cui forza espansiva deve considerarsi vero e proprio principio regolatore della materia»³⁶.

L'apertura di credito del giudice nomofilattico e la forte esigenza di tutelare dagli sprechi la gestione del patrimonio pubblico hanno suscitato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sulle modalità di sottoposizione al giudizio di conto della gestione delle azioni e delle partecipazioni di pertinenza pubblica.

Tuttavia, mentre per il semplice maneggio di danaro la Corte di cassazione sembra non avere dubbi sull'assoggettabilità delle società pubbliche al giudizio di conto, altrettanto non può dirsi per la gestione delle partecipazioni azionarie. Con l'ordinanza n. 7390 del 2011 essa ha infatti dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del Presidente della giunta regionale della Calabria come agente contabile tenuto alla presentazione del conto giudiziale della gestione dei titoli rappresentativi di partecipazioni azionarie.

³⁵ Ciò conformemente al risalente ma sempre valido orientamento della Corte costituzionale espresso nella sentenza n. 72 del 1983, che ha affermato l'illegittimità costituzionale delle cosiddette responsabilità formali.

³⁶ Cfr. sentenza n. 12367 del 2001 della Corte di cassazione – sezioni unite in materia di giudizio di conto da parte di agente contabile di società per azioni, a prevalente capitale pubblico locale, costituita per la gestione di beni pubblici locali produttivi di entrate (gestione di parcheggi pubblici).

Nell'ottica della finanza pubblica allargata non può sottacersi il ruolo mantenuto dai cosiddetti giudizi ad istanza di parte. Essi sono impugnazioni di provvedimenti amministrativi e riguardano in particolare le ritenute operate ai contabili e il rimborso di quote inesigibili in conseguenza dell'infruttuosa esecuzione fiscale nei confronti dei debitori. A differenza di ciò che riguarda il giudizio di conto, finalizzato alla tutela dell'erario, essi sono posti soprattutto nell'interesse degli agenti che contestano una pretesa dell'amministrazione o invocano il riconoscimento di un diritto di credito. Accanto a questi procedimenti tipizzati negli artt. 52 e segg. nel regolamento di procedura, ve ne sono altri "innominati", definiti solo in via generale dall'art. 58 dello stesso regolamento, il quale recita: «Gli altri giudizi ad iniziativa di parte, di competenza della Corte dei conti, nei quali siano interessati anche persone od enti diversi dallo Stato, sono istituiti mediante ricorso da notificarsi nelle forme della citazione. Il decreto di fissazione d'udienza, emesso su istanza della parte più diligente, deve, a cura di questa, essere notificato a tutte le altre parti in causa. Quando lo Stato non abbia interesse in tali giudizi, il Procuratore generale conclude solamente all'udienza; in caso diverso, formula le sue conclusioni e le deposita in segreteria nei trenta giorni antecedenti all'udienza fissata». È stato sostenuto in dottrina³⁷ che la norma avrebbe grande potenzialità espansiva nelle materie di contabilità pubblica, potendosi da essa ricavare un indice del carattere della Corte dei conti quale giudice naturale nella materia di contabilità pubblica. Al di là delle interessanti applicazioni recenti – anche di natura pretoria – della norma, la sua configurazione di un processo di parti sembra suscettibile di rivisitazione e ampliamento soprattutto in relazione alla tutela di situazioni soggettive connesse alle relazioni finanziarie tra lo Stato e gli enti territoriali moltiplicate dal caleidoscopico sviluppo delle questioni contabili inerenti alla cosiddetta finanza pubblica allargata³⁸.

Per quel che riguarda la pensionistica, infine, mentre sono ormai esaurite in quasi tutte le Regioni italiane le cause in materia di pensioni di guerra, retaggio di un periodo poco felice nel quale le continue riaperture dei termini per le domande di indennizzo hanno creato situazioni di ritardo, di disagio e anche di ingiustizia nei confronti dei soggetti lesi da eventi bellici, è da sottolineare lo sviluppo, sia in termini numerici che qualitativi³⁹, dei giudizi pensionistici ordinari.

Il decentramento della giurisdizione è stato fondamentale per diminuire

³⁷ Cfr. da ultimo G. GRASSO, *I giudizi a istanza di parte della corte dei conti*, in *www.altalex.com/24 maggio 2011*.

³⁸ Cfr. più avanti le questioni *de iure condendo* inerenti al dissesto finanziario degli enti territoriali ed alle relazioni finanziarie tra Stato, Regioni ed enti locali.

³⁹ Sotto il profilo della qualità delle pronunce, tuttavia, la sostituzione del vecchio giudizio collegiale con quello monocratico riduce inevitabilmente la continuità e la corretta formazione degli orientamenti giurisprudenziali.

l'arretrato e per concentrare l'attenzione delle sezioni regionali su fattispecie contenziose sempre più nuove e complesse, originare dallo sviluppo in senso restrittivo della materia pensionistica. Detto fenomeno ha preso l'avvio dalla metà degli anni '90 ed è culminato nelle più recenti disposizioni assai articolate e talvolta oscure in ordine alle modalità, ai tempi ed alla quantificazione dei trattamenti pensionistici.

Nel giudizio pensionistico non si presentano le problematiche organizzative e di sistema, afferenti alle altre funzioni giurisdizionali, mentre, sia in termini di smaltimento degli arretrati sia in termini di preparazione professionale, emerge l'utilità di una magistratura "storicamente" specializzata nella materia.

8. *Tendenze evolutive e prospettive di riforma*⁴⁰

Quali prospettive per la Corte dei conti del futuro? La prima esigenza sembra essere quella di una razionalizzazione delle sue funzioni attraverso una puntuale codificazione, come già avvenuto nel corso della sua storia e come avvenuto, di recente, per la consorella magistratura amministrativa, con l'emanazione del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010).

I tempi e i caratteri della legislazione contemporanea sono però sotto gli occhi di tutti: negli ultimi anni riforme di grande importanza sono state introdotte con decreti-legge *omnibus*, in modo sovente disorganico.

Pur prendendo atto che questo fenomeno deriva dalla "filosofia delle cose" e, in quanto tale, diventa inevitabile, appare difficilmente controvertibile che il controllo e la giurisdizione contabile abbiano bisogno di alcuni interventi normativi, al fine di ricalibrare ed equilibrare le due fondamentali funzioni.

La chiave per una simile operazione può essere quella dell'attribuzione di una generale competenza per materia, che – nel caso di specie – non potrebbe non identificarsi nella contabilità pubblica.

Peraltro, sia pure in modo sostanzialmente disorganico, l'ordinamento si muove e dagli assestamenti più recenti prodotti dalla legislazione e dalla giurisprudenza si possono cogliere linee di tendenza comunque significative.

8.1. La concentrazione del controllo verso il parametro della legalità finanziaria e contabile. – Con riguardo al primo profilo inerente all'analisi tendenziale della legislazione più recente non può negarsi che i vari interventi normativi, i quali hanno caratterizzato la finanza pubblica dal momento in cui è emersa la

⁴⁰ Sul tema è da segnalare l'importante contributo di N. MASTROPASQUA, *Giurisdizione e controlli sugli enti locali alla luce del vigente quadro normativo – il ruolo della Corte dei conti*, in atti del convegno di Firenze, 26 ottobre 2011, *Il ruolo della Corte dei conti nella riforma degli enti locali per l'attuazione del federalismo*, Milano, 2013.

gravità della crisi economica globale che ha colpito in particolare il nostro Paese, tendano a concentrare il sindacato della Corte dei conti verso il parametro della legalità finanziaria e contabile piuttosto che sulle valutazioni della cosiddetta *performance* in termini di efficacia, efficienza ed economicità.

Non si mette evidentemente in discussione in questa sede l'ultravigenza dell'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, il quale attribuisce contestualmente alla Corte dei conti il controllo di legittimità e di regolarità e il controllo in termini di efficacia, efficienza ed economicità sull'attività amministrativa e sulla gestione contabile. Dette tipologie di sindacato sull'attività amministrativa sono svolte dalla Corte dei conti, in modo integrato o separatamente nei diversi e variegati ambiti delle sue competenze di controllo; il fenomeno che si vuole sottolineare è la tendenza del legislatore ad affidare alla Corte stessa nuove funzioni concentrate sulle verifiche di legalità sostanziale, in un momento in cui la salvaguardia dei conti e delle risorse collettive appare prioritaria.

Le verifiche in termini di efficacia, efficienza ed economicità, certamente utili, non sono generalmente tipiche, o comunque di esclusiva competenza, di una istituzione di controllo⁴¹. Sul finire del secolo scorso il legislatore mostrava grande fiducia in questo controllo che riguarda essenzialmente la *performance* amministrativa e che necessita, per conseguire effettività, di una grande capacità di *moral suasion*. Nel caso del controllo esterno l'aspettativa consisteva nella sua capacità di esercitare vigilanza e funzioni di garanzia senza poteri cogenti, bensì orientando i comportamenti dei soggetti vigilati attraverso meri richiami alla sana amministrazione ed al buon andamento, effettuati da un controllore munito solo dell'autorevolezza derivante dal proprio *status* di soggetto neutrale *super partes*.

⁴¹ Mutuato dal mondo delle grandi imprese, il controllo di gestione fu esteso anche alle pubbliche amministrazioni a partire dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) – art. 20, sostituito con il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 (Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59) – dove, secondo la filosofia del *new public management*, avrebbe dovuto sostituire i tradizionali controlli formali di legalità. Scopo del controllo di gestione non è quello di sanzionare i comportamenti difformi dalle regole quanto, piuttosto, quello di aiutare il *management* nel raggiungimento degli obiettivi aziendali attraverso l'autocorrezione delle gestioni in corso. Esso è strettamente connesso al sistema di pianificazione aziendale, tanto che di solito, sia in ambito teorico che nella pratica, si parla di “sistema di pianificazione e controllo”. Dal punto di vista organizzativo, il sistema di controllo di gestione è normalmente progettato e gestito da un organo posto in *staff* al vertice aziendale e per questo è difficilmente compatibile con un organo esterno all'amministrazione quale la Corte dei conti. Il fatto che nella pratica corrente del suo esercizio quello della Corte dei conti sia stato ribattezzato come “controllo sulla gestione” per distinguerlo da quello di natura interna testé descritto non sposta i termini del problema, poiché questa attività è naturalmente servente alla direzione ed all'assunzione di responsabilità e decisioni, prerogative incompatibili con la magistratura di controllo. Per questo motivo, come si vedrà in prosieguo, la scommessa del controllo sulla gestione “puro” della Corte dei conti si fonda sulla *moral suasion*.

Il graduale peggioramento dello stato della finanza pubblica ha orientato le nuove norme verso un carattere imperativo e una valenza giuridica diretta, invertendo la vecchia tendenza basata essenzialmente su un potenziale impatto delle pronunce della Corte dei conti giocato soprattutto sul piano della scienza d'amministrazione e dei paradigmi etici, ma privo di effetti giuridici immediati (qual è appunto il caso della *moral suasion* consistente nella mera produzione di referti alle assemblee parlamentari).

Sotto questo profilo, è fuor di dubbio l'influenza derivata dall'esigenza di assicurare in modo indefettibile il rispetto delle regole di convergenza e di stabilità dei conti pubblici, regole provenienti sia dall'ordinamento comunitario che da quello nazionale. In particolare, il patto di stabilità interno a far data dall'esercizio 2002 è diventato cogente per tutte le amministrazioni pubbliche, fissando il principio del concorso delle stesse al rispetto degli obblighi comunitari della Repubblica ed alla conseguente realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica.

Non poteva esserci la *moral suasion* tra gli strumenti utilizzabili per garantire che il disavanzo di ciascun ente territoriale non superasse i limiti fissati dalle leggi finanziarie e di stabilità che si sono succedute a partire da quella data. Gli obiettivi finanziari in questione dovevano essere pertanto accertati attraverso il consolidamento delle risultanze dei conti pubblici in quella prospettiva che è stata definita di "finanza pubblica allargata".

In quest'ottica, i risultati finanziari di ciascun ente divengono la componente analitica di un aggregato complessivo preso come punto di riferimento per il rispetto degli obblighi comunitari e nazionali e proprio per questo motivo essi diventano singolarmente oggetto di verifiche che devono essere puntuali, uniformi e neutrali, al fine di garantire contemporaneamente la certezza e l'equità (nel senso della parità di trattamento degli enti sindacati) del controllo.

La particolare posizione costituzionale della Corte dei conti la rende naturale referente per rivestire quel ruolo di organo terzo al servizio dello "Stato-comunità" in grado di garantire il rispetto dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva.

Nell'ambito della riforma del Titolo V della Costituzione (legge costituzionale n. 3 del 2001), questo obiettivo è stato inquadrato nella funzione di coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, Cost.), alla cui tutela concorre in via prioritaria l'attività sul sindacato dei conti pubblici effettuato dalla Corte dei conti.

Queste esigenze emergenti hanno dato luogo ad una unidirezionale evoluzione della normativa verso il controllo finanziario e contabile: la funzione di controllo sugli equilibri di bilancio spettante alla Corte dei conti è stata espressamente estesa a tutti gli enti territoriali dall'art. 7, comma 7, della legge n. 131 del 2003, ai fini del coordinamento della finanza pubblica, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Successivamente, l'art. 1, commi da 166 a 172, della legge n. 266 del 2005 ha attribuito alla Corte dei conti un controllo diretto sui bilanci degli enti locali e di quelli del Servizio sanitario nazionale, anche attraverso il rapporto con i revisori dei conti, nei confronti dei quali vengono emanate apposite linee-guida (art. 1, comma 167, della legge n. 266 del 2005).

Le richiamate disposizioni hanno esteso a tutto il territorio nazionale i controlli sugli enti locali e sugli enti del Servizio sanitario nazionale onde garantire il rispetto del patto di stabilità interno e degli equilibri della finanza pubblica, configurando un sindacato generale ed obbligatorio sui bilanci preventivi e consuntivi di ciascun ente locale.

Infine, l'art. 148-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera *e*), del d.l. n. 174 del 2012, ha rafforzato ulteriormente i controlli attribuiti alle sezioni regionali della Corte dei conti sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi degli enti locali, ai fini della verifica degli equilibri di bilancio, in esito ai quali – in caso di mancato adeguamento dell'ente locale alle pronunce di accertamento di irregolarità contabili o di eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica – è preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria.

Di analoga natura è l'innovazione introdotta dall'art. 1, comma 5, del d.l. n. 174 del 2012, il quale ha esteso la parifica del rendiconto alle Regioni a statuto ordinario, uniformando così il sistema di controllo regionale, il quale in precedenza contemplava detto istituto soltanto nelle Regioni a statuto speciale attraverso i relativi statuti e le norme di attuazione.

È stata colmata in tal modo una lacuna che aveva fatto sorgere dubbi di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 9 della legge costituzionale n. 3 del 2001 per il più rigoroso regime di controllo riservato alle Regioni a statuto speciale.

Per quanto riguarda il controllo finanziario-contabile, notevole rilevanza assume anche quello sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali introdotto dall'articolo 1, comma 9 e seguenti, del d.l. n. 174 del 2012.

Questo processo evolutivo della legislazione trova una salda conferma interpretativa nella giurisprudenza costituzionale più recente, ed in particolare nelle sentenze n. 267 del 2006, n. 179 del 2006, n. 198 del 2012 e n. 60 del 2013⁴².

⁴² L'evoluzione interpretativa della giurisprudenza costituzionale è stata fortemente influenzata dall'emanazione dell'art. 1, commi 166 e segg., della legge n. 266 del 2005, che ha introdotto un sindacato generale ed obbligatorio sui bilanci preventivi e consuntivi degli enti locali e delle aziende sanitarie. Sono seguiti l'art. 14, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011, il quale ha esteso tale modulo di sindacato alle amministrazioni regionali, e il nuovo articolo 148-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000 (introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera *e* della legge n. 213 del 2012). Quest'ultimo ha previsto – nel caso di accertamento, da parte delle competenti sezioni regionali di controllo della Corte dei conti nell'ambito della funzione introdotta dall'art. 1, commi 166 e segg., della legge n. 266 del 2005, di squi-

Esse hanno chiarito che il controllo sui conti pubblici finalizzato a garantire gli equilibri di bilancio ed il rispetto dei vincoli comunitari è un controllo di legalità-regolarità complementare e non omologo al controllo sulla gestione.

Dunque, il controllo sui conti appare riconducibile piuttosto a quello di legittimità sugli atti che al controllo valutativo della cosiddetta *performance*, nel quale l'utilizzazione dei parametri dell'efficacia, efficienza ed economicità conduce inevitabilmente ad un sindacato di merito.

La legislazione più recente ha mostrato di privilegiare per la Corte dei conti l'ampliamento e la concentrazione della funzione sul controllo di legalità-regolarità⁴³, in tal modo riavvicinandolo alla giurisdizione, così come la stessa Corte costituzionale aveva rilevato, per il controllo preventivo sugli atti, nella fondamentale sentenza n. 226 del 1976.

I beni tutelati, attraverso questo progressivo ampliamento del sindacato di legittimità-regolarità, sono – come evidenziato dalla Corte costituzionale – il coordinamento della finanza pubblica, la tutela dell'equilibrio del bilancio ed il buon andamento dell'amministrazione, come sancito rispettivamente agli artt. 117, terzo comma, e 81, quarto comma (nel testo tuttora in vigore) e 97, primo comma (nel testo in vigore a far data dal 2014) Cost.

Dalle considerazioni espresse – e sulla base dell'evoluzione normativa – l'adeguamento organizzativo che la Corte dei conti predisporrà all'interno dell'esercizio della funzione di controllo terrà probabilmente conto delle priorità individuate dal legislatore nella tutela della sana gestione finanziaria, rafforzando il presidio territoriale e la specializzazione delle risorse umane sul controllo dei conti pubblici ed in particolare su quello degli enti territoriali.

Il controllo sulla gestione, inteso come misurazione della *performance* e proposta di miglioramento dell'azione amministrativa (meccanismo che ne determina la definizione di "collaborativo"), rimane certamente prerogativa della magistratura contabile per effetto dell'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, ma diventa probabilmente elemento complementare dell'includibile funzione di

libri economico finanziari, della mancata copertura di spese, della violazione di norme finalizzate a garantire la regolarità della gestione finanziaria o del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno – che gli enti interessati debbano adottare i provvedimenti idonei a rimuovere le irregolarità ed a ripristinare gli equilibri di bilancio. Ove i provvedimenti non siano adottati oppure non superino la verifica delle sezioni regionali di controllo, rimane preclusa l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria. Appare evidente come il detto modulo di sindacato sia irriducibile alle modalità della *moral suasion*, che connotano il cosiddetto controllo collaborativo.

⁴³ I nuovi moduli di sindacato della gestione contabile sembrano omologhi ed ascrivibili a quel carattere "paragiurisdizionale" messo in risalto dalla già richiamata sentenza n. 226 del 1976 della Corte costituzionale. Detto carattere deve essere probabilmente accompagnato da una migliore procedimentalizzazione di queste procedure di controllo, che dia ampio spazio al principio del contraddittorio. Ciò in modo da consentire agli enti controllati di svolgere preventivamente le proprie difese e collaborare ad un accertamento puntuale e sicuro delle reali condizioni dei loro conti rispetto alle previsioni normative.

controllo di legittimità-regolarità dei conti pubblici, in evidente continuità con le origini della nostra Istituzione e con le tipologie di attribuzioni che nel tempo le sono state affidate⁴⁴.

Indipendentemente, comunque, dal riassetto dei profili organizzativi all'interno della funzione del controllo, l'incremento qualitativo e quantitativo degli adempimenti connessi a tale funzione nella più recente legislazione comporta un'esigenza di riordino e semplificazione, concentrando detti adempimenti attorno alle priorità strategiche. In tal modo i controlli marginali ed episodici possono essere assorbiti da quelli di carattere generale.

8.2. *Necessità di un riequilibrio quantitativo e qualitativo della funzione di controllo e di quella giurisdizionale.* – Se per il controllo si pone un problema di semplificazione ed accorpamento di funzioni alluvionalmente sedimentatesi nell'ultimo decennio, per la giurisdizione si presentano problemi di carattere quasi antitetico. Come detto, la giurisdizione non è stata oggetto dell'incremento quali-quantitativo del controllo, avendo subito solo marginali, episodici e, sovente, asistemati interventi di tipizzazione di fattispecie di illecito.

In questo contesto un'esigenza di riequilibrio quantitativo e qualitativo tra le due funzioni diventa inevitabile per evitare che la giurisdizione sia confinata in ipotesi di nicchia, inadeguate all'importanza storica della magistratura cui è intestata e, soprattutto, in controtendenza rispetto all'emergenza di miriadi di fattispecie di illecito che il mondo della pubblica amministrazione ha purtroppo esibito in questo difficile momento per la finanza pubblica e che devono trovare un giudice specializzato nella loro valutazione.

Il riequilibrio potrà avvenire probabilmente attraverso il passaggio alla sede giurisdizionale di alcune delle fattispecie attribuite al controllo su fenomeni più vicini alle tematiche giudiziarie ed attraverso l'attribuzione di submaterie contabili in espansione quali, ad esempio, quella del contenzioso inerente alle relazioni finanziarie tra Stato ed enti territoriali.

⁴⁴ Rileva il Presidente della Corte dei conti L. GIAMPAOLINO che «L'efficienza, l'efficacia, l'economicità e, da oggi, l'equilibrio della spesa pubblica, sono, pertanto, parametri non solo economici ma normativi, di rango costituzionale se non addirittura europeo e, dunque, il loro rispetto configura l'altra faccia del medesimo principio di legalità che richiede, innanzi tutto da parte dei pubblici poteri, non solo il rispetto dei limiti della legge ma l'attenzione e lo scrupolo nella gestione delle pubbliche risorse». In atti del Convegno *I protagonisti del mercato e gli scenari per gli anni 2000 – sessione legalità*, 22 e 23 marzo 2013, "Villa d'Este" – Cernobbio (Como). Tuttavia, mentre è indubitabile che il rispetto dell'equilibrio del bilancio e dei vincoli comunitari siano parametri di legittimità in grado di qualificare in modo dicotomico l'attività amministrativo-contabile che vi è sottoposta, i principi di efficacia, efficienza ed economicità possono trovare nella legislazione una codificazione in grado di fornire lo stesso effetto (si pensi a determinate norme sulla contrattazione pubblica), ma anche risolversi in valutazioni di merito sull'attività amministrativa che vi è sottoposta, concretando – in tal caso – una valutazione di merito che rientra a pieno titolo nel concetto di controllo collaborativo non vincolante per le amministrazioni che vi sono sottoposte.

In questa prospettiva si inserisce l'opportunità, ventilata da più parti, di coinvolgere la giurisdizione contabile, in vece del controllo, nelle procedure di dissesto finanziario degli enti locali. Occorre a tal uopo ricordare che queste ultime, fin dall'istituzione prevista dal decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77 (Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali), hanno presentato delle criticità sia di carattere logico-giuridico che di natura applicativa in ragione della loro natura amministrativa anziché giurisdizionale. La gestione amministrativa affidata al Ministero dell'interno e ad organismi da questo controllati non ha dimostrato né l'autorevolezza né la capacità di ricondurre le situazioni pregiudicate ad una dimensione compatibile con la prosecuzione delle attività istituzionali degli enti locali coinvolti.

A differenza di ciò che accade nel mondo privato, dove lo stato di insolvenza porta all'avvio di un procedimento di carattere giurisdizionale, per gli enti territoriali si è ritenuto che la questione potesse essere gestita all'interno dell'amministrazione. Ciò ha provocato, da un lato, la lunghezza e la precarietà delle procedure inerenti agli enti in stato di dissesto e, dall'altro, l'oggettiva incertezza della separazione della massa fallimentare dell'ente dissestato dalle risorse impiegate per riportarne a fisiologia le attività e i servizi dopo la dichiarazione dello stato di dissesto.

Diversamente da ciò che avviene nel mondo commerciale, l'ente territoriale "fallito" non muore e non può morire, perché ciò significherebbe abbandonare la collettività locale a se stessa privandola di qualsiasi supporto di natura sociale. Detto esito, ancorché fisiologico nel mondo del commercio, costituirebbe, ove fosse consentito, un arretramento intollerabile per la conseguente cancellazione dei servizi pubblici e sociali, ben sotto i LEP garantiti dall'art. 117, secondo comma, Cost. Nel "fallimento" dell'ente locale la problematica più importante riguarda infatti non tanto la gestione dei "resti" del dissesto bensì l'accertamento e la valutazione del piano di risanamento e di riequilibrio al fine di assicurare la continuità dei servizi e, contemporaneamente, prevenire il ripetersi delle situazioni di *default*⁴⁵.

Le sezioni regionali giurisdizionali della Corte dei conti avrebbero ben altra autorevolezza e professionalità nel gestire e dare certezza (con la possibilità di calibrati gravami alle sezioni centrali d'appello) ai rapporti giuridici coinvolti dal dissesto ed ai presupposti economici e contabili, indispensabili per riavviare la

⁴⁵ Proprio le incertezze sorte in ordine alla quantificazione delle situazioni creditorie e alle modalità di riequilibrio dei conti strutturalmente dissestati hanno causato l'irrisolvibilità delle situazioni patologiche attraverso i rimedi amministrativi previsti dal testo unico degli enti locali. Questo fenomeno ha indotto l'ulteriore anomalia di amministratori incolpevoli, investiti del mandato in situazioni finanziarie già pregiudicate, i quali dissimulano lo stato di dissesto, fino a rimanerne coinvolti, per evitare che la lunga stasi dovuta all'inidoneità delle procedure amministrative del testo unico finisca per paralizzare definitivamente i servizi essenziali per le popolazioni locali proprio durante la loro consiliatura.

gestione dei servizi degli enti locali travolti dal crollo. Esse potrebbero essere coinvolte attraverso procedure di impulso e modalità di accertamento secondo i principi, opportunamente ridisegnati con riguardo alla specialità della materia, della procedura fallimentare, così da definire in modo puntuale presupposti, gestione ed effetti dell'espletamento di detta procedura.

In particolare, la gestione in sede giurisdizionale delle situazioni di dissesto conferirebbe forza ed effettività alle decisioni inerenti all'accertamento del passivo, alla composizione ed alla liquidazione dell'attivo, alla ristrutturazione di uffici e servizi nonché al riequilibrio del rapporto tra entrate e spese. Ciò separando – attraverso apposita istruttoria – le situazioni di credito destinate al finanziamento della massa fallimentare dalle risorse destinate ai nuovi servizi dopo la validazione di un idoneo progetto di ristrutturazione dei conti. La forza di pronunce giurisdizionali e la specializzazione del giudice potrebbero essere uno strumento particolarmente efficace per consentire il ritorno alla fisiologia di situazioni degradate ed assicurare la piena responsabilità politico-amministrativa, non solo in negativo, ma anche in positivo agli amministratori incolpevolmente subentrati allo stato di dissesto.

Ciò consentirebbe anche di evitare che siano le popolazioni locali a pagare in concreto condotte risalenti che hanno provocato lo stato di insolvenza ed i conseguenti pregiudizi caratterizzati da effetti temporali a caduta indefinita.

Un effetto di non poca importanza del trasferimento della gestione del dissesto dalla sede del controllo a quella della giurisdizione sarebbe quella di razionalizzare la tutela delle situazioni soggettive coinvolte dal dissesto, evitando che provvedimenti amministrativi, sovente basati sulle delibere delle sezioni regionali di controllo, vengano sottoposti alla giurisdizione del tribunale amministrativo regionale⁴⁶. Questo fenomeno presenta due inconvenienti: da un lato, finisce per ledere il principio dell'intangibilità dell'attività neutrale di controllo della Corte dei conti da parte della giurisdizione, sempre sancito dalla dottrina (primo fra tutti Sandulli) e dalla giurisprudenza; dall'altro, eviterebbe di coinvolgere nella complessa materia della contabilità pubblica un giudice che presenta diversa specializzazione.

⁴⁶ Di recente, le sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione (art. 243-*quater*, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera *r*, del d.l. n. 174 del 2012) hanno affermato con la sentenza n. 2/2013/EL la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di ricorsi contro le deliberazioni delle sezioni regionali di controllo in materia di squilibri finanziari degli enti locali, ritenendo in proposito sussistere non solo la *interpositio legislatoris* ex art. 243-*bis*, del citato d.l. n. 174 del 2012, ma anche un vero e proprio ritaglio di giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica. Peraltro, su altro versante, esistono anche pronunzie dei TAR aditi nella stessa materia. Ciò lascia presagire che la questione rimarrà aperta fino all'eventuale pronunzia della Corte di cassazione. Questo stato di incertezza, certamente dannoso per la finanza locale, potrebbe invece essere superato proprio attraverso l'esplicita attribuzione normativa della giurisdizione esclusiva alla Corte dei conti in sede giurisdizionale sullo stato di dissesto degli enti locali.

Altro settore di contenzioso in espansione è indubbiamente quello afferente alle relazioni finanziarie tra Stato ed enti territoriali⁴⁷: con sempre maggiore frequenza, titolarità e quantificazione dei tributi, liti in ordine ai trasferimenti, compensazioni finanziarie turbano, non solo le relazioni istituzionali fra enti pubblici di vitale importanza, ma anche il concreto svolgimento di servizi e attività.

Spesso, la risoluzione del merito di tali questioni passa per una lettura attenta dei bilanci e degli atti normativi e di gestione presupposti, per la quale l'unica magistratura attrezzata sembra essere la Corte dei conti. Inoltre, lo stato di incertezza si riverbera anche sul consolidamento dei conti pubblici, ove il molteplice contenzioso provoca dissonanti annotazioni di analoghe partite sui diversi bilanci dello Stato e degli enti territoriali. In questo caso, la specializzazione per materia potrebbe portare un grande valore aggiunto alla tempestiva risoluzione di controversie che ormai si trascinano da diversi anni ed appaiono in geometrica espansione, sicuramente proporzionata alla crisi economica che attanaglia la possibilità dei bilanci pubblici di finanziare adeguatamente le finalità istituzionali.

Anche questo tipo di giudizio troverebbe un modello storico nei giudizi ad istanza di parte e potrebbe rientrare, una volta disciplinato secondo i canoni del giusto processo, in quella categoria di giudizi, cui l'art. 58 del r.d. n. 1214 del 1934 riserva ora uno spazio residuale innominato, senza contare la possibilità di consentire un intervento del pubblico ministero contabile per tutelare interessi erariali adespoti.

L'attenzione riservata in tempi di crisi come il presente alla corretta utilizzazione delle risorse pubbliche rende ancora attuale lo stesso giudizio di conto, in relazione al quale rimane tuttavia in sospenso la questione inerente al suo carattere fortemente inquisitorio. Aspetti problematici di garanzia nei confronti di chi vi è soggetto si presentano quando emergono questioni che possono sfociare nella condanna dell'interessato. Fino ad oggi la Corte costituzionale ha sostanzialmente salvato il giudizio di conto come tradizionalmente configurato, anche se le questioni ad essa sottoposte non hanno mai riguardato aspetti di garanzia dell'agente contabile⁴⁸.

⁴⁷ Basti pensare all'incremento del solo contenzioso tra Stato e Regioni, che sfocia davanti alla Corte costituzionale: cfr. relazione del Presidente della Corte costituzionale del 12 aprile 2013 inerente all'attività della Consulta dell'anno 2012.

⁴⁸ È bene ricordare come la sentenza più recente in materia di rispetto del principio del contraddittorio e di quello di parità processuale, la n. 291 del 2008, abbia riguardato la partecipazione necessaria al giudizio di conto dell'amministrazione interessata, che è stata esclusa dalla Consulta sulla base della considerazione che il pubblico ministero contabile interviene a tutela dell'ordinamento e degli interessi generali ed indifferenziati della collettività, ma anche a tutela degli interessi concreti e particolari delle amministrazioni pubbliche. Al contrario, essa non ha avuto occasione di esprimersi sui profili di garanzia nei confronti dell'agente contabile o del consegnatario nel caso in cui si profilino ipotesi di responsabilità.

8.3. *Razionalizzazione della giurisdizione contabile.* – I problemi del riequilibrio tra le funzioni e della valorizzazione della funzione giurisdizionale della Corte dei conti sono strettamente collegati a quello della razionalizzazione dei testi giuridici che la riguardano.

La validità di un sistema di giurisdizione speciale non può fondarsi semplicemente sull'interpretazione giurisprudenziale, come spesso è avvenuto per l'ambito oggettivo della giurisdizione contabile, ma deve essere sostenuto da principi generali ed astratti formulati in modo sintetico quale punto di partenza per individuare, sia sotto il profilo teleologico, sia sotto il profilo materiale, confini e caratteri fondamentali. Troppe volte le nozioni utilizzate nella normativa afferente alla Corte dei conti non raggiungono un significato univoco a livello dottrinale e giurisprudenziale. Lo stesso concetto di contabilità pubblica è stato sovente utilizzato con accezioni più ampie o più anguste, a secondo del settore di intervento del legislatore. Analogamente, per quel che riguarda le società soggette a controllo analogo e per il cosiddetto principio di sequela della giurisdizione contabile verso le risorse oggettivamente pubbliche, la giurisprudenza ed il legislatore hanno utilizzato canoni espressivi notevolmente eterogenei, tali da ingenerare incertezza sia sull'ambito della giurisdizione che sull'imputabilità delle fattispecie di illecito.

In questa problematica di natura oggettiva, che richiede un intervento legislativo sistematico del tipo di quello che ha interessato la consorella magistratura amministrativa, anche l'opera del giudice di merito, pur condizionata dal contesto delle incertezze e delle ambiguità normative e della giurisprudenza nomofilattica, può dare un significativo contributo al chiarimento ed alla razionalizzazione del sistema. Così, ad esempio, non può sottacersi che spesso la funzione requirente e giudicante contabile facciano uso di categorie giuridiche (danno all'immagine, danno esistenziale, danno da disservizio, etc.) mutate dal diritto civile, piuttosto che sviluppare ipotesi di illecito collegate alla particolarità e alla specializzazione della materia contabile che caratterizza il complesso mondo dell'amministrazione pubblica. Ciò, da un lato, provoca il disinteresse della dottrina, ancorata ai canoni più antichi e più certi del codice civile, e dall'altro pone il problema del mantenimento di una giurisdizione speciale che talvolta prescinde dall'utilizzare la sua specializzazione nel definire i giudizi che la riguardano.

Proseguendo nel confronto con la giurisdizione amministrativa, non può negarsi che spesso quest'ultima, attraverso l'accorto ed univoco sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali e la sollevazione di problematiche di fondo omogenee, abbia guidato lo stesso legislatore nel definire i nuovi confini e le nuove regole delle proprie attribuzioni. In sostanza, deve essere la professionalità del magistrato in alcuni casi a mettere a fuoco problematiche irrisolte, bisognose di razionalizzazione normativa, prescindendo da individualismi e soluzioni eccentriche, i quali non fanno sistema ed in tal modo non rendono ragione dell'utilità complessiva di una funzione.

Tornando all'esigenza di un intervento normativo sistematico, si evidenzia lo stretto collegamento delle tematiche della finanza pubblica allargata con la definizione delle corrette tecniche contabili, in modo da rendere più diretta la verifica degli effetti della loro violazione sugli interessi erariali.

La legislazione più recente, peraltro, insiste molto sulla specificazione di regole precise di allocazione contabile di risorse e spese al fine del relativo corretto utilizzo. Il loro mancato rispetto si pone spesso in rapporto eziologico con la produzione del danno erariale; in questo campo la giurisdizione di responsabilità può trovare valido sostegno probatorio attraverso categorie giuridiche di imputazione che risultano effettivamente specialistiche rispetto alle altre tipologie di responsabilità.

Sotto questo profilo, sarebbe opportuno enunciare a livello normativo regole generali in ordine al principio di sequela della responsabilità amministrativo-contabile nei confronti delle risorse finalizzate ad obiettivi pubblici, indipendentemente dalle modalità formali della loro gestione. Attraverso un criterio generale di individuazione di natura obiettiva come quello di pubblicità della risorsa si potrebbe, ad esempio, giungere alla definizione normativa dell'ambito di competenza della giurisdizione contabile anche nelle società partecipate. In tal modo si potrebbero evitare, da un lato, deroghe significative ai principi civilistici della responsabilità societaria e, dall'altro, coinvolgere direttamente il rappresentante dell'ente pubblico nell'ossequio delle direttive ricevute e comunque tutelare, nei confronti di tutti gli amministratori di dette società, il rispetto del vincolo sotteso alla finalizzazione pubblica di risorse attribuite per specifici obiettivi (ad esempio, contributi finalizzati ad impianti, ad investimenti patrimoniali, a beni intrinsecamente collegati alla produzione del servizio). Peraltro il principio di sequela della risorsa pubblica potrebbe parificare la situazione di enti diversi quali società interamente o parzialmente partecipate o soggetti privati a quella di gerenti contributi pubblici, caratterizzati dall'utilizzazione di dette risorse finalizzate⁴⁹.

Per quel che riguarda il giudizio di conto, se il numero elevatissimo degli agenti contabili e la molteplicità delle operazioni di riscontro sono in grado di giustificare un giudizio semplificato, anche nelle forme che riguardano più direttamente il sistema di garanzie per l'incolpato, un adeguamento alle regole del giusto processo ed un aggiornamento dei meccanismi di tutela nei confronti del contabile stesso – che viene comunque sottoposto ad un processo – sembrano ineludibili anche al fine di assicurare una maggiore incisività al giudizio stesso,

⁴⁹ Il principio di sequela escluderebbe qualsiasi discriminazione legata al mero profilo soggettivo del soggetto gerente e, contemporaneamente, non troverebbe preclusioni nell'attività di contrasto e recupero delle pratiche malversatorie dei fondi pubblici. Questo criterio è stato adombrato da diverse pronunce, anche della Corte di cassazione, ma non ha trovato una codificazione adeguata, in grado di rimuovere le molte incertezze che caratterizzano il perimetro operativo dei pubblici ministeri contabili.

la cui natura inquisitoria finisce talvolta per giustificare, in una sorta di “bilanciamento garantista”, esiti assolutori generalizzati. La riforma di questo giudizio dovrebbe essere ispirata a snellezza, tempestività ed efficacia così da intercettare gestioni contabili non lontane nel tempo. Attraverso modalità istruttorie più ampie, comprensive anche di audizioni dirette dei contabili, il giudizio di conto potrebbe meglio incidere su aspetti sostanziali delle gestioni, sindacando violazioni di legge e individuando in via giurisprudenziale nuove figure sintomatiche d'illecito.

8.4. *Il principio del contraddittorio e gli interessi finanziari diffusi.* – La tutela degli interessi erariali è, oggi più che nel passato, collegata alla tenuta dei bilanci pubblici ed al rispetto delle regole e dei limiti fissati per la loro gestione. Sia la tutela degli interessi erariali che quella degli equilibri di bilancio presentano una stretta connessione con gli interessi della collettività poiché, senza l'osservanza delle regole ad esse sottese, possono essere pregiudicati anche quei diritti sociali minimi previsti dall'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.

Gli interessi alla sana gestione finanziaria non possono essere tutelati secondo i normali canoni del processo, del quale sono presupposto parti e interessi contrapposti sin dal momento dell'introduzione del giudizio⁵⁰: proprio nell'esigenza di garantire una salvaguardia obiettiva a questi beni fondamentali per la collettività, piuttosto che per i singoli *ex se*, risiedono probabilmente le ragioni della sopravvivenza della Corte dei conti, nelle dicotomiche funzioni del controllo e della giurisdizione.

L'osservanza dei limiti e delle regole dei bilanci pubblici condiziona la tenuta del sistema Paese, l'appartenenza alla moneta europea, il livello di benessere e lo sviluppo economico: la magistratura contabile, in entrambe le funzioni assegnate, svolge una tutela neutrale ed obiettiva in questo senso. L'esercizio delle sue funzioni, tuttavia, può intercettare, e di regola intercetta, altri interessi individuali, collettivi e diffusi, sia in posizione antagonista che adesiva al potenziale contenuto delle pronunzie in materia contabile. Di questi, in qualche modo, occorre tener conto nelle valutazioni e nelle decisioni che, nelle diverse sedi funzionali, la magistratura contabile stessa è tenuta ad assumere.

Si tratta, a ben vedere, considerata la natura tendenzialmente adespota degli interessi erariali, di rendere più ampio ed effettivo il principio del contraddittorio nei procedimenti contabili.

Il principio del contraddittorio, come è noto, non è carattere esclusivo del procedimento giurisdizionale⁵¹: garantirlo a tutti coloro che manifestano un in-

⁵⁰ Sul punto cfr. N. MASTROPASQUA, *Giurisdizione e controlli sugli enti locali alla luce del vigente quadro normativo*, in collettanea *Il ruolo della Corte dei conti nella riforma degli enti locali e nell'attuazione del federalismo*, Milano 2012.

⁵¹ Cfr. Linee guida INTOSAI, Lima 1977 – Sezione 17, comma 2: «L'Istituzione superiore di

teresse, in qualche modo qualificato, all'esito dei procedimenti contabili, consentendogli di partecipare in modo indiretto al processo della loro formazione ed in modo tale da poterlo influenzare, secondo buone ragioni oggettivamente verificate, appare non solo regola di civiltà giuridica, ma anche sbocco quasi inevitabile delle complesse questioni che a questo livello devono essere deliberate.

La Corte dei conti lo ha sempre applicato in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti, mentre soltanto di recente esso si è fatto strada nel controllo finanziario di legittimità e regolarità e nello stesso controllo di gestione⁵².

Deve essere sottolineato come proprio il contraddittorio abbia costituito uno degli indici di riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della natura paragiurisdizionale del controllo sugli atti⁵³.

In ogni caso la relazione tra interessi finanziari e principio del contraddittorio è tema affascinante, la cui considerazione coinvolge molteplici aspetti e, probabilmente, differenzia le possibili soluzioni nei diversi ambiti della giurisdizione e del controllo. L'accesso alla giurisdizione è infatti disciplinato da regole più rigorose rispetto a quelle che governano il procedimento amministrativo; peraltro, il controllo della Corte dei conti, soprattutto quello esercitato in relazione ai canoni della legalità-regolarità, è funzione a stretto confine con la giurisdizione in senso stretto, come affermato nella stessa giurisprudenza costituzionale testé richiamata.

controllo deve tenere in debita considerazione il punto di vista degli organismi controllati in merito ai risultati del controllo».

⁵² La stessa parificazione del rendiconto generale dello Stato non contempla ancora l'audizione dell'amministrazione statale durante l'adunanza finalizzata ad assumere la decisione di parifica. Peraltro il contraddittorio viene praticato dalla sezione centrale per il controllo sulla gestione delle amministrazioni statali e dalle sezioni regionali di controllo in sede di sindacato dei bilanci degli enti territoriali.

⁵³ Cfr. sentenza n. 226 del 1976 della Corte costituzionale. Mette conto riportare alcuni passi della motivazione del Giudice delle leggi: «Deve soggiungersi che non mancano nel procedimento in oggetto elementi, formali e sostanziali, riconducibili alla figura del contraddittorio. Intanto, un contrasto di valutazioni sussiste tra l'autorità che ebbe ad emanare l'atto ed il magistrato che assolve la funzione di controllo nella fase istruttoria; sicché ove il consigliere delegato non ritenga di apporre il visto, provoca il deferimento della pronuncia alla Sezione di controllo. Di tale deferimento, a norma dell'art. 24 del testo unico, così come sostituito dall'art. 1 della legge 21 marzo 1953, n. 161, e delle disposizioni regolamentari, che ne integrano e svolgono i precetti, dettate dall'ordinanza del Presidente della stessa Corte dei conti 28 novembre 1956, n. 151, viene data alle amministrazioni interessate, come pure a quella del Tesoro per quanto la riguarda, comunicazione scritta almeno otto giorni prima della seduta fissata per la discussione, con avviso che possono presentare deduzioni e farsi rappresentare davanti alla Sezione da funzionari aventi un determinato grado. In tal modo è garantita la possibilità che gli interessi ed il punto di vista dell'amministrazione, nelle sue varie articolazioni, siano fatti valere nel corso del procedimento. Infine, la deliberazione della Sezione dev'essere "sobriamente motivata", depositata in segreteria non oltre il trentesimo giorno successivo a quello in cui è stata adottata e comunicata in copia "senza indugio" alle amministrazioni interessate ed a quella del Tesoro (art. 5, ordinanza cit.), e rimane inoltre a disposizione di chiunque voglia prenderne visione».

Con riguardo ai profili comuni all'esercizio delle due funzioni, si può dire che il coinvolgimento dei portatori d'interesse rappresenta un passaggio fondamentale nella prospettiva di rendere migliore l'esercizio delle funzioni attribuite alla magistratura contabile a tutela dell'erario e della sana gestione finanziaria.

Le opinioni ed i contributi di soggetti che detengono un titolo per entrare in relazione con le valutazioni ed i giudizi pertinenti alla gestione degli interessi erariali possono oggettivamente favorire l'ampiezza e la completezza degli scenari di riferimento, cui le valutazioni ed i giudizi stessi pertengono.

È evidente, sotto questo profilo, la potenziale emersione di nuove soluzioni partecipative ai procedimenti contabili. Esse possono nascere sia all'interno di assemblee elettive, come quelle degli enti territoriali (per esempio le "inascoltate minoranze consiliari", le quali – dopo l'abolizione dei controlli sugli atti – non hanno sovente alternative alla manifestazione del dissenso se non quelle di onerosi ricorsi alla magistratura amministrativa), sia con riguardo a gruppi organizzati (sindacati, associazioni di categoria, associazioni culturali, ambientali, di consumatori, sociali, gruppi sportivi o ricreativi, etc.), sia, infine, per impulso di singoli o gruppi non organizzati (ad esempio cittadini componenti la comunità locale).

In questa complessa e variegata molteplicità di potenziali "soggetti portatori di interesse della comunità" alle vicende finanziarie dei loro enti di riferimento si incrociano soluzioni che devono passare necessariamente attraverso una mappatura legislativa e una conseguente legittimazione normativa ed altre, assumibili sulla base dell'interpretazione di disposizioni già esistenti, in grado di mettere in relazione contesti e collettività di riferimento con le attività amministrativo-contabili, di volta in volta oggetto di sindacato.

Non è questa la sede per un percorso di analisi così complesso ed impegnativo: considerato il carattere adespota degli interessi in gioco, sembra comunque ineludibile una ricognizione delle possibili legittimazioni in grado di conferire dimensione e rappresentatività a potenziali contributi in termini di informazione, conoscenze e competenze specifiche. Ciò, ovviamente, nel superiore interesse dell'acquisizione di ulteriori ed integrativi elementi di giudizio e non per la mera promozione o rivendicazione di interessi individuali che finirebbero per snaturare i processi decisionali della magistratura contabile.

In buona sostanza, queste acquisizioni ulteriori dovrebbero avvenire in forma assolutamente incidentale e con modalità preclusive di rivendicazioni individuali, le quali dispongono di altre sedi amministrative e giudiziarie per la loro tutela.

9. Conclusioni. – Dunque, la celebrazione dell'anniversario della fondazione e quella degli eventi eccezionali del 1944 hanno consentito e ci consentono una riflessione sul senso ultimo della Corte dei conti e sull'appartenenza comune dei

suoi membri, anche se assegnati a funzioni diverse, e di coloro che li hanno preceduti negli organici delle Corti antenate.

La Corte dei conti è sopravvissuta al passaggio dagli Stati preunitari a quello nazionale, ai tragici eventi bellici, alla nuova Costituzione repubblicana, nella quale ha trovato una sistemazione eminente nell'ambito dell'ordinamento dello Stato, ed infine si è inserita utilmente nei due processi federalisti, verso l'alto e il basso, che hanno caratterizzato la fine del secolo scorso e l'attuale: così in Europa, anche attraverso i saldi legami con la consorella Corte dei conti europea, così in Italia, attraverso la riforma costituzionale del 2001 che ne ha sancito la presenza in tutte le Regioni e gli enti territoriali regolati dal nuovo Titolo V della Costituzione.

Se noi confrontiamo questi dati di fatto con i continui rivolgimenti normativi che interessano il nostro Istituto, soprattutto nei tempi più recenti, vediamo una sorprendente continuità delle tematiche e degli istituti giuridici che in qualche modo interessano le riforme – annunciate, abortite o portate a termine – della Corte dei conti italiana. Più queste sono asistematiche e frammentarie, più lo spirito di sopravvivenza dell'Istituto sembra galvanizzarsi nell'interpretarle e nel metabolizzarle. Evidentemente c'è una continuità nel "bisogno istituzionale della Corte dei conti", bisogno che supera e trasfigura le difficoltà e le inevitabili insufficienze con le quali la Corte ha saputo "solcare i marosi" della sua lunga storia ed adempiere ai compiti che le sono stati assegnati, in contesti normativi di dettaglio non sempre ordinati e coerenti.

Probabilmente il battesimo ricevuto da Cavour e da Quintino Sella è stato un saldo ancoraggio, nonché un viatico beneaugurante, nel lungo percorso che ha legato la Corte dei conti allo Stato unitario. Oggi paradossalmente si ripresentano e sono sempre più vive le tematiche in ordine alle quali si formarono le grandi aspettative, che questi due storici personaggi dell'unità d'Italia riponevano nella Corte dei conti, quando fu emanata la legge n. 800 del 1862.

Il simbiotico accorpamento delle funzioni giurisdizionali e di controllo, che appariva alla fine dello scorso secolo quasi un retaggio del passato, difficilmente difendibile dalle esigenze di modernizzazione, presenta tuttora una sua specificità ed attualità, che non possono essere negate o manipolate.

La Corte dei conti è tale perché è una magistratura, perché è una magistratura dei conti e della contabilità pubblica, perché unisce la funzione di controllo a quella giurisdizionale⁵⁴. Come dimostrano le esperienze di altri paesi, essa non

⁵⁴ Rileva il Presidente della Corte dei conti L. GIAMPAOLINO che: «Per la sua rilevanza costituzionale e le sue caratteristiche di indipendenza, autonomia, neutralità, status giurisdizionale e la sua posizione di terzietà, la Corte dei conti rappresenta l'Autorità che può dare al Parlamento, alle Istituzioni europee ed internazionali e, ultimi ma non meno importanti, ai mercati finanziari, la garanzia di credibilità di analisi, valutazioni e previsioni» – relazione in atti del XIV *Global Working Group meeting*, Tokyo, 10-13 April 2013 sul tema *Solidità e sostenibilità delle finanze pubbliche, debito pubblico e ruolo delle Istituzioni superiori di controllo*.

è un modello unico ed imprescindibile: vi possono essere delle varianti, vi possono essere istituzioni di controllo di natura burocratica; ma la loro intrinseca configurazione non consentirebbe di assorbire prerogative e compiti della Corte dei conti magistratura, quale consolidatasi nell'ordinamento italiano.

L'anelito a migliorare e le comprensibili attese, da parte dei portatori di interesse alla sana gestione finanziaria, di un miglioramento e di una implementazione del servizio reso dalla Corte dei conti alla collettività invitano, da un lato, ad evitare in questo prestigioso compleanno toni retorici e trionfalistici ma, dall'altro, non devono far dimenticare che la sua sopravvivenza non è dovuta ad un privilegio di intangibilità bensì ad esigenze reali dell'amministrazione e della finanza pubblica contemporanee: esse si possono sintetizzare nella necessità di una giurisdizione obiettiva e di un controllo – neutrale, indipendente ed imparziale – sull'utilizzazione e sulla spendita delle risorse pubbliche.

Il controllo obiettivo di legalità ed il controllo dei conti possono essere contemporaneamente concepiti come effetto di processi spontanei originati da esigenze obiettive ma anche di azioni intenzionali che lo hanno “conformato” nella caratteristica morfologica riconducibile all'attività magistratuale.

Continuità nel tempo e costante coinvolgimento nella vita del Paese non costituiscono comunque, di per sé, caratteri di immortalità, perché anche le istituzioni più longeve possono scomparire sia per auto dissoluzione che per volontà di qualche attore individuale o collettivo.

In una prospettiva funzionalista, si può affermare che le istituzioni nascono perché rispondono a qualche esigenza sociale e si estinguono quando scompare il bisogno che le ha originate oppure quando vi sono istituzioni più moderne e più idonee a soddisfare lo stesso bisogno in modo più adeguato.

Questa idea sembrava ispirare l'abortito legislatore della Commissione bicamerale degli anni '90, quando tentò di configurare la Corte dei conti come un'*authority* di tipo anglosassone, sottraendole la funzione giurisdizionale per assegnarle un controllo di efficienza ed economicità, riconducibile alla natura dell'attività amministrativa pura, in un segmento tipologico a confine tra il controllo e la consulenza.

Tale disegno riformatore non si è avverato: la Corte dei conti ha resistito nella sua attuale configurazione anche a questi tentativi d'innovazione radicale. Rimane aperta la questione se ciò sia avvenuto per mero accidente storico (caduta della Commissione bicamerale) oppure per una più matura riflessione degli aspiranti riformatori. Quel che è certo, la Corte ha conservato una prospettiva sistemica nel nostro ordinamento costituzionale, attraverso una collocazione equilibrata e chiara in rapporto alle altre istituzioni costituzionalmente rilevanti, mantenendo nei loro confronti una chiara identità e peculiarità.

Noi vogliamo credere che la persistenza della tradizionale configurazione dell'Istituto non sia un puro caso della Storia ma risponda alla maturata convinzione del legislatore contemporaneo che altri modelli di sindacato sui conti – di

natura burocratica o privatistica – non rivestano caratteristiche altrettanto pregiate di quelle sinteticamente esaminate in questa sede.

Per questo motivo, probabilmente, il miglioramento dell'organizzazione e un sistema più organico di regole disciplinanti le diverse funzioni della Corte potrebbero essere la soluzione ed il veicolo per raggiungere migliori risultati in tema di tutela dell'erario e di custodia della spesa pubblica. Ciò senza gettare alle ortiche quel patrimonio culturale e giuridico accumulato in tanti anni, quella presenza diffusa sul territorio ormai acclarata (che distingue in senso positivo la Corte dei conti dalle molteplici *authorities* comparse in abbondanza in tempi recenti), quella pregnanza delle funzioni contabili e quelle tecnicità sviluppate in tanti anni di pratica sul territorio, caratteri questi che hanno conferito alla Corte dei conti un *know how* difficilmente riproducibile.

Anche se molti studiosi, analisti politici e gli stessi magistrati contabili esprimono spesso perplessità sulla capacità della Corte dei conti di resistere ai continui rivolgimenti normativi, la sua concreta sopravvivenza denota una capacità di rispondere alle sfide dell'ambiente istituzionale, attraverso un'efficace percezione e valutazione dei mutamenti esterni, così da recepire ed influenzare la mobilitazione delle proprie risorse e rendere una significativa risposta in relazione ai bisogni contemporanei.

Il fatto obiettivo della lunga sopravvivenza di questa Corte dei conti e delle sue antenate e della perdurante vitalità, di cui è sintomo la recente continua attenzione del legislatore, sembra allontanare nel tempo il compimento del ciclo di vita della storica Istituzione. Certo, non bisogna esagerare nel cieco ottimismo sulla capacità dell'Istituto di resistere ai fattori di mutamento, siano essi esogeni che endogeni.

In relazione alla variegata gamma di possibili risposte che la Corte dei conti può dare nel contesto dei continui rivolgimenti legislativi e sociali, occorre sottolineare l'esigenza di conservare l'identità e l'integrità delle proprie funzioni originarie, senza tuttavia disdegnare un atteggiamento flessibile in grado di adattare l'organizzazione e la struttura interna alle esigenze ed ai bisogni che si sviluppano dal ceppo originario delle competenze afferenti al proprio settore operativo. Continuità nella flessibilità potrebbe dirsi, attraverso un adeguamento della propria struttura e un processo di differenziazione funzionale capace di inglobare le novità, senza tuttavia perdere i connotati genetici che caratterizzano la Corte dei conti fin dalle antiche ascendenze, dall'unità d'Italia fino alla Costituzione repubblicana ed al più recente contesto istituzionale, dominato dagli effetti della globalizzazione economica sui sistemi giuridici.

È proprio a quest'ultimo fenomeno che voglio dedicare la conclusione delle mie osservazioni: oggi la globalizzazione della società e dell'economia trascinano ed influenzano il diritto e le istituzioni con una intensità mai raggiunta in passato.

Anche se sotto il profilo storico questo fenomeno potrebbe essere catalo-

gato come un ritorno al diritto comune medioevale, l'esame sostanziale delle questioni emergenti segnala tematiche e problemi assolutamente nuovi. Da un lato, vi è un'evidente processo di trasferimento di poteri dagli Stati ai mercati: gli Stati sono costretti dalla forza delle cose ad adattare le proprie istituzioni e le proprie regole alle logiche e alle esigenze della globalizzazione economica, verificandosi in tal modo un'omologazione del diritto che attenua le differenze fra i sistemi nazionali. Dall'altro, questo universo economico *in fieri* stimola reazioni nella gente comune e nelle collettività locali, che la crisi economica accentua in senso negativo e di rigetto; è ricorrente atteggiamento, di fronte alle novità che non si riescono a dominare, il rifugio nelle istituzioni tradizionali e nelle rappresentanze politiche locali, in modo da conservare le proprie peculiarità. Questi processi divergenti devono in qualche modo essere conciliati attraverso un bilanciamento della tradizione con le novità emerse: le istituzioni secolari come la Corte dei conti devono saper cogliere ed interpretare adeguatamente queste pulsioni contrastanti che derivano da fenomeni obiettivi e da ragioni diverse, tutte meritevoli di attenzione, mantenendo la propria identità ma contemporaneamente adattandola alle nuove questioni che emergono nel proprio campo di specializzazione.

Sotto questo profilo, esprimere correttamente, sia nella funzione di controllo che in quella giurisdizionale, il ruolo di custode della corretta utilizzazione delle risorse pubbliche, adeguando la propria organizzazione ed i propri strumenti operativi alle più sofisticate esigenze contemporanee, può, da un lato, assicurare alla magistratura contabile un'autorevole sopravvivenza tra le istituzioni del nostro Paese e, dall'altro, lo svolgimento del proprio ruolo in modo non passivo e formale, bensì attraverso una lettura evolutiva delle norme che tutelano la collettività dallo sperpero di risorse pubbliche.

RECENSIONI

“FONDATA SUL LAVORO. LA SOLITUDINE DELL’ART. 1”:
NE DISCUTIAMO CON ZAGREBELSKY

Gladio Gemma

1. Come è noto, si è verificato, nel campo dell’economia, quel fenomeno denominato globalizzazione – altri preferiscono definirlo con il termine “internazionalizzazione” – il quale si sostanzia nella realizzazione di un’attività produttiva e di scambio che va ben oltre le frontiere nazionali, con una ricaduta negativa sul potere regolatorio degli stati e sul regime dei rapporti di lavoro di vari paesi, tra i quali il nostro. In questo contesto politico e socio-economico è maturato un grande dibattito anche relativamente all’impatto sfavorevole sui diritti sociali, *in primis* quello al lavoro, che certe tendenze iperliberiste, ipermercatiste, hanno determinato. Nel quadro culturale, correlato a questo fenomeno, si inserisce un recente scritto di Gustavo Zagrebelsky. Più esattamente, si tratta di un agile, vivace, volumetto intitolato “Fondata sul lavoro. La solitudine dell’articolo 1”, Einaudi, Torino, 2013, con il quale questo insigne costituzionalista, nonché intellettuale di rilievo

anche in ambiti diversi da quello giuridico, ha inteso fornire un contributo nella battaglia politico-culturale circa i rapporti che dovrebbero intercorrere fra l’economia ed il diritto al lavoro sancito dalla Costituzione. Con le presenti note, si cercherà di tratteggiare gli aspetti salienti dell’opera di Zagrebelsky e di confrontare con le sue riflessioni un punto di vista in parte concordante con le stesse ed in parte divergente dalle medesime.

2. L’Autore ha, dapprima, ripercorso a volo d’uccello quel processo storico che ha condotto da una svalutazione del lavoro, soprattutto di quello dipendente, ad una sua valorizzazione sociale e giuridica. La stessa Rivoluzione francese, che pur ha travolto i privilegi nobiliari, non è pervenuta al riconoscimento di una piena cittadinanza e di una partecipazione politica dei lavoratori, ma si è arrestata ad un’eguaglianza dinanzi alla legge ed alla tutela dell’assetto proprietario,

che stava a cuore alla borghesia. Zagrebelsky traduce questa vicenda con una supposizione: “se le costituzioni dell'Ottocento fossero iniziate con una formula del tipo di quella del nostro art. 1, avrebbero detto: «fondate sulle proprietà»” (v. *op. cit.*, p. 10). Solo in tempi successivi, soprattutto nel Novecento, con l’“ascesa delle masse popolari, cioè del mondo del lavoro, alla vita politica e l’accesso alle sue istituzioni” e con la “diffusione della democrazia, sia nella sua dimensione politica che in quella sociale” (v. *op. cit.*, p. 14), si ha il riconoscimento dei beni primari della vita ed il lavoro diviene il fondamento dell’ordinamento costituzionale. In questo *trend* si è collocata anche la nostra Assemblea costituente e la carta fondamentale da essa approvata.

L’analisi dei lavori preparatori della Costituente ed il testo approvato fa cogliere la presenza di due direttive, di due statuizioni di fondo.

Anzitutto viene enunciato il ruolo del lavoro quale fondamento della Repubblica. Il lavoro, in quest’ottica, è inteso non secondo una visione classista, qual era propria delle correnti (consistenti, ma minoritarie) di orientamento marxista presenti nella Costituente, bensì in un significato ampio, che ricomprende sia attività autonome (comprese quelle imprenditoriali), sia attività lavorative dipendenti. Pari dignità quindi ad ogni tipo di lavoro

quale fattore costitutivo della Repubblica.

La seconda statuizione fondamentale è rappresentata dalla tutela del lavoro dipendente. Infatti, chi svolga attività lavorativa alle dipendenze altrui si trova in un rapporto di soggezione, nonché di maggior debolezza – in questo caso, come scrive l’Autore, “maggiore e più frequente è la possibilità, si sarebbe detto un tempo, di sfruttamento dell’uomo sull’uomo” (v. *op. cit.*, p. 22) – e quindi necessita di maggior tutela contro eventuali forme di dominio. In questa ottica ci sono sia l’affermazione di principio, contenuta nell’art. 3, 2° co., circa la rimozione degli ostacoli di vario tipo che precludono un’eguaglianza sostanziale (nonché la partecipazione di lavoratori alla organizzazione politica e sociale del Paese), sia norme che tutelano il lavoratore dipendente, *in primis* gli artt. 39 e 40, relativi ai rapporti collettivi di lavoro. Con riferimento alla prima delle due disposizioni, Zagrebelsky sottolinea che, proprio al fine di controbilanciare la posizione di debolezza del lavoro dipendente, la normativa costituzionale pone “due principî-guida: *generalità* ed *unitarietà*, cioè “validità del contratto collettivo per intere categorie produttive” e vincolo di “stipulazione attraverso rappresentanze sindacali comuni” (v. *op. cit.*, p. 37). Non è ovviamente esclusa una contrattazione a più livelli, ma viene prefigurata una rela-

zione di gerarchia, con il contratto nazionale al vertice e prevalente su quelli di livello inferiore.

Il lavoro è il fondamento della Repubblica, poiché è funzionale alla dignità dell’individuo, ma è pure una “precondizione di vita democratica”, poiché la crisi economica e la conseguente dilagante disoccupazione, come prova l’esperienza storica (si ricordi Weimar), provoca una “rivolta contro la democrazia”, vale a dire “il disagio sociale e la disperazione del lavoro, quando diventano psicologia collettiva, sono un’apertura di credito a favore di demagoghi che promettono miracoli” (v. *op. cit.*, p. 27). Il lavoro è un diritto, quindi, ma puntualizza Zagrebelsky con il rigore del giurista, non si tratta di un diritto “perfetto”, cioè non può essere fatto valere in giudizio, con pretese di riconoscimento di un’obbligazione e di eventuale condanna in caso di inadempimento. L’Autore riconosce questo limite, cioè che detto diritto può essere realizzato mediante misure di governo, che determinino condizioni socio-economiche atte a generare offerta di lavoro. Nondimeno, ciò non fa venir meno la configurazione di un diritto costituzionale. Infatti accanto a diritti che hanno “come luoghi tutelari i tribunali”, ne esistono “altri che hanno come referente la politica”, vale a dire “legislazione, amministrazione, forze economiche e sociali, cioè tutte le componenti di

possibili «politiche del lavoro»” (v. *op. cit.*, p. 42). Il diritto al lavoro è quindi rivolto alla politica, è condizionato, ma non è privo perciò della sua natura giuridica, poiché appartiene al novero dei “diritti condizionati da politiche congruenti” (*ibidem*).

Da tutto quanto scritto deriva, secondo Zagrebelsky, una gerarchia di ordine prescrittivo: diritti (anche sociali) al vertice, politica economica, economia (al gradino più basso), ossia, per usare le parole dell’Autore, c’è un “algoritmo che la tutela costituzionale dovrebbe implicare: dal lavoro, le politiche del lavoro; dalle politiche, l’economia” (v. *op. cit.*, p. 55). Ora, stante questa scala prescrittiva, è agevole rilevare, come avviene nell’ultima parte del volumetto in esame, che la dinamica economica e giuridica presenta un notevole scarto in rapporto alla soluzione propugnata, un “capovolgimento” per richiamare un termine, che si ritrova nell’intitolazione di tre capitoli.

Anzitutto c’è un’economia, nella quale domina la finanzia speculativa, cioè, per dirla con Zagrebelsky, una “finanza fine a se stessa, a-sociale, a-territoriale, ir-responsabile e a-temporale” (cfr. *op. cit.*, p. 68). Questa dinamica perversa si realizza in un contesto di mercati, che sfuggono al controllo ed alla regolazione degli stati, cioè esiste un “ordine dei mercati finanziari”, che si impone alle autorità politiche. Que-

ste ultime sono impotenti a governare in modo pieno i fenomeni economici, e quindi hanno registrato la perdita o quanto meno una forte riduzione degli strumenti di governo atti ad assicurare il godimento dei diritti sociali. Secondo l'Autore i governi nazionali finiscono per "correre dietro alla speculazione finanziaria" (cfr. *op. cit.*, p. 68), come provano anche certe espressioni, che si rinvencono nei discorsi di politica economica, come "ce lo chiedono i mercati", oppure "i mercati non capirebbero". La scala gerarchica è quindi: economia – politiche del lavoro – lavoro (ultimo in graduatoria). Per riprendere le parole polemiche dell'Autore, "la sovranità dei popoli è stata messa sotto tutela, la democrazia è stata impoverita, i diritti compressi o negati, la coesione sociale lacerata e... il bene-lavoro ha perso il suo valore di fondamento della vita sociale (cfr. *op. cit.*, p. 69), come comprova anche il fatto che, nelle relazioni sindacali e nella disciplina dei rapporti di lavoro, i principî di generalità e di unitarietà, deducibili dall'art. 39 Cost., sarebbero stati negati ora con la previsione di "contratti di prossimità" che possono derogare *in pejus* a quelli collettivi nazionali, ora con la stipulazione di accordi sottoscritti solo da una parte dei sindacati più rappresentativi.

La conclusione del volumetto è quanto mai concisa. Stante lo *hiatus*

fra la costituzione ed i diritti sociali, *in primis* il lavoro, e la realtà effettuale, occorre un recupero della scala assiologica ideale, con la realizzazione di un'economia funzionale non alla finanza dissipatrice e fonte di "esclusioni sociali e politiche", bensì alla produzione di beni e servizi ed al raggiungimento della piena occupazione.

3. Dopo aver cercato di cogliere gli aspetti salienti del volumetto di Zagrebelsky passo al commento. Sul pregio dello scritto non spendo parole, limitandomi ad osservare che si tratta di un'altra opera di pregio e di proficua lettura di un costituzionalista ed intellettuale di prestigio nella cultura italiana. D'altronde, se così non fosse, non sarebbe dedicata una recensione all'opera in oggetto. Ma proprio perché siamo dinanzi ad uno scritto di un Autore importante, che esprime un indirizzo culturale che va oltre la sua persona, sembra opportuno discutere il contenuto e avviare un dialogo critico in rapporto alle tesi espresse, senza cadere nel malvezzo di fare recensioni solo acriticamente elogiative. A tal fine vorrei manifestare due ordini di rilievi che investono non tanto ciò che ha scritto espressamente Zagrebelsky, quanto le tesi retrostanti, o comunque le implicazioni del pensiero del medesimo nella materia *de qua*.

Il primo rilievo riguarda il rapporto fra diritti ed economia.

Ha ragione Zagrebelsky quando sostiene che, in una scala assiologica, i diritti hanno la supremazia sull’economia (nonché sulla politica economica in generale, e del lavoro in particolare). Però quest’affermazione, di per sé giusta, dà luogo a due forti perplessità.

Anzitutto non convince il bersaglio apparente delle critiche dell’Autore. Come si è visto, il nemico, il soggetto malefico da contrastare, è costituito dall’economia finanziarizzata, dalle multinazionali e dagli speculatori che compromettono l’economia produttiva ed il diritto al lavoro. È difficile non condividere tale atto di accusa e certo chi scrive lo condivide. Però una polemica contro fenomeni degenerativi, contro forme di dominio e di arbitrio non sembra un motivo sufficiente per giustificare uno scritto non di documentazione empirica, ma di taglio teorico qual è quello in oggetto. Ogni processo storico, anche ispirato da nobili motivi, ha le sue (anche) gravi macchie, le sue perversioni. Si è stampato un “libro nero” del comunismo, ma si può scrivere un “libro nero” sul capitalismo, sul liberalismo, sull’antifascismo, perché di ogni fenomeno storico si possono cogliere tratti immorali, contrastanti con le ragioni legittimanti il medesimo, e, con un’operazione più di natura polemica che razionale, condannare il fenomeno storico in base alle degenerazioni. Ma, al di là delle appa-

renze, penso che il discorso di Zagrebelsky sia assai più ricco e più profondo di quanto lo sia una facile – ma non decisiva – polemica nei confronti di banditi, o di cinici operatori, della finanza internazionale. Più esattamente penso che il bersaglio culturale della critica dell’Autore sia costituito dal liberismo, cioè dal processo di internazionalizzazione dell’economia secondo moduli liberisti e con riduzione del potere statale di correzione di storture e di realizzazione dei diritti sociali, processo che indurrebbe ad una supremazia dell’economia sui diritti. Però qui sorge il secondo motivo critico.

Da un lato mi sembra che, in sede culturale, nessun teorico del liberalismo abbia mai sostenuto la priorità assiologica dell’economia sui diritti. Che l’economia sia una tecnica, quindi uno strumento, per la miglior realizzazione di fini, assunti in sede etico-politica o sociale – data la scarsità delle risorse, proprie di qualsiasi società – non sembra sia stato mai negato da pensatori liberisti. Già Smith, contrariamente ad un’opinione diffusa ma inesatta, non sosteneva affatto “un atteggiamento passivo o inerte... nell’attività economica” come prova anche il fatto che “era favorevole all’istruzione elementare pubblica, una posizione assolutamente minoritaria ai suoi tempi” (cfr. A. Roncaglia, P. Sylos Labini, *Voce Economia*, in *Enciclopedia delle*

scienze sociali, III, Roma, 1993, p. 324). Comunque, venendo a tempi meno lontani – cioè nel Novecento – si trovano negli scritti di pensatori di orientamento liberista affermazioni nette a favore non solamente dei diritti di libertà – stella polare del liberalismo in versione liberista – ma anche di interessi individuali, i quali, di fatto, sono costitutivi di diritti sociali. Ne è una prova, delle tante, quanto scritto da von Hayek sui “servizi prestati dal governo” (per riprendere le parole dal titolo di un paragrafo del saggio dell’Autore, *Liberalismo*, Roma, 1988, p. 56) oppure da Einaudi in un famoso articolo del 1948, nel quale il grande economista afferma l’istanza “che gli uomini nella lotta per la vita possano partire da punti non troppo diversi” e che “non sono un ideale assurdo un minimo di casa gratuita assicurata a tutti, l’istruzione gratuita fornita a tutti i meritevoli... la sicurezza di vita nella vecchiaia e tanti altri servizi che oggi neppure possiamo concepire” (cfr. *Giustizia e libertà*, riportato nel volume di scritti di L. Einaudi, *Il buongoverno*, Bari, 1954, p. 121). Inoltre non può ritenersi diverso il punto di vista di uomini politici di indirizzo liberista, come ad esempio Monti (peraltro pure economista).

Certamente, la sensibilità per le diverse categorie di diritti – di libertà oppure sociali – non è la medesima nei liberisti e negli altri, di orientamento dirigista (usiamo que-

sto termine), poiché è differente la visione antropologica e la valutazione del ruolo dell’impresa privata o dell’ente pubblico nel processo economico. Ci sono quindi differenze, che non sarebbe culturalmente corretto ignorare o negare. Nondimeno, ritengo che sia i fautori che gli oppositori del liberismo facciano riferimento sì a costellazioni ed a combinazioni diverse dei diritti, ma non si differenzino circa la preminenza assiologica dei diritti (compresi quelli sociali) sull’economia e la politica economica. Il che significa che, nell’ambito della cultura e del mondo politico (e non dei banditi della finanza), il discrimine non riguarda i fini – diritto *vs.* economia – ma piuttosto i mezzi con cui realizzare i fini, compreso il diritto al lavoro – cioè il tipo di economia e di politica economica finalizzata agli stessi.

Dall’altro lato, il discorso di Zagrebelsky, intenzionalmente o forse no, contribuisce ad alimentare e rafforzare una concezione volontaristica (mi si consenta questo termine) dell’economia, che mi sembra fuorviante e pericolosa. Cerco di spiegarmi.

Se è vero che la realizzazione dei diritti (anche) sociali è il fine e l’economia ha un ruolo strumentale occorre però fare i conti con quest’ultima e con i limiti che da essa derivano. Più esattamente, va osservato che l’economia significa l’uso più razionale delle risorse

scarse per il raggiungimento di obiettivi (sociali) e che la scarsità può dipendere sia da fattori extraumani – si pensi alle risorse naturali utilizzabili per la produzione – sia da fattori umani, in senso lato, ivi compresi i mezzi finanziari che possono essere messi a disposizione da soggetti umani. Possiamo quindi avere una scarsità di risorse che rende difficile, anche in presenza della miglior volontà, la realizzazione di diritti che comporti grossi costi. Ma v’è altro. La realizzazione di condizioni economiche, che consentano poi di assicurare al meglio il godimento dei diritti sociali, può esigere il sacrificio di questi ultimi nel breve periodo, laddove il mancato sacrificio può comportare una ben più grave menomazione dei diritti nel lungo periodo. Nel campo economico si verifica quanto avviene, *mutatis mutandis*, in altri campi e un esempio ci è offerto dalla medicina. Il medico, nel tentativo di risanamento dei malati, deve tener conto dei limiti posti dalla biologia e può praticare terapie in quanto queste non siano precluse dai vincoli della biologia. Così pure il medico, per curare malattie e relative sofferenze, può essere costretto ad effettuare trattamenti sanitari dolorosi che, nel breve periodo, accrescono la sofferenza dei pazienti.

Quanto detto poc’anzi trova riscontro in tante affermazioni di economisti o di esperti delle discipline economiche. Per limitarci a

sporadici *flash*, si può ricordare la valutazione critica di Einaudi nei confronti di politiche volte ad imporre l’assunzione di lavoratori anche contro la convenienza economica delle imprese e l’osservazione secondo cui il risultato nel lungo periodo di tali misure sarebbe stato costituito da un minor incremento dell’occupazione nel futuro (v. in tal senso lo scritto del citato economista, *Chi vuole la disoccupazione?*, in Einaudi, *Il buongoverno*, cit., p. 345 ss.). Se poi vogliamo venire a tempi più recenti, e con riferimento ad Autori collocati a sinistra, mi limito a ricordare le riflessioni critiche di un economista del calibro di Salvati (v. il volumetto di M. Salvati, *Tre pezzi facili sull’Italia*, Bologna, 2011, soprattutto p. 57 ss.) nonché la ricca ricostruzione delle vicende economiche italiane, ad opera di un costituzionalista, quanto mai autorevole e dotato di buona conoscenza dell’economia (anche per incarichi istituzionali ricoperti), e di uno storico di buon livello (v. G. Amato, A. Graziosi, *Grandi illusioni*, Bologna, 2013). In queste opere si trova, corroborata da una lucida analisi, una severa critica della politica italiana, soprattutto dall’avvento del centro-sinistra in poi, per la dissipazione finanziaria, per il mancato ammodernamento delle strutture economiche e per una tendenza a soddisfare le più disparate esigenze individuali, quindi a realizzare diritti sociali, senza tener conto dei vin-

coli che pure economia e finanza pongono e le cui conseguenze si fanno prima o poi sentire pesantemente. Soprattutto nel volume di Amato e Graziosi, viene sottolineata criticamente l'illusione consistente nel "credere che tutto fosse possibile", e quella definita "illusione delle aspettative crescenti, della possibilità di una crescita infinita" (v. A. Amato, A. Graziosi, *Grandi illusioni*, cit., 9). Il quanto mai legittimo, anzi meritevole, intento di realizzare i diritti sociali, *in primis* la piena occupazione, senza però curarsi dei vincoli che tale orientamento doveva invece tener ben presenti, questa irragionevole, per il modo in cui si è tradotta, "ideologia dei «diritti» e in particolare dei «diritti acquisiti»" (per usare ancora i termini dei due Autori citati), ha condotto proprio a quella grave violazione del diritto al lavoro ed a quelle difficoltà, che sono messe in luce e lamentate anche nello scritto di Zagrebelsky.

Sulla base delle considerazioni poc'anzi avanzate, non sembra affatto giustificata la condanna di certe misure, miranti a garantire l'equilibrio finanziario oppure a promuovere la competitività delle imprese (italiane). Si allude agli accenni polemici di Zagrebelsky, già richiamati in precedenza, contro i contratti collettivi *in pejus* oppure contro la preoccupazione di avere una benevolenza dei "mercati". Se il costo del lavoro in certi settori può essere

eccessivo per le imprese, ritengo sia preferibile una riduzione eventuale di retribuzione dei lavoratori piuttosto che la chiusura delle fabbriche o la cessazione di attività con licenziamento, salvo che – in ciò riprendiamo in altra forma uno spunto contenuto nel volume di Amato e Graziosi – si ritenga preferibile la peggior soluzione "naturale" (la fine delle attività indotte da quell'entità impersonale che è il mercato) alla soluzione meno peggiore intenzionalmente seguita da imprenditori e sindacati. Se, anche in seguito ad una politica di spesa incontrollata, abbiamo necessità di ricorrere al mercato finanziario, cioè a prestiti di investitori, onde avere denaro per pagare pensioni e stipendi (di pubblici dipendenti) nonché assicurare un reddito ai lavoratori di tanti settori, dobbiamo preoccuparci dei "mercati" non per amore degli operatori finanziari, bensì di coloro che altrimenti potrebbero avere difficoltà nel percepire pensioni o stipendi, e quindi proprio per realizzare, in quanto possibile, i diritti sociali.

Concludo queste osservazioni critiche con una duplice puntualizzazione anche al fine di evitare equivoci e di delimitare la materia del contendere. La critica mossa alle... critiche dell'Autore del volume in oggetto e la tesi avanzata circa la necessità che ogni progetto di realizzazione dei diritti sociali, *in primis* del diritto al lavoro, tenga

conto dei vincoli dell’economia non significa, ovviamente, che tutte le misure di politica del lavoro, che siano adottate a favore delle imprese o di operatori finanziari, siano automaticamente valide. Si è voluto solamente sostenere che una politica del lavoro, che comporti sacrifici dei lavoratori, deve essere criticata non a priori, ben potendo essa costituire il “meno peggio” per i lavoratori, ma solo se, in concreto, si dimostri, e con dimostrazione rigorosa, che fossero possibili e praticabili misure meno onerose. In secondo luogo, chi scrive vuole precisare di non essere un seguace del liberismo, né un apologeta della globalizzazione come si sta attuando. Lo scrivente non ha nel suo DNA politico-culturale autori come von Hayek, Einaudi, o la Scuola di Chicago, bensì intellettuali come Rosselli, Bobbio, Ruffolo (per menzionarne solo alcuni) e per vari aspetti della politica si è trovato, e si troverà prevedibilmente in futuro, più al fianco di Gustavo Zagrebelsky che non dei liberisti. Il dissenso sorge dalla convinzione che la via necessaria per la miglior realizzazione dei diritti sociali, e del diritto al lavoro, sia l’abbandono, esplicito od implicito, di ogni concezione volontaristica dell’economia, che è poi il presupposto per la fede in soluzioni miracolistiche e per “grandi illusioni”, con tutte le conseguenze negative che l’esperienza ci mostra.

4. Il secondo ordine di rilievi è più strettamente di natura politico-giuridica e riguarda l’utilizzazione della Costituzione in un discorso sulla politica del lavoro.

Partiamo da un assunto di fondo: (anche) a parere dello scrivente, bene hanno fatto i costituenti a sancire il “principio lavorista” (per usare un’espressione della dottrina, cioè di Mortati, Onida, ed altri); pure bene hanno fatto i giuristi che hanno concretizzato la portata degli articoli relativi al lavoro nonché ad altri interessi degli individui meno abbienti. Inoltre, riprendiamo, con adesione, la notazione di Zagrebelsky, secondo cui ci sono pretese di natura costituzionale che hanno “come luoghi tutelari i tribunali”, altri che invece “hanno come referente la politica” (per ripetere la già richiamata espressione dell’Autore). Nel secondo caso le pretese non sono diritti perfetti perché impongono la conduzione di politiche, ma nondimeno sono diritti, sia pur “condizionati da politiche congruenti”. Ora il rilievo che vorrei muovere riguarda la significatività, la efficacia sostanziale (non formale, si sottolinea la differenza), di pretese che abbiano “come referente la politica” e quindi l’utilità, che non sia solo di natura retorica, dell’invocazione della Costituzione per la realizzazione di tali pretese. Cerco di motivare tale affermazione.

Le norme costituzionali hanno un diverso impatto, una diversa

operatività, se siano rivolte agli organi giurisdizionali, oppure agli organi di indirizzo politico. Se dette norme investono i “tribunali”, possono avere un impatto significativo, poiché è intrinseca alle funzioni di detti organi l’attuazione della legge in senso lato (ivi compresa la Costituzione) ed è loro tendenza naturale espandere la portata delle prescrizioni giuridiche. Diverso discorso va fatto, a parere di chi scrive, per le norme che si rivolgono alla “politica”. Ci può, certo, essere un’influenza delle disposizioni costituzionali anche sull’indirizzo politico, ma direttamente, a mio parere, solo in materie di organizzazione costituzionale. Per intenderci, la previsione costituzionale delle regioni, del referendum, della Corte costituzionale, ecc., non è stata irrilevante per la “politica”, perché la mancata attuazione di questi enti od organi ha costituito un illecito anche di natura politica, con conseguenze sfavorevoli nel lungo periodo, e comunque senza detta disciplina costituzionale mai sarebbero nate le regioni, la Corte costituzionale, ecc.. Nell’ambito invece dei rapporti fra Stato e cittadini la portata delle prescrizioni costituzionali è quanto mai scarsa o nulla, posto che nella tutela degli interessi degli individui singoli od associati avranno un peso ragioni di natura politico-sociale o culturali. Si precisa che nella mera dialettica politica, che riguarda i rapporti fra Stato e cittadi-

ni, i contenuti delle norme costituzionali sono rilevanti sì, ma lo sono in quanto tali e non in quanto sanciti da disposizioni legali.

In questa ottica, nascono le perplessità circa il diritto al lavoro, non per l’aspetto (limitato) in cui l’ha ricostruito, o lo possa ricostruire, la giurisprudenza, ma per la sua supposta influenza sull’indirizzo politico. Il problema della disoccupazione e delle misure proponibili per contrastare tale patologia sociale ed economica è aperto e di certo è all’attenzione preoccupata di intellettuali e forze politiche ed organi di governo. L’istanza dell’incremento dell’occupazione e dei redditi dei lavoratori si impone agli organi di indirizzo politico per tutte le implicazioni sociali, nonché per le ricadute di natura elettorale, che può avere, e la presenza dell’art. 1, o di altre disposizioni, attinenti al lavoro, della Costituzione aggiunge ben poco all’assillo di questo problema ed alla capacità di risolverlo. Del resto, si può osservare che tale problema del lavoro, e delle politiche ad esso funzionali, si è posto in passato e si pone al presente anche in paesi, nei quali sono assenti disposizioni costituzionali come il nostro art. 1 od altre relative al lavoro: basti pensare alla Gran Bretagna od agli U.S.A..

Sulla base di quanto detto ritengo che, pur interpretata in termini più elastici, “la Costituzione, per la parte del lavoro”, per ripren-

dere le parole di Zagrebelsky, non è “antiquata, superata dalla forza delle cose” (cfr. *op. cit.*, p. 56). Credo però che dalla Carta fondamentale non possano trarsi delle direttive di politica del lavoro, al di là di finalità e di dichiarazioni di principio e che comunque, sul punto, la Costituzione sia un debole strumento, con la limitata valenza emozionale che è propria della stessa, in quanto supporto di una volontà politica di contrasto della disoccupazione.

Le osservazioni critiche espresse ovviamente non contraddicono assolutamente la valutazione favorevole dell’opera di Gustavo Zagrebelsky, anzi, ritengo la confermino, poiché il pregio di uno scritto non è dato da un’adesione acritica dei lettori alle tesi ivi sostenute, bensì dalla sua idoneità a suscitare riflessioni e discussioni su temi importanti, ed in ciò il lavoro dell’Autore è riuscito ed ha tutte le carte in regola.

REPLICHE

«NON LO FO' PER PIACER MIO...».
BREVI OSSERVAZIONI (E QUALCHE ULTERIORE QUESITO)
SULL'“INSOSTENIBILE” AVALUTATIVITÀ
DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

Aljs Vignudelli

1. *Accordi e disaccordi.* Le belle “note a margine”¹ che Giorgio Pino ha recentemente avuto la gentilezza di dedicare al mio volume *Interpretazione e Costituzione*, in realtà, solo riduttivamente possono dirsi “note”, se è vero che esse risultano uno straordinario “condensato” di teoria del diritto (dell'Autore e non solo sua). E, al tempo stesso, neppure esse sembrerebbero tanto “a margine”, se è vero che – pur dichiaratamente non interessandosi dell'intero perimetro dell'opera recensita² – puntano tuttavia a mettere in luce il cuore³, e sia pure al dichiarato scopo di “trafiggerlo”...

Ciò detto, le questioni sollevate da Pino sono tali e tante che sarebbe vano pensare di rispondere a ogni singolo rilievo che vi si ritrova formulato.

Per potersi confrontare in modo serio con tutti gli snodi concettuali chiamati in scena, infatti, servirebbe – né più, né meno – lo spazio d'un libro e, del resto, quel libro sono (e rimango) convinto d'averlo già scritto nell'*A.D.* 2011 (a patto, è

ovvio, di considerarne seriamente il complessivo impianto architettonico)⁴. Giacché però “ripescare” e magari riproporre “in pillole” i passaggi dove idealmente affronto le singole tematiche chiamate in causa dal mio interlocutore costringerebbe a trasformare sostanzialmente questo breve scritto in un'interminabile serie di rinvii – che assumerebbero così le forme immancabilmente insopportabili d'un dialogo (o peggio d'una polemica) fra “iniziati” – non intendo infliggere a nessuno questo genere di supplizio.

Per simpatia col lettore mi limiterò piuttosto a offrire una chiave di lettura – deliberatamente selettiva, anche se spero non arbitraria – della critica che mi viene rivolta, a svolgere qualche riflessione in merito e infine a indirizzare a mia volta, come ormai da tradizione⁵, alcuni quesiti al mio “crucifisso”.

Confido in tal modo che questa divenga l'occasione tanto per precisare alcuni punti del mio lavoro che, nonostante tutto, residuano (a mio credere) incompresi, quanto

forse per dire qualcosa di (relativamente) “nuovo” approfittando del “buono” che si cela dietro ogni critica intelligente, come sicuramente sono quelle di Pino. Le quali ultime, se non mi paiono necessariamente imporre l’abbandono delle mie “vecchie” tesi, quanto meno mi offrono la possibilità di formularle meglio, d’eliminarne le residue opacità o, se del caso, d’integrarle con qualche ulteriore argomento.

Infatti, conferma della circostanza che, se il dialogo si protrae a sufficienza, quanto meno un certo accordo sui “fondamentali” si possa progressivamente costituire⁶, un indiscutibile merito da riconoscere a Pino è indubbiamente quello d’aver colto una serie d’aspetti del mio lavoro sui quali in precedenza ho avuto l’impressione di non essere riuscito a farmi intendere al meglio⁷. E se è vero che su ciascuno di questi punti Pino eleva delle obiezioni che, come cercherò di mostrare in queste pagine, non mi sembrano sufficientemente conclusive, intanto esse sono rivolte a un bersaglio correttamente individuato e non alla proverbiale “tigre di carta” evocata al solo fine di poterla abbattere con minor tribolazione.

Per ciascuno snodo procederò adesso in questo modo: riassumendo dapprima i termini dell’*accordo* fra me e Pino sul *contenuto* delle mie tesi (A) per passare poi a quelli del perdurante *disaccordo* fra di noi circa la *sostenibilità* delle medesi-

me, esponendo dunque la critica di Pino (B) e argomentando una breve risposta ad essa (C).

2. Il concetto di ‘interpretazione’.

Anzitutto Pino individua esattamente⁸ la mia definizione di ‘interpretazione’ quale attività intellettuale-conoscitiva, praticabile e praticata da chiunque, d’individuazione del significato (o dei significati, se plurimi) dei documenti normativi, retta da regole che consentano: 1) di distinguere le interpretazioni *corrette* da quelle che corrette non sono⁹ e/o; 2) di distinguere ciò che è interpretazione *in senso stretto* da tutta una serie d’altre eterogenee operazioni, le quali pure spesso passano sotto il nome di ‘interpretazione’, ma che a differenza dell’interpretazione (in senso stretto) non hanno né possono avere natura conoscitiva e parrebbero più fruttuosamente riconducibili ai diversi concetti di “integrazione” o di “co-produzione” del diritto¹⁰.

Pure esatto è il rilievo di Pino¹¹ secondo cui la mia definizione di ‘interpretazione’ è di carattere dichiaratamente *stipulativo*. In *Interpretazione e Costituzione* non pretendo cioè di dire *cosa sia* (o magari *cosa sia “in sé”*) l’interpretazione, bensì preciso convenzionalmente *cosa io intenda* quando utilizzo la parola ‘interpretazione’ nell’ambito del ragionamento che vado articolando. E lo preciso, in modo espresso e all’inizio del mio studio, pro-

prio nella consapevolezza che a questo disgraziato vocabolo fanno capo sin troppi differenti concetti (= significati), e che dunque procedere senza chiarire quello al quale esclusivamente ci si rifà finirebbe fatalmente per accrescere la già ragguardevole confusione che caratterizza questa materia¹².

Sullo "statuto logico" dell'operazione stipulativa non v'è ragione particolare d'insistere, giacché anche qui il mio interlocutore ha idee chiare e condivisibili: una stipulazione non è né vera, né falsa, ma semmai più o meno chiara, più o meno utile, più o meno opportuna rispetto agli scopi che attraverso di essa ci si prefigge di raggiungere¹³.

Pino, pertanto, in modo corretto dal punto di vista della sintassi argomentativa, non mi contesta d'effettuare una stipulazione *falsa*, bensì di proporre una *inutile* (e forse anche schiettamente *insensata*) a fini teorico-esplicativi nonché – di conseguenza e per di più – *controproducente* per quelli (pratici) di politica del diritto che mi vengono attribuiti.

Inutile, poiché l'obiettivo di descrivere un'attività ideologicamente "adiafora" di semplice ricognizione del significato (o dei significati) dei documenti normativi sarebbe di per sé irrealizzabile, vertendo su un oggetto impossibile¹⁴.

Controproducente, poiché dall'inutilità della stipulazione da me proposta discenderebbero fatal-

mente anche la sua *inefficienza* e la sua *inefficacia* rispetto alle finalità politico-ideologiche che (si suppone) animerebbero il mio discorso.

Infatti, il mio (presunto) obiettivo (di politica del diritto) di garantire il corretto funzionamento della separazione dei poteri nel nostro ordinamento¹⁵ – facendo in modo che ciascuno dei soggetti coinvolti (e in particolare il giurista/interprete) si assuma le proprie responsabilità allorché svolge attività di tipo *lato sensu* politico¹⁶ – sarebbe ostacolato dal qualificare come scientifica un'attività (quella dell'interpretazione in senso stretto) che in realtà non può esserlo, quando invece lo si potrebbe realizzare in grado più elevato riconoscendo (già a livello delle stipulazioni iniziali) «la politicità di *tutte* le attività interpretative»¹⁷.

Per parte mia, cercherò ora di confrontarmi con gli argomenti di Pino per dimostrare viceversa come, nell'ordine, (1) la mia stipulazione, a certe condizioni, abbia una sua utilità a fini descrittivi, nonché (2) consenta, rispetto all'alternativa prospettata da Pino, anche una migliore realizzazione dei citati fini di politica del diritto, sui quali peraltro vorrei tornare in conclusione di questo scritto per evitare alcuni ulteriori (ed inutili) fraintendimenti.

3. Il mito di Tantalos: la scientificità impossibile. Per sostenere come la

mia stipulazione in ordine all'interpretazione giuridica sia un sostanziale "fuor d'opera" (seppur animato dalle migliori intenzioni), Pino ricorre a un'argomentazione apparentemente molto lineare. Da una parte qualifica, almeno in prima battuta, il diritto come un fenomeno linguistico¹⁸, all'interno del quale la comunicazione avviene per il tramite di enunciati (le disposizioni normative). Dall'altra parte, sostiene che il diritto così inteso – vale a dire, parrebbe, come insieme di enunciati linguistici prescrittivi – costituisce un oggetto dell'attività interpretativa «tale da rendere inattingibili le qualità di scientificità, avalutatività e conoscibilità»¹⁹ che io attribuisco (stipulativamente) all'interpretazione giuridica.

Pino precisa inoltre – ed è una puntualizzazione assai importante, che sarà necessario riprendere – come l'impossibilità di concepire una significazione (= interpretazione) degli enunciati normativi quale atto di semplice conoscenza (in questo senso scientifico e avalutativo), pertanto, dipenderebbe da ragioni "oggettive", legate cioè all'*oggetto* di tale (impossibile) conoscenza. *Non* dipenderebbe, viceversa, dalla semplice considerazione "soggettiva" secondo cui «*di fatto* i giuristi non riescono o non vogliono comportarsi da scienziati mossi da fini conoscitivi»²⁰.

Di séguito, Pino espone le ragioni per cui la comunicazione giuridi-

ca non potrebbe funzionare in modo analogo alla comunicazione prescrittiva ordinaria, dove pure di solito ci s'intende senza troppi patemi. La "specialità" della prima rispetto alla seconda sarebbe, riassumendo, costituita da uno sfondo generale²¹ sul quale s'innesterebbe un formidabile elenco d'ulteriori e più specifici fattori²² quali fonti di genuini e «pressoché inevitabili»²³ dubbi interpretativi.

3.1. Sugli assiomi dell'Indeterminatezza Radicale (lo sfondo generale). Iniziamo allora, sinteticamente, col dire che lo "sfondo generale" della comunicazione giuridica tratteggiato da Pino parrebbe di per sé tanto condivisibile negli elementi costitutivi, quanto poco persuasivo rispetto alle conclusioni che se ne traggono o che si vorrebbero suggerire come implicite al lettore.

Le caratteristiche indicate quale cornice generale della comunicazione legislativa e che spiegherebbero come essa *non* potrebbe funzionare al pari di quella ordinaria sarebbero le seguenti: 1) l'emittente (il legislatore) è un soggetto collettivo, *per tanto* non se ne potrebbe chiaramente individuare un'unica intenzione come nel caso del singolo individuo; 2) la comunicazione legislativa consta di prescrizioni destinate a non esaurirsi in un unico atto d'applicazione ("astrattezza") e che non si riferiscono a oggetti o soggetti singolarmente individuati,

bensi a enti riconducibili a una certa classe ("generalità"), *pertanto* è spesso costretta a utilizzare termini generali, generici, indeterminati; 3) il contesto di emissione e quello di ricezione del messaggio comunicato non coincidono, *pertanto* è possibile che fra l'emissione e la ricezione del messaggio mutino gli usi linguistici, il contesto d'applicazione (la c.d. "realtà socio-economica") del precetto o quello normativo (le altre disposizioni/norme dell'ordinamento).

Essendomi già ampiamente occupato in *Interpretazione e Costituzione* di ciascuna di queste tematiche – qui riproposte senza particolari innovazioni rispetto alla loro trattazione più diffusa, di cui appunto nel mio lavoro monografico cercavo di mostrare la difficile sostenibilità razionale – mi limiterò a dei cenni davvero essenziali.

Anzitutto va rilevato come il primo punto, relativo alla difficile individuazione d'una (chiara) *intentio legislatoris*, parrebbe (caritatevolmente) da leggere in connessione *necessaria* coi due seguenti (entrambi, tuttavia, soltanto *eventuali*...). Supporre che la difficile individuabilità (o addirittura l'assenza) d'una volontà prescrittiva derivi *sic et simpliciter* dal fatto che l'emittente nella comunicazione sia un soggetto collettivo e non un singolo individuo, infatti, parrebbe di per sé contraddetto da una massa monumentale di dati empirici di segno opposto.

Per capirci, tanto i consigli di amministrazione delle S.p.A. quanto le più prosaiche assemblee di condominio assumono regolarmente delle decisioni che devono essere eseguite (e dunque dettano *regole* che uno o più esecutori designati debbono *applicare*) eppure nessuno sembrerebbe paventare che la relativa semantica sia sconvolta da chissà quali "tempeste siberiane" e lo stesso dicasi per l'ipotesi ancor più domestica della coppia di genitori che "catechizza" il proprio figlio, spiegandogli appunto quel che può, deve o non deve fare.

Certo, il problema d'individuare una chiara e univoca volontà dei soggetti collettivi esiste e si pone diversamente che non rispetto ai singoli individui. Tuttavia, questo non è legittimo sicuramente, e non legittimo neppure nel caso del legislatore, a transumare mansueti verso tesi secondo cui, "visto che" non avrebbe senso ricorrere a indagini psicologizzanti, "tanto varrebbe" (o addirittura sarebbe "per forza di cose" necessario) ricorrere a finzioni come quella di soggetti *atemporalis* e *astratti*, contrapposti a quelli *storici* composti dai loro *concreti* membri. Infatti, che *esista* un'intenzionalità collettiva (storica e concreta), seppur differente da quella dei singoli componenti del collegio, è banalmente la *premessa* d'ogni seria indagine sul punto²⁴.

Che poi questa volontà collettiva sia idonea ad essere accertata in una

misura che consenta *sempre* d'individuare, per la connessione delle parole legislative, un significato sufficientemente preciso da risolvere *ogni* caso che possa presentarsi non è causa che io abbia mai inteso patrocinarlo.

M'accontento, più modestamente, di sostenere che da una parte (1) non vedo alcun vantaggio epistemico nel sostituire con un ectoplasma, qual è la metafisica volontà "astratta" del legislatore, il dato reale dell'intenzionalità espressa del legislatore storico e come dall'altra parte (2) seppur indubbiamente per certi versi difficile da definire e da accertare nei suoi dettagli, un nucleo d'intenzionalità legislativa sia viceversa conoscibile e utile. Tale utilità si palesa soprattutto "in negativo", per escludere certi significati dal novero dei possibili²⁵, ma anche, sia pure in misura minore, "in positivo", per individuare un manipolo di situazioni-tipo certamente rientranti nell'ambito applicativo della norma al momento in cui veniva varata la relativa disposizione.

Proprio la presenza d'una *intento legislatoris*, d'altro canto, parrebbe "sdrammatizzare" il fin troppo romanzato discorso sulla generalità e sull'indeterminatezza radicali che affliggerebbero il lessico giuridico-legislativo.

Per prima cosa, come lo stesso Pino ammette, l'utilizzo di termini *generali* (riferiti cioè a classi: [tutti] i cittadini, non il cittadino *x*; [tutte]

le automobili, non l'automobile *k*), *vaghi* (d'incerta applicazione per una serie di situazioni marginali) o *generici* (riferiti indifferentemente a una pluralità di situazioni diverse)²⁶, è un'occorrenza sì *tipica* della legislazione, ma *non necessaria*.

E allora verrebbe intanto da chiedere: non potrebbe l'interpretazione degli enunciati normativi dirsi scientifica *quanto meno* allorché tali caratteristiche del linguaggio *non* ricorrano?

Anche nel caso tipico della legislazione generale e astratta, ad ogni modo, giova ricordare come tutte le menzionate qualità semantiche degli enunciati legislativi siano proprietà che, se presenti, possono ricorrere in "grado" assai diverso, potendo dunque porre all'interprete difficoltà *più o meno* intense, e comunque – dato ancor più importante – *non certo in ogni istanza interpretativa*.

L'ormai "mitico" (e, a esser onesti, sfinente esempio del) divieto di ingresso ai 'veicoli' in un parco pubblico porrà forse problemi interpretativi(/applicativi) nel caso di monopattini e ambulanze, ma non certo per il neopatentato che in mezzo a margherite, passeggi e anatroccoli derapasse audacemente con la sua nuova *Cayenne Turbo* come in una Carrera Messicana.

E ancora, consideriamo per un istante senza isterie l'*archetipo* stesso della categoria dei termini vaghi – quelli, per capirci, che faticica-

mente ricorrerebbero nel lessico legislativo – costituito dall'aggettivo 'calvo'. Ebbene, è certamente vero che il criterio (la quantità di capelli) per distinguere il calvo dal capelluto è impreciso, e dunque non consente di qualificare con sicurezza *in ogni circostanza* un soggetto secondo l'una o l'altra delle categorie. Altrettanto certamente, tuttavia, questo non parrebbe comportare di per sé la *generale* impossibilità di distinguere utilmente grazie ad esso (criterio), proiettandoci in un "universo parallelo" dove Bob Marley verrebbe fatalmente a confondersi col tenente Kojak.

Dunque, anche qui, verrebbe da chiedere: *pure in questi ultimi casi* l'interprete sarebbe fatalmente chiamato a effettuare "scelte di valore" nella significazione dell'enunciato legislativo o non potrebbe, più serenamente, limitarsi alla ricognizione d'un significato preesistente e sufficientemente univoco?

Certo, si dirà, per definizione *non tutti* i casi sono "paradigmatici". Ma non sarebbe altrettanto assurdo supporre che esistano unicamente savane di *hard cases*?

E se appunto esistono, *anche* con riferimento a termini generali, generici o vaghi, delle "ipotesi paradigmatiche", questo parrebbe dovuto – daccapo – specificamente alla famigerata *intentio legislatoris* (il legislatore voleva disciplinare in una data maniera *quanto meno* quei casi), la quale dunque se non altro

eviterà che s'applichi il divieto d'ingresso ai 'veicoli' anche ai barboncini o alle miniature della Burago o, per altro verso, che si dubiti della sua applicazione al nostro "uomo Porsche" di qualche riga più sopra.

Che questo poi finisca per "fissare" gli usi linguistici al tempo in cui il precetto è stato originariamente formulato è rilievo in un certo modo esatto, ma da precisare e comunque non così drammatico come lo si amerebbe dipingere.

Da una parte, infatti, ciò avverrà molto più per il significato *intensionale* d'un vocabolo, cioè per l'insieme delle caratteristiche che definiscono il concetto designato dalla parola, che non per il significato *estensionale*, vale a dire per l'insieme degli "oggetti del mondo" a cui il predicato in questione si applica. Dall'altra, nulla esclude che tanto i nuovi usi linguistici della vecchia espressione legislativa, quanto i casi "nuovi" a suo tempo non contemplati dal legislatore, possano essere presi in considerazione anche se rispetto ad essi una specifica volontà legislativa è da ritenersi assente, ad esempio qualora l'ordinamento in parola preveda una qualche forma d'auto-integrazione.

Né sembrerebbe poi da dimenticare – al di là, ovviamente, della sempreverde possibilità per il legislatore d'intervenire con una nuova disciplina della materia – che spesso è la stessa formulazione del precetto a risolvere in anticipo la que-

stione del proprio “aggiornamento”. Questo accade quando, ad esempio, al posto d’elencazioni tassative s’utilizzino espressioni come quella dell’art. 21 Cost., dove oltre alla «parola» e allo «scritto» si tutela «ogni altro mezzo di diffusione» del proprio pensiero, esprimendo così una specifica “apertura” all’inclusione di nuove ipotesi originariamente non previste.

Osservazioni, queste, che ci hanno già introdotto al centro del terzo elemento dello “sfondo generale” affrescato da Pino, vale a dire la possibile distanza temporale fra il contesto d’emissione del precetto giuridico e quello della sua ricezione.

Se degli usi linguistici e del loro cambiamento già s’è detto, quanto al resto anche qui vale la pena di precisare come io non abbia mai inteso negare che il contesto ordinamentale, a certe condizioni, per lo meno *possa* (in vario grado) influire sulla significazione della singola disposizione giuridica²⁷. E d’altro canto, come già si vedeva, è persino ovvio che una mutata realtà fattuale possa segnalare dei casi non presi in considerazione (e magari neppure concepibili) dal legislatore al momento della redazione del precetto scritto.

Questo, tuttavia, non mi pare affatto giustificare la conclusione secondo cui contesto d’*emissione* e contesto d’*applicazione* (in cui viene automaticamente risolto quello di

ricezione...) del precetto tutto sommato s’equivalgano o magari che nel caso – peraltro, si torna a dire, solo *eventuale* – d’una distanziamento temporale il secondo possa (o addirittura debba) prevalere sul primo.

Segnatamente l’esistenza d’una concreta volontà prescrittiva dell’emittente, viceversa, mi fa ritenere che, in caso di dubbio (o di “conflitto” tra i potenziali esiti), a risultare (epistemicamente) privilegiato per l’assegnazione di senso all’enunciato giuridico sia più il contesto d’emissione rispetto a quello d’applicazione dell’enunciato prescrittivo.

Le posizioni che, esplicitamente o implicitamente, suggeriscono una prevalenza del contesto d’applicazione del precetto, infatti, finiscono tutte per basarsi sul seguente argomento, palesemente *controfattuale*: se il legislatore avesse *oggi* formulato una disposizione siffatta (= “se mia nonna avesse le ruote...”), *allora* l’effetto coerente con la *ratio* della relativa norma sarebbe *x*, diverso da *y* quale invece era al momento della concreta redazione del precetto, *dunque* bisognerebbe interpretare la detta disposizione come *N_x* e non come *N_y* (= “...sarebbe una carriola!”). Malauguratamente, però, si tratta d’un assunto basato proprio su quella *finzione* del legislatore astratto, di cui già s’è detto, e che si rivela *ictu oculi* difficilmente compatibile con la constatazione,

stavolta *fattuale*, che se il legislatore oggi desiderasse davvero gli effetti prodotti dalla norma Nx (e non invece quelli della "vecchia" norma Ny) non avrebbe che da intervenire, cambiando direttamente (ed espressamente) la relativa disposizione.

La dimostrazione di ciò parrebbe peraltro offerta proprio dall'esempio delle sigarette elettroniche più volte citato da Pino come il famoso "caso nuovo" che potrebbe legittimare un'interpretazione differente del medesimo precetto legislativo (situazione peraltro – guarda un po' – risolta poi con un esplicito *intervento del legislatore* e non certo a colpi d'interpretazioni "decisorie" ...).

L'interpretazione del medesimo enunciato (supponiamo, per comodità, espresso dal classico cartello «vietato fumare» esposto nei locali pubblici) sarebbe potenzialmente diversa nel caso delle sigarette contenenti tabacco (qui la fattispecie concreta "fumo di sigaretta" si sussume in quella astratta "vietato fumare") rispetto a quello delle sigarette elettroniche (qui la fattispecie "fumo di sigaretta" potrebbe anche non sussumersi nella fattispecie astratta "vietato fumare").

Ergo, secondo Pino, l'enunciato 'vietato fumare' sarebbe *sempre* interpretabile in modo diverso di fronte a un caso nuovo, di modo che la scelta interpretativa alla base della decisione di sussumere o

meno il caso nuovo nella norma espressa dalla vecchia disposizione sarebbe *sempre* frutto di un'attività valutativa e non meramente ricognitiva d'un significato normativo preesistente²⁸.

Domanda: passi per il caso "nuovo" (o meglio, per un particolare caso nuovo che sollevi dubbî sulla coerenza con la *ratio legis* dell'applicazione del divieto), ma – daccapo – l'interpretazione/applicazione diverrebbe *sempre* discrezionale, anche "retroattivamente", per il caso "vecchio"?

Sarebbe interessante avere al più presto lumi da chi di competenza, perché in caso positivo la tentazione d'alleggerire le lunghe ore dei prossimi appelli invernali con piramidi di Montecristo No. 2 oppure con pipe Dunhill imbottite da once di Balkan Sobranie diverrebbe letteralmente irresistibile...

3.2. Racconti della *craquelure* (gli argomenti specifici). Sugli argomenti specifici chiamati in causa da Pino (13 punti, verosimilmente solo esemplificativi...), come già anticipavo, davvero non vorrei scendere nel dettaglio e per una trattazione sistematica dei singoli aspetti del problema non vedo altra alternativa se non quella di rinviare alla lettura di *Interpretazione e Costituzione*²⁹. Quel che posso dire in questa sede, cercando una volta di più di riassumere, è che lo scenario evocato dal mio interlocutore, come spesso ca-

pita in questo diffuso genere di rappresentazioni vagamente apocalittiche, imbastisce un impressionante “affresco” di tutti i possibili “intoppi” che possono capitare nella comunicazione giuridica.

Si discorre, fra l'altro, delle varie forme d'indeterminatezza dei termini giuridici, di *open texture*, dei casi non previsti al momento della redazione del precetto, delle lacune e delle antinomie, del brocardo *cessante ratione legis cessat ipsa lex*, della “necessità” d'evitare applicazioni irragionevoli delle norme, dei molteplici livelli di legalità (e dell'opportunità d'effettuare interpretazioni adeguatrici), della pluralità di “tecniche interpretative”, dell'interesse (pratico) divergente degli attori giuridici, delle diverse ideologie circa le fonti del diritto riscontrabili presso di loro e di molto altro ancora.

Alcune considerazioni (*rari nantes in gurgite vasto...*) in ordine sparso, allora, a cominciar da quella per cui si tratta di problematiche *assai eterogenee*, per almeno due ordini di ragioni rilevanti ai fini che qui ci occupano.

Da una parte, intanto, in diverse ipotesi qui *non* si tratta di tematiche *interpretative* in senso stretto. Infatti, pur mettendo da parte la differenza fra *interpretazione* e *applicazione*³⁰ – sulla quale ultima soltanto vertono, per lo più, i problemi “interpretativi” segnalati da Pino –, molte questioni non vertono a rigo-

re né sull'interpretazione c.d. *in abstracto* (interpretazione orientata ai testi), né su quella *in concreto* (interpretazione orientata ai casi = applicazione)³¹.

Non è così, ad esempio, nel caso delle *lacune* – la cui individuazione è prolettica all'*integrazione* dell'ordinamento –, giacché l'assenza d'una disciplina giuridica specifica per una fattispecie *x* (ritenuta giuridicamente rilevante in quanto simile in un elemento essenziale alla fattispecie *y*, già regolata dal diritto), per essere riscontrata, *presuppone* appunto l'interpretazione in senso stretto delle disposizioni potenzialmente rilevanti.

E neppure parrebbe porre problemi interpretativi (in senso stretto) il verificarsi di *antinomie*, giacché, verrebbe da dire “per definizione”, i contrasti fra norme (= *anti-nomie*), per essere riscontrati, di nuovo *presuppongono* appunto la conoscenza del contenuto di queste norme, e dunque danno l'interpretazione in senso stretto già per avvenuta³².

Sa solo il Cielo poi come possa essere considerata interpretativa la riflessione sulla desuetudine evocata dal latinetto *cessante ratione legis cessat ipsa lex*, là dove – al di là d'ogni considerazione circa la sostenibilità giuridica di questo adagio – certamente non si tratta di sostenere che la data disposizione non esprima più alcuna *valenza semantica* (come se le parole che la com-

pongono, d'un tratto, "non significassero più nulla" (...), ma piuttosto che non la si debba più considerare *in vigore*.

Il che ci conduce all'altro "versante" della già segnalata eterogeneità delle fonti di dubbî (*soi-disant* interpretativi) citate da Pino, vale a dire il loro mescolare problematiche *epistemiche*, relative alla *conoscenza* del contenuto degli enunciati legislativi, con preoccupazioni *pratiche*, relative alla *valutazione* (positiva o negativa) *degli effetti* che l'applicazione delle norme così desunte avrebbe "sul mondo".

Come altrimenti considerare, infatti, oltre alla già citata idea della c.d. *interpretatio abrogans*, elementi quali le «considerazioni consequenzialiste» o la «necessità di evitare applicazioni irragionevoli o assurde di una norma»³³? Qui la presunta "necessità", evidentemente, è tale solo se si conviene che per qualche ragione (strutturale o magari assiomatica) il diritto debba *sempre e comunque* fornire una disciplina (percepita come) *ragionevole*, e non soltanto *possibile*, del comportamento umano. Venuto meno questo presupposto³⁴, tuttavia, anche l'implicazione necessaria cade, e con essa il potenziale effetto sull'interpretazione in senso stretto.

A ciò s'aggiunga inoltre come, a ben vedere, nell'elenco di Pino facciano talora capolino, citate quali fonti di "oggettivi" dubbî interpretativi, questioni che apparentemen-

te s'era convenuto d'escludere dal perimetro degli argomenti ammessi, come il possibile comportamento *di fatto* non conforme a scientificità tenuto dai giuristi in ambito interpretativo.

Come altrimenti considerare, infatti, la «disponibilità, in una cultura giuridica appena minimamente complessa, di una molteplicità di differenti tecniche interpretative e argomentative, ciascuna delle quali può potenzialmente suffragare conclusioni interpretative diverse»³⁵, che non a caso poco più avanti s'identifica con la «molteplicità di interpretazioni di fatto rese dagli operatori giuridici»³⁶? Ed ecco che, in questo modo, quel che si era fatto uscire dalla porta parrebbe rientrare quatto quatto dalla finestra...

Ma infine, ammesso e non concesso che, superando tutte queste perplessità, s'arrivassero a considerare gli elementi citati da Pino quali cause "oggettive" d'autentici dubbî interpretativi, sarebbe mai possibile pensare – come viene apparentemente dato per scontato dal mio interlocutore – che tali problemi davvero si verificchino *sempre*, disgiuntamente o magari tutti insieme, per *ogni singola* istanza interpretativa³⁷?

Detto altrimenti, è verosimile immaginare che l'interprete, posto di fronte a un enunciato normativo, si ritroverà *sempre* davanti, alternativamente o addirittura cumulativamente, a casi di monopattini o am-

bulanze, di *rationes legis* poco chiare od ormai obsolete, di tecnicizzazioni plurime, non univoche o distanti dal linguaggio ordinario, di disposizioni fraseggiate per “clausole generali”³⁸ e così avanti?

La questione, si badi, è tutt’altro che secondaria e solo apparentemente provocatoria, giacché dietro il dato quantitativo o statistico (sul quale, peraltro, molto vi sarebbe da discutere) si cela un aspetto concettuale semplicemente decisivo.

La forza dell’argomento critico di Pino, infatti, sta e cade col fatto che un’interpretazione oggettiva non possa darsi *mai* o, detto altrimenti, che «*tutte* le attività interpretative»³⁹ sarebbero, e non potrebbero che essere, operazioni di carattere *lato sensu* politico. Peccato che, come tutti gli argomenti basati sulla *necessità*, essi sono sì fortissimi, ma basta anche *un solo caso* contrario – nel nostro discorso, una sola ipotesi in cui *non* si verificchino gli inconvenienti di cui sopra – per confutarli in radice.

Al buon senso di chi ci legge, allora, valutare verosimiglianza o “fantascientificità” di tale occorrenza...

4. Interpretazione e “altri disastri”.

Certo, scorrere le elencazioni di tutti i problemi che possono affliggere la comunicazione giuridica è un po’ come sfogliare un manuale di patologia medica: se già non si è ipocondriaci, si può sempre diventare un po’ “allarmisti”.

Se tuttavia quel che s’è scritto finora ha un senso – e se dunque si rifiuta l’assioma “argantiano” secondo cui tali e tante sono le possibili malattie che sarebbe impossibile non averne almeno una –, se ne deve dedurre come, *almeno in alcuni casi*, anche il più volenteroso degli interpreti dovrà (epistemicamente) rassegnarsi a placare la propria “volontà partecipativa”, accontentandosi d’una attività di significazione degli enunciati legislativi scevra da profili di valutatività/discrezionalità e che dunque in questo senso possa dirsi scientifica.

Ed è precisamente in *questo* senso che la mia stipulazione mi pare mostrare la sua utilità a fini teorico-esplicativi, consentendo di distinguere quando – a scanso di equivoci, non solo ma *anche* a fini applicativi – semplicemente *s’interpretano* i documenti normativi (e poi magari s’applica l’unica norma così epistemicamente ricavabile), e quando invece si fanno *altre cose*, come nel caso della c.d. *interpretazione “decisoria”* (là dove, contingentemente, si opta per uno solo dei plurimi significati parimenti ammissibili) o dei varî procedimenti d’*integrazione* dell’ordinamento.

Mi trovo pertanto d’accordo con Pino quando suggerisce di distinguere fra un’interpretazione *ricognitiva* ed una *decisoria*⁴⁰, ma per le ragioni sopra indicate non sono per nulla convinto che l’interpretazione ricognitiva debba “riconoscere” il

valore epistemico di tutta una serie di dati che invece Pino (in ottima compagnia) ritiene evidentemente rilevanti (comportamento *di fatto* assunto da certi interpreti, argomentazioni di carattere pratico, preponderante rilievo del contesto d'applicazione e così avanti).

Quanto poi al discorso secondo cui il confine fra interpretazione e integrazione talora si faccia incerto, fino quasi a scomparire, trovo curioso che Pino chiami in causa il noto esempio della differenza (impossibile?) fra *interpretazione estensiva* e *analogia*.

Il quale costituisce sì un ottimo argomento, ma per la causa *opposta* a quella che Pino parrebbe voler sostenere. Esso, infatti, vale solo egregiamente a dimostrare come l'interpretazione c.d. estensiva *non* costituisca interpretazione *in senso proprio* (= ai sensi della stipulazione di cui qui si discorre) e come il tentativo di differenziarla dall'integrazione analogica sia, essenzialmente, soltanto un *cheap move* fabulatorio talora utilizzato per eludere il divieto d'analogia in materia penale.

Proprio la vicenda teorica citata da Pino, quindi, da una parte mi parrebbe la miglior conferma della bontà della mia proposta di differenziare in modo chiaro sin dalle scelte stipulative 'interpretazione' e "*Other Disasters*" e dall'altra parte consente di formulare uno dei più evidenti paradossi della teoria "pan-interpretativa" adottata, fra

gli altri, anche dal mio interlocutore.

Il paradosso è il seguente: ma se tutti i teorici più attenti (compreso Pino!)⁴¹ convengono che sotto il nome di 'interpretazione' s'annoverano oggetti così diversi ed eterogenei – e quanto meno sul versante analitico dovrebbe convenirsi circa il fatto che problemi differenti e specifici richiedano a loro volta trattazioni *differenti* e *specifiche* – come mai ci si ritrova poi a proporre una teoria dell'interpretazione giuridica irrimediabilmente *indifferenziata* e *generica*?

5. *Le regole dell'interpretazione fra anomia metodologica e nomofobia giuridica.* A leggere bene fra le righe, per esser franchi, è difficile scrollarsi di dosso la sensazione che alla fin fine l'idea retrostante alle correnti teoriche sull'interpretazione giuridica oggidi più diffuse non sia (quanto meno non sia *primariamente*) una riflessione sulla semantica degli enunciati normativi, ma piuttosto un tentativo molto ampio «di capire cosa fanno realmente i giuristi quando fanno il loro lavoro»⁴², riassumendo tutto questo genericissimo "fare" sotto il nome di 'interpretazione'.

E, fra gli altri fatti, è certamente un fatto pure che dal punto di vista storico i giuristi abbiano spesso concretamente mostrato una spiccata insofferenza rispetto alle *regole*, tanto metodologiche quanto giu-

ridiche, idonee a limitare il proprio margine di manovra nel “trattamento” dei documenti normativi (che comunque pubblicamente hanno sempre preteso di descrivere nel loro “oggettivo” significato).

Trattasi di quell’atteggiamento vagamente ossessivo (e talora insoffribile), d’indiscusso interesse psicanalitico, tipico di coloro che si sentono *a priori* “investiti” d’un qualche ruolo salvifico – quasi che il giurista dovesse concorrere “per diritto dinastico” allo sviluppo e magari anche alla perfezione dell’ordinamento – e che proprio per questo “insorgono” di fronte a presunti soprusi che impedirebbero loro d’espletare liberamente tale (sacrosanta?) “missione”.

Siffatta reazione, ai fini che qui interessano, parrebbe dal canto suo esprimersi in modo perfettamente complementare, da una parte, attraverso la metabolizzazione – beata, irriflessa e pressoché istantanea – dell’intera “filiera dogmatica” dell’odierna epistemologia giuridica (dalla volontà del legislatore astratto in giù e in su) e, dall’altra parte, nell’altrettanto fulminea e chirurgica “scotomizzazione” di qualsiasi elemento disturbante.

Tra questi ultimi, in prima fila sul “banco degli imputati” stanno ovviamente le faticose regole giuridiche sull’interpretazione della legge dettate dall’art. 12 delle *Disposizioni Preliminari al Codice Civile* (e, per quel che più specificamente ri-

guarda l’interpretazione/applicazione della Costituzione, dall’art. 28 della legge 87 del 1953), il cui significato nella mia impostazione mi vedo qui di nuovo costretto “bruttalmente” a riassumere.

Come Pino, ancora una volta, ha ben compreso⁴³, non ritengo che da questi articoli si possano trarre delle regole (giuridiche) tanto diverse da quelle (metodologiche) che si sarebbero dovute applicare ai documenti normativi una volta preso giudiziosamente atto delle loro oggettive caratteristiche (forme di comunicazione linguistica prescrittiva rivolte dall’emittente/legislatore ai destinatari/consociati).

Proprio per questo, come del resto si sarà già capito, neppure ritengo – e in ciò sono d’accordo con Pino – che seguendo i criteri previsti da tali norme si arriverà *necessariamente*, per ogni istanza interpretativa, all’individuazione d’un significato unico o sufficientemente determinato, essendo senz’altro vero che *talvolta* essi consentiranno soltanto la ricognizione di «una cornice di plurimi significati possibili»⁴⁴.

Pur non credendo che le regole giuridiche sull’interpretazione possano trasformare l’acqua in vino, però, sono convinto che, se intese seriamente, esse non presentino affatto quel carattere di *Word Salad* che molti si compiacciono d’imputare loro quale vaniloquente frutto della schizofrenica megalomania legislativa che le avrebbe concepite.

Sono viceversa persuaso (d'aver argomentato) che esse, nel loro vincolare l'interprete alla volontà del legislatore e alla reciproca connessione delle parole, esplicitino il codice linguistico dell'emittente⁴⁵ e così facendo ottengano un importante risultato quanto meno *in negativo*. Tali regole, infatti, in questo modo hanno l'effetto d'*escludere* logicamente tanta parte proprio di quella inesauribile serie d'argomenti e di possibili criteri interpretativi che, nel discorso di Pino, renderebbero "fatale" la valutatività nell'interpretazione giuridica, trasformando quest'ultima in un'entità virtualmente indistinguibile dall'integrazione e dalle altre attività di "costruzione" e "co-produzione" giuridica.

Non mi stupisce più di tanto, sia chiaro, la loro conclamata irrilevanza per il teorico che studi soltanto la fenomenologia dell'uso dei testi normativi da parte di giudici e giuristi e detta fenomenologia convenzionalmente chiami 'interpretazione'. E mi stupisce se possibile ancor meno il *fin de non recevoir* da parte del giurista che con macerato spirito di sacrificio leghi le pagine del proprio destino alla realizzazione d'una qualche Giustizia *in hac lacrimarum valle*.

Entrambi, seppure per ragioni e con finalità diverse, potranno infatti passare in rassegna anche le più esotiche delle interpretazioni e registrare che «alcune possono ricevere maggiore sostegno dal diritto posi-

tivo»⁴⁶ col distacco dell'entomologo, giacché il dato di per sé non sarà per loro né risolutivo, né tanto meno vincolante.

Ma sarà per forza di cose lo stesso anche per lo scienziato del diritto (positivo) che esso diritto (positivo)⁴⁷ punti ancora semplicemente a descrivere al meglio dei suoi mezzi e senza troppi "paraocchi teorici"?

E sarà solo di questa maliziosa creatura, apparentemente degna del *Manuale di zoologia fantastica* di Borges, il dubbio che dietro la frequente (pretesa) descrizione teorica d'uno stato di sostanziale *anomia* metodologica si nasconda talvolta una più umana (troppo umana?) *nomofobia* giuridica?

6. «*I'm gonna make him an offer he can't refuse...*». Anche con riferimento ai "soggetti" dell'interpretazione, le note di Pino hanno il pregio di cogliere egregiamente il mio pensiero.

In *estrema* sintesi, dal fatto che il diritto sia un fenomeno normativo, volto a condizionare la condotta dei consociati, io deduco che questi ultimi, e non soltanto giudici e giuristi, siano (in teoria e in pratica) i principali e, per così dire, "naturali" interpreti delle disposizioni normative: un diritto kafkianamente incomprensibile ai suoi destinatari senza la mediazione di un qualche avvocato Huld, del resto, continua a sembrarmi un semplice *nonsense*⁴⁸.

È segnatamente da questa «ovvietà»⁴⁹ che argomento come – sempre che si voglia adottare un modello di significato degli enunciati normativi basato sul loro concreto *uso* – gli usi linguistici rilevanti dovrebbero essere considerati quelli dell'insieme composto dal legislatore da una parte e dai suoi destinatari dall'altra, oltre che dagli applicatori o dai commentatori del diritto quali sono i giudici e i giuristi.

Inoltre, sostengo un'altra tesi per me ovvia, vale a dire che, nel descritto insieme, non esistano autorità *epistemiche* chiamate *in senso tecnico* a “decidere” sul significato delle parole del legislatore.

Riassumiamo i termini della *pièce*. Ferma restando l'ovvia possibilità per l'emittente di specificare in anticipo (dunque in modo espressamente convenzionale) un particolare codice linguistico di significazione per il proprio discorso – cosa che, come s'è scritto, il legislatore talora può appunto decidere di fare dettando (meta-)norme sull'interpretazione –, una volta “esternato” con la sua pubblicazione, il messaggio è immesso *così com'è* nel circuito della comunicazione.

Alea iacta est. Regole convenzionali della specifica lingua in uso ne determinano il significato, che non è più nella disponibilità neppure del suo originario emittente, e se è vero che il legislatore può talora intervenire con leggi c.d. di “interpretazione autentica”, queste ultime o

sono semanticamente superflue⁵⁰, e dunque non aggiungono né tolgono nulla all'originale, oppure non sono autenticamente interpretative (ma soltanto leggi “nuove” che pretendono un'applicazione retroattiva).

Tuttavia, mi obietta Pino, «tutto questo è vero, ma è solo una parte della storia»⁵¹.

Il *sequel* sarebbe che il diritto non è soltanto un fenomeno *linguistico* di comunicazione di regole fra un emittente e i suoi destinatari, ma anche un complesso fenomeno *istituzionale*. Il diritto si differenzerebbe cioè dagli altri ordinamenti normativi (morale, etichetta e via dicendo) per il fatto d'istituire «un apparato, talvolta straordinariamente complesso, volto alla creazione e al mutamento delle norme giuridiche, e alla loro applicazione»⁵².

Osservazione peraltro inappuntabile. È tuttavia con le inferenze che *de plano* se ne vorrebbero trarre che iniziano i proverbiali “dolori”.

Pino, infatti, pretende di dedurre dal rilievo secondo cui il diritto è (anche) un fenomeno istituzionalizzato la presenza in esso di «interpreti *privilegiati* delle direttive giuridiche»⁵³, individuandoli negli organi dell'applicazione.

Il mio interlocutore, inoltre, specifica l'origine di tale “privilegio”: «solo le interpretazioni degli organi dell'applicazione sono destinate a trasformarsi in presupposto per

l'uso legittimo della forza»⁵⁴, con la conseguenza che le decisioni degli organi giurisdicenti «hanno un *peso* maggiore rispetto a quelle degli altri attori all'interno del gioco del diritto»⁵⁵.

La conclusione sarebbe quella secondo cui «il linguaggio giuridico ha un carattere di "linguaggio amministrato": nel linguaggio giuridico, a differenza che nel linguaggio comune, vi sono soggetti che possono decidere, e che di fatto decidono, in maniera autoritativa sul significato dei termini impiegati in quel linguaggio»⁵⁶.

Anche in questo caso, la questione – che tuttora continua a suonarmi come il "trapianto" sul piano della teoria *dell'interpretazione* di una simpatica serie di postulati della teoria *del diritto* giusrealista – non è esattamente nuova, ed essendomi già capitato d'affrontarne dei lembi tanto (indirettamente) in *Interpretazione e Costituzione*⁵⁷, quanto (più esplicitamente) nella discussione che ne è seguita⁵⁸, mi limiterò ancora una volta a osservazioni largamente "panoramiche".

Da un certo punto di vista, Pino parrebbe dire una cosa condivisibile quando afferma che non tutte le interpretazioni hanno lo stesso peso. Da alcune (e solo da alcune) di esse, infatti, sembrerebbero discendere degli effetti nella "vita vera", che non è fatta soltanto di vocaboli (e dei relativi significati), ma anche d'altri "fatti", più o meno gioiosi.

Questo capita, del resto, anche muovendosi all'interno del c.d. linguaggio comune, là dove talora parrebbero sussistere forti convenienze nel sottomettersi a certe interpretazioni "privilegiate". Conviene però intendersi sul senso delle parole.

Nella New York del 1945, ad esempio, i "ragionamenti" di Don Corleone certamente avranno un peso maggiore rispetto a quelli del fragile figlio Fredo, e solo un aspirante suicida avrebbe interesse a celsellare pedanterie sull'uso semanticamente più o meno corretto della proverbiale "offerta che non si può rifiutare". E lo stesso dicasi (*si parva licet...*) per l'assai libera interpretazione che di *Ezechiele*, 25, 17 viene offerta in *Pulp Fiction* da Jules Winfield/Samuel L. Jackson. Da un certo punto di vista, insomma, non c'è modo migliore per dare "peso" alle proprie interpretazioni che affidarle alla canna di una 9 millimetri.

Quando il rischio è di svegliarsi con una testa di cavallo nel letto o magari di non svegliarsi affatto, del resto, l'importante non parrebbe di approvare la teoria semantica del proprio interlocutore e neppure di riconoscerne la correttezza, bensì d'*adeguarsi* coi propri comportamenti esteriori a ciò che (si suppone) egli voglia. E siccome l'essenziale è capire cosa *voglia*, ci si deve anche sforzare di capire quel che *voglia dire* con le (o far dire alle) parole che usa (proprie o altrui, qui fa poca differenza).

Ma, fuor di metafora, conviene ora chiedersi se a essere assistite da qualche “privilegio” siano davvero delle *interpretazioni* o se viceversa il diverso “peso” (peraltro, squisitamente pratico e non certo epistemico) non sia qui più prosaicamente, ma anche più esattamente da imputare alla *volontà* rivolta all’ottenimento di certi effetti, traducibile in uno specifico *comando* (procura la concessione della data licenza, rinuncia alla data valigetta, libera dall’esclusiva Johnny Fontane e così avanti) assistito dalla concreta minaccia d’una sanzione.

Mutatis mutandis, peraltro, qualcosa di simile avviene anche nell’ambito del diritto, il quale (inteso come fenomeno istituzionale) pure, a certe condizioni, consente che specifici comportamenti siano imposti coercitivamente.

Qui è vero, come giustamente fa notare Pino, che l’uso della forza solitamente presuppone una previa dichiarazione *giudiziale* della doverosità (giuridica) dei comportamenti imposti nel caso specifico. Tuttavia, a differenza di quel che Pino lascia intendere, questa dichiarazione non viene veicolata attraverso le *interpretazioni* del disposto legislativo contenute nella parte “*motiva*” delle sentenze, bensì attraverso dei *precetti singolari e concreti* contenuti nel *dispositivo* di queste ultime.

È solo il dispositivo che vincola, risolvendo uno specifico caso di conflitto, e – quale autentico *análo-*

gon del “suggerimento” elargito indicando la fondina della 44 Magnum – vincola a *prescindere* dalla motivazione che lo sorregge (e dalle interpretazioni in essa contenute), la quale infatti col primo ben potrebbe essere in un rapporto di *non sequitur*.

Le interpretazioni giudiziarie del disposto legislativo, se corrette e ben strutturate, nel nostro ordinamento servono semmai a *spiegare* (a motivare, appunto) come s’è giunti al dispositivo e come questo possa essere ricondotto alla legge; qualora, viceversa, risultino scorrette o sgrammaticate, non spiegheranno proprio nulla, potendo al più esercitare un effetto *persuasivo* su menti deboli.

In ogni caso il loro scopo non è quello di porre ceppi all’intelletto. Ritenerle dotate per definizione d’una qualche plusvalenza epistemica – “transustanziano” quella che un tempo veniva significativamente chiamata soltanto «*finzione di verità*»⁵⁹ – equivale pertanto a trasformarle *gratuitamente* in una qualche polizia del pensiero.

Di conseguenza, contrariamente a quanto afferma Pino, nel nostro ordinamento ai giudici *non* è stato conferito il potere di decidere autoritativamente il significato degli enunciati normativi, ed anzi, come s’è avuto modo di vedere parlando delle norme sull’interpretazione, quando il legislatore è intervenuto sulla materia ha espressamente ma-

nifestato la volontà d'*escludere* tale ipotesi.

Ai giudici spetta "soltanto" l'autorità di risolvere in modo vincolante e definitivo alcuni dei conflitti che si generano tra i consociati, argomentando la propria decisione a partire dal testo della legge – ferma restando la scelta dell'ordinamento che tale decisione vincoli anche se la retrostante interpretazione è scorretta poiché, dal punto di vista pratico, s'è preferita una decisione potenzialmente sbagliata, ma definitiva, alla perenne conflittualità.

Se questo è vero, allora la conclusione logica del nostro ragionamento è che i giudici amministrano sì *il diritto* (come insieme di norme), peraltro soltanto nel suo versante conflittuale o comunque patologico, ma non certo *il linguaggio* del legislatore (come insieme di enunciati).

Riferire al secondo (linguaggio) quel compito di "amministrazione" conferito soltanto con riferimento al primo (diritto) finisce per *confondere* la dimensione linguistica del fenomeno giuridico con quella istituzionale, riportando all'una caratteristiche proprie soltanto dell'altra, e parrebbe così costituire un'operazione "metonimica" non soltanto opinabile quanto alla sua linearità, ma pure tutt'altro che innocente quanto alla retrostante ideologia giuridica.

Cui prodest?

7. *Non lo fo' per piacer mio? (Il "posto" della giustizia costituzionale).*

Le differenti premesse giuridiche ed epistemologiche che distinguono la mia posizione teorica da quella di Pino, come del resto era prevedibile, si manifestano con estrema chiarezza anche sulla concezione del "posto" della giustizia costituzionale all'interno del nostro ordinamento, al quale ("posto") vorrei dedicare la nota conclusiva di questo scritto.

Secondo Pino, la mia idea di giustizia costituzionale è in estrema sintesi quella kelseniana di "legislatore negativo". Nella sua, viceversa, la Corte costituzionale «si pone come contropotere e come interlocutore della politica»⁶⁰. Entrambe sarebbero legittime e sensate, dunque si potrebbe argomentare liberamente a favore dell'una o dell'altra a seconda dei propri ideali di politica del diritto e d'una valutazione "tecnica" mezzi-fini sul modo migliore di realizzare tali obiettivi nelle circostanze date⁶¹.

Non metto in dubbio che, *secondo gli assiomi di Pino* (generale impossibilità d'una interpretazione scientifica, impossibilità di distinguere fra interpretazione e integrazione, presenza d'autorità epistemiche nella comunicazione giuridica e così avanti), questa sia un'impostazione coerente.

Ciò di cui mi vien da dubitare, piuttosto, è che una proposta teorica come quella del mio interlocuto-

re risultati percorribile e praticabile anche all'interno di contesti discorsivi – come ad esempio quello argomentato in *Interpretazione e Costituzione* – dove emerge *l'inconsistenza di tali assiomi*.

All'interno della logica che qui s'è cercato di ricapitolare, infatti, non si tratta più di contrapporre gli ideali filosofico-politici del sottoscritto a quelli di Pino e magari di discutere insieme sul miglior modello per la loro realizzazione, bensì anzitutto di cercare di capire quali siano le scelte, anche in tema di giustizia costituzionale, già effettuate *dall'ordinamento stesso* e che non rientrano nella libera “disponibilità” degli scienziati o teorici del diritto (per lo meno quando essi agiscano come tali).

La posizione di politica del diritto che Pino m'attribuisce in tema di separazione dei poteri, insomma, continuo a sentirla “mia” solo fino a un certo punto e insisto nel chiedermi: ma non sarebbe forse anche (e soprattutto) la posizione espressa *dalla Costituzione e dall'intero ordinamento*, sol che si volesse considerare l'una e l'altro senza le ormai consuete “lenti anamorfiche”⁶²?

La mia ricostruzione del modello di separazione dei poteri⁶³, pertanto, non mi parrebbe affatto un *presupposto* (ideologico) condizionante la mia teoria dell'interpretazione giuridica, bensì semmai il suo (logico) *prodotto*, se vogliamo definir così l'applicazione del relativo me-

todo di significazione alle disposizioni giuridiche (costituzionali e legislative) di riferimento.

Peraltro, anche la ricostruzione del “posto” della giustizia costituzionale che io offro *come giurista*⁶⁴ – al pari di tutte quelle che nel corso degli anni m'è capitato d'effettuare analizzando istituti del diritto positivo – non soltanto non costituisce per me un *a priori* ideologico (che condizioni dunque la mia interpretazione degli enunciati normativi), ma neppure implica *a posteriori* la mia personale adesione ideologica *come cittadino* al modello di separazione che vengo a descrivere solo perché esso è quello previsto dal diritto positivo.

Nulla esclude, infatti, che il diritto positivo possa talvolta sfornare soluzioni normative male affatturate dal punto di vista *tecnico-giuridico*, *politicamente* indigeste o *eticamente* riprovevoli, al punto che da cittadini se ne possa caldeggiare non solo il cambiamento, ma addirittura l'inosservanza (esponendosi così alle conseguenze del caso).

Nessuna di queste condizioni, tuttavia, legittima il giurista a (o addirittura gli impone di) offrirne una descrizione *scientifica* distorta, frutto d'opzioni valutative variabilmente argomentabili, ma riconducibili pur sempre, in ultima istanza, a preferenze personali.

Au contraire, precisamente la presa di coscienza del perimetro di volta in volta “oggettivamente”

espresso (con minore o maggior precisione) dal diritto positivo mi parrebbe il miglior mezzo per consentire se del caso anche ai cittadini di criticarlo, e ai giudici e ai giuristi d'assumersi chiaramente le proprie responsabilità "politiche" per tutto ciò va oltre la "semplice" (anche se non necessariamente "facile") interpretazione degli enunciati legislativi.

Sarà eccessiva diffidenza, ma continuo a non vedere come un simile risultato possa essere ottenuto con una teoria dell'interpretazione che per ogni tipo d'attività praticata da giudici e giuristi consenta *sempre* e *indistintamente* a questi ultimi d'allargare le braccia soggiungendo con un sospiro estatico: «non lo fo per piacer mio...».

Honni soit qui mal y re-pense?

NOTE

¹ Mi riferisco a G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine di 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, in *Questa Rivista*, 2013, 2, 353-373.

² G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, cit., 356, nt. 10.

³ V. sempre G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, cit., 356, nt. 10, dove si afferma che le tesi del mio lavoro prese in considerazione e successivamente sottoposte a critica sarebbero «la struttura portante, dal punto di vista teorico, dell'argomento generale del volume».

⁴ Mi riferisco qui, ovviamente, proprio alla monografia che Pino recensisce: *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011.

⁵ Inaugurata con i "botta e risposta" con l'amico Mauro Barberis, ora ripubblicati in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, *"Nuovi" dialoghi sull'interpretazione*, Modena 2013.

⁶ Mi trovo qui in consonanza con l'osservazione di Emanuele Severino emersa in F. PEDRINI, *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino*, in *Lo Stato*, 2013, 1, 157.

⁷ Impressione che è stata alla base di buona parte delle repliche a Barberis ora raccolte nel già citato volumetto delle Piccole Conferenze "Nuovi" dialoghi sull'interpretazione.

⁸ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 355 e 357.

⁹ Preferisco ricorrere all'espressione 'interpretazione corretta' e non invece quella di 'interpretazione vera', pure utilizzata da Pino (*Di interpretazione e interpreti*, cit., 357), giacché quest'ultima *già per come è formulata* parrebbe evocare atmosfere vagamente caricaturali se intesa a denotare un'attività retta da criteri metodologici ed esperita "a regola d'arte". Non suonerebbe assai strano, del resto, anche parlare di $2+2=4$ come di un'addizione vera?

¹⁰ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 357.

¹¹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 363.

¹² Questo è appunto il senso della mia puntualizzazione d'esordio in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 7, quando affermo, appunto con riferimento ai termini 'giurista', 'diritto', 'interpretazione' e 'Costituzione' che «sembra opportuna al riguardo qualche ulteriore precisazione, beninteso specificando che non si pretende così di prendere posizione su un ipotetico "migliore" o "più corretto" (tanto meno sull'ipotetico "universale") uso di questi termini *in sé*, ma solo di chiarire meglio in che accezione li s'intende utilizzare *qui*». E cfr. *ibidem*, nt. 5, dove con specifico riguardo al vocabolo 'interpretazione' ulteriormente si evidenzia (richiamandosi al pensiero di A. PINO, *La ricerca giuridica*, Cedam, Padova 1996, 216) la problematicità di un suo utilizzo non specificato, (problematicità) che addirittura suggerirebbe, dal punto di vista teorico-concettuale, la scelta di un termine meno compromesso.

¹³ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 364. In tal senso v. anche A. VIGNUDELLI, Honni soit qui mal y (re-)pense. *Una seconda risposta e qualche ulteriore domanda a Mauro Barberis*, in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" dialoghi, cit., 36 s. (lì sul concetto di 'diritto', ma con rilievi validi per qualsiasi definizione stipulativa).

¹⁴ Questo è il senso dell'argomento sviluppato in G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 358 ss. (par. 2.1.).

¹⁵ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 357.

¹⁶ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 364 e 366.

¹⁷ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 366.

Per questo tipo d'impostazione "pan-interpretativa", particolarmente diffusa soprattutto nella letteratura giuridica americana, è emblematico (e non a caso tradotto dallo stesso Pino) M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna 2000, *passim*, ma part. 445: «poiché non vi è nulla oltre o al di là dell'interpretazione, le interpretazioni corrette sono in ultima analisi nient'altro che interpretazioni. (...) In conclusione, ogni significato intersoggettivo è derivato dall'interpretazione, e il diritto, l'etica, e la politica, attraverso cui il sé e l'altro cercano di trarre il meglio dalla loro condizione comune, sono nella loro essenza solo interpretazioni». Per un eccellente inquadramento critico di tali prospettive, in cui peraltro è talora difficile distinguere approccio sociologico e approccio normativo al diritto, cfr. con ampi riferimenti bibliografici F. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, 1 ss.

¹⁸ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 358: «il diritto (moderno) è un fenomeno linguistico».

¹⁹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 358.

²⁰ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 358.

²¹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 358 s.

²² G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 359-361.

²³ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 359.

²⁴ Utili indicazioni e una prima bibliografia su questa tematica sono reperibili all'indirizzo <http://plato.stanford.edu/entries/collective-intentionality/>.

²⁵ Cfr. *Interpretazione e Costituzione*, cit., 185 ss.

²⁶ Accurati riferimenti su queste classificazioni sono rinvenibili nello studio di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990, 48 ss., recentemente riprese in ID., *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, *passim*.

Cfr. peraltro con specifico riferimento alla genericità, sempre C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 12/2012, 359 s., dove si precisa come essa «non solleva il benché minimo problema interpretativo», giacché appunto esclude in radice la prospettività di *bard cases*.

²⁷ Cfr. *Interpretazione e Costituzione*, cit., 210 ss.

²⁸ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 362: «anche a fronte di (...) interpretazioni consolidate, niente impedisce che l'enunciato del discorso delle fonti sia non irragionevolmente interpretabile anche in un altro modo, ad esempio di fronte ad un caso inedito».

²⁹ A occuparsi delle problematiche elencate da Pino sono soprattutto i Capitoli I e II dell'opera.

³⁰ Su tale differenza e sui problemi e i fraintendimenti ad essa connessi cfr. *Interpretazione e Costituzione*, cit., 60 ss.

³¹ Per tale distinzione v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 82 ss.

³² Per essere corretti nei confronti dell'argomento di Pino, questo discorso andrebbe meglio articolato rispetto ai casi di contrasti che potenzialmente si verificano fra norme poste sullo stesso livello dell'ordinamento, e fra norme viceversa poste a livelli differenti. Nel primo caso, secondo Pino, si porrebbero problemi di *bilanciamento* (G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 365 s.), nel secondo di *interpretazione adeguatrice* (*ibidem*, 361), i quali entrambi, nella ricostruzione offertane dall'A., potrebbero "retroagire" sull'interpretazione in senso stretto delle rispettive disposizioni. Mi soffermo sulla problematicità di questo modo d'intendere l'interpretazione adeguatrice e il bilanciamento – sostenendo come, al più, essi possano porre problemi *applicativi* e non strettamente *interpretativi* –, rispettivamente, in *Interpretazione e Costituzione*, 248-251 e 1010 ss.

³³ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 360.

³⁴ La questione sulla presunta "tensione necessaria alla ragionevolezza" del diritto positivo è oggetto di ampia trattazione critica soprattutto nel secondo capitolo di *Interpretazione e Costituzione*.

³⁵ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 360. E similmente potrebbe essere inquadrata anche la questione della «molteplicità di attori giuridici (giudici, avvocati, cittadini, pubblici funzionari), tipicamente dotati di interessi divergenti» (*ibidem*, 361).

³⁶ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 364, dove pure si richiama ancora la «molteplicità di criteri interpretativi».

³⁷ Mi soffermo ampiamente sull'utilizzo (e sulla problematicità) di questo argomento "accumulatorio" nella descrizione degli inconvenienti che *talora* affliggono la comunicazione giuridica in *Interpretazione e Costituzione*, cit., 55 ss., part. 60 e 66.

³⁸ Sul rischio che ogni disposizione normativa possa essere "interpretativamente" trasformata in una clausola generale si sofferma ora puntualmente F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, 36 ss.

³⁹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 366 (corsivo dell'Autore).

⁴⁰ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 365.

⁴¹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 354: «sotto il nome di interpretazione giuridica, sono spesso ricondotte attività affatto eterogenee».

⁴² G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 364.

⁴³ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 357.

⁴⁴ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 361.

⁴⁵ Cfr. anche A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., 256 ss.

⁴⁶ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 362.

⁴⁷ Una volta, chiaramente, che si sia precisato a cosa ci si va riferendo con questa espressione ('diritto positivo'). Cfr. da ultimo il mio Amicus Plato (reloaded), in M. BARBERIS, A. VIGNUDELLI, "Nuovi" *dialoghi*, cit., 84 ss.

⁴⁸ In questo senso cfr. anche – caso raro nella letteratura anglofona – M.J. MORRISON, *Excursio ninto the Nature of Legal Language*, in *Cleveland State Law Review*, 1989, 271 ss.

⁴⁹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵⁰ Il che, s'intende, non esclude altri tipi di utilità, come ad esempio quello di evitare interpretazioni scorrette dei propri precetti, ribadendo quale avrebbe dovuto essere *fin da subito* la significazione corretta delle disposizioni in questione.

⁵¹ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵² G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵³ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵⁴ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵⁵ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 367.

⁵⁶ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 368.

⁵⁷ *Interpretazione e Costituzione*, cit., 68 ss. e relative note.

⁵⁸ Honni soit qui mal y (re-)pense, cit., 55 ss.; Amicus platoreloaded, cit., 95 ss.

⁵⁹ Cfr. sul punto R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1974, 231 s.

⁶⁰ G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 372.

⁶¹ Cfr. G. PINO, *Di interpretazione e interpreti*, cit., 372, nt. 50, dove lo stesso Pino ammette trattarsi di «un argomento che si colloca innanzitutto su un piano normativo, filosofico-politico, e non meramente descrittivo dell'esistente».

⁶² Per ulteriori spunti cfr. A. VIGNUDELLI, *Interpreti vs. Legislatore. La contesa del primato sulla produzione del diritto alla luce della Carta costituzionale repubblicana*, in *Rassegna Parlamentare*, 2012, 3, 541 ss.

⁶³ Come effettuata, ad esempio, in A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e Società*, 2006, 4, 657 ss.

⁶⁴ In una linea concettuale che da A. VIGNUDELLI, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia normativa delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini 1988, giunge appunto a *Interpretazione e Costituzione*.

ABSTRACT

Natalino Irti, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle 'appartenenze')*

Il saggio traccia un profilo storico e teorico dei 'beni comuni'. Ad avviso dell'autore essi consistono in una 'pluralità di appartenenze' e di difese giudiziali. Le concessioni danno luogo ad un uso eccezionale, che non sopprime le altre 'appartenenze', ma vi aggiunge quella del concessionario.

Water between Common Goods and Licences (i.e. pluralità delle 'appartenenze')

The essay outlines, both in a historical and a theoretical way, the rationale of "Common goods". According to the author they consist in both "pluralità di appartenenze" and judicial defences. Licenses give rise to exceptional use, which do not withdraw others "appartenenze", but instead adds the one of the licensee.

Dian Schefold, *La Repubblica divisibile e indivisibile. Limiti, condizioni e funzione dell'unità politica*

La contrapposizione tra unità e decentramento è un problema fondamentale della Costituzione. Lo stesso art. 1, nel sancire il principio della sovranità popolare, spinge a chiedersi fino a che punto essa esiga una decisione maggioritaria e "indivisibile" o, all'opposto, la garanzia di posizioni divergenti e pluralistiche. Attraverso le autonomie territoriali, la tutela delle minoranze, il pluralismo partitico, il riconoscimento di altri ordinamenti giuridici, la Costituzione italiana assicura la frammentazione. Il saggio si interroga, allora, su come sia possibile consentire la formazione di una volontà statale univoca e davvero "indivisibile". Anzitutto – cerca di rispondere – attraverso la Costituzione, che, come complesso di norme giuridiche, pretende di disciplinare la convivenza del popolo costituito e – in quanto tale – indivisibile. Dal ruolo orientatore della Costituzione, e dalla sua prevalenza, deriva, poi, l'introduzione del controllo di costituzionalità e la creazione di Corti costituzionali come simbolo dell'unità del controllo sulle leggi nello Stato costituzionale. E le Corti, accanto al Presidente della Repubblica, sono le istituzioni che rappresentano l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, di fronte al pluralismo dei lavori parlamentari. Ma a presidio dell'unità stanno anche gli istituti di democrazia diretta e, quale fattore decisivo,

la coscienza civica, che accetta l'indivisibilità dell'adesione alla *res publica*, mantenendo i diritti e le libertà di tutti. In questa dialettica, quindi, il principio di indivisibilità è tutt'altro che annientato, ed il compito del giurista, certo non facile, è quello di far valere tutte le norme costituzionali, contribuendo a mantenere l'"unità della Costituzione".

The Divisible and Indivisible Republic. Limits, Conditions and Function of Political Unity

The contrast between unity and decentralization is a key issue for the Constitution. Article 1 itself, enshrining the principle of popular sovereignty, raises the question of to what extent sovereignty requires a majority and "indivisible" decision or, on the contrary, the guarantee of divergent and pluralistic positions. Through decentralization, protection of minorities, party pluralism and recognition of other legal systems, the Italian Constitution provides for fragmentation. The essay questions about how it is possible, then, to allow the formation of a State will which is really unique and "indivisible". First of all – it tries to answer – through the Constitution, which, as a set of legal rules, purports to regulate the coexistence of the people constituted and – as such – indivisible. From the orientative role of the Constitution, and from its prevalence, derives, then, the introduction of constitutional review and the creation of constitutional courts as a symbol of the unity of control on the laws in the State Constitution. And the courts, next to the President of the Republic, are the institutions that represent the unity and indivisibility of the Republic, in front of the pluralism of parliamentary work. But in defence of the unity are also the institutions of direct democracy and, as a decisive factor, civic consciousness, which accepts the indivisibility of accession to the *res publica*, maintaining the rights and freedoms of all. In this dialectic, then, the principle of indivisibility is far from being annihilated, and the task of the jurist, certainly not easy, is to keep into consideration all constitutional norms, helping to keep the "unity of the Constitution".

Paolo Carnevale, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*

Il saggio, muovendo dalla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale, che per la prima volta ha dichiarato l'incostituzionalità di normativa legislativa perché sostanzialmente riproduttiva di disciplina abrogata per mezzo di *referendum* popolare, innanzitutto ripercorre la pregressa giurisprudenza costituzionale che, sin dal 1978, ha riconosciuto più o meno esplicitamente l'esistenza del c.d. vincolo referendario e risponde alla serie di obiezioni che la dottrina ha rivolto all'affermazione di quest'ultimo. Nella seconda parte del lavoro l'autore analizza i diversi problemi concernenti la morfologia e la qualificazione

del vincolo referendario, chiarendo quando sia possibile parlare di ripristino della normativa abrogata, come il divieto di riproduzione di quest'ultima abbia una durata temporale – che non viene meno però con il termine della legislatura, ma solo quando muti il contesto fattuale ed ordinamentale entro cui s'era tenuta la consultazione referendaria – e quanto le difficoltà a verificarne la violazione possano indurre la Corte costituzionale a un sindacato limitato alle ipotesi di evidenza e macroscopicità del vizio.

The Referendum Bond of Non-Reproduction of the Repealed Norm between Constitutional Case-law and Doctrine. Some Reflections in the Light of the Decision n. 199 of 2012 of the Constitutional Court

The essay moves from the decision n. 199 of 2012 of the Constitutional Court which, for the first time, declared the unconstitutionality of a legislative norm because substantially reproductive of a discipline repealed by a popular referendum. First of all, the writing retraces the previous constitutional case-law that, since 1978, has recognized, more or less explicitly, the existence of the so-called “referendum bond” and responds to several objections that doctrine addressed to its affirmation. In the second part of the work, the author analyzes various issues concerning the morphology and qualification of the referendum bond, clarifying when it is possible to figure a reproduction of a repealed discipline, how the prohibition of reproduction is temporary – and not simply linked to the end of the legislature, but to a real modification of the legislative and factual context in which the referendum was held – and how much the difficulties in the verification of the violation may lead the Constitutional Court to an evaluation limited to the cases of evidence and macroscopic defect.

Fabio Saitta, *Del divieto di aggravamento ventitrè anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione precedente)*

A distanza di più di dieci anni da un precedente studio, l'Autore torna ad analizzare la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990, secondo cui la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

La disposizione continua ad essere prevalentemente applicata dalla giurisprudenza soprattutto per sancire il divieto di imporre oneri ingiustificati a carico delle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione di pubblici appalti, nonché per escludere la sussistenza, in capo alla pubblica amministrazione, dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in tutti i casi in cui la partecipazione del privato sarebbe risultata inutile.

L'analisi evidenzia che la dottrina non è più unanime nel ritenere che il divieto di aggravamento costituisca applicazione del canone generale di economi-

cità, essendo state proposte diverse ricostruzioni, pone in rilievo le persistenti difficoltà riscontrate nell'applicazione concreta della norma e si conclude con la constatazione che la discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente continua a regnare pressochè incontrastata.

The Prohibition of Aggravation after Twenty-three Years (ie The Timeless Discretionary Power of the Administration within the Procedures)

After a decade from a previous study, the author analyzes again the disposal contained in the art. 1, clause 2, of the law n. 241 of 1990, according to which the public administration can not increase the procedure if not in presence of extraordinary and justified reasons imposed by the development of the same procedure.

Especially, the disposal is still applied by the jurisprudence in order to establish the prohibition to impose unjustified obligation on the subjects participating in the public contract. It is also applied in order to exclude the existence of the obligation to communicate the beginning of the procedure in such cases in which the subject's participation would have been useless.

The analysis highlights that the doctrine is not unanimous anymore in considering that the prohibition to increase a procedure constitutes the application of the general economic rule. Furthermore, even if several reconstructions have been proposed, the analysis underlines the persistent difficulties found in the concrete application of the rule and ends with the realization that the discretionary power of the administration within the procedures still reigns uncontested.

Federico Sorrentino, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*

Si pone in luce la difficoltà d'inserire in un ordito coerente il fenomeno delle norme create al di fuori del sistema nazionale. In questa ottica si analizza il fenomeno dell'integrazione europea e dei rapporti tra ordinamento nazionale, comunitario e CEDU, nonché della c.d. *lex mercatoria*. Sebbene sul piano formale le norme europee e quelle della CEDU operino nell'ordinamento interno in forza di rinvii che le norme costituzionali fanno ad esse, sul piano sostanziale il loro ingresso ha comunque una portata travolgente, incidendo sulle categorie giuridiche interne. Inoltre, l'esistenza di diverse fonti di tutela dei diritti – la Carta di Nizza, le costituzioni nazionali e la CEDU – comporta problemi di coordinamento non ancora superati. La c.d. nuova *lex mercatoria*, rappresentando un sistema di regole, validamente posto ed applicato, ma autonomo da ogni riconoscimento statale, incrina poi definitivamente il monopolio statale della produzione normativa.

Constitutional Principles and the Intricacies of the Sources

The difficulties to introduce externally created regulations into a coherent national system are becoming quite evident.

In this respect the case of the European integration and its relationship with the national and Community legal systems as well as the norms of the European Court of Human Rights and the so-called *lex mercatoria* are being considered. Although from a formal point of view both the European norms and those of the European Court of Human Rights are normally applied in the national legal system because of the referrals made by the constitutional norms, it should be stressed that their introduction has had sweeping consequences on the national legal profession.

Moreover, the existence of various sources for the safeguarding of human rights – the Nice Convention, the national constitutions and the European Court of Human Rights – causes coordination problems that so far have not been resolved.

The so-called new *lex mercatoria*, which represents a system of rules, all put together and implemented legitimately, but independent of any involvement by the state, impairs definitely the state's monopoly to produce rules and regulations.

Aldo Carosi, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano*

Il presente studio riguarda la posizione della Corte dei conti dell'ordinamento italiano, con un'ampia retrospettiva sulla storia di questa Istituzione di controllo. La Corte dei conti italiana è una istituzione di controllo appartenente al cosiddetto modello latino, il quale – a differenza del modello anglosassone riconducibile a quello delle *authorities* – è caratterizzato dalla cointestazione delle funzioni di controllo e giurisdizionali nella materia della contabilità pubblica.

Prendendo le mosse dall'epoca medievale, quando si diffondono nei diversi Stati della penisola italiana alcuni modelli di controllo e giurisdizione, che evolveranno successivamente nei caratteri dell'attuale Corte dei conti, l'indagine si sviluppa a partire dalla fondazione ufficiale dell'Istituto (1862) fino al contesto storico contemporaneo.

Dopo un'analisi delle diverse vicende del dopoguerra che hanno condotto al lento ma completo decentramento della Corte dei conti sull'intero territorio nazionale e una contemporanea ricognizione dei caratteri delle varie funzioni svolte dall'Istituto, l'attenzione viene rivolta alle tendenze evolutive della legislazione e della giurisprudenza.

In tale prospettiva viene posta in risalto la concentrazione del sindacato del controllo verso i parametri della legalità finanziaria e contabile, soprattutto per effetto delle più recenti e abbondanti novità normative introdotte nell'ultimo quinquennio. Contestualmente viene altresì rilevata la sproporzione quantitativa

e qualitativa tra attribuzioni di controllo e giurisdizionali con l'auspicio che il legislatore ponga in essere, nel rispetto della natura dell'istituto, un riequilibrio delle due funzioni e una razionalizzazione della giurisdizione contabile attraverso una riforma organica del tipo di quella che ha interessato la giustizia amministrativa italiana.

Parte dello studio è anche dedicata al principio del contraddittorio nell'ambito del controllo e della giurisdizione, nonché alla problematica della tutela degli interessi finanziari diffusi nell'ordinamento italiano.

The “Corte dei conti” in the Italian Legal System

Purpose of this work is to offer, with an historical perspective, a description of the role the “Corte dei conti” plays within Italian institutional settings. Italian *Corte dei conti* derives its nature from the so-called Latin model and, contrasting with the Anglo-Saxon one based on the authorities, it is in charge of both the audit and the jurisdictional function. As the *Corte dei conti* can be seen as the evolution of some previous institutions existing in the Italian states that then will merge into the Italian nation, the study moves from those experiences to describe its evolution from the year of its foundation (1862) to present times. In doing so, it (i) discusses the reasons that, after the end of second world war, led to the *Corte dei conti* progressive devolution from central to regional level, (ii) it describes its current functions and main features, (iii) it explains the evolutionary trends that can be found in both current regulation and jurisdictional pronouncements, (iv) it highlights how the auditing function is concentrating on the control of compliance with accounting and financial regulations.

The work highlights the increasing disproportion between the requirements that the regulators have made in terms of jurisdictional and auditing requirements and calls for a rebalancing of the two functions throughout a complete reform as the one that has addressed the Italian administrative justice. Minor part of the work is devoted to the analysis of the “fair trial” principle in both auditing and jurisdictional function as well as to the defense of diffused financial interest in Italian jurisdiction.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

NATALINO IRTI, Professore emerito di Diritto civile, “Sapienza” Università di Roma; socio nazionale dell’Accademia dei Lincei

DIAN SCHEFOLD, Professore emerito di Diritto pubblico, Universität Bremen

PAOLO CARNEVALE, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Roma Tre

FABIO SAITTA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catanzaro

FEDERICO SORRENTINO, già Professore ordinario di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma

ALDO CAROSI, Giudice della Corte costituzionale

GLADIO GEMMA, già Professore ordinario di Giustizia costituzionale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

ALJS VIGNUDELLI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e società».

La direzione e la redazione di «Diritto e società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

Per questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione di esperti esterni alla Rivista i contributi di Carnevale, Saitta, Sorrentino, Carosi.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di gennaio 2014
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli