

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 4/2013

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 4/2013

saggi

- Marco Olivetti, *Il dilemma del prigioniero. Riflessioni critiche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di limitazione del diritto di voto a seguito di una condanna penale* 583
- Giovanni Serges, *Soppressione delle Province e "temporanea" ridefinizione della loro posizione nel sistema degli enti locali* 629
- Filippo Donati, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di internet* 663
- Roberto Mastroianni, *La libertà di informazione ed il pluralismo dei media nel diritto dell'Unione europea: verso una "iniziativa dei cittadini"?* 675

osservatorio

- Francesco Posteraro, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* 697
- Manuel Gros, *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese* 709
- Giovanni Pitruzzella, *Trasparenza, concorrenza e regolazione del mercato: una strada possibile per il rilancio dell'economia* 759

attualità

- Carlo Colapietro, *Le funzioni della Corte dei conti nella giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla funzione di controllo* 773

recensioni

- Giuseppe Ugo Rescigno, *Recensione a Volti e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Ediesse 2013 795
- Andrea Pugiotto, *Una lettura critica di David Garland, La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo* (il Saggiatore, Milano 2013) 801

IL DILEMMA DEL PRIGIONIERO

RIFLESSIONI CRITICHE SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO IN MATERIA DI LIMITAZIONE
DEL DIRITTO DI VOTO A SEGUITO DI UNA CONDANNA PENALE

SOMMARIO. – 1. La restrizione del diritto di voto a seguito di una condanna penale: dal diritto penale al diritto costituzionale. – 2. I diritti politici nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le libertà di riunione e di associazione. – 3. La garanzia delle elezioni libere a scrutinio segreto e la sua «soggettivizzazione». – 4. I limiti al diritto di voto compatibili con la Convenzione e il problema dei detenuti. – 5. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto di voto dei detenuti: il caso *Hirst*. – 6. Il caso *Frodl*. – 7. Il caso *Greens* e il caso *Scoppola-3*. – 8. Le decisioni del 2013: i casi *Firth*, *Anchugov and Gladkov* e *Söyler*. – 9. Rilievi critici. – 9.1. Critiche di metodo. – 9.2. Per una giustificazione teorica plausibile della sospensione del diritto di voto dei detenuti. – 9.3. Sul l'uso appropriato del principio di proporzionalità riguardo alle limitazioni del diritto di voto dei detenuti.

1. *La restrizione del diritto di voto a seguito di una condanna penale: dal diritto penale al diritto costituzionale*

Negli ultimi due decenni, il tema della sospensione del diritto di voto degli autori di reati condannati a pene detentive è diventato uno degli oggetti di maggiore rilievo in quel dialogo fra le giurisdizioni di diversi ordinamenti¹, che costituisce una delle dimensioni più interessanti del costituzionalismo contemporaneo. Varie sentenze di giudici costituzionali o supremi sono state adottate in materia in Sudafrica²,

¹ Com'è noto, tale dialogo ha una dimensione «orizzontale», che coinvolge giudici di diversi ordinamenti statali, ed una dimensione «verticale», che riguarda i rapporti fra giudici nazionali e giudici internazionali o sovranazionali. Per una sintesi di alcuni problemi posti da tale dialogo si v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010.

² *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, 15 n. 30 (CC) (S. Afr.), che fu adottata in assenza di una «disqualifying rule» prevista dalla legge e *Minister of Home Af-*

Canada³, Australia⁴, Israele⁵, Stati Uniti⁶, Messico⁷; ad esse si è aggiunto, dal 2004 in poi, un ormai corposo filone giurisprudenziale che si è venuto delineando nel sistema di protezione dei diritti umani del Consiglio d'Europa⁸.

fairs v National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO) 2005 (3) SA 280 (CC).

³ *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, (1992), 7 O.R. (3d) 481 (secondo la quale un «blanket disenfranchisement» è incostituzionale perché il diritto di voto è garantito dalla Carta Canadese dei diritti e delle libertà, che non prevede limitazioni) e *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68 (secondo la quale la privazione del diritto di voto dei detenuti condannati a una pena superiore a due anni di reclusione è incostituzionale per violazione del principio di proporzionalità: il fine legittimo che il governo canadese dichiarava di perseguire – una punizione supplementare, che stimolasse la responsabilità civica e lo Stato di diritto – non era adeguato e perché i mezzi utilizzati non erano proporzionati rispetto al fine dichiarato).

⁴ *Roach v. Electoral Commissioner*, [2006] HCA 43, 2.5.2007, secondo cui la privazione del diritto di voto di tutti coloro che hanno subito una condanna penale è incostituzionale, ma il legislatore può stabilire la stessa misura limitandola ai condannati ad una pena di più di tre anni.

⁵ *Alrai v. Minister of the Interior* HCJ 2757/06, 50(2) PD 18 [1996] (Isr.).

⁶ La decisione della Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) è la meno recente fra le sentenze qui citate e forse l'unica adottata seguendo un criterio di *judicial self-restraint*. Non è una coincidenza che tale decisione abbia ritenuto costituzionalmente legittime le forti limitazioni al diritto di voto previste in vari Stati membri degli Stati Uniti. L'argomento centrale utilizzato da *Richardson v. Ramirez* è che la sezione 2 del XIV emendamento alla Costituzione, che menziona la privazione del diritto di voto da parte delle leggi statali «per partecipazione ad una ribellione o per un altro reato» permette agli Stati di escludere i condannati dal diritto di voto ed esclude un controllo della legislazione statale dal punto di vista del rispetto del principio di *equal protection* basato sulla sezione 1 dello stesso XIV emendamento. Tuttavia, nel caso *Hunter v. Underwood*, 471 US 222, 233 (1985) la Corte suprema ha dichiarato incostituzionale una norma che era stata inserita nel 1901 nella Costituzione dell'Alabama per privare del diritto di voto le persone condannate per delitti di *moral turpitude*, ma non punibili con il carcere. La Corte suprema ha ritenuto che la norma, pur costruita formalmente in modo neutrale dal punto di vista razziale, sia stata in realtà adottata per finalità discriminatorie. Per una rassegna dei casi più recenti su questo tema si v. M.E. FEINBERG, *Suffering Without Suffrage: Why Felon Disenfranchisement Constitutes Vote Denial Under Section Two of the Voting Rights Act*, in *Hastings Poverty and Law Journal*, 8:2 (2011), 61 ss.

⁷ Si vedano, fra gli altri, le decisioni del Tribunale elettorale messicano nei casi SUP-JDC-20/2007, SUP-JUD 98/2010 e SUP-JDC-157/2010. Su questi casi, si v. M. OLIVETTI, *Presunción de inocencia, custodia cautelar y limitaciones al sufragio pasivo*, relazione al III Observatorio Judicial Electoral, Ciudad de México 2011 e L. RÍOS VEGA, *La suspensión preventiva del sufragio pasivo: ¿prisión, libertad o proporcionalidad?*, Documento de Trabajo para el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, TEPJE, Ciudad de México 2010.

⁸ Su queste sentenze si v. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le droit de vote des détenus en*

Queste sentenze si situano all'interno di un doppio conflitto: quello fra i giudici supremi e costituzionali e le assemblee rappresentative democraticamente elette – che in vari ordinamenti hanno introdotto⁹ o confermato¹⁰ la sospensione del diritto di voto dei detenuti – e quello tra le Corti nazionali e internazionali, nei casi in cui la privazione del diritto di voto dei detenuti sia basata su un fondamento costituzionale interno¹¹.

Nel suo insieme, la giurisprudenza di Strasburgo ha modificato la prospettiva di analisi del tema in esame – situato «at the intersection of

droit canadien, sud-africain et conventionnel européen, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 59:3 (2007), 617-643.

⁹ Questo è ad es. il caso dell'Australia (2006) e della Nuova Zelanda [si v. l'*Electoral (Disqualification of sentenced prisoners) Amendment Act 2010*, che ha inserito la lettera (d) nell'art. 80.1 dell'*Electoral Act 1983*, in base al quale il diritto di voto non è riconosciuto a «a person who is detained in a prison pursuant to a sentence of imprisonment»]. Su quest'ultimo caso, si v. la opinione critica di A. GEDDIS, *Prisoner Voting and Rights De-liberation: How New Zealand's Parliament Failed*, in *New Zealand Law Review*, 2 (2011) 454-455.

¹⁰ Questo è ad es. il caso del Canada e del Regno Unito, nel primo caso dopo la prima sentenza *Sauvé*, nel secondo dopo la sentenza *Hirst* della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul dibattito parlamentare alla Camera dei comuni britannica del febbraio 2011 (v. House of Commons, *Debates*, vol. 523, col. 493), al termine del quale tale assemblea ha espressamente rifiutato di modificare il *Representation of the People Act 2000* per conformare l'ordinamento britannico alla sentenza della Corte di Strasburgo, si v. D. NICOL, *Legitimacy of the Commons Debate on Prisoner Voting*, in *Public Law*, 56 (ott. 2011), 681 ss. Tuttavia nel novembre 2012 il Lord Chancellor ha pubblicato il *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill*, annunciando la nomina di un *Joint Committee* delle due Camere con il compito di condurre il *pre-legislative scrutiny*. La bozza di disegno di legge delinea tre opzioni: le opzioni A e B riconoscerebbero il diritto di voto a tutti coloro che stanno espiando pene detentive rispettivamente di meno di quattro anni o sei mesi, mentre l'opzione C ribadirebbe la completa esclusione dal voto di tutti i prigionieri condannati. Il 18 dicembre 2013 il *Joint Committee* ha pubblicato un Rapporto nel quale si afferma: «we recommend that the Government introduce a Bill at the start of the 2014-15 session, which should provide that all prisoners serving sentences of 12 months or less should be entitled to vote in all UK parliamentary, local and European elections; and moreover that prisoners should be entitled to apply, up to 6 months before their scheduled release date, to be registered to vote in the constituency into which they are due to be released». Per il rapporto ora citato si v. <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jt-draftvoting/103/10302.htm>.

¹¹ In alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa, le Corti costituzionali o supreme si sono pronunciate sul tema in esame nel contesto creato dalla giurisprudenza CEDU: si v. ad es. le sentenze del Tribunale costituzionale austriaco del 27.11.2003 e del 27.9.2007 e della Corte suprema del Regno Unito in *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* e *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

voting rights and criminal justice»¹² – spostandola dal diritto penale al diritto costituzionale, internazionale ed elettorale. Ma in questo cambio di prospettiva si è prodotta un’ingiustificata sottovalutazione delle ragioni che stavano – e che a nostro avviso stanno tuttora¹³ – alla base della restrizione del diritto di voto in caso di condanna penale definitiva.

In questo saggio, dopo una breve introduzione sulla collocazione sistematica del diritto di voto e dei diritti politici nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo (par. 2 e 3) verranno analizzati i limiti a tale diritto ed in particolare quello derivante da una condanna ad una pena detentiva (par. 4). Sarà quindi esaminata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul tema in esame, evidenziandone gli elementi di continuità e le contraddizioni (par. 5-8) e si tenterà una critica generale dell’impostazione in essa prevalente (par. 9).

2. *I diritti politici nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo: le libertà di riunione e di associazione*

I diritti di partecipazione politica sono situati al margine del *corpus* principale dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, la quale, nel suo testo originario, si presentava come una codificazione limitata ai diritti di libertà classici, i c.d. *Abwehrrechte* (diritti di difesa), o libertà negative. Rispetto a queste ultime, com’è noto, i diritti di partecipazione politica costituiscono una categoria di diritti la cui caratteristica comune è di permettere ai cittadini di partecipare alla formazione della volontà dello Stato¹⁴: pertanto, fra le libertà classiche e i diritti politici vi è la distanza identificata da Benjamin Constant fra le libertà dei moderni e le «libertà» degli antichi.

D’altro canto, la partecipazione dei cittadini alla vita politica non è

¹² A.C. EWALD, “Civic Death”: *The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States*, in *Wisconsin Law Review*, 2002, 1054.

¹³ Si v. *infra*, par. 9.2.

¹⁴ F. ARNDT, *Art. 3, ZP 1*, in U. KARPENSTEIN, F.C. MAYER (a cura di), *EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, München 2012, 390 sottolinea che si tratta di un „Teilhaberecht“ e che l’art. 3 del Prot. Add. n. 1 richiede misure positive da parte degli Stati. La Corte, nella decisione *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, App. no. 42202/07, § 67, 15.3.2012 ha osservato che «in the context of Article 3 of Protocol No. 1, the primary obligation is not one of abstention or non-interference, as with the majority of civil and political rights, but one of adoption by the State of positive measures to “hold democratic elections”».

un fenomeno estraneo alla Convenzione, in primo luogo per le ragioni storico-politiche che erano alla base dell'adozione, il 4 novembre 1950, della Convenzione stessa: quella di offrire una sintesi dei diritti della tradizione liberal-democratica dell'Europa occidentale, come alternativa sia ai fascismi sconfitti nella seconda guerra mondiale, sia ai regimi comunisti allora trionfanti nell'Europa orientale sotto dominazione sovietica.

Del resto, l'importanza della democrazia rappresentativa e, di riflesso, dei diritti di partecipazione politica che questo regime politico presuppone, si percepisce, nel testo originario della Convenzione, almeno su due questioni: da un lato il riferimento a una società democratica come contesto in cui si situano i diritti garantiti dalla Convenzione e alla luce del quale i limiti ai diritti stessi devono essere ricostruiti¹⁵; d'altro lato, la inclusione, fra i diritti protetti dalla CEDU, di alcune libertà che possono essere intese, per certi aspetti, come «ponti» tra le libertà «private» e la partecipazione alla vita politica: è il caso dei diritti di riunione e associazione, garantiti dall'art. 11 della CEDU, la cui proiezione politica deriva dal loro carattere di diritti individuali ad esercizio collettivo. Se le libertà di riunione e di associazione sono sicuramente rilevanti anche nella prospettiva della vita privata e sociale (ma comunque pre-politica) delle persone (come si vede nella esplicita menzione nell'art.11 della libertà di associazione sindacale), è chiaro che tali libertà – così come la libertà di opinione protetta dall'art. 10 – permettono al cittadino, e ai cittadini organizzati, di influire sulla sfera pubblica e sulla vita politica.

La rilevanza «politica» dei diritti protetti dall'art. 11 è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che include la libertà di associazione in partiti politici fra le diverse forme di libertà di associazione protette dalla Convenzione. La Corte ha sottolineato che tale profilo della libertà di associazione gode di una protezione rafforzata, con la conseguenza che nelle limitazioni alla libertà dei partiti politici gli Stati membri dispongono di un margine di apprezzamento nazionale più ristretto¹⁶.

¹⁵ Si v. il Preambolo (cf. *Zdanoka v. Latvia* – GC, App. 58278/00, dec. 16.3.2006, § 98 ss.) e gli art. 9.2, 10.2 e 11.2 della CEDU.

¹⁶ *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 133/1996/752/951, 30.1.1998, § 46. Tuttavia, secondo la Corte, neppure tale profilo della libertà di associazione è esente da limiti e i partiti che perseguono un programma politico incompatibile con i valori democratici consacrati nella Convenzione possono essere sciolti dagli Stati membri (*Refab Partisi et al. C. Turquie*, Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, dec. 13.2.2003

3. *La garanzia delle elezioni libere a scrutinio segreto e la sua «soggettivizzazione»*

Nel sistema giuridico della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il diritto di voto (il più importante dei diritti di partecipazione politica¹⁷) è oggetto di una regolazione scritta solo grazie al primo Protocollo Addizionale alla Convenzione, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 ed entrato in vigore il 18 maggio 1954. Tale regolazione, inoltre, si riferisce al diritto di voto solo in forma indiretta: l'art. 3, infatti, non adotta la prospettiva più ampia che si ravvisa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 21)¹⁸, nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici (art. 25)¹⁹, nella Convenzione Americana sui diritti umani (art. 23)²⁰ e nella

§ 100 e 102 e ss.; *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, Req. 25803/04 et 25817/04, dec. 30.6.2009 § 63-64, 78, 82).

¹⁷ Sulla centralità del diritto di voto fra i diritti di partecipazione politica si v. fra gli altri A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano 1948, 67 (secondo il quale il diritto ad essere elettore «rimane la posizione base del diritto di partecipazione politica, senza peraltro esaurirlo»); S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. I, Firenze 1950, 161 («il primo diritto di partecipazione all'esercizio di pubbliche funzioni contemplate nella Costituzione è il diritto di essere elettore») ed E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino 2001, 49 (il quale sottolinea che il diritto di voto «di tutti i diritti politici rappresenta tuttora quello paradigmatico e simbolicamente esemplificativo»).

¹⁸ «1. Ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti. 2. Ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese. 3. La volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione».

¹⁹ «Ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'articolo 2 e senza restrizioni irragionevoli: a) di partecipare alla direzione degli affari pubblici, personalmente o attraverso rappresentanti liberamente scelti; b) di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni periodiche, veritiere, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori; c) di accedere, in condizioni generali di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio Paese».

²⁰ «1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

Carta africana sui diritti umani e dei popoli (art. 13)²¹, i quali, tutti, garantiscono il diritto di partecipare alla direzione degli affari pubblici, il diritto di votare e di essere votato e il diritto di eguale accesso alle funzioni pubbliche elettive del proprio Paese. Al contrario, l'art. 3 del I Protocollo Addizionale alla Convenzione europea contiene una formulazione più sfumata²²:

«Le Alte Parti Contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, elezioni libere a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo nella scelta del corpo legislativo ».

Formalmente, dunque, l'art. 3 non utilizza l'espressione «diritto di voto» e pertanto non sembrerebbe possibile ragionare di una garanzia del diritto soggettivo di votare e di essere votato.

La natura della garanzia contenuta nell'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 è in primo luogo *oggettiva*: le Alte Parti Contraenti si impegnano a organizzare elezioni libere. Apparentemente questo sembrava essere solo un obbligo reciproco degli Stati membri e non un diritto individuale dei cittadini: pertanto da un lato tale articolo potrebbe forse essere comparato con le clausole di omogeneità politica previste nelle Costituzioni degli Stati federali, che hanno la finalità di armonizzare le strutture politiche degli Stati membri²³. D'altro lato, questo articolo sembrava avere rilevanza solo nel quadro dei procedimenti di garanzia collettiva

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

²¹ «1. Tutti i cittadini hanno il diritto di partecipare liberamente alla direzione degli affari pubblici del loro paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti sulla base di norme previste dalla legge. 2. Tutti i cittadini hanno parimenti il diritto di accedere alle pubbliche funzioni nel loro paese. 3. Ogni persona ha il diritto di usare beni e servizi pubblici nella stretta eguaglianza di tutti di fronte alla legge».

²² F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, VII ed., Paris 2005, 478-479.

²³ L'esempio più noto è la garanzia agli Stati membri di una forma di governo repubblicana, prevista dall'art. IV, sez. 4 della Costituzione degli Stati Uniti. Clausole simili si trovano poi nella Costituzione svizzera (art. 5), in quella argentina (art. 5) e in quella tedesca (art. 28). Al riguardo cf. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna 2002, 44 ss.

previsti dalla Convenzione, vale a dire dei procedimenti interstatali²⁴ con la conseguenza che esso non avrebbe potuto essere invocato attraverso un ricorso individuale.

In effetti, le prime decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo avevano interpretato l'articolo 3 del Prot. Add. n. 1 come una garanzia istituzionale e non come un diritto soggettivo e avevano affermato che tale articolo non garantiva il diritto individuale di votare, ma solo il diritto a che gli Stati membri organizzassero elezioni libere²⁵ e che le elezioni libere di cui all'art. 3 implicavano il suffragio universale²⁶.

La possibilità di ricavare dall'art. 3 del Prot. Add. n. 1 un diritto soggettivo di voto non era dunque scontata. Tuttavia, già nel 1975 la Commissione europea dei diritti dell'uomo era giunta a tale conclusione²⁷. A sua volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Mathieu-Mohin* del 1981, il primo in cui essa si occupò dell'art. 3, confermò questo orientamento.

«Mentre quasi tutte le altre clausole normative della Convenzione o dei Protocolli n. 1, 4, 6 e 7 ... si servono delle parole "Ogni persona ha diritto" o "nessuno può", l'art. 3 utilizza la parte di frase "Le Alte Parti Contraenti si impegnano". Se ne è talora dedotto che esso non fa nascere dei diritti e libertà individuali "direttamente riconosciuti a chiunque" sia dipendente dalla giurisdizione di queste Parti (sentenza *Irlande c. Royaume-Uni* del 18 gennaio 1978, série A n° 25, p. 91, § 239), ma solo a delle obbligazioni fra Stati (...).

(...) I lavori preparatori ... non rivelano ... nessuna intenzione di escludere, nel campo dell'art. 3 del Prot. Add. n. 1, il meccanismo del ricorso individuale, mentre si pensò a lungo – per rinunciarvi alla fine – di sottrarre la materia al controllo della Corte. Inoltre, vi si ritrovano delle frequenti citazioni della "libertà politica", dei "diritti politici", dei "diritti e libertà politiche dell'individuo", del "diritto ad elezioni libere" e del "diritto di voto".

²⁴ S. MARCUS-HELMONS, *Article 3 Prot. Ad. N. 1*, in L.-E. PETITTI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Paris 1999, 1013, che cita come esempio la domanda di Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda contro la Grecia nel 1969 per violazione di tale articolo dopo il colpo di Stato del 1967.

²⁵ Si v. i casi decisi dalla Corte sulla base di Req. 530/59 e 1065/61 *X and others v. Belgium*, Com. Dec. 18.9.1961. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Commissione e della Corte si v. C. PINELLI, *Protocollo 1 – Art. 3*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, 847 ss.

²⁶ *X. v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967.

²⁷ *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, Req. 6745/74 e 6746/74, dec. 30.5.1975.

La “colorazione interstatale” della lettera dell’art. 3 del Prot. Add. n. 1 non riflette alcuna differenza di fondo con le altre clausole normative della Convenzione e dei Protocolli. Essa sembra spiegarsi piuttosto con la volontà di dare maggiore solennità all’impegno assunto e con la circostanza che nel campo considerato si trova in primo piano non un obbligo di astensione o di non ingerenza, come per la maggioranza dei diritti civili e politici, ma l’obbligo, posto a carico dello Stato, di adottare delle misure positive per “organizzare” delle elezioni democratiche»²⁸.

La Corte ha dunque adottato una interpretazione estensiva del testo dell’art. 3 del Protocollo Addizionale n.1, che sembra discutibile sia dal punto di vista letterale, sia dal punto di vista storico, sia dal punto di vista sistematico²⁹.

Per ciò che concerne la lettera dell’art. 3, è chiaro che in esso non vi è alcuna menzione della dimensione soggettiva della garanzia di elezioni libere e meno che mai di un diritto individuale di voto.

Per ciò che si riferisce ai lavori preparatori³⁰, la Corte di Strasburgo ha potuto trovarvi solo alcuni riferimenti generici ai diritti politici e ha potuto far leva unicamente su un argomento «negativo», secondo il quale non è ravvisabile in essi alcuna intenzione di escludere il ricorso individuale in questa materia.

Infine, il sistema dei diritti garantiti dalla CEDU sembrerebbe autorizzare una conclusione diversa da quella cui è giunta la Corte, in primo luogo per la natura dei diritti politici, i quali sono una forma di partecipazione del cittadino ad una funzione pubblica, prima di essere un diritto soggettivo individuale. E il testo dell’art. 3 si riferisce alla partecipazione politica proprio in questa prospettiva, considerando gli interessi individuali in questo ambito come riflessi di una garanzia oggettiva, quella di elezioni libere. In altre parole: l’art. 3 riconosce il diritto di voto per avere elezioni libere, non il contrario (cioè non riconoscere le elezioni libere per consentire alla dignità individuale di esprimersi nel voto).

²⁸ *Mathieu Mobin et Cleyrfaut c. Belgique*, Req. 9267/81, dec. 2.3.1987, § 48-50, *Zdanoka v. Latvia*, § 102.

²⁹ In effetti ancora alla fine degli anni novanta un commentatore osservava che il riconoscimento di un diritto soggettivo individuale di voto era «le point le plus étonnant» della giurisprudenza della Commissione e della Corte: S. MARCUS-HELMONS, *Article 3*, cit., 1020.

³⁰ Sull’origine dell’art. 3 si v. R. GOY, *La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l’article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 102 (1986), 1278 ss.

Si deve inoltre rilevare che la riconduzione all'art. 3 del Prot. Add. n. 1 alla sfera di operatività del ricorso individuale, e dunque il riconoscimento di un diritto soggettivo a libere elezioni, non avrebbe necessariamente comportato come conseguenza il riconoscimento di un diritto individuale di voto e, soprattutto, la piena equiparazione di tale diritto ai diritti di libertà garantiti dalla Convenzione. Ciò che l'art. 3 del Prot. Add. n. 1 protegge, infatti, non è un interesse individuale, che ha rilevanza solo di riflesso, ma un interesse pubblico.

In ogni caso, queste osservazioni hanno ormai solo la funzione di sottolineare che ciò che spiega la soggettivizzazione del diritto di voto è l'attivismo giudiziale della Corte di Strasburgo e non il testo della CEDU e dei suoi protocolli, interpretati secondo le regole tradizionali dell'ermeneutica giuridica³¹. Si tratta, dunque (come in molti altri aspetti della giurisprudenza CEDU), di atti di volontà e non di atti di ragione: il diritto individuale di votare e di essere votato è infatti un diritto «scoperto» dalla Corte europea, di creazione «pretoria»³². Ad ogni modo, è difficile negare oggi che la giurisprudenza CEDU sull'esistenza nell'art. 3 di un diritto soggettivo di votare e di essere votati si sia consolidata e lo studioso del diritto positivo deve accettare questo fatto compiuto, pur conservando il diritto di denunciarne la distanza dal dato giuridico rigorosamente inteso.

4. *I limiti al diritto di voto compatibili con la Convenzione e il problema dei detenuti*

A) Nella sua giurisprudenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea costantemente l'importanza centrale di questo diritto nel sistema della Convenzione. La giurisprudenza di Strasburgo ripete anche in questo caso la sua affermazione classica, secondo la quale il diritto di voto non è assoluto³³ e gli Stati membri possono limitare i diritti garantiti dall'art 3 per vari tipi di finalità.

³¹ Favorevole alla ricostruzione della Corte è invece J.A. FROWEIN, *Art. 3 ZP n. 1*, in J.A. FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention – EMRK-Kommentar*, Kehl am Rhein 2009, 681, che fa leva sull'art. 5 del I Prot. Add.

³² F. SUDRE, *Droit international et européen*, cit., 482 e 484.

³³ Si v. riferimenti in M. STARITA, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, 842.

«I diritti garantiti dall'art. 3 del Prot. n. 1 sono cruciali per l'instaurazione e il mantenimento dei fondamenti di una autentica democrazia basata sulla preminenza del diritto. Cionondimeno, tali diritti non sono assoluti. Vi è un margine per "limitazioni implicite", e si deve riconoscere agli Stati membri un margine di apprezzamento in materia»³⁴.

Del resto, considerato che nella sua struttura testuale l'art. 3 non menziona il diritto di voto, non può sorprendere che tale articolo non menzioni neppure le finalità per le quali è consentito limitare tale diritto. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'assenza di una enumerazione dei motivi delle limitazioni lascia agli Stati membri un margine di apprezzamento più esteso di quello di cui essi dispongono nei diritti – come quelli di riunione e di associazione – in cui è la Convenzione stessa a menzionare le ragioni per le quali gli Stati possono limitare il diritto in questione³⁵.

In una recente decisione, la Corte si è spinta ad affermare che:

«Dato che l'art. 3 del Protocollo n. 1 non è limitato da una lista specifica di "obiettivi legittimi", gli Stati contraenti possono giustificare una restrizione col riferimento ad ogni obiettivo che sia compatibile con il principio dello Stato di diritto e con gli obiettivi generali della Convenzione»³⁶.

Le restrizioni del diritto di voto devono essere previste dalla legge e devono rispettare il principio di proporzionalità. Secondo lo schema generale di tale principio, ciò significa che le limitazioni al diritto di voto:

- a) devono perseguire un fine legittimo;
- b) devono essere necessarie al conseguimento di quel fine;
- c) non devono esistere alternative meno restrittive per il titolare del diritto.

Tuttavia, di solito la Corte non svolge un controllo approfondito sul secondo e sul terzo passaggio di questo test e utilizza talora criteri di proporzionalità che sono stati definiti non sostanziali, ma procedurali³⁷.

La Corte di Strasburgo ha sottolineato che i diritti di votare e di essere votato non devono essere limitati «nella loro stessa sostanza» né pri-

³⁴ *Zdanoka v. Latvia* – GC, § 103.

³⁵ *Zdanoka v. Latvia*, dec. 17.6.2004, § 86. Si veda M. STARITA, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, cit., 834.

³⁶ *Shindler v. The United Kingdom*, App. 19840/09, dec. 7.5.2013, § 101

³⁷ M. STARITA, *Art. 3 Prot. Add. n. 1*, cit., 844 ss.

vati della loro effettività³⁸. Essa ha utilizzato un criterio più ristretto nel controllo delle limitazioni al diritto di votare che in quelle al diritto a essere votati: il margine di apprezzamento nazionale, già ampio nel diritto di votare, è ancora più ampio riguardo a quello di essere votati.

B) La giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo consentiva inizialmente che alcune categorie di persone – come coloro che sono incarcerati per l'esecuzione di una condanna penale – fossero private del diritto di voto. Nel caso *X. v. Federal Republic of Germany*, la Commissione aveva sostenuto che la restrizione del diritto di voto di

«detenuti condannati che stanno spiando la loro pena... non vulnera la “libera espressione dell'opinione del popolo nella scelta dell'assemblea rappresentativa” secondo il significato dell'art. 3 del Protocollo n. 1»³⁹.

La stessa Commissione, nel caso *H. v. The Netherlands*, aveva affermato che

«questo tipo di limitazioni si spiegano con l'idea che alcune condanne marcano di infamia per un determinato periodo, che può essere tenuto in considerazione dalla legislazione in ciò che si riferisce all'esercizio dei diritti politici. Anche se può sembrare rigido che una condanna superiore ad un anno abbia sempre come conseguenza una sospensione del diritto di voto per tre anni, la Commissione non ritiene che questo tipo di misura ecceda le limitazioni che possono essere giustificate nel quadro dell'art. 3 del Protocollo Addizionale»⁴⁰.

Occorre sottolineare che nel caso che si è appena citato la condanna dalla quale derivava la sospensione del diritto di votare era una condanna per rifiuto di prestare il servizio armato da parte di una persona che non aveva rispettato le formalità previste dalla legge per essere qualificato come obiettore di coscienza: dunque senza dubbio una condanna per un reato minore. Del resto nella decisione ora citata la Commissione aveva ravvisato

³⁸ *Matthews v. The United Kingdom*, App. 24833/94, dec. 18.2.1999, § 65, *Labita c. Italie*, Req. 26772/95, dec. 6.4.2000, § 201.

³⁹ *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

⁴⁰ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

«l'esistenza di un principio generalmente riconosciuto secondo il quale alcune restrizioni del diritto di voto possono essere imposte ai detenuti condannati ad alcune pene detentive»⁴¹.

Essa era quindi giunta alla (ragionevole) conclusione che limitazioni dell'elettorato attivo configurate in questo modo non violassero il principio di elezioni libere idonee a consentire la libera espressione dell'opinione del popolo⁴².

Ancora di recente, nel caso *M.D.U. c. Italie*, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che la sospensione per due anni del diritto di voto di una persona condannata per frode fiscale potesse essere giustificata dalla finalità di proteggere «le bon fonctionnement et le maintien du régime démocratique»⁴³ e non aveva reputato necessario procedere ad un approfondito *test* di proporzionalità: anzi essa aveva rigettato il ricorso, considerandolo manifestamente infondato.

Questa tendenza a lasciare un margine di apprezzamento abbastanza ampio agli Stati è stata però abbandonata – nella logica perseguita dalle decisioni della Corte, anche se non nelle argomentazioni da essa utilizzate, fra le quali continua a ricorrere la sottolineatura dell'ampiezza del margine di apprezzamento – in alcuni casi più recenti che hanno riguardato il Regno Unito, la Romania, l'Austria e l'Italia, nei quali la Corte ha adottato una posizione più restrittiva – e tuttora molto discussa – che considera la limitazione del diritto di voto dei condannati come una regola molto problematica alla luce dell'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1. Dopo un parziale cambio di giurisprudenza in una sentenza della *Grande Chambre* della Corte su un caso italiano, il criterio restrittivo adottato dalla Corte si è nuovamente manifestato in due decisioni del 2013 relative a Russia e Turchia. È dunque necessario esaminare nel dettaglio i casi *Hirst v. United Kingdom*, *Frödl v. Austria*, *Scoppola v. Italy* ed i casi del 2013: sul primo e sul terzo di questi casi si è pronunciata, oltre ad una sezione della Corte, anche la *Grande Chambre*.

⁴¹ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

⁴² Che questo fosse l'assetto consolidato della giurisprudenza di Strasburgo sul tema in esame è chiaramente desumibile da un commento degli anni novanta: F.C. JACOBS, R.C.A. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, II ed., Oxford 1996, 275.

⁴³ *Si. v. M.D.U. c. Italie*, Req. 58540/00, dec. 28.1.2003, § 14.

5. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto di voto dei detenuti: il caso Hirst*

A) La sentenza *Hirst* ha rappresentato una netta svolta rispetto alla giurisprudenza precedente della Corte, come è dimostrato, fra l'altro, dal fatto che tutti i casi successivi relativi al diritto di voto dei detenuti utilizzano come base per la decisione gli argomenti esposti per la prima volta in questa sentenza, specialmente nella versione della *Grande Chambre*, la quale, a sua volta – come la decisione della IV sezione – si ispira per vari aspetti alla sentenza *Savu  v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La legislazione del Regno Unito prevedeva (e prevede tuttora⁴⁴) la sospensione del diritto di voto per tutti i condannati a pene consistenti nella privazione della libert  personale, con l'eccezione dei condannati per *contempt of the court* e per non aver pagato una multa, e senza alcuna distinzione basata sulla gravit  del reato. Al tempo stesso, secondo la legislazione britannica, il *disenfranchisement*   una conseguenza automatica e generale della condanna, che opera senza intermediazione del giudice nell'applicazione della misura consistente nella sospensione del diritto di voto. Quest'ultima, a sua volta,   prevista dalla legislazione del Regno Unito fra le conseguenze della condanna penale sin da tempi molto risalenti e la sua operativit    stata confermata dalle leggi elettorali adottate in seguito⁴⁵. Nel 2000 tale disciplina   stata modificata, in un certo qual modo attenuandola, riconoscendo il diritto di voto alle persone detenute per infermit  mentale in assenza di una condanna ed ai detenuti non ancora condannati⁴⁶.

Nella decisione relativa al caso *Hirst v. The United Kingdom (no. 2)*, del 30.3.2004, la IV sezione della Corte ha ritenuto che la legislazione del Regno Unito fosse in contrasto con l'art. 3 del Prot. Add. n. 1, in quanto la restrizione del diritto di voto da essa prevista era incompatibile con il principio di proporzionalit .

La Corte ha confermato la sua giurisprudenza secondo la quale i di-

⁴⁴ V. *supra* nota 10.

⁴⁵ Tali limitazioni risalgono alla c.d. «morte civile» (*civic death*), che consisteva nella privazione di alcuni dei diritti di un condannato sin dai tempi di Re Edoardo III. Tali limitazioni furono confermate dal *Forfeiture Act 1870* (sul quale W. ANSON, *The Law and Custom of the Constitution*, vol. I, *Parliament*, V ed., Oxford 1922, 131-132, osservava che «conviction of treason or felony is a disqualification, unless either the term of punishment has been served or a free pardon has been obtained») e dal *Representation of the People Act 1969*.

⁴⁶ *Representation of the People Act 2000*, sec. 3.

ritti di elettorato attivo e passivo sono fondamentali ma non assoluti e ha ribadito che gli Stati dispongono di un margine di apprezzamento nell'ambito del quale possono stabilire delle restrizioni: queste ultime, però, non possono attentare alla sostanza stessa dei diritti di elettorato attivo e passivo, né privarli della loro effettività⁴⁷. La Corte ha quindi riconosciuto che il margine di apprezzamento nazionale nella regolazione del diritto di voto dei detenuti è ampio, anche in ragione dell'assenza di omogeneità tra le norme e le pratiche degli Stati membri⁴⁸. Secondo la Corte, tale margine di apprezzamento va esercitato tentando un bilanciamento fra il diritto di voto e le restrizioni che la legge prevede; ma la Corte ha sottolineato che nel caso del Regno Unito la restrizione del diritto di voto non è mai stata oggetto di un dibattito approfondito davanti alle assemblee parlamentari al fine di ponderare i diversi interessi in gioco e dipende esclusivamente dalla fedeltà alla tradizione storica⁴⁹. In tal modo, la Corte sembra spostare il requisito della proporzionalità dal piano sostanziale a quello formale, ovvero dal contenuto di una data disciplina al modo in cui essa è stata adottata⁵⁰, quasi presumendo che l'assenza di un dibattito parlamentare sia di per sé un indizio di mancato rispetto del principio di proporzionalità⁵¹.

Applicando il *test* di proporzionalità, la Corte si è chiesta in primo luogo se la restrizione del diritto di voto perseguisse un fine legittimo e ha ritenuto che le finalità della prevenzione dei reati, della punizione dei colpevoli e del rafforzamento del senso civico potrebbero essere dei fini in astratto ammissibili, con la conseguenza che le persone che abbiano

⁴⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, App. 74025/01, § 36.

⁴⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 40. Nello stesso senso v. anche *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. 10226/03, 8.7.2008, § 109 e *Communist Party of Russia and others v. Russia*, App. 29400/05, dec. 19.6.2002, § 109.

⁴⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 41. Osserva A.W. POWERS, *Hirst*, cit., 46: «The use of the margin of appreciation by the *Hirst (No. 2)* Chamber suggests that in Article 3 of Protocol No. 1 cases, the legislature is required to engage in a full-blown proportionality test when passing restrictions on the right to vote. If it does not, the *Hirst (No. 2)* Chamber suggests that the margin of appreciation will not be used as a basis of deference towards the national legislature. Instead, the margin of appreciation doctrine may be turned on its head and used to discount the governmental aims in the proportionality test».

⁵⁰ Questo è un esempio della sussidiarietà procedurale di cui ragiona M. STARITA, *Art. 3 Prot. Add. n. 1*, cit., 844 ss.

⁵¹ K. PABEL, *Wahlrecht auch für Strafgefangene?*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2005, 553 osserva criticamente che «oggetto di controllo è solo la situazione giuridica vigente, non il modo in cui essa ha avuto origine».

commesso gravi violazioni della legge penale potrebbero essere private del diritto di partecipare alla formazione degli atti legislativi per il periodo dell'espiazione della loro pena⁵². Dopo aver analizzato gli argomenti della Corte suprema del Canada nei casi *Sauvé 1* e *Sauvé 2* (giungendo alla conclusione che tali argomenti potavano essere utilizzati per il caso in esame⁵³), la Corte ha manifestato i suoi dubbi sulla legittimità dei fini menzionati, sottolineando che a suo avviso la privazione del diritto di voto non favorisce la riabilitazione del condannato, ma ha preferito non esprimersi su questo punto, ritenendo che l'applicazione del principio di proporzionalità in senso stretto fosse sufficiente a risolvere la controversia⁵⁴.

Riguardo alla proporzionalità in senso stretto, la Corte è giunta alla conclusione che

«la disposizione priva del loro diritto previsto dalla Convenzione un'estesa categoria di persone (più di 70,000) in una maniera indiscriminata. Essa impone una restrizione generalizzata ("a blanket restriction") a tutti i detenuti che siano stati condannati. Essa si applica automaticamente a tutti i detenuti, senza considerare la durata della pena e indipendentemente dalla natura o gravità del reato da essi commesso»⁵⁵.

B) Il governo del Regno Unito chiese che la sentenza della IV sezione della Corte fosse rinviata davanti alla *Grande Chambre* e tale richiesta venne accolta ai sensi dell'art. 43 CEDU. Tuttavia, la *Grande Chambre*, nella pronuncia *Hirst v. the United Kingdom (no. 2) – GC*, del 6.10.2005, ha confermato nella sostanza la decisione della IV sezione⁵⁶, limitandosi a modificare alcuni degli argomenti da questa utilizzati: essa ha accettato la tesi del governo britannico circa la sussistenza di un fine legittimo, ma ha ritenuto che le limitazioni del diritto di voto previste per realizzare

⁵² *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 42.

⁵³ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 47.

⁵⁴ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 47. In questo *modus procedendi*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha seguito la sentenza *Sauvé v. Canada* (2002), la quale, pur avendo qualificato i fini di «enhance civic responsibility and respect for the rule of law» e di «provide additional punishment» e di «enhance the general purpose of the criminal sanction» come «vague and symbolic», aveva ritenuto necessario effettuare il test di proporzionalità.

⁵⁵ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 49.

⁵⁶ Fra i commenti alla sentenza della Corte si v. W.A. POWERS, *Hirst v. United Kingdom (No. 2): a First Look to Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights*, in *Connecticut Journal of International Law*, 21 (2006), 243.

tale finalità fossero sproporzionate. La decisione della *Grande Chambre* è stata adottata con una maggioranza di 12 voti contro 5 e i giudici dissidenti hanno redatto delle pregevoli opinioni dissidenti, che criticavano la decisione della maggioranza con argomenti di un certo spessore.

La *Grande Chambre* ha in primo luogo ricostruito il quadro generale in materia di diritto di voto dei detenuti, sottolineando che questi ultimi conservano in generale tutti i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione, con l'eccezione del diritto di libertà e che tutte le restrizioni a tali diritti devono essere giustificate, per esempio con esigenze di sicurezza o di prevenzione dei reati⁵⁷. La *Grande Chambre* ha escluso nettamente che il detenuto perda i suoi diritti semplicemente in conseguenza della privazione della libertà personale e ha affermato che nel sistema della Convenzione non vi è spazio per una privazione automatica del diritto di voto basata semplicemente su ciò che può offendere l'opinione pubblica⁵⁸. Secondo la Corte, gli *standards* di tolleranza della Convenzione non impediscono alla società di adottare misure contro coloro che tentino di distruggere i diritti garantiti dalla Convenzione stessa e le restrizioni ai diritti elettorali possono essere previste contro individui che abbiano abusato di una carica pubblica o che abbiano minacciato lo stato di diritto o i fondamenti della democrazia⁵⁹. Ma la misura del *disenfranchisement* può essere adottata solo sulla base del principio di proporzionalità, vale a dire solo se esiste «un nesso intelligibile e sufficiente tra la sanzione e la condotta e le circostanze dell'individuo coinvolto»⁶⁰.

A differenza della IV sezione della Corte, la *Grande Chambre* ha ritenuto che il fine perseguito dalla legislazione britannica con la privazione del diritto di voto dei detenuti – che il governo britannico aveva individuato nella finalità di «prevenire i reati, sanzionando la condotta dei detenuti condannati e anche di rafforzare la responsabilità civica e lo stato di diritto» – potesse essere considerato un fine legittimo nella prospettiva del principio di proporzionalità⁶¹.

Tuttavia, la Corte è giunta alla conclusione che la privazione in via generale del diritto di voto per tutti i condannati a pene detentive di durata superiore a due anni fosse sproporzionata, sia in quanto la legge britannica non faceva (e non fa tuttora) distinzioni fra condanne per reati di di-

⁵⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 69.

⁵⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 70.

⁵⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 71.

⁶⁰ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 71.

⁶¹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 74-75.

versa gravità, sia in quanto la stessa legge si applica in forma generale ed automatica e non lascia al giudice nessuno spazio di valutazione circa l'applicazione ai casi concreti della sospensione del diritto di voto⁶².

In conclusione, la Corte ha definito la disciplina del Regno Unito come

«uno strumento brusco (“a blunt instrument”). Esso priva del loro diritto previsto dalla Convenzione un'estesa categoria di persone (più di 70,000) in una maniera indiscriminata. La disposizione impone una restrizione generale a tutti i prigionieri condannati a una pena detentiva. Esso si applica automaticamente a tutti tali prigionieri, indipendentemente dalla lunghezza della pena e dalla natura o gravità del reato da essi commesso e dalle loro circostanze individuali. Una tale restrizione generale, automatica e indiscriminata circa un diritto convenzionale di importanza vitale deve essere ritenuta esterna ad ogni accettabile margine di apprezzamento, per quanto ampio esso possa essere, ed è incompatibile con l'art. 3 del Protocollo n. 1»⁶³.

La Corte ha dunque attribuito un'importanza centrale al nesso fra la privazione del diritto di voto e le peculiarità del reato commesso, riprendendo, anche su questo punto, un passaggio della decisione della Corte suprema canadese nel caso *Sawé v. Canada (Chief electoral officer)*.

La *Grande Chambre* ha constatato l'assenza di un consenso fra gli Stati membri su questo tema e ha riconosciuto che essi godono di un ampio margine di apprezzamento nazionale nella definizione delle restrizioni al diritto di voto, in particolare per i detenuti. Ma al tempo stesso ha sottolineato che tale margine non è illimitato⁶⁴, giungendo alla conclusione che la privazione automatica del diritto di voto in conseguenza di una condanna definitiva è al di fuori di tale margine. Tuttavia la Corte ha riconosciuto che gli Stati possono utilizzare varie e diverse misure per regolare la questione del diritto di voto dei detenuti⁶⁵.

C) La decisione della *Grande Chambre* è interessante anche per l'opinione dissidente dei giudici Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler e Jebens, i quali hanno formulato una critica molto ben argomentata alla posizione della maggioranza. In particolare, i giudici dissenzienti hanno sottolineato che «la Corte ha costantemente affermato nella sua giuri-

⁶² *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 77.

⁶³ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 82.

⁶⁴ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 83.

⁶⁵ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, § 84.

sprudenza che gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento» in materia di diritto di voto e che «l'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 consente le restrizioni del diritto di voto che abbiano natura generale, a condizione che non siano arbitrarie e che non ostacolino la "libera espressione dell'opinione del popolo", il che accade, ad es., con le restrizioni basate sull'età, la nazionalità o la residenza».

«A differenza della maggioranza, non riteniamo che una restrizione generale del diritto di voto dei prigionieri dovrebbe in principio essere giudicata diversamente, e la giurisprudenza delle istituzioni della Convenzione ad oggi non supporta nessun'altra conclusione (...). Né riteniamo che una decisione di questo tipo debba essere adottata da un giudice in ogni caso singolo. Al contrario, lasciare la decisione in astratto su questa questione al legislatore è ovviamente compatibile con la garanzia del diritto di voto»⁶⁶.

Secondo la *dissenting opinion*, sarebbe stata preferibile una opzione di maggior prudenza:

«A meno che le restrizioni non attentino all'essenza stessa del diritto di voto o siano arbitrarie, la legislazione nazionale sui diritti di voto dovrebbe essere dichiarata incompatibile con l'art. 3 solo qualora ponderose ragioni giustifichino tale conclusione. Non siamo in grado di giungere alla conclusione che tali ragioni siano state addotte»⁶⁷.

Secondo il voto dissenziente, l'interpretazione adottata dalla maggioranza della *Grande Chambre* nel caso *Hirst* è stata di tipo dinamico-evolutivo e una interpretazione di questo tipo può essere adottata solo in seguito a cambiamenti verificatisi nelle società degli Stati membri e sulla base di una tendenza al consenso fra le loro legislazioni. Ciò è essenziale perché la Corte è un giudice e non un legislatore⁶⁸.

In un'altra *dissenting opinion*, il giudice Costa ha sottolineato che la decisione ha privato lo Stato membro di ogni margine di apprezzamento circa un diritto (il diritto di voto) che è di creazione giurisprudenziale⁶⁹.

⁶⁶ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, opinione dissenziente, § 4.

⁶⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, opinione dissenziente, § 5.

⁶⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, opinione dissenziente, § 5.

⁶⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* – GC, opinione dissenziente, § 9.

6. *Il caso Frodl*

I principali argomenti sviluppati dalla *Grande Chambre* nel caso *Hirst* sono stati ripresi e sviluppati ulteriormente dalla III sezione della Corte nel caso *Calmanovici c. Roumanie* (2008)⁷⁰ e dalla I sezione della Corte stessa nel caso *Frodl v. Austria* (2010). Data la pressoché totale coincidenza degli argomenti utilizzati in questi due casi, ci si limiterà qui a riassumere quelli formulati nel secondo di essi.

Nell'ordinamento giuridico austriaco⁷¹, la privazione del diritto di voto non colpisce tutti i detenuti condannati per violazione di norme penali, ma solo i cittadini che sono stati condannati: a) con sentenza definitiva; b) per reati intenzionali; c) ad una pena di almeno un anno di reclusione (risultano dunque escluse le condanne ad una multa e alla detenzione per meno di un anno). La Corte costituzionale austriaca, pronunciandosi sulla conformità di questo sistema alla CEDU, aveva ritenuto che tali limitazioni all'applicazione del *disenfranchisement* differenziassero il sistema adottato in Austria dal sistema britannico – che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva sanzionato con la sentenza *Hirst* – permettendo così alla legislazione austriaca di rispettare il principio di proporzionalità, restando all'interno del margine di apprezzamento nazionale⁷².

Nella sua decisione, la I sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha sintetizzato la giurisprudenza già elaborata nel caso *Hirst* circa l'esistenza di un diritto individuale di voto e l'ammissibilità di limitazioni a tale diritto⁷³, la contrarietà alla Convenzione di limitazioni che attentino all'essenza stessa del diritto in questione⁷⁴, la spettanza dei diritti politici ai detenuti («i detenuti in generale conservano tutti i diritti e le libertà fondamentali garantiti in base alla Convenzione, con l'eccezione del diritto di libertà») e l'inaccettabilità di un sistema in cui la privazione del diritto di voto sia una conseguenza semplice ed automatica di una condanna a una pena detentiva («nel sistema della Convenzione, in cui la

⁷⁰ A conclusioni analoghe a quelle di *Calmanovici v. Romania*, App. 42250/02, dec. 1.7.2008, la Corte è poi nuovamente giunta nella sentenza sul caso *Cucu v. Romania*, App. 22362/06, 13.11.2012, in partic. § 111.

⁷¹ Art. 26 della Costituzione federale (su cui v. *infra*, nt. 125), art. 22 del Regolamento dell'Assemblea nazionale, art. 44 del codice penale. V. qualche informazione ulteriore in K. PABEL, *Wahlrecht*, cit., 554.

⁷² Si v. le due sentenze citate *supra* nella nota 11.

⁷³ *Frodl v. Austria*, App. 20201/04, dec. 8.4.2010, § 23.

⁷⁴ *Frodl v. Austria*, § 24.

tolleranza e l'apertura mentale sono caratteri distintivi di una società democratica, non vi è alcuno spazio per una privazione automatica del diritto di voto basata solo su ciò che può offendere l'opinione pubblica»⁷⁵). Una volta fissato questo quadro concettuale, la Corte ha nuovamente riconosciuto l'ammissibilità di limitazioni al diritto di voto, ma alla condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità⁷⁶.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che la limitazione del diritto di voto dei detenuti prevista dalla legislazione austriaca perseguisse il fine legittimo della prevenzione del crimine e del rafforzamento della responsabilità civica⁷⁷, accettando così l'argomento del governo austriaco, secondo il quale il sistema era più sfumato e meno indifferenziato del sistema britannico. Tuttavia ciò non è stato sufficiente a indurre la Corte a ritenere compatibile con la Convenzione il *disenfranchisement* austriaco.

Citando la sua decisione nel caso *Hirst*, ma spingendosi più in là di quanto aveva letteralmente affermato in tale caso⁷⁸, la Corte ha individuato tre condizioni perché la privazione del diritto di voto dei detenuti condannati in via definitiva fosse compatibile con l'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1:

- 1) «L'esclusione del diritto di voto può essere prevista solo per un gruppo strettamente definito di condannati che stanno espiando una pena di lunga durata»;
- 2) «è necessaria una connessione diretta fra i fatti sui quali la condanna è basata e la sanzione della privazione del diritto di voto»;
- 3) «tale misura deve essere disposta preferibilmente non come conseguenza diretta di una legge, ma in base ad una decisione di un giudice dopo un procedimento giudiziario»⁷⁹.

La finalità di questi criteri, secondo la Corte, è stabilire che la privazione del diritto di voto dei detenuti – anche se ammissibile – sia configurata come una eccezione e non come la regola⁸⁰. Per questa ragione,

⁷⁵ *Frodl v. Austria*, § 25.

⁷⁶ *Frodl v. Austria*, § 26.

⁷⁷ *Frodl v. Austria*, § 30.

⁷⁸ ...come nota M. RUBECCHI, *I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino 2011, 432.

⁷⁹ *Frodl v. Austria*, § 28, citando i § 77 e 78 della sentenza *Hirst – GC*.

⁸⁰ *Frodl v. Austria*, § 35.

«è un elemento essenziale che la decisione sul *disenfranchisement* sia adottata da un giudice, tenendo conto delle circostanze particolari, e che vi deve essere un nesso fra l'offesa commessa e questioni relative alle elezioni ed alle istituzioni democratiche».

Questo argomento della Corte – che riprende un'indicazione della Commissione di Venezia risalente al 2002 (nella quale si suggeriva di circoscrivere la perdita del diritto di voto ai casi di condanna penale per reati gravi e solo sulla base di una espressa decisione dell'autorità giudiziaria)⁸¹ e che è stato in seguito abbandonato nella decisione della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola* – era stato formulato in maniera analoga anche nel caso *Calmanovici*:

«il principio di proporzionalità richiede l'esistenza di un nesso percepibile e sufficiente fra la sanzione da un lato e il comportamento e la situazione della persona interessata dall'altro. La Corte ha preso nota a questo proposito della raccomandazione della Commissione di Venezia secondo la quale la soppressione dei diritti politici deve essere pronunciata da un tribunale in una decisione specifica, in quanto un tribunale indipendente che applica un procedimento in contraddittorio offre una solida garanzia contro l'arbitrio (...)»⁸².

Si tratta, tuttavia, di un argomento discutibile da diversi punti di vista. In questo modo, infatti, si introduce una tecnica che la dottrina italiana suole definire «riserva di giurisdizione», in quanto si permette la limitazione di un diritto solo sulla base di una previa e specifica decisione di un giudice nel caso concreto. Al riguardo, però, si deve in primo luogo sottolineare che il sistema della Convenzione e le tradizioni costituzionali e legislative degli Stati membri non supportano una conclusione di questo tipo: la necessità che la limitazione dei diritti sia fondata su una previa e specifica decisione giudiziale non è generale, ma propria di alcuni diritti, come quelli di libertà personale, di domicilio, di corrispondenza, di stampa, ecc. (questo è il caso, ad es., della Costituzione italiana).

D'altro lato, la perdita del diritto di voto in conseguenza di una condanna penale, anche quando opera automaticamente, cioè come mera conseguenza della condanna, dipende sia dalla ponderazione di interessi operata dal legislatore (qualora esso abbia ritenuto che fra le conseguenze della condanna vada inclusa la privazione del diritto di voto), sia

⁸¹ Si v. il punto 1.2 lett. d) del *Code of good practices in electoral matters* del 2002.

⁸² *Calmanovici c. Roumanie*, § 153.

da una decisione giudiziaria sull'applicazione della legge al caso concreto. L'intervento preventivo del giudice, che secondo la Corte svolge la funzione di garantire il rispetto del principio di proporzionalità, è di norma previsto per l'irrogazione della sanzione penale e non pare necessario prevederlo anche per la perdita del diritto di voto che consegue alla prima: se esiste una esigenza di proporzionalità, è quella fra alcuni tipi di reati e la privazione del diritto di voto, ma a tale esigenza si può fare fronte mediante una ponderazione di interessi realizzata direttamente dal legislatore in astratto. Al contrario, un intervento del giudice che stabilisca nel caso concreto se il detenuto deve essere privato o meno del diritto di voto in seguito alla condanna, porta con sé il rischio di una valutazione arbitraria, con lesione del principio di eguaglianza, che nella limitazione dei diritti politici deve essere rispettato in maniera particolarmente rigorosa, non solo nell'interesse del suo titolare, ma anche per esigenze di regolarità del processo democratico, a presidio delle quali è posto l'art. 3 del Prot. Add. n. 1.

Dopo la sentenza della I sezione sul caso *Frodl*, la Repubblica austriaca presentò richiesta di rimessione del caso alla *Grande Chambre*, ma la sua istanza fu dichiarata inammissibile dalla Corte ai sensi dell'art. 44.2 lett. c) della CEDU.

7. Il caso *Greens* e il caso *Scoppola*

A) Nel caso *Greens and M.T. v. The United Kingdom* (2010), la IV sezione della Corte si è nuovamente pronunciata sulla legislazione del Regno Unito, esaminando i tentativi del governo britannico di implementare la decisione della Corte nel caso *Hirst*. La Corte ha osservato che i giudici inglesi avevano rifiutato di disapplicare («reading down») l'art. 8 della legge del 2002 sulle elezioni dei rappresentanti britannici nel Parlamento europeo, il quale prevede che i detenuti siano privati del diritto di voto, e che inoltre tale possibilità non avrebbe influenzato il divieto previsto dal *Representation of the People Act 2000* per le elezioni nazionali⁸³. La Corte ha rilevato che la legislazione britannica non era stata in alcun modo modificata⁸⁴ ed ha constatato la violazione dell'art. 3 del Prot. Add. n. 1. Dopo aver preso atto che l'esclusione dal diritto di

⁸³ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, App. 60041/08 and 60054/08, dec. 22.11.2010, § 69.

⁸⁴ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 78.

voto riguardava un elevato numero di detenuti (nel n. 75 si cita l'opinione della *Equality and Human Rights Commission*, secondo la quale tale numero è di circa 100.000 elettori), la Corte ha applicato il procedimento per le c.d. sentenze «pilota»⁸⁵, in quanto la violazione dell'art. 3 era dovuta all'assetto normativo consolidato nell'ordinamento britannico. Sottolineando che il Regno Unito godeva di un ampio margine di apprezzamento nell'individuazione delle modalità con cui adeguarsi alla giurisprudenza *Hirst*⁸⁶ e evidenziando il notevole ritardo del governo britannico nell'adeguamento ad essa⁸⁷ la Corte ha rifiutato di indicare soluzioni specifiche e ha stabilito un termine di sei mesi dalla data in cui la sentenza *Greens* sarebbe diventata definitiva per la presentazione di proposte legislative finalizzate a modificare l'art. 3 del *Representation of the People Act 2000* e l'art. 8 della legge sull'elezione dei rappresentanti britannici al Parlamento europeo⁸⁸. La Corte ha quindi deciso di interrompere l'esame di tutti i casi analoghi relativi al Regno Unito in cui fosse lamentata la violazione dell'art. 3 del Prot. Add. n. 1⁸⁹.

La richiesta del governo inglese di rinvio alla *Grande Chambre* fu respinta dall'apposito *panel* della Corte l'11 aprile 2011. Tuttavia nell'agosto 2011, la Corte stessa accolse una richiesta del governo inglese di far decorrere il termine di sei mesi per la presentazione di un disegno di legge volto a rimuovere la violazione strutturale della Convenzione (stabilito, come si è visto, nella sentenza *Greens*) non dalla data in cui la pronuncia sul caso *Greens* era diventata definitiva (l'11 aprile 2011), ma da quella della sentenza della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola-3*, sul quale la II sezione della Corte si era nel frattempo pronunciata e in relazione alla quale era stata accolta la richiesta del governo italiano di rimessione alla *Grande Chambre*. Il governo britannico avrebbe così potuto riproporre i propri argomenti intervenendo in tale giudizio⁹⁰.

B) Nella decisione del 18 gennaio 2011 sul caso *Scoppola v. Italy* (no. 3), la II sezione della Corte ha avuto l'opportunità di esprimersi sulla sospensione e sulla perdita della capacità elettorale e del diritto di

⁸⁵ Su questo procedimento v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, 123 ss. e ivi bibliografia.

⁸⁶ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 113-114.

⁸⁷ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 105.

⁸⁸ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 115.

⁸⁹ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 120-121.

⁹⁰ A. COLELLA, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n. 3): la disciplina italiana della decadenza dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot. 1*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.5.2012.

voto⁹¹, che nell'ordinamento italiano si verificano sia nel quadro delle c.d. «pene accessorie»⁹², fra le quali è inclusa la interdizione (temporanea o perpetua) dai pubblici uffici (che incide fra l'altro sul diritto di voto), sia in seguito ad alcune specifiche categorie di reati. Per quanto attiene al sistema della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, occorre distinguere fra tre ipotesi:

a) la condanna ad una pena detentiva di durata inferiore a tre anni, da cui non deriva né la perdita, né la sospensione del diritto di voto;

b) la condanna ad una pena detentiva di durata superiore a tre e non superiore a cinque anni, da cui deriva l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, con conseguente sospensione del diritto di voto per un periodo di cinque anni; e

c) la condanna ad una pena detentiva di durata superiore a cinque anni, in conseguenza della quale l'interdizione perpetua dai pubblici uf-

⁹¹ Art. 2 legge 7.10.1947, n. 1058. Tale disciplina trova una copertura costituzionale nell'art. 48.4 Cost., su cui v. E. GROSSO, *Art. 48*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino 2006, 974-975, il quale sottolinea la natura facoltizzante della disposizione relativa ai c.d. «requisiti negativi» per il diritto di voto. Il tema è per lo più trascurato nella letteratura più recente [si v. ad es. il pur interessante contributo di F. FURLAN, *Art. 48*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2009, 484 ss., che non tratta il tema dei requisiti negativi], mentre era oggetto di attenta considerazione nella dottrina meno recente.

Per la distinzione fra la sospensione e la perdita del diritto di voto a seguito di sentenze penali irrevocabili, si v. P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Padova 1992, 156, il quale ritiene che esse si verifichino rispettivamente nel caso delle condanne per delitti fascisti ex art. 2, n. 8 del T.U. 223/1967 e dei vari tipi di delitti e di contravvenzioni per i quali ciò è previsto dallo stesso art. 2 del cit. T.U. P. Barile, inoltre, riconduce la perdita del diritto di voto conseguente all'interdizione dai pubblici uffici alla categoria dell'indegnità morale, anch'essa elencata nell'art. 48 Cost. It. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Napoli 1972, 297, distingue invece i casi di «inabilità elettorale» che deriva da una sentenza penale irrevocabile fra quelli in cui essa importa interdizione dai pubblici uffici e quelli in cui essa è prevista in conseguenza di vari tipi di delitti o contravvenzioni, al massimo per i 5 anni successivi alla cessazione della pena principale. Analogamente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., vol. I, Padova 1975, 429; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano 1979, 96. Su questo tema si v. una ricostruzione organica in L. PRETI, *La sentenza penale e il diritto di voto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 6:3 (1956), 782 ss., nonché F. SALVO, *L'esercizio del diritto di voto da parte dei detenuti*, in *Stato Civile Italiano*, 1976, 320-322; L. SECONDINO, *La sospensione del diritto elettorale in seguito a condanna penale*, in *Stato Civile Italiano*, 1977, 166-168; S. LARICCIA, *Sulla natura giuridica della perdita dell'elettorato attivo conseguente all'interdizione dai pubblici uffici a seguito di condanna penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976, 330 ss.; G. RIZZO, *Perdita e riacquisto del diritto all'elettorato attivo*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1983, 342 ss.

⁹² Art. 28 e 29 c.p.

fici comporta la perdita definitiva del diritto di voto: si tratta dunque di una forma di *life disenfranchisement*, la quale può essere rimossa solo a seguito della riabilitazione del condannato.

A queste tre ipotesi si affiancano poi quelle dei reati elettorali⁹³ e dei delitti che, pur essendo puniti con una pena inferiore a tre anni, sono stati commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, per i quali si applica l'interdizione dai pubblici uffici⁹⁴, e quindi la sospensione del diritto di voto, per un periodo pari alla durata della pena principale.

Si può dunque affermare che tale sistema è altrettanto automatico come quello britannico⁹⁵, ma meno generale di questo, in quanto distingue tra casi più e meno gravi, sulla base di un criterio che può in qualche modo essere ricondotto ad un'esigenza di proporzionalità tra il tipo di reato e la perdita del diritto di voto. Tuttavia, per alcuni aspetti il sistema italiano è ancor più radicale del sistema inglese, perché quando si applica l'interdizione perpetua dai pubblici uffici il condannato non recupera il diritto di votare neppure dopo l'espiazione della pena⁹⁶ (ma solo a seguito di un apposito provvedimento di riabilitazione).

Al tempo stesso, nell'ordinamento italiano, la sospensione del diritto di voto – sia quando opera come conseguenza di alcuni specifici reati, sia quando è un profilo dell'interdizione dai pubblici uffici – opera in maniera automatica⁹⁷: essa non è cioè oggetto di una valutazione specifica,

⁹³ Su questi ultimi v. M. MAZZANTI, *Elezioni (reati elettorali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano 1965, 806-807 e M. GARAVELLI, *Elezioni (reati elettorali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino 1990, 225 ss.

⁹⁴ Art. 31 c.p.

⁹⁵ Sottolinea l'automaticità della perdita della qualità di elettore in conseguenza del passaggio in giudicato di una sentenza di condanna in cui sia prevista l'interdizione dai pubblici uffici, «senza bisogno di ulteriori interventi da parte del giudice» E. GROSSO, *Art. 48*, cit., 974-975, citando a sostegno la giurisprudenza ordinaria (e in partic. Cass., Sez. I, n. 1549/1984).

⁹⁶ Questo secondo aspetto della legislazione italiana è sottolineato correttamente dal giudice David Thór Björgvinsson nella decisione della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola* 3.

⁹⁷ F.R. DAU, *Il confine di "universale": la limitazione del diritto di voto ai detenuti, nella pronuncia della Corte EDU Scoppola v. Italia*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2-2012, 4 rileva che «facendo derivare la limitazione nell'accesso al voto dall'interdizione dai pubblici uffici che, come si è detto, è una pena accessoria prevista automaticamente nei casi previsti dall'art. 29 del Codice penale, anche il legislatore italiano è incorso nella medesima infrazione del diritto convenzionale effettuata dal legislatore britannico, ossia quella di aver previsto la limitazione di un diritto fondamentale in modo automatico». Più in generale, S. LARIZZA, *Pene accessorie*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IX, Torino 1995, 422

distinta da quella relativa al reato commesso ed alla pena irrogata. Proprio questo elemento stava al centro della valutazione della II sezione della Corte, che aveva alle sue spalle i precedenti dei casi *Calmanovici e Frodl*, nei quali un intervento caso per caso del giudice nell'applicazione della pena accessoria della privazione del diritto di voto era stato ritenuto necessario per giustificare la limitazione del diritto di voto nell'ottica del principio di proporzionalità. Nella sua sentenza sul caso *Scoppola*, la II sezione della Corte si è collocata su questa linea, ritenendo essenziale che la decisione sull'interdizione del diritto di voto sia adottata da un giudice e che sia adeguatamente motivata: tale decisione deve spiegare le ragioni per le quali, considerate le circostanze particolari di ogni caso, la privazione del diritto di voto è necessaria⁹⁸.

La Corte ha concentrato la sua analisi sulla natura automatica della limitazione del diritto di voto, osservando che «la questione che si pone è sapere se la privazione del diritto di voto dell'appellante presenta i caratteri di generalità e di automaticità enumerati dalla *Grande Chambre* della Corte nel caso *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) [GC]*»⁹⁹. Essa è giunta alla conclusione che:

«l'interdizione perpetua del diritto di voto che ha colpito il ricorrente era una conseguenza dell'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. Quest'ultima derivava automaticamente dall'applicazione della pena principale, consistente nella condanna del ricorrente all'ergastolo. È dunque necessario constatare che l'applicazione della misura controversa era di natura automatica. A questo riguardo è necessario rilevare ... che nessuna menzione di tale misura è stata fatta nelle decisioni giudiziarie che hanno concluso per la condanna del ricorrente¹⁰⁰.

sottolinea «la pressoché totale assenza di qualsiasi potere discrezionale del giudice non solo in merito ad una loro [delle pene accessorie] eventuale esclusione, ma anche, ben più limitatamente, ad una loro quantificazione individualizzata, rapportata alla significatività del caso concreto». Cfr. anche G. CERQUETTI, *Pene accessorie*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano 1982, 831 e bibl. ivi cit. Anche secondo L.A. MAZZAROLLI, *Art. 48*, in L. PALADIN, V. CRISAFULLI (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione italiana*, Padova 1990, «l'incapacità elettorale si ricollega automaticamente alla condanna, se passata in giudicato, non occorrendo né che sia un particolare giudice a pronunciarla, né che la condanna esplicitamente la preveda come estrinsecazione di pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici».

⁹⁸ *Scoppola v. Italy* (no. 3), App. 126/05, dec. 18.1.2011, § 43.

⁹⁹ *Scoppola v. Italy* (no. 3), § 47.

¹⁰⁰ *Scoppola v. Italy* (no. 3), § 48.

Quanto ai caratteri di generalità e di applicazione indifferenziata, la Corte nota che il criterio stabilito dalla legge non ha, nel caso di specie, che una natura temporanea, in quanto il ricorrente è stato privato del suo diritto di voto in ragione della durata della pena privativa della sua libertà, indipendentemente dal delitto commesso e al di là di qualsiasi esame del giudice di merito relativo alla gravità di questo (*Frodl c. Austria*, §§ 34 et 35). Secondo la Corte, in questo contesto, la valutazione del giudice di merito al momento della determinazione della pena e la possibilità per la persona condannata di ottenere un giorno la sua riabilitazione, menzionati dal Governo, non cambiano nulla rispetto a questa constatazione»¹⁰¹.

La legislazione italiana è stata dunque censurata per la modalità automatica con cui opera l'interdizione dai pubblici uffici, e quindi la perdita del diritto di voto, e in particolare per l'assenza di una valutazione giudiziale sull'applicazione di tale misura al caso concreto.

C) All'indomani della decisione della seconda sezione nel caso *Scoppola* il governo italiano chiese la rimessione del caso alla *Grande Chambre* e – a differenza che nei casi *Frodl* e *Greens* – la richiesta fu accolta ai sensi dell'art. 43.3 CEDU. La decisione della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola* è un primo passo indietro nella giurisprudenza della Corte sulla privazione del diritto di voto dei condannati, che nei casi *Hirst*, *Calmanovici*, *Frodl* e *Scoppola (II sezione)* aveva avuto sino ad allora uno sviluppo lineare, se non espansivo. Come si è accennato, in questa controversia, la *Grande Chambre* ha dovuto fronteggiare non solo la richiesta di riesame presentata dal governo italiano, ma anche un intervento del governo del Regno Unito, il quale aveva chiesto una revisione della giurisprudenza *Hirst*. Inoltre, la decisione si inseriva in un contesto in cui il governo britannico aveva criticato più volte l'attivismo della Corte e aveva proposto, durante la presidenza di turno del Consiglio d'Europa del 2012, di modificare la CEDU per sottolineare con maggiore chiarezza il suo ruolo sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di protezione dei diritti e per inserire nel Preambolo della CEDU la menzione espressa del margine di apprezzamento nazionale (tali proposte sono confluite nella c.d. Dichiarazione di Brighton)¹⁰².

¹⁰¹ *Scoppola v. Italy (no. 3)*, § 49.

¹⁰² Su queste vicende v. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012, 139 ss. Rileva il nesso fra la decisione della *Grande Chambre* e la posizione assunta dall'opinione pubblica inglese sul diritto di voto dei detenuti anche A. COLELLA, *La Grande Camera*, cit.

La *Grande Chambre* non ha abbandonato le posizioni adottate nel caso *Hirst*, ma ne ha dato un'interpretazione restrittiva¹⁰³, procedendo ad un *overruling* di un punto centrale dei casi *Calmanovici* e *Frodl*: la necessità dell'intervento preventivo di un giudice per privare del diritto di voto un detenuto condannato in via definitiva. Nel punto 99 della sua decisione nel caso *Scoppola (GC)* la Corte ha osservato che:

«la sentenza *Hirst* non menziona esplicitamente l'intervento di un giudice fra gli elementi essenziali che determinano la proporzionalità di una misura di interdizione del diritto di voto. Questi ultimi si limitano alla generalità, all'automaticità e all'applicazione indifferenziata della misura.... Se è chiaro che l'intervento di un giudice è in principio idoneo ad assicurare la proporzionalità di una restrizione del diritto di voto del detenuto, una tale restrizione non è necessariamente automatica, generale e indifferenziata per il solo fatto che essa non è stata disposta da un giudice. Le circostanze nelle quali l'interdizione del diritto di voto è pronunciata possono in effetti essere indicate nella legge, che può modulare l'applicazione della misura in funzione di elementi come la natura o la gravità del reato commesso».

Modificando la decisione della II sezione, la *Grande Chambre* è giunta dunque alla conclusione che la

«privazione del diritto di voto senza una decisione giurisdizionale ad hoc non causa, in sé, una violazione dell' art. 3 del Protocollo n. 1»¹⁰⁴.

Secondo la *Grande Chambre*, le distinzioni previste dalla legislazione italiana fra i casi in cui si limita il diritto di voto dei condannati

«mostrano che il legislatore ha avuto cura di modulare l'impiego di questa misura in funzione delle peculiarità di ciascun caso, tenendo conto soprattutto della gravità dell'infrazione commessa e della condotta del condannato».

Dunque, secondo la Corte, il sistema italiano non ha il carattere generale ed automatico che caratterizza il sistema britannico, sia in quanto i condannati per offese di minore gravità non perdono il diritto di voto,

¹⁰³ ... come nota A. COLELLA, *La Grande Camera*, cit.

¹⁰⁴ *Scoppola v. Italy (no. 3)* – GC, App. 126/05, dec. 22.5.2012, § 104.

sia in quanto esso tiene conto delle circostanze in cui i delitti sono stati commessi e della personalità del condannato.

Tuttavia, occorre sottolineare che neppure nel sistema italiano esiste una relazione tra il tipo di crimine e la sospensione del diritto di voto e che il potere di ponderazione del giudice esiste solo per i reati di minore entità. Pertanto, si può ritenere che l'esigenza di proporzionalità, sulla quale la Corte insiste molto, sia rispettata solo dando di tale principio un'interpretazione molto generica e minimale e, soprattutto, chiaramente diversa da quella seguita nel caso *Hirst*, nel quale la Corte aveva ritenuto essenziale un nesso tra il tipo di reato e la perdita del diritto di voto e la ponderazione tra reato e pena accessoria al momento della condanna¹⁰⁵. Di fatto, se si accetta la prospettiva del caso *Hirst*, la decisione della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola-3* sembra più un parziale passo indietro che una conferma della giurisprudenza anteriore¹⁰⁶.

8. *Le decisioni del 2013: i casi Firth, Anclubug and Gladkov e Söyler*

Dopo il parziale *overruling* della sua giurisprudenza nel caso *Scoppola-3*, la Corte ha avuto l'opportunità di tornare sul tema del diritto di voto dei detenuti in tre diverse circostanze.

A) In primo luogo resta aperta la situazione del Regno Unito. Il Parlamento britannico, fino ad oggi ha rifiutato di modificare il suo sistema di privazione generale ed automatica del diritto di voto dei detenuti¹⁰⁷. I giudici britannici hanno adottato alcune dichiarazioni di incompatibilità fra il *Representation of the People Act 2000* e lo *Human Rights Act*, ma hanno continuato ad applicare la legge britannica, secondo il principio della sovranità del Parlamento. La stessa Corte suprema del Regno

¹⁰⁵ Sottolinea la differenza fra i criteri di proporzionalità seguiti nel caso *Hirst* e quelli adottati nel caso *Scoppola-3* GC E.C. LANG, *A Disproportionate Response: Scoppola v. Italy (No. 3) and Criminal disenfranchisement in the European Court of Human Rights*, in *American University International Law Review*, 28:3 (2013), 854-855. Questa sottolineatura pare condivisibile, anche se, per quanto incoerente, la sentenza *Scoppola* rappresenta in un certo senso un «male minore» rispetto alla sentenza *Hirst*, almeno dal punto di vista del rispetto del margine di apprezzamento nazionale.

¹⁰⁶ F.R. DAU, *Il confine di "universale"*, cit., 5, ritiene che «i giudici di Strasburgo – già provati dal braccio di ferro con il Regno Unito (...) – abbiano fatto una precisa scelta politica di rinviare alle decisioni dello Stato ricorrente un simile ambito di applicazione materiale del diritto di voto».

¹⁰⁷ Cf. *supra* nota 10.

Unito, in una recente decisione¹⁰⁸, pur accettando i principi sviluppati nel caso *Hirst* come una interpretazione corretta dell'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 (e respingendo una richiesta del governo di dichiarare che le conclusioni cui è giunta la Corte di Strasburgo non sono compatibili con tale disposizione), non ha accolto le domande di alcuni ricorrenti che chiedevano il riconoscimento del loro diritto di votare. E la Corte di Strasburgo, nel caso *Firth* e altri¹⁰⁹ ha per il momento deciso di rinviare l'esame di altre controversie contro il governo britannico fondate sull'art. 3 del Prot. Add. n. 1.

Nella seconda metà del 2013, poi, la Corte è tornata sul tema in due casi relativi rispettivamente a Russia e Turchia, nei quali ha nuovamente constatato la violazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale n. 1.

B) Nel caso *Anchugov and Gladkov v. Russia* (4.7.2013), la I sezione della Corte ha analizzato di nuovo il tema nel suo insieme e ha osservato che il sistema di privazione del diritto di voto previsto in generale per i detenuti in Russia è simile al sistema britannico¹¹⁰ ed è pertanto incompatibile con la Convenzione poiché non rispetta il principio di proporzionalità. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto non rilevante che la gravità dell'offesa commessa sia tenuta in considerazione dal giudice che adotta la sanzione penale da cui consegue la privazione del diritto di voto, poiché «non vi è alcuna prova che, quando decidono se imporre o meno una condanna alla reclusione, i giudici tengano in considerazione che tale sentenza determinerà la privazione del diritto di voto»¹¹¹. Secondo la Corte, nel sistema russo non è previsto alcun intervento giudiziale nell'applicazione della misura della privazione del diritto di voto e inoltre nessuna disposizione legislativa prevede distinzioni fra i diversi tipi di reati, la condanna per i quali comporta la restrizione del diritto di voto¹¹². In particolare, la sezione ripete in forma nuova una delle affermazioni che caratterizzano questa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e che a noi sembrano totalmente infondate: si v. *infra*, par. 9.2):

¹⁰⁸ Se v. la sentenza nei casi *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* e *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

¹⁰⁹ *Firth and 2353 others vs. United Kingdom*, App. 47784/09, 12.3.2013.

¹¹⁰ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, App. 11157/04 e 15162/05, dec. 4.7.2013, § 101.

¹¹¹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 106.

¹¹² *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 107.

«Alla luce della moderna politica penale e dei correnti *standards* sui diritti umani, dovrebbero essere addotte valide e convincenti ragioni per continuare a giustificare il mantenimento di una restrizione generale del diritto dei detenuti di votare come quella prevista dall'art. 32.3 della Costituzione russa».

Inoltre, il caso *Anchugov and Gladkov* è interessante in quanto la Corte ha analizzato la questione della relazione tra una norma costituzionale interna e la Convenzione ed è giunta alla conclusione che la natura costituzionale della norma che prevede la privazione del diritto di voto dei detenuti – in questo caso l'art. 32.3 della Costituzione russa – è irrilevante¹¹³. Su questo punto vi è una contraddizione: la Corte sottolinea che secondo il diritto internazionale gli Stati non possono giustificare il mancato rispetto di una norma di un trattato con l'argomento che esiste una regola costituzionale interna che lo impedisce, ma di fatto nessuno Stato membro del Consiglio d'Europa ha assunto l'obbligo di permettere ai detenuti di votare: questo obbligo non deriva infatti dalla Convenzione, ma da una opzione giurisprudenziale (assai creativa) della Corte di Strasburgo¹¹⁴. Si tratta di una contraddizione fra la logica internazionalistica, nella quale una norma interna (anche costituzionale) non può essere invocata per sottrarsi ad obblighi assunti coi trattati – che però ha senso solo se i trattati sono interpretati in una prospettiva anzitutto originalistica, volta a ricostruire la volontà dei loro autori – e una logica che vede la Convenzione come un *living tree*, da cui possono emergere nuovi diritti, ai quali conseguono nuovi obblighi per gli Stati, da essi non contemplati al momento della sottoscrizione del trattato: in una prospettiva rigorosamente costituzionalistica, si potrebbe invece ritenere che, in questo caso, non si è di fronte tanto all'inadempimento di un obbligo internazionale, quanto piuttosto ad una illegittimità costituzionale sopravvenuta del trattato, generata dall'interpretazione giudiziaria di esso.

La richiesta del governo russo di rimettere la questione alla *Grande Chambre* è stata respinta dall'apposito *panel* della Corte il 9 dicembre 2013¹¹⁵ e la sentenza della I sezione è pertanto diventata definitiva.

¹¹³ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 111.

¹¹⁴ Ciò è molto chiaro nei punti della decisione in cui si ricostruiscono i «principi» che regolano il diritto di voto dei condannati: la Corte è obbligata a menzionare solo le sue sentenze (o il caso *Sauvé*), in quanto tale criterio è di origine unicamente giurisprudenziale (si v. ad es. *Söyler v. Turkey*, App. 29411/07, dec. 17.9.2013, § 31).

¹¹⁵ Si v. il *Press Release* del 10 dicembre 2013.

C) Nel caso *Söyler v. Turkey* (17.9.2013), la Corte è giunta alla conclusione che anche il sistema turco di privazione del diritto di voto dei detenuti è in contrasto con l'art. 3 del Protocollo Addizionale n.1 perché le limitazioni che esso stabilisce non rispettano il principio di proporzionalità. Nel sistema giuridico turco, il *disenfranchisement* colpisce tutti i detenuti condannati ad una pena detentiva che abbiano commesso reati intenzionali: in comparazione con la privazione generale del diritto di voto per tutte le persone incarcerate, originariamente prevista dall'art. 67 della Costituzione turca del 1982, vi sono oggi due eccezioni al *disenfranchisement* dei prigionieri: i detenuti in attesa di giudizio e i condannati per reati non intenzionali.

Secondo la Corte, la distinzione prevista nel sistema giuridico turco fra i reati dai quali deriva il *disenfranchisement* e i reati (quelli meno gravi) per i quali questa conseguenza non si produce non è sufficiente a determinare quella differenziazione tra i diversi tipi di delitto, da cui derivi o meno la perdita del diritto di voto, che è necessaria affinché il principio di proporzionalità, come interpretato dalla Corte, sia rispettato. La Corte è giunta a questa conclusione analizzando una pluralità di criteri: nell'ordinamento turco non è previsto l'intervento di un giudice nell'applicazione della sospensione del diritto di voto (anche se la stessa sezione ha precisato che non si tratta di un criterio essenziale¹¹⁶); la restrizione del diritto di voto non prende in considerazione la gravità del reato, né le circostanze individuali in cui esso è stato commesso¹¹⁷. Come nel caso *Frodl*, la I sezione non ha ritenuto sufficiente per il rispetto del principio di proporzionalità la limitazione del *disenfranchisement* ai reati intenzionali, osservando che «il governo non ha tentato di spiegare come e perché l'esclusione di tutte le persone condannate per reati intenzionali sarebbe compatibile con le finalità perseguite dall'art. 3 del Protocollo addizionale I»¹¹⁸.

Nel caso *Söyler* sono riapparsi alcuni argomenti il cui peso era stato ridimensionato nella decisione della *Grande Chambre* nel caso *Scoppola-3*: la gravità del reato come possibile giustificazione della privazione del diritto di voto (la sezione ha confrontato il reato commesso dal sig. Söyler con quello commesso dal sig. Scoppola, sottolineando che il primo era molto meno grave del secondo¹¹⁹), la connessione razionale fra la san-

¹¹⁶ *Söyler v. Turkey*, § 39.

¹¹⁷ *Söyler v. Turkey*, § 41.

¹¹⁸ *Söyler v. Turkey*, § 42.

¹¹⁹ *Söyler v. Turkey*, § 44.

zione della privazione del voto e «la condotta e la circostanza del ricorrente»¹²⁰.

In conclusione, il *disenfranchisement* turco è sembrato alla Corte una misura automatica e indiscriminata¹²¹, più duro ed esteso di quelli previsti in Austria, Italia e Regno Unito¹²².

D) Il quadro complessivo della giurisprudenza di Strasburgo circa il diritto di voto dei detenuti è dunque abbastanza contraddittorio. Nel complesso agli Stati membri è consentito privare del diritto di voto i detenuti condannati in forma definitiva, in quanto la limitazione dell'elettorato attivo è giustificata dal perseguimento dei fini legittimi della prevenzione del crimine, del rafforzamento della responsabilità civica e del rispetto per lo stato di diritto. Tuttavia tale limitazione, per essere rispettosa del principio di proporzionalità in senso stretto, non può essere generale e il legislatore deve prevedere una distinzione fra i casi in cui alla condanna penale segue la perdita del diritto di voto e quelli nei quali tale conseguenza non si produce. La distinzione deve, poi, essere abbastanza articolata e non può limitarsi a differenziare i delitti intenzionali da quelli non intenzionali. L'intervento di un giudice che disponga in concreto la privazione del diritto di voto sulla base della condanna penale è una modalità che la Corte ritiene idonea ad assicurare il rispetto del principio di proporzionalità, ma non necessaria in ogni caso. Su questo ultimo punto, in effetti, l'arretramento registrato con la sentenza della *Grande Chambre* sul caso *Scoppola* ha reso più flessibile il sistema di vincoli costruito dalla Corte di Strasburgo (e ha quindi sensibilmente ampliato il margine di apprezzamento nazionale), ma ha anche indebolito la coerenza di tale giurisprudenza, il cui punto fermo sembra ora essere essenzialmente l'esclusione, per contrasto col principio di proporzionalità, non tanto dell'automatismo fra la condanna ad una pena detentiva e la perdita del diritto di voto, quanto piuttosto di un generale parallelismo fra le due restrizioni ora citate.

Proprio questo punto di arrivo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ci pare criticabile: ma è ora necessario collocare la critica all'esterno della giurisprudenza stessa, che sinora è stata esaminata solo dal punto di vista della sua coerenza interna.

¹²⁰ *Söyler v. Turkey*, § 45.

¹²¹ *Söyler v. Turkey*, § 47.

¹²² *Söyler v. Turkey*, § 38.

9. Rilievi critici

Dopo l'analisi dei casi, nella quale si è tentato di mettere in evidenza l'evoluzione della giurisprudenza, limitando ad alcuni punti specifici le osservazioni critiche, è opportuno formulare alcuni rilievi d'insieme sulla limitazione del diritto di voto dei detenuti da un punto di vista di teoria costituzionale, in una certa misura «esterno» alle argomentazioni adottate dalla Corte (nel senso di indipendente dalle opzioni di politica dei diritti fondamentali adottate dalla Corte stessa). Questa prospettiva muove dall'idea che fra i compiti della dottrina vi sia quello di una vigilanza critica sulle opzioni di valore, ideologiche o politiche, degli organi giurisdizionali, specialmente quando queste siano basate su atteggiamenti attivistici (*judicial activism*) e si muovano fuori dalle tradizioni legislative e costituzionali consolidate.

9.1. Critiche di metodo

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto di voto dei detenuti è criticabile anzitutto per la sua astrattezza e per la sua autoreferenzialità.

In tutta questa giurisprudenza manca uno studio dettagliato delle tradizioni costituzionali nazionali. Tali costituzioni, in quanto Carte dei diritti, sono parte essenziale del patrimonio costituzionale europeo e non possono essere ridotte a mero oggetto di valutazione da parte della Corte di Strasburgo, come se si trattasse di una legge ordinaria o di un regolamento municipale. Ora, se si analizzano le Costituzioni scritte europee, la regolazione del diritto di voto mostra una apertura alla possibilità di limitazioni di tale diritto per varie ragioni specifiche, che in alcuni casi sono lasciate semplicemente alle scelte del legislatore¹²³, mentre in altri casi sono menzionate esplicitamente. E non è infrequente trovare, fra le cause menzionate dalle Costituzioni nazionali sulla base delle quali la legge è autorizzata o obbligata a limitare il diritto di voto, la condanna penale irrevocabile: è il caso dell'art. 53.1 della Cost. del Lussemburgo del 1868 (nel testo che risulta dalla revisione del 1989¹²⁴), dell'art. 26.5

¹²³ Art. 16 Cost. Irlanda del 1937, art. 49 Cost. del Portogallo del 1976, art. 61 della Cost. del Belgio del 1993, art. 38.2 della Cost. della Moldavia del 1991, art. 20 della Cost. della Repubblica Ceca del 1992, che lascia al legislatore la determinazione delle condizioni addizionali per l'esercizio del suffragio.

¹²⁴ «Ne peuvent être ni électeurs ni éligibles: 1° les condamnés à des peines crimi-

della Cost. austriaca del 1920¹²⁵, dell'art. 48 della Cost. italiana del 1947¹²⁶, dell'art. 29.1 della Cost. danese del 1953¹²⁷, dell'art. 64.c della Cost. cipriota del 1962¹²⁸, dell'art. 51.3 della Cost. greca del 1975¹²⁹, dell'art. 67.5, I alinea, della Cost. turca del 1982 (nel testo modificato nel 2001)¹³⁰, dell'art. 54.2-a della Cost. olandese del 1983¹³¹, dell'art. 34.2 della Cost. romena del 1991¹³², dell'art. 42 della Cost. bulgara del 1991¹³³,

nelles; 2° ceux qui, en matière correctionnelle, sont privés du droit de vote par condamnation; (...)».

¹²⁵ «L'esclusione dall'elettorato attivo e passivo può avvenire solo in conseguenza di una condanna giudiziaria» (questa è la trad. riportata in F. PALERMO, *"Codice" di diritto costituzionale austriaco*, Padova 1998, 70). Il testo di tale disposizione in seguito alla modifica adottata con BGBI n. 43/2011 è ora il seguente: «Ein Ausschluss vom Wahlrecht oder von der Wählbarkeit kann, auch in jeweils unterschiedlichem Umfang, nur durch Bundesgesetz als Folge rechtskräftiger gerichtlicher Verurteilung vorgesehen werden».

¹²⁶ «Il diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile e nei casi di indegnità morale indicati dalla legge». Il 3° comma del testo originario dell'art. 48 è divenuto il 4° comma dopo l'inserimento nella disposizione in commento di quanto previsto dalla legge cost. n. 1/2000.

¹²⁷ «1. È elettore per il *Folketing* ogni persona di nazionalità danese che ha stabilito il suo domicilio nel Regno e che ha raggiunto l'età richiesta per l'esercizio del diritto di voto (...) a meno che tale persona non sia stata interdotta. Una legge stabilirà in quale misura una condanna penale e le sovvenzioni qualificate dalla legge sul ricorso all'assistenza pubblica determineranno la perdita del diritto di voto».

¹²⁸ «A person shall be qualified to be a candidate for election as a Representative if at the time of the election that person – (...) (c) has not been, on or after the date of the coming into operation of this Constitution, convicted of an offence involving dishonesty or moral turpitude or is not under any disqualification imposed by a competent court for any electoral offence; (...)».

¹²⁹ «3. I membri del Parlamento sono eletti mediante voto diretto, universale e segreto dai cittadini che hanno diritto di voto, secondo quanto specificato dalla legge. La legge non può restringere il diritto di voto, salvo che nei casi in cui non è stata raggiunta un'età minima o in casi di incapacità legale o in conseguenza di una condanna penale irrevocabile per alcuni delitti».

¹³⁰ «Privates and corporals serving in the armed services, students in military schools, and convicts in penal execution excluding those convicted of negligent offences cannot vote».

¹³¹ «2. È privato del diritto di voto: a. colui il quale, per aver commesso un'infrazione indicata a questo scopo dalla legge è stato condannato, con una decisione giurisdizionale irrevocabile, ad una pena privativa della libertà della durata di almeno un anno ed è decaduto al tempo stesso dal diritto di voto (...)».

¹³² «(2) Non hanno diritto di voto le persone mentalmente deficienti o alienate poste in stato di interdizione, né le persone condannate con sentenza definitiva alla perdita dei diritti elettorali».

¹³³ «(1) I cittadini aventi l'età di diciotto anni compiuti, con l'eccezione di coloro che sono posti sotto tutela e di coloro che stanno espiando una pena privativa della libertà, hanno il diritto di eleggere gli organi dello Stato e gli organi locali e di partecipare ai referendum» (limitazioni analoghe sono poi previste dall'art. 62 per l'elettorato passivo).

dell'art. 58 della Cost. estone del 1991¹³⁴, dell'art. 58 della Cost. maltese¹³⁵ e dell'art. 32.3. della Cost. russa del 1993¹³⁶. Data la rilevanza di questo materiale costituzionale nel suo insieme, appare sorprendente che la Corte europea dei diritti dell'uomo lo abbia ignorato, considerandolo solo come un problema, anziché come una chiave per la soluzione. L'esame del diritto costituzionale nazionale avrebbe invece dovuto spingere la Corte a vedere nella condanna penale irrevocabile una condizione soggettiva che inibisce, in linea di principio, l'esercizio del diritto di voto, salva diversa determinazione degli Stati membri. Dalle Costituzioni di questi ultimi sembra in effetti desumibile che la privazione del diritto di voto dei detenuti si presenta da un lato come una forma di protezione della democrazia¹³⁷ (o – per essere più esatti – della rappresentanza politica) *ante litteram* e dall'altro come una conseguenza della natura dell'istituzione carceraria.

Un'attitudine più attenta alla storia e più rispettosa delle tradizioni costituzionali nazionali¹³⁸ avrebbe evitato alla Corte di spendere inutil-

¹³⁴ «La partecipazione alle elezioni dei cittadini estoni che siano stati condannati da un tribunale e che stiano espiando una pena in un luogo di detenzione può essere ristretta dalla legge».

¹³⁵ Section 58 [Disqualification from Voting] – «No person shall be qualified to be registered as a voter for the election of members of the House of Representatives if –

(a) he is interdicted or incapacitated for any mental infirmity by a court in Malta or is otherwise determined in Malta to be of unsound mind;

(b) he is under sentence of death imposed on him by any court in Malta or is serving a sentence of imprisonment (by whatever name called) exceeding twelve months imposed on him by such a court or substituted by competent authority for some other sentence imposed on him by such a court, or is under such a sentence of imprisonment the execution of which has been suspended; or

(c) he is disqualified for registration as a voter by or under any law for the time being in force in Malta by reason of his having been convicted of any offence connected with the election of members of the House of Representatives».

¹³⁶ «(...) I cittadini detenuti in un istituto di detenzione in seguito ad una sentenza adottata da un tribunale non hanno diritto di votare o di essere candidati alle elezioni».

¹³⁷ Ci riferiamo al concetto – di origine tedesca – di «wehrhafte Demokratie» o di democrazia protetta.

¹³⁸ Ignorando la tradizione costituzionale in favore di una ragione astratta, costruita *ex nibilo* dagli stessi giudici (appoggiandosi, in questo caso, su decisioni giurisdizionali adottate negli ultimi dieci anni) la Corte si priva della possibilità di utilizzare la saggezza che nel passare dei decenni, e in alcuni casi (Regno Unito) dei secoli, si è depositata nelle norme e nelle istituzioni che crearono la stessa cultura dei diritti umani che la Corte dovrebbe sostenere. Nella giurisprudenza della Corte non mancano passaggi da cui traspare la consapevolezza del ruolo delle Costituzioni nazionali (come nel passaggio della sentenza *Zdanoka v. Latvia* – GC, § 106, in cui, a proposito delle restrizioni in materia di elettorato passivo, si afferma che «La multitude de situations prévues dans les constitutions

mente molto tempo su una questione – quella relativa al diritto di voto dei detenuti – che è stata creata quasi *in vitro* da un orientamento giurisprudenziale della Corte stessa, prendendo come base alcune discutibili pronunce giurisprudenziali di alcuni Paesi di *common law* e che non ha basi sufficienti né nel testo della Convenzione, né nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Non si tratta solo di sottolineare l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento nazionale, che la stessa Corte riconosce in questa materia, sia pur senza molta chiarezza nella definizione della sua estensione. Si tratta, invece, di ricostruire la portata dei diritti garantiti dalla Convenzione utilizzando le Costituzioni nazionali come strumento di delimitazione della discrezionalità (e dell'arbitrio) della Corte. Del resto, quello dei c.d. «prisoners' voting rights» è uno dei campi in cui assai spesso i giudici supremi hanno tentato di imporre una visione ideologica dei diritti all'assetto storico consolidato degli ordinamenti liberal-democratici contemporanei e agli stessi testi costituzionali di questi ultimi: si tratta, insomma, di un terreno privilegiato dell'attivismo giudiziale.

9.2. Per una giustificazione teorica plausibile della sospensione del diritto di voto dei detenuti

Nei casi analizzati in questo scritto, sono stati menzionati vari tentativi di giustificazione delle norme che, in molti sistemi giuridici, proibiscono l'esercizio del diritto di voto a tutti i detenuti condannati a pene detentive, o ai condannati per crimini particolarmente gravi, o per alcuni tipi di reati. E si sono analizzate le obiezioni che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha opposto a molti di questi tentativi di giustificazione, che nel suo modo di giudicare svolgono il ruolo del «fine legittimo» che giustifica la limitazione del diritto nella prospettiva del principio di proporzionalità.

Concludendo questo saggio, è opportuno tentare di spiegare perché l'esclusione dal diritto di voto dei detenuti ci sembra in generale giustificata: e ciò non solo nella prospettiva di diritto positivo (vale a dire, in questo caso, nel tentativo di interpretare l'art. 3 del Prot. Add. n. 1) che si è adottata nei paragrafi precedenti, ma anche da un punto di vista più

et les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière»), ma ciò accade sempre nella prospettiva del margine di apprezzamento nazionale, non in quella dell'utilizzazione delle Costituzioni nazionali per interpretare i diritti garantiti dalla Convenzione.

generale, che si potrebbe definire di filosofia politica o di teoria costituzionale.

A nostro avviso, la soluzione più coerente con una teoria dei diritti fondamentali che incorpori al suo interno i doveri derivanti dall'appartenenza alla comunità politica è quella adottata dal *Representation of the People Act 2000* del Regno Unito e ancor più dall'articolo 32.2 della Costituzione della Federazione russa del 1993: vale a dire la proibizione di votare per tutti i detenuti, per il periodo nel quale essi espiano la pena a cui sono stati condannati ed eventualmente, in caso di reati di speciale gravità, per tutta la vita.

La prima ragione che suggerisce di adottare questa prospettiva è quella menzionata nella difesa di vari dei governi convenuti in giudizio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi studiati in questo saggio¹³⁹: alle persone che hanno violato la legge penale, e che in ragione di tale violazione sono state condannate a una pena detentiva, dovrebbe essere preclusa la partecipazione all'elezione degli organi rappresentativi, i quali hanno, fra l'altro, il potere di definire l'orientamento politico del Paese e di approvare le norme più importanti che ne compongono l'ordinamento giuridico, quelle di rango legislativo (e fra esse le norme penali). Si tratta di un argomento che è compatibile sia con concezioni politiche di tipo liberale¹⁴⁰, sia con interpretazioni repubblicane¹⁴¹ della politica e della democrazia. La tesi secondo cui questo sarebbe un obiettivo «vago e simbolico», sostenuta apoditticamente dalla Corte suprema del Canada nel caso *Sauvé*¹⁴² viene ormai stabilmente ri-

¹³⁹ Cf. per tutti *Calmanovici c. Roumanie*, § 148. Ma l'argomento risale alla posizione assunta dal governo canadese in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

¹⁴⁰ A.C. EWALD, "Civic death", cit., 1072 ss., che cita tra le «autorità» liberali Locke, Rousseau, Paine e – con alcune riserve – lo stesso Rawls (*ibidem*, nota 148).

¹⁴¹ A.C. EWALD, "Civic death", cit., 1082 ss.

¹⁴² Cf. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, § 16 e 22. A noi paiono invece piuttosto vaghe e indimostrate le tesi, sostenute in tale sentenza, secondo cui «to deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility» e «the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration». Ugualmente criticabile ci pare la tesi sostenuta da K. PABEL, *Wahlrecht*, cit., 552, secondo cui l'esclusione dei condannati dal diritto di voto sarebbe in contrasto con il principio della loro risocializzazione: ciò che occorrerebbe dimostrare, per sostenere tale tesi, è l'esistenza di un nesso positivo (empiricamente verificabile e non solo apoditticamente affermato) fra attribuzione del diritto di voto e reinserimento sociale.

fiutata nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo qui commentate¹⁴³.

È vero che – come si afferma in varie sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – la condanna a una pena detentiva non priva i detenuti di tutti i diritti fondamentali, ma non è esatto che essi conservino tutti i diritti compatibili con la reclusione: essi restano infatti titolari dei diritti che sono espressione della loro dignità *umana*, che non può in nessun caso essere violata¹⁴⁴, ma perdono, per il periodo della detenzione, i diritti di *partecipare alla vita sociale*, in conseguenza della natura del carcere come istituzione separata dalla società¹⁴⁵; i diritti di riunione (quantomeno in pubblico), di associazione, e in generale i diritti di partecipazione politica¹⁴⁶. È la loro eguale dignità *sociale*, e non la loro dignità *umana*, ad essere compressa in conseguenza della condanna. Solo individui liberi, che possano discutere, associarsi, riunirsi in pubblico possono esercitare ragionevolmente il diritto di voto¹⁴⁷. In questa prospettiva, la posizione adottata dal Tribunale Costituzionale del Sudafrica nel 1999, secondo la quale «the vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood», se può certamente spiegarsi con la storia di quel Paese, non è accettabile come affermazione di teoria costituzionale¹⁴⁸.

¹⁴³ Anche se tali sentenze giungono a conclusioni diverse da quelle accolte in questo saggio a causa di un uso improprio del *test* di proporzionalità.

¹⁴⁴ La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 349/1993 ha osservato che «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».

¹⁴⁵ In questo senso M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, 163 (ma questo autore, pur constatando lo stato attuale del diritto oggettivo, esprime l'auspicio che tale separazione sia ridotta o eliminata).

¹⁴⁶ Per questo rilievo si v. P. RAMSAY, *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2013, 9 (scaricabile da http://eprints.lse.ac.uk/48985/1/WPS2013-07_Ramsay.pdf).

¹⁴⁷ Questo argomento è stato proposto dal governo russo nel caso *Anchugov and Gladkov* (v. § 89), ma la I sezione della Corte lo ha ignorato.

¹⁴⁸ Secondo M.Á. PRESNO LINERA, *Ed derecho de voto*, Madrid 2003, 143 colui che espia una pena detentiva non è privo della capacità di autodeterminarsi politicamente (requisito che, secondo questo autore, giustifica la privazione del diritto di voto delle persone dichiarate incapaci) e non viene privato della sua dignità per il fatto della reclusione: di conseguenza la previsione della sospensione del diritto di voto come conseguenza di una condanna penale (prevista in Spagna fino alla riforma del Codice penale nel 1995) non sarebbe compatibile con l'art. 25.2 della Costituzione spagnola. A nostro avviso, mentre la capacità di autodeterminazione politica è compressa strutturalmente dall'isti-

Ciò non significa, ovviamente, che il voto sia un privilegio¹⁴⁹, anziché un diritto: a parte la difficoltà di distinguere caso per caso questi due fenomeni (il secondo dei quali è per lo più un concetto polemico), si deve solo notare che il voto è un diritto la cui titolarità ed il cui esercizio dipendono da determinati presupposti, quali l'età, la cittadinanza, in alcuni casi la residenza¹⁵⁰ e dall'assenza di requisiti negativi, fra cui rientra tradizionalmente la condanna ad una pena detentiva.

Del resto, se è certo che il diritto di voto è un diritto individuale, è anche vero che si tratta di un diritto il cui esercizio ha necessariamente luogo in forma collettiva, come i diritti di riunione e di associazione: il voto, come atto individuale ed isolato, è tanto poco sensato come una riunione od una associazione cui partecipi una sola persona¹⁵¹. La dialettica del diritto di voto – ben sintetizzata da Carl Schmitt nella *Dottrina della Costituzione*¹⁵² – contiene infatti due «polarità»: quella liberale e quella democratica, o, detto con altre parole, quella individuale e quella sociale. Inoltre il diritto di voto non è un «diritto di difesa», come i classici diritti di libertà, che sono riconosciuti ai rispettivi titolari affinché ne facciano l'uso che più loro aggrada, ma un diritto funzionale¹⁵³, conferito

tuzione carceraria, per le ragioni indicate poco oltre nel testo, è esatto che il detenuto non viene privato della dignità umana: ma il diritto di voto, a nostro avviso, non è conseguenza immediata di quest'ultima, come risulta dal fatto che esso è concesso sulla base di una serie di requisiti ulteriori rispetto alla capacità giuridica.

Più in generale meritano critica (come giustamente rileva E. WIEDERIN, *Deutschland über alles: Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 2010, n. 9, 402) tutte quelle ricostruzioni che connettono il diritto di voto alla dignità umana, come quelle formulate in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, laddove si afferma che «denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the Charter».

¹⁴⁹ L'argomento secondo cui il voto è un diritto e non un privilegio è spesso utilizzato sia nella giurisprudenza della Corte, sia in dottrina (ad es. A.W. POWERS, *Hirst*, cit., 2) per sostenere che esso spetta anche ai detenuti.

¹⁵⁰ Si v. la decisione della *Grande Chambre* della Corte nel caso *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. n. 42202/07, dec. 15.3.2012, che ha escluso che la mancata previsione di misure che consentano di votare ai cittadini residenti all'estero contrasti con l'art. 3 del Prot. Add. n. 1 (similmente *Shindler v. The United Kingdom*, App. 19840/09, dec. 7.5.2013, § 114).

¹⁵¹ Invero, com'è noto, l'assurdo giuridico di una associazione monopersonale è ravvisabile nel fenomeno dei c.d. «monogruppi» nei Consigli regionali.

¹⁵² C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), tr. fr., *Théorie de la Constitution*, Paris 2008, 383-384.

¹⁵³ La tesi del voto come diritto funzionale ha radici solide nella migliore dottrina italiana del novecento. Si v. ad es. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Mi-

al suo titolare (anche) per la cura di un interesse pubblico, in quanto esso consiste nella partecipazione del titolare di tale diritto ad una funzione pubblica¹⁵⁴. È pertanto fisiologico che alle persone a cui non è permesso di sviluppare una vita sociale normale, in conseguenza di una sentenza che li abbia condannati alla privazione della libertà personale, non sia permesso neppure di votare¹⁵⁵.

lano 1947, 113; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Napoli 1972, 141 («una particolare categoria dei diritti di funzione è rappresentata dai diritti politici, che ... stanno ad indicare soltanto quei diritti alla titolarità ed all'esercizio di una pubblica funzione spettanti ai singoli membri di una collettività: come il diritto di voto o quello di presentarsi come candidato alle elezioni»); C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1949, 75. In una prospettiva parzialmente diversa cf. anche V. ZANGARA, *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, 607 («I cosiddetti diritti pubblici soggettivi "politici" non sono diritti soggettivi, ma potestà giuridiche, nella più rigorosa accezione del termine, in quanto il loro contenuto si concreta nella protezione di un interesse, oltre che personale, collettivo e il loro esercizio non è soltanto svolgimento di una persona individualmente considerata, di una personalità privata, ma svolgimento di interessi superiori collettivi, che nella loro cerchia comprendono anche gli interessi delle persone singole, ma li superano e li trascendono»); A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, III ed., Milano 1970, 450 («il diritto politico è attribuito ai cittadini non soltanto nell'interesse loro ma principalmente nell'interesse generale, al fine di assolvere una pubblica funzione»). La dimensione funzionale del diritto di voto traspare ancora in C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, VI ed., Torino 1963, 228 e in M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Padova 2010, 269. Ma questa dimensione è riconosciuta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come nota M. STARITA, *Art. 3 Prot. Add. n. 1*, cit., 834.

¹⁵⁴ Si accoglie in questa sede la concezione «dualista» del diritto di voto, che lo intende sia come diritto individuale, sia come funzione pubblica e che risale a G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1905, 136 ss. e 159 ss. e che in Italia era ripresa fra gli altri da G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino 1913, 311 (il quale, pur affermando che «l'erronea concezione dei diritti subbiettivi naturali diventa assurda applicata ai diritti politici, che servono all'andamento migliore della pubblica cosa e in regolarli deve prevalere l'interesse generale», intendeva l'elettorato sia come una funzione che come un diritto: v. *ibidem*, 305-307) e, sia pure con sfumature diverse, da L. ROSSI, *Natura giuridica del diritto elettorale politico* (1907), in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1941, 46 ss. La tesi di Jellinek era formulata in polemica con quella di Paul Laband, che invece negava del tutto la dimensione soggettiva del voto, da lui inteso come un mero riflesso del diritto oggettivo: la si v. fra l'altro, in P. LABAND, *Deutsches Reichstaatsrecht*, V ed., Tübingen 1909, 74 (la posizione di Laband era ripresa in Italia da Forti). Per una ricostruzione del dibattito sulla natura del diritto di voto si v. F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 1117 ss.; E. GROSSO, *La titolarità*, cit., 4 ss.; F. FURLAN, *Art. 48*, cit., 485-486 e D. CODUTI, *Voto (diritto di)*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto costituzionale*, Il Sole 24 ore, Milano 2008, 746 (il quale aderisce alla tesi dualista).

¹⁵⁵ Nella cultura *liberal* contemporanea la giustificazione della privazione del diritto

È inoltre necessario sottoporre a critica un'altra affermazione ripetuta più volte in varie sentenze della Corte di Strasburgo, secondo la quale l'esclusione dei detenuti dal diritto di voto lederebbe il principio del suffragio universale, in quanto priverebbe del diritto di voto una intera categoria di cittadini¹⁵⁶. Questa affermazione non è esatta, in quanto l'esclusione non colpisce una «categoria» di persone selezionate in base a caratteristiche intrinseche che le distinguano da altre, ma persone che sono state condannate *individualmente*, in seguito ad un giusto processo legale, per avere violato *individualmente* norme penali sanzionate con la pena della detenzione: dunque per comportamenti che esse hanno adottato liberamente (vale a dire come persone dotate di libero arbitrio), pur in presenza di una proibizione disposta dalla legge penale. In effetti, la tesi ora criticata ha lo stesso valore di una affermazione il cui contenuto fosse che con il carcere si priva della libertà personale una intera categoria di persone. In entrambi i casi, la «categoria» non è costruita con finalità discriminatorie, e non esiste in sé, se non come somma delle persone che si trovano in tale situazione, in conseguenza di atti individuali volontari, consistenti nella violazione di precetti penali, constatata caso per caso da giudici indipendenti ed imparziali¹⁵⁷.

Se questi argomenti prospettano una ragione plausibile del *disenfranchisement*, la loro finalità è di giungere alla conclusione che essi *possono* giustificare la limitazione del diritto di voto negli Stati membri del Consiglio d'Europa, nell'esercizio del loro margine di apprezzamento nazionale e non quella di affermare che tale conclusione sia l'unica compati-

di voto dei condannati a una pena detentiva sembra molto difficile (si v. gli argomenti in questo senso di A.C. EWALD, "*Civic death*", cit., 1096 e ss.). Peraltro, a nostro avviso, questa difficoltà dipende in buona misura dall'espulsione del concetto di responsabilità individuale dalla cultura liberale dei diritti, che si muta così in cultura *liberal* o liberal-radicale.

¹⁵⁶ Si veda *Frodl v. Austria*, § 24; *Scoppola contre Italie (n. 3) – GC*, § 96; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 96; *Söyler v. Turkey*, § 34.

¹⁵⁷ Questo argomento fu utilizzato da una Corte federale degli Stati Uniti nel caso *Wesley v. Collins*, 605 F. Supp. 802, 813 (citato da A.C. EWALD, "*Civic death*", cit., 1078-79), secondo cui i condannati «are not disenfranchised based on any immutable characteristic, such as race, but on their conscious decision to commit an act for which they assume the risk of detention and punishment». Osserva giustamente P. RAMSAY, *Faking Democracy*, cit., 14: «the prisoners have themselves repudiated their democratic citizenship rights by the implicit denial of citizenship entailed in their offence».

Per queste ragioni, la tesi secondo cui «criminal disenfranchisement is contrary to the principle of universal suffrage» (sostenuta fra l'altro da E.C. LANG, *A disproportionate Response*, cit., 863) è del tutto infondata.

bile con la natura del diritto di voto e con l'istituzione sociale denominata carcere. Data infatti la formulazione dell'art. 3 del Prot. Add. n. 1 e le tradizioni costituzionali nazionali, il diritto ad elezioni libere previsto dalla CEDU è suscettibile di essere interpretato sia nella maniera qui ipotizzata, sia come diritto soggettivo perfetto: e non spetta alla Corte di Strasburgo, ma agli Stati membri, sciogliere questa alternativa, che la Corte stessa dovrebbe lasciare aperta, limitandosi a controllare i confini esterni delle diverse concezioni del diritto di voto compatibili con il citato art. 3¹⁵⁸. È vero, infatti, che – come ha affermato la Corte suprema del Canada nel caso *Sauvé* – «it is for the Courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote»¹⁵⁹. Tuttavia cosa sia il diritto di voto e quali siano i suoi limiti va definito a partire da un materiale normativo più ampio e ricco, che deve includere, nel caso della CEDU, le tradizioni costituzionali nazionali e la loro diversità, proprio per evitare il rischio che la vaghezza delle disposizioni sui diritti consenta ai giudici di imporre la loro concezione di filosofia sociale e politica.

9.3. *Sull'uso appropriato del principio di proporzionalità riguardo alle limitazioni del diritto di voto dei detenuti*

In ogni caso, anche in una prospettiva, come quella qui delineata, favorevole alla possibilità che gli Stati sospendano il diritto di voto dei detenuti per il periodo di espiazione della condanna, residua uno spazio

¹⁵⁸ Riprendiamo qui un argomento già esposto nella *dissenting opinion* in *Sauvé v. Canada*: «s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*».

¹⁵⁹ *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 13.

per alcuni limiti e per un controllo sulla proporzionalità della restrizione. Infatti, l'affermazione che si trova in alcune delle sentenze analizzate nei paragrafi precedenti, secondo la quale la privazione del diritto di voto non può essere imposta «alla leggera»¹⁶⁰, sembra in principio accettabile. Tuttavia, a nostro parere, la conseguenza di una condanna a una pena detentiva, vale a dire alla privazione della libertà personale, colpisce la libertà e l'autonomia della persona in maniera molto più intensa della privazione del diritto di voto. Pertanto, se vi è una conseguenza sulla quale un sistema giuridico ispirato alla protezione dei diritti fondamentali dovrebbe essere molto prudente, essa è la privazione della libertà personale – che dovrebbe essere sempre un mezzo «of last resort» – e non la conseguenza ulteriore del *disenfranchisement*. Una volta che si giunga alla conclusione che la prima sanzione è inevitabile, sembra ragionevole escludere il condannato anche dal diritto ad eleggere i rappresentanti della nazione. Pertanto pare condivisibile la tesi secondo cui «[the] deprivation of political rights is proportionate because it lasts no longer than her imprisonment»¹⁶¹.

Siffatto parallelismo fra la privazione della libertà personale e la limitazione del diritto di voto potrebbe trovare due eccezioni: da un lato la privazione del diritto di voto non dovrebbe applicarsi, in virtù della presunzione di innocenza¹⁶², ai detenuti non ancora condannati o la cui condanna non sia ancora divenuta definitiva (e ciò in quanto, in casi di questo tipo, la privazione della libertà personale corrisponde a finalità cautelari, ma la persona è presunta innocente fino alla condanna definitiva e per questa ragione la sospensione dei suoi diritti politici potrebbe rivelarsi sproporzionata); in secondo luogo, la connessione tra detenzione in carcere e privazione del diritto di voto dovrebbe operare non solo per giustificare la privazione del diritto, ma anche per escludere, in principio, il c.d. *life disenfranchisement*: non si intende dire qui che la privazione perpetua del diritto di voto sia in assoluto contraria al principio di proporzionalità, ma solo che essa dovrebbe applicarsi unicamente a reati di

¹⁶⁰ Tale affermazione è a sua volta ripresa da *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 9. Essa a nostro avviso vale a maggior ragione per una Corte che opera in un ordinamento internazionale «regionale», come il Consiglio d'Europa, nel quale essa dovrebbe garantire solo alcuni livelli minimi e non perseguire obiettivi come «l'avvicinamento fra le strutture democratiche dei singoli Paesi membri» (secondo M. Rubechi, *I diritti politici*, cit., p. 442 la necessità di perseguire questo obiettivo risulterebbe ben chiara dalla giurisprudenza della Corte).

¹⁶¹ P. RAMSAY, *Faking Democracy*, cit., 14.

¹⁶² ... riconosciuta da molte costituzioni e dalla stessa CEDU (art. 6.2).

gravità eccezionale (in principio gli stessi per i quali si ammette – o si ammetteva – la pena della reclusione a vita, anche quando la condanna a tale pena non escluda la liberazione anticipata del condannato). Da questo punto di vista, qualche dubbio potrebbe essere sollevato circa la compatibilità con il principio di proporzionalità della normativa italiana che, in conseguenza dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, prevede la perdita definitiva (salvo riabilitazione) del diritto di voto per tutti i detenuti condannati a pena superiore a cinque anni di reclusione¹⁶³.

Sembra doversi giungere a questa conclusione non solo per ragioni di protezione di interessi individuali, ma anche per evitare che il numero delle persone private del diritto di voto raggiunga quantità elevate, come accade in alcuni Stati membri degli Stati Uniti¹⁶⁴, nei quali la percentuale di elettori colpiti dal disenfranchisement giunge in alcuni casi al 13 per cento dell'elettorato, alterando, fra l'altro, la forza elettorale relativa dei vari gruppi razziali.

¹⁶³ Resta tuttavia anche un altro dubbio: quello relativo all'opportunità – se non alla legittimità, almeno nella prospettiva accolta in questo lavoro – che una verifica di questo tipo compiuta dalla Corte di Strasburgo e non dal giudice nazionale delle leggi.

¹⁶⁴ A.C. EWALD, *"Civic death"*, cit., 1045-1046. In questo stesso saggio si sottolinea che il fenomeno ha una «dimensione razziale» (p. 1048 e letteratura ivi citata). Ci pare evidente che in tale ordinamento l'esclusione di 3.900.000 elettori dal diritto di voto (per questo dato si v. M.E. FEINBERG, *Suffering Without Suffrage*, cit., 61) ponga un problema di notevole rilievo, che richiede una seria revisione del modo in cui è regolato il fenomeno in esame (fra l'altro con qualche rilievo dal punto di vista del principio di proporzionalità). Tuttavia, anche nel caso degli Stati Uniti questo è più un riflesso del cattivo funzionamento del sistema di repressione penale nel suo insieme che una mera conseguenza del *criminal disenfranchisement* in sé.

Giovanni Serges

SOPPRESSIONE DELLE PROVINCE
E “TEMPORANEA” RIDEFINIZIONE
DELLA LORO POSIZIONE
NEL SISTEMA DEGLI ENTI LOCALI*

SOMMARIO: 1. Le ragioni della “crisi” della Provincia tra il riconoscimento del suo ruolo costituzionale e le omissioni ed incertezze del legislatore. – 2. La sequenza dei decreti legge di riforma, la bocciatura della Corte ed i più recenti disegni di legge. – 3. La soppressione delle Province ed i limiti al potere di revisione. – 4. La modifica degli organi delle Province nella prospettiva della riforma costituzionale e la trasformazione del sistema di elezione: profili di legittimità costituzionale. – 5. Il riordino delle funzioni e la dubbia costituzionalità dell’operazione. – 6. Conclusioni: il ruolo del sistema autonomistico nell’assetto costituzionale e l’esigenza di una riforma meditata

1. *Le ragioni della “crisi” della Provincia tra il riconoscimento del suo ruolo costituzionale e le omissioni ed incertezze del legislatore*

L’affermazione secondo cui la “Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni” che, nella Costituzione del 1948 inaugurava il titolo quinto, era stata sostituita, nella riforma costituzionale del 2001, con quella diversa che proclamava la Repubblica costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane e, infine, dallo Stato. È difficile negare che tra i vari significati che possono attribuirsi a questa innovazione non vi sia anche quello di un complessivo rafforzamento di tutti gli Enti sui quali era stato costruito l’intero impianto di quel sistema delle autonomie solennemente inserito, all’art. 5, tra i principi fondamentali della Carta¹. Nella nuova formulazione sembrava, dunque, potersi leggere, in

* *Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Giuseppe De Vergottini.*

¹ Osserva, al riguardo, G.M. DEMURO, *Commento all’art. 114 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Vol. III, Torino 2006, 2169, che il significato da attribuire all’art. in parola è “rappresentato dalla novità del riconoscimento di una posizione paritaria a tutti gli enti costitutivi della Repubblica.

trasparenza, la conferma che proprio su quel modello di articolazione delle autonomie territoriali doveva ancora puntarsi in un quadro rinnovato di rapporti con gli altri enti e con lo Stato, irradiato dal principio di sussidiarietà (e dai correlativi principi di differenziazione e adeguatezza) e sorretto da una rosa di garanzie che andavano dal riconoscimento delle funzioni proprie a quello dell'autonomia statutaria, dalla potestà regolamentare all'autonomia finanziaria. Che quella riforma sia rimasta in larga misura inattuata, proprio sul versante essenziale della determinazione delle funzioni amministrative degli enti locali, della concreta istituzione delle Città metropolitane ed, ovviamente, della determinazione delle funzioni da attribuire a queste ultime è circostanza ben nota, sulla quale molto si è indagato e di cui solo in parte, a mio avviso, può attribuirsi la responsabilità a quella sorta di inestricabile ginepraio che, proprio intorno alle funzioni amministrative, aveva costruito la riforma del 2001. Funzioni fondamentali affidate alla legislazione statale, funzioni proprie, funzioni conferite con legge statale o regionale, configuravano certamente un quadro di difficile lettura e di altrettanto problematica composizione secondo linee distinte, razionali ed armoniose²; tuttavia, lo sforzo ricostruttivo, specie della dottrina e, in buona misura, della giurisprudenza costituzionale, aveva certamente concorso a dipanare in parte l'aggrovigliata matassa, con la conseguenza che la inattuazione altro non è che la diretta conseguenza della perdurante incapacità delle forze politiche di offrire al disegno costituzionale un compiuto e razionale sostegno. È, in particolare, la mancata definizione delle funzioni fondamentali degli enti locali ad opera di una legge statale che desse compiuta attuazione al disposto dell'art. 117, comma 2, lett. p) a riflettersi con maggior forza su un sistema che, per esprimersi in pieno in tutte le sue potenzialità, avrebbe richiesto, in primo luogo, una chiara definizione delle funzioni assegnate a ciascun ente, una loro distribuzione priva di margini apprezzabili di equivocità, una coerente determinazione delle finalità di interesse pubblico perseguite. Se non che, come spesso è accaduto nella tormentata vicenda costituzionale italiana, anziché puntare sulla attua-

Un riconoscimento che attiene alla possibilità di concorrere, paritariamente, alla costruzione delle politiche pubbliche garantendo, nel contempo, una pluralità di differenti interessi territoriali che, pur articolati in differenti ordinamenti, si riconoscono in unica Repubblica”.

² Per un quadro di sintesi delle numerose voci critiche che hanno sottolineato il disordine concettuale che esprimono i termini usati nella riforma costituzionale a proposito delle funzioni amministrative cfr. C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione*, Torino 2011, 109.

zione compiuta del dettato costituzionale si è preferito imboccare una strada diversa, vale a dire quella di un’ulteriore riforma, di un nuovo, quanto affrettato, disegno del sistema delle autonomie, individuando in primo luogo nelle Province, nell’ente locale intermedio, l’anello debole dalla cui sostanziale eliminazione dovrebbe ora dipendere, ad una, la nuova più efficace resa del sistema autonomistico ed un incisivo abbattimento della spesa pubblica complessiva. Obiettivo, quest’ultimo, che, anzi, sembra aver assunto un ruolo determinante e prevalente nell’ottica riformatrice, tanto da aver rappresentato, esplicitamente, la vera originaria ragione della inusitata accelerazione di un disegno di riforma che, fino a poco tempo addietro, si era mosso nella diversa prospettiva di una stabilizzazione del sistema mediante l’auspicata individuazione delle funzioni fondamentali proprio delle Province e dei Comuni³.

Che la Provincia sia il soggetto destinatario dei nuovi intenti riformatori non deve, peraltro, meravigliare più di tanto sol che si consideri come proprio quest’ente sia stato, con singolare alternanza, oggetto di disattenzioni legislative rilevanti, che affondano le loro radici nelle stesse vicende storiche che ne hanno determinato l’origine, e di momenti di rinnovato interesse⁴. Senza volersi soffermare più di tanto su questo profilo, è però sufficiente ricordare come la Provincia nasca più da esigenze proprie connesse al decentramento amministrativo statale che non come ente votato ad esprimere esigenze di autogoverno⁵. L’asfittico disegno le-

³ Mi riferisco al disegno di legge (AS n. 2259) sottoposto all’esame del Senato nella XVI legislatura e recante “Individuazione delle funzioni fondamentali di province e comuni, semplificazione dell’ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali: Riordino di enti e organismi decentrati”.

⁴ Osservava L. PALADIN, *Il “problema delle nuove Province”*, in *Le Regioni*, 1984, 70-71, che, guardando alla legislazione statale della seconda metà degli anni settanta, non poteva cogliersi nessuna traccia significativa del dibattito sul “nodo” delle Province, mentre le leggi statali potevano far pensare che il legislatore fosse convinto di doverle conservare nonostante in quel periodo non si fosse mai deciso quale preciso ruolo assegnare ad esse, considerato che all’attribuzione di nuove (disparate) funzioni spesso seguiva la soppressione di altre. Tuttavia Paladin rilevava che, nella prima metà degli anni ottanta, si fosse ristabilito nei confronti delle Province un clima di favore che ricordava quello che si era formato in Assemblea costituente, tanto da indurlo a condividere l’affermazione secondo cui le Province ben potevano considerarsi un fattore essenziale della vita collettiva ed a condividere il carattere di vitalità di questo ente intermedio.

⁵ Osserva R. BIN, *Il nodo delle Province*, in *Le Regioni*, 2012, 900 che la provincia, in quanto forma di organizzazione territoriale, “è sempre stata un problema: lo era già nei tempi più remoti della storia amministrativa italiana” e la sua “ambivalenza era già presente e si rifletteva anche sulla figura degli organi preposti al suo governo”.

gislativo che la ha condizionata e che individua nella Provincia non già un ente a fini generali, come il Comune, bensì come soggetto dotato di specifiche competenze non subisce sostanziali inversioni di tendenza nella stessa legge 142 del '90 che rappresenta il primo intervento organico del legislatore statale nella materia degli enti locali territoriali, perché proprio quella legge – come è stato esattamente osservato – finisce per limitarsi “ad un semplice aggiustamento della posizione e delle funzioni della Provincia”⁶ confermando peraltro la sua qualificazione in termini di ente non già a fini generali bensì dotato solo di competenze delimitate e finalità circoscritte. Un deciso rilancio della Provincia si determina, dapprima, con la legge elettorale n. 81 del 1993 che adotta il sistema dell'elezione diretta del presidente secondo il modello comunale e, successivamente, con la legge 265 del 1999 che attribuisce all'ente intermedio le funzioni amministrative di interesse provinciale concernenti “vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale” così mutando decisamente il suo ruolo. Anche la Provincia diviene così un ente a fini generali di rappresentanza e cura degli interessi di area vasta e tale disegno si irrobustisce poi con il testo unico 267 del 2000 che conferma questa impostazione approntando le basi di quell'ulteriore sviluppo e di quella definitiva stabilizzazione della posizione provinciale che avrebbe dovuto seguire alla, immediatamente successiva, riforma costituzionale del 2001⁷. Ma da qui, al contrario, la posizione della Provincia, che specie in forza del principio di sussidiarietà, avrebbe dovuto trovare le basi per una più marcata affermazione del suo ruolo, finisce per appannarsi per una serie di ragioni che possono così essere sinteticamente indicate⁸.

In primo luogo la già ricordata inadempienza statale nella determina-

⁶ In questi termini, F. PINTO, *Diritto degli enti locali*, Torino 2012, 315, il quale sottolinea la diversa posizione che quella legge conferma per il Comune inteso “come un ente a fini generali preposto alla tutela degli interessi che si allocano sul territorio amministrato”, mentre la Provincia rimane “una istituzione con fini circoscritti e materie definite”.

⁷ Al riguardo cfr., F. PINTO, *op. cit.*, che ricorda come in questo momento la Provincia diviene un ente dotato “di una vera e propria rappresentanza degli interessi, con la possibilità... di assumere un ruolo primario nello sviluppo e nella tutela degli interessi locali, affatto diverso rispetto a quello assunto in passato, anche grazie all'applicazione del principio di sussidiarietà”.

⁸ Osserva, sul punto, C. PADULA, *Quale futuro per le Province? Riflessioni sui vincoli costituzionali in materia di Province*, in *Le Regioni*, 2013, 362, che le “Province sono viste con sospetto da molti da parecchio tempo ma, di fatto, hanno sempre resistito a tutti gli assalti e, anzi, hanno progressivamente visto aumentare il loro numero e rafforzare il loro ruolo”.

zione delle funzioni fondamentali ha finito per congelare il regime giuridico della Provincia nella forma che aveva assunto nel T.U.E.L. del 2000, integrata, per così dire da una serie di altre disposizioni sparse in altri provvedimenti legislativi (dal d. lgs. n. 118 del 98 ad alcune norme inserite nei decreti legislativi nn. 422 del 1997 e 285 del 1992). Un quadro normativo, dunque, difficile da ridurre ad unità che ha inciso non poco sulle concrete possibilità di sviluppo della funzione dell'ente e che neppure ha trovato composizione nella più recente legge n. 42 del 2009 la quale, pur contenendo una sorta di approssimativa ricognizione delle funzioni provinciali, si muove, esplicitamente, non già nell'ottica della individuazione delle funzioni fondamentali bensì nella più circoscritta finalità di indicazione delle funzioni finanziate.

In secondo luogo, è sul versante dei rapporti con il sistema regionale che la dimensione della Provincia finisce per trovare ostacoli consistenti per uno sviluppo proficuo della sua posizione. L'attuazione regionale delle disposizioni contenute nel dec. Leg.vo 113 del 1998 si ispira infatti, nel suo complesso, alla tecnica dello spezzettamento delle funzioni e contraddistingue nel suo complesso l'intera legislazione regionale. Funzioni che avrebbero dovuto per intero essere affidate alle Province rimangono invece frammentate su più livelli di governo e le Regioni tendono a conservarne significativamente una parte producendo così una assai opaca distinzione di ruoli⁹.

In terzo luogo il quadro delle dimensioni provinciali, in molti casi privo di una logica adeguatamente rispondente alle caratteristiche del territorio, alle dimensioni demografiche e allo sviluppo sociale, frutto di una ripartizione concepita al centro e interamente finalizzata alle esigenze del decentramento amministrativo statale, ha reso evidenti gli squilibri tra le diverse realtà provinciali che hanno attenuato l'immagine della provincia come ente intermedio, ottimale per lo svolgimento di funzioni amministrative. A ciò si aggiunga il sostegno, ad opera della legge statale (in virtù della riserva rinforzata prevista dall'art. 133 Cost.), delle ten-

⁹ Sul punto, di recente, le osservazioni di L. CASTELLI, *La “Babele” delle funzioni amministrative*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA, (a cura di) *Amministrazione e democrazia*, Padova 2013, 263 ss., il quale esattamente osserva che “spalmare la funzione su più livelli di governo, conservandone una ‘spezzone’ in capo alla regione, anziché devolverla integralmente ad un ente locale determina, per un verso, una proliferazione di strutture, perché giustifica la permanenza, ad ogni livello, anche del ‘pezzo’ di apparato necessario a supportarne l'esercizio; per altro verso, la funzione perde la sua dimensione unitaria, non è più imputabile ad un unico soggetto, ma – *pro quota* – a tanti soggetti diversi, con conseguente parcellizzazione di responsabilità e confusione di ruoli”.

denze all'incremento del numero delle province, che è apparso, per molti versi, il risultato di operazioni volte ad assecondare logiche localistiche di mera moltiplicazione clientelare degli apparati e non già il frutto di una meditata ponderazione delle reali esigenze dell'autonomia amministrativa.

Schiacciata così tra evidenti mancate attuazioni del disegno costituzionale ed una immagine progressivamente deteriorata, la provincia finisce per trasformarsi nell'ente locale non a caso definito di recente – con felice sintesi – come il “più discusso”¹⁰, verso il quale si dirigono intenti riformatori tutti caratterizzati dal comune denominatore di una urgenza che si traduce immediatamente in improvvisazione e che, verosimilmente, non ha precedenti nella storia della Repubblica. In realtà l'urgenza appare sorretta solo dalla convinzione che attraverso la riduzione o la soppressione di quest'ente possa raggiungersi la finalità di una significativa riduzione della spesa pubblica¹¹.

2. *La sequenza dei decreti legge di riforma, la bocciatura della Corte ed i più recenti disegni di legge*

L'*incipit* di questi interventi si può ricondurre al d.l. n. 138 del 2011 (poi convertito dalla legge 148/2011) che rappresenta, più che altro, una sorta di anticipazione, di annuncio di future incisive riforme¹². Veniva infatti prevista la soppressione alla scadenza del mandato delle Province con meno di 300.00 abitanti o con territorio inferiore ai 3000 chilometri quadrati “in attesa della complessiva revisione della disciplina costituzionale del livello di governo provinciale” e si prevedeva altresì che i comuni ricadenti nelle aree provinciali soppresse dovessero attivare l'iniziativa legislativa prevista dall'art. 133 Cost. allo scopo di essere aggregati alle ri-

¹⁰ Mi riferisco al recente, ampio, contributo monografico di F. FABRIZZI, *La Provincia. Analisi dell'ente locale più discusso*, Napoli 2012.

¹¹ Per comprendere che l'incidenza sulla spesa avrebbe avuto effetti limitati sarebbe stato sufficiente ricordare quanto, più di trent'anni addietro, osservava, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1976, 1015, il quando inserendosi nel dibattito, allora vivace, sorto intorno alla possibilità di utilizzare la provincia come centro coordinatore di comprensori istituiti dalla regione, sottolineava come “la soppressione delle province farebbe risparmiare le spese per l'apparato elettivo, ma non inciderebbe sui restanti oneri che verrebbero assunti dalla regione”.

¹² Una attenta ricostruzione degli interventi legislativi e delle proposte di legge si rinviene nel lavoro di C. NAPOLI, *Province: tutto (o niente?) da rifare*, in *www.federalismi.it*, ottobre 2013.

manenti province. È sufficiente ricordare solo queste due previsioni per rendersi conto del grado di improvvisazione che una simile misura presentava. Di là da ogni considerazione sull'uso del decreto legge per produrre mere misure di annuncio di futuri provvedimenti, stupisce la singolare miscela di evidenti incostituzionalità, tra interventi affidati al legislatore ordinario per operare una revisione della disciplina costituzionale dei livelli di governo, “obblighi” di attivazione di una iniziativa legislativa che la Costituzione assegna alla libera discrezionalità dei Comuni, divieti di istituzioni di nuove Province in regioni con meno di 500.000 abitanti in assenza di una previsione costituzionale in ordine a requisiti demografici minimi.

All'annuncio di una revisione organica – che aveva immediatamente prodotto reazioni in dottrina alla ricerca di una più esatta determinazione delle garanzie delle Province nel vigente testo costituzionale¹³ – non segue però alcun coerente disegno di riforma ed ancora una volta l'intervento è affidato a strumenti d'urgenza, anzi ad una vera e propria raffica di decreti legge¹⁴. Vengono così emanati il decreto legge 201/2011 (convertito con la legge 214/2011), il decreto legge 95/2012 (convertito con la legge 135/2012), ed infine il decreto legge 188 del 2012 che si arrenderà nelle secche della mancata conversione. Le prospettive dei due diversi interventi normativi erano in realtà diverse anche se complementari. Con il primo, infatti, si incideva sugli organi della Provincia e si riducevano le sue competenze. Consiglio e Giunta avrebbero cessato di essere organi eletti direttamente dal corpo elettorale ma si sarebbero trasformati in organi di secondo grado espressione dei Comuni inseriti nel territorio provinciale mentre le competenze venivano sostanzialmente circoscritte a mere funzioni di indirizzo e coordinamento. Con il secondo, invece, si incideva sul riordino degli ambiti territoriali e, dunque, sul numero delle Province, in linea di continuità con l'annuncio del primo decreto della serie (ossia il d.l. 138 del 2011), prevedendo il coin-

¹³ Si veda, in particolare, il contributo di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La garanzia costituzionale della provincia e le prospettive della sua trasformazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2012, 467 ss.

¹⁴ Va però ricordato, a testimonianza delle incertezze e della improvvisazione che ha contraddistinto fin dall'inizio i vari interventi succedutisi negli ultimi due anni, che nel settembre del 2011 (dunque pochi mesi prima del decreto legge 201 che risale al dicembre 2011) il Governo approvava un disegno di legge costituzionale la cui rubrica recitava “*Soppressione di enti intermedi*”, con il quale si intendeva affidare alle Regioni il potere di determinare il mutamento delle circoscrizioni provinciali affidando alle stesse Regioni il potere di disegnare i caratteri del governo provinciale, ovvero di determinare la stessa soppressione dell'ente provinciale.

volgimento necessitato di Comuni e Regioni ed affidando la conclusione dell'*iter* ad un ulteriore intervento legislativo (un atto legislativo di iniziativa governativa era espressamente previsto dall'art. 17, comma 4, del d.l. 95/2012) con la quale introdurre la nuova mappa del sistema provinciale semplificato e sfronato.

Ma, anziché un atto legislativo di iniziativa governativa (ossia una disegno di legge), il Governo sceglieva, ancora una volta, la strada del decreto legge (il d.l. 188 del 2012, sopra ricordato) il quale, tuttavia, non veniva convertito, segnando così una brusca interruzione di un "processo" riformatore, tutto giocato sul *leit motiv* del risparmio di spesa e sul quale, fin dall'inizio, gravava l'ipoteca di una molteplicità di forzature, se non di vere e proprie violazioni della Costituzione. La forzatura dei principi costituzionali, sottolineata immediatamente da più parti¹⁵, si presentava sotto una duplice veste, vale a dire quella del vizio formale, in quanto l'intero complesso dei provvedimenti diretti ad incidere sull'ente provinciale era stata interamente concepita mediante l'uso spregiudicato del decreto legge, e quella del vizio sostanziale per il contrasto con una pluralità di parametri costituzionali. In particolare il problema dello svuotamento delle funzioni provinciali sembrava immediatamente urtare con il disegno di funzioni amministrative fondamentali e comunque proprie – dunque garantite – dell'ente costitutivo della Repubblica, mentre la incidenza sui meccanismi della rappresentanza politica poneva immediatamente in risalto la possibile compromissione del principio democratico e della stessa sovranità popolare. Saranno, tuttavia, i primi ad assorbire ogni censura e a condurre il giudice delle leggi (investito della questione da una serie di ricorsi proposti dalle Regioni) alla declaratoria di illegittimità costituzionale di quella parte concernente le Province contenuta nei due decreti di riforma. Con la nota sentenza 220 del 2013, la Corte perverrà alla conclusione secondo cui "la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito in Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un «caso straordinario di necessità e d'urgenza»¹⁶".

¹⁵ Si veda, sul punto, l'analisi di P. VERONESI, *Morte e temporanea resurrezione delle Province: non si svuota così un ente previsto in Costituzione*, in *Studium juris*, 2012, 393 ss.

¹⁶ Così, Corte costituzionale, sent. 220 del 2013, § 12.1 del considerato in diritto.

Preclusa così, definitivamente, la via del decreto-legge il processo di riforma si riavviava tuttavia nella XVII legislatura sulla scorta della perdurante emergenza finanziaria che, ancora una volta, sembra far premio, nel progetto di un ripensamento dell'intera disciplina ordinamentale dell'ente locale, su ogni altra considerazione. Il Governo approvava così, nell'agosto del corrente anno, due disegni di legge, configurati come complementari, l'uno mirante ad una revisione costituzionale, l'altro diretto ad una nuova profonda innovazione “nell'attesa della modifica costituzionale”, ma volto ad introdurre una disciplina che, ove la revisione costituzionale non giungesse proficuamente alla meta, potrà tuttavia trasformarsi nella nuova legge ordinamentale del sistema autonomistico¹⁷ con il rischio di non trovare in Costituzione un adeguato fondamento e di perpetuare, almeno in parte, quei vizi sostanziali di legittimità costituzionale già adombrati nei decreti legge (e nelle relative leggi di conversione) annullati dalla Corte.

3. *La soppressione delle Province ed i limiti al potere di revisione*

I due disegni di legge, pur evidentemente connessi, presentano problemi autonomi sui quali conviene ora soffermarsi.

Il disegno di legge costituzionale si compone di soli tre articoli e mira alla radicale soppressione delle Province mediante la espunzione dal testo costituzionale vigente della parola “provincia” in tutti gli articoli in cui risulta tale espressione, mentre per le “città metropolitane” si prevede che la eliminazione del relativo sintagma si abbia solo nell'art. 114, primo e secondo comma. In realtà, sia la rubrica dell'art. 1 del disegno di legge, sia il primo comma, parlano di “abolizione” delle province, mentre nella parte restante del testo si fa uso solo del termine “soppressione”, così facendo affiorare, a mio avviso, una certa trascuratezza nella redazione, frutto, verosimilmente, della fretta (e, forse, anche dell'improvvisazione) con il quale il disegno di riforma costituzionale è stato concepito¹⁸. Allo stesso art. 114 viene poi aggiunto un comma con il

¹⁷ Non è un caso, infatti, che nella relazione al disegno di legge (A.C. n. 1542), si affermi come esso persegua “risultati ambiziosi e che, pur nel suo apparente carattere contingente per quanto riguarda la ristrutturazione delle province, [abbia] però ambizioni rilevanti di carattere sistematico”.

¹⁸ È da ricordare, al riguardo, che il disegno di legge costituzionale è stato approvato dal Governo il 5 luglio 2013, vale a dire due giorni dopo il comunicato della Corte costituzionale che annunciava la decisione di accoglimento della questione di legittimità dei

quale si affida alla legge dello Stato il compito di definire “il territorio, le funzioni, le modalità di finanziamento e l’ordinamento delle Città metropolitane” definite come “enti di governo delle aree metropolitane”. In altri termini, mentre per province e città metropolitane si prevede la medesima sorte della loro soppressione come enti costitutivi della Repubblica, le città metropolitane sopravvivono nella previsione della loro esistenza come enti di governo delle (sole) aree metropolitane ma nettamente distinte dai due enti (ossia Comuni e Regioni) che (soli) continuano ad esprimere il loro carattere di enti costitutivi della Repubblica. Infine, una criptica disposizione transitoria prevede che alla soppressione delle province si dia corso entro sei mesi dall’entrata in vigore della legge costituzionale e che una legge dello Stato (entro il medesimo termine) individui criteri e requisiti generali con i quali, Stato e Regioni, “nell’ambito delle rispettive competenze”, stabiliscano “forme e modalità di esercizio delle relative funzioni”.

Un primo profilo problematico concerne l’eventuale limite che una simile modifica costituzionale incontri nel potere di revisione, ossia se nella soppressione delle Province possa individuarsi un limite discendente da “principi supremi dell’ordinamento costituzionale” che rappresentino ostacolo insormontabile per l’operazione di riforma. La questione è immediatamente affiorata dopo la presentazione del disegno di legge specie in conseguenza di un parere emesso dalla conferenza unificata dell’Unione delle Province italiane nel quale esplicitamente si adombra il contrasto con il combinato disposto degli artt. 5 e 138 Cost. Più in particolare, nel parere, si sostiene che l’art. 5 Cost., nel riconoscere e promuovere le autonomie locali, considera Comuni e Province come “realtà presupposte di cui la Carta prende atto” e ciò “implica che anche il legislatore in sede di revisione costituzionale ex art. 138 ha un limite invalicabile nella possibilità di sopprimere le forme precostituite dell’autonomia locale”¹⁹. Il parere prosegue poi precisando che “tale limite alla revisione costituzionale non riguarda l’esistenza di ciascun ente locale, ma il principio che l’ordinamento delle autonomie locali della Repubblica sia costituito da Comuni e da Province”, fermo restando che il legislatore possa modificare le circoscrizioni degli enti nell’ambito della riserva di-

decreti-legge e, dunque, quando ancora non erano note le motivazioni della sentenza. Una decisione, pertanto, fulminea diretta a porre riparo all’effetto travolgente della declaratoria di incostituzionalità.

¹⁹ Le frasi virgolettate sono contenute nel parere approvato dalla Conferenza Unificata dell’Unione delle Province italiane in data 23 luglio 2013.

scendente dall'art. 133 Cost ma assicurando che “il numero complessivo dei Comuni e delle Province sia tale da assicurare, in modo diffuso nel territorio della repubblica, l'attuazione dei principi di autonomia, pluralismo e democrazia previsti in Costituzione”. Invero, di là di una certa confusione di piani – considerato che una cosa è il ruolo eventualmente chiamato a svolgere il legislatore ordinario nella determinazione del numero delle Province ed altra cosa sono i possibili limiti della revisione e che tale limiti, a me pare, riguardino proprio la questione della garanzia di esistenza per la Provincia – il parere evoca, più in generale, il tema del rapporto tra la garanzia complessiva del sistema delle autonomie sancito all'art. 5 Cost. e l'articolazione degli enti autonomi fissato nell'art. 114 Cost.

Si tratta di una tesi che è stata recentemente ripresa con ulteriori svolgimenti²⁰ e che perviene alla garanzia di esistenza degli enti territoriali previsti in Costituzione rispetto al potere di revisione facendo leva sulla circostanza che, proprio l'art. 5 Cost., parlando di “riconoscimento”, avrebbe in tal modo cristallizzato il sistema degli enti locali preesistente rispetto alla stessa Costituzione. In altri termini il costituente, con l'affermazione del “riconoscimento” e della “promozione” delle autonomie locali, avrebbe, per un verso, recepito proprio quelle forme di autonomia locale che appartenevano già ad una consolidata tradizione, quali appunto i Comuni e le Province, e, per altro verso, prevedendo la loro promozione, irrobustita dal contenuto delle IX Disp. trans. e fin., secondo cui le leggi della Repubblica avrebbero dovuto adeguarsi alle esigenze delle autonomie locali, avrebbe fissato un principio alla stregua del quale il sistema, così recepito, avrebbe potuto solo essere promosso ed adeguato e giammai soppresso (anche parzialmente) e, dunque, menomato.

In realtà, un simile ordine di argomenti era stato da tempo adombrato anche con riferimento alla garanzia dei diritti, proprio richiamandosi all'uso del medesimo predicato verbale contenuto nell'art. 2 Cost., laddove si afferma che la Repubblica “riconosce e garantisce” i diritti dell'uomo, espressione, questa, nella quale si sarebbe dovuto intravedere non solo la centralità del sistema dei diritti, bensì anche la precedenza e l'antiorità storica di tutti i diritti rispetto al loro recepimento in Costituzione. Nel “riconoscere” non vi sarebbe stato altro che una sorta di disvelamento di una realtà preesistente discendente ora, secondo l'impostazione di stampo giusnaturalistico, dalla stessa naturalità dei diritti che

²⁰ Sul punto, di recente, S. MANGIAMELI, *Brevi note sulla garanzia delle autonomie locali e sui limiti alla potestà legislativa statale*, in *Astrid Rassegna*, n. 19 del 2013.

affonderebbero le loro radici in concezioni etiche o religiose, ora, secondo una diversa concezione, in valori frutto di una sedimentazione storica²¹. Simili ricostruzioni non hanno tuttavia trovato sufficiente seguito sia perché, in ultima analisi, è apparso inutile e, per qualche verso, fuorviante inseguire l'idea della anteriorità o preesistenza del sistema dei diritti, quando in realtà è la stessa idea dello stato costituzionale di diritto che comporta l'affermazione dei diritti fondamentali²², sia perché, nella stessa direzione, può affermarsi che il "riconoscimento" comporta ed implica un'opera di identificazione di elementi che sono tutti interni alla stessa intelaiatura della Costituzione, senza necessità di ricercare in una realtà preesistente il loro fondamento²³.

A conclusioni, in qualche misura, coincidenti credo si debba pervenire con riferimento al senso e al significato da attribuire al "riconoscimento" delle autonomie locali ed alla correlativa garanzia di esistenza delle Province che da tale riconoscimento si intenderebbe far derivare. Se si guarda con attenzione alla posizione dei costituenti non può infatti negarsi che il Progetto di costituzione elaborato dalla Commissione dei 75 prevedeva addirittura la soppressione delle preesistenti amministrazioni provinciali perché, come è stato acutamente osservato, "nella semplificante previsione dei padri costituenti, una volta create le Regioni, non poteva più esservi posto per le Province"²⁴. È vero che, di lì a poco, la maggioranza dell'Assemblea costituente mutò radicalmente avviso e le Province entrarono a pieno titolo nel testo dell'art. 114, ma ciò fu determinato più da ragioni di ordine pratico e dal timore, forse, di un eccessivo accentramento di poteri in capo alle nuove regioni. D'altra parte, la

²¹ Per una chiara sintesi critica di siffatta impostazione v. E. ROSSI, *Commento all'art. 2 della Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., Vol. I, 42 ss.

²² Sul punto, v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2001, 173 che richiama le riflessioni di Calamandrei.

²³ Si vedano, sul punto, le riflessioni di F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 6, il quale osserva, da una parte, che "la scelta dei Padri costituenti non fu di tipo giusnaturalistico ma precisamente nel senso della anteriorità dei diritti della persona (dignità umana) e delle comunità sociali (pluralismo sociale) nei confronti dello Stato, nonché del rapporto di condizionamento tra diritti inviolabili e forma di Stato democratico-pluralista" e, dall'altra, che "il termine «riconosce» – che presuppone un oggetto preesistente – è adoprato invece in Costituzione anche per indicare fenomeni o fattispecie sicuramente costruiti o ricostruiti dall'ordinamento (per es. funzione sociale della cooperazione, diritto di collaborazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, diritto al lavoro, *autonomie locali* [corsivo nostro])".

²⁴ In questi termini L. PALADIN, *Il problema delle «nuove province»*, in *Le Regioni*, 1984, 64 ss.

realtà che i costituenti si trovavano di fronte era quella di un sistema di Comuni e Province interamente modellato dalla vecchia legge provinciale e comunale la quale rappresentava "in realtà una legge dell'amministrazione statale, che include[va] i comuni e le province come partizioni o addirittura organi di essa"²⁵. Difficile, dunque, ammettere che i costituenti vollero in qualche modo cristallizzare una realtà preesistente con la conseguenza che l'affermazione (contenuta nell'originario testo dell'art. 114), secondo cui la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni, "non può essere letta come una sorta di riconoscimento di una soggettività giuridica storica, e – per così dire – precostituzionale degli enti in discorso", né tanto meno parlare di "una sorta di soggettività giuridica naturale delle Province"²⁶. Quanto fin qui detto credo sia sufficiente a dimostrare che il tentativo di ancoraggio all'art. 5 Cost., nel senso, appunto, di ritenere che con il riconoscimento delle autonomie territoriali si sia inteso, per così dire, "fotografare" una realtà preesistente dotandola della garanzia della immutabilità, si riveli sostanzialmente improduttivo. Ciò però, non significa, a mio avviso, che non si possano esplorare in un'altra direzione le potenzialità racchiuse proprio nella disposizione costituzionale in questione, per verificare se esse offrano una più intensa prospettiva di tutela dinanzi ad ipotesi così drasticamente "soppressive" di uno degli enti locali territoriali oggi previsto in Costituzione.

Appare utile, in questa prospettiva, muovere dal significato che il complessivo riconoscimento dell'autonomia locale assume nell'ambito di una Costituzione che, ispirata integralmente al principio democratico, lo orienta dinamicamente in uno strumento di realizzazione e promozione della persona²⁷. Alla promozione della persona sovrintendono, da una parte, il sistema dei diritti inviolabili (e dei correlativi doveri inderogabili) e, dall'altra, il principio del pluralismo delle autonomie, il quale impone che i poteri politico-amministrativi siano articolati tra le collettività locali (comunali, provinciali, regionali) proprio al fine di garantire la massima realizzazione del principio di democrazia, avvicinando, se così può dirsi, i poteri amministrativi alle rispettive comunità di riferimento.

²⁵ In questi termini G. BERTI, *Commento all'art. 5 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 277 ss.

²⁶ Le frasi virgolettate sono di S. BARTOLE, *Commento all'art. 114 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1985, 8 ss.

²⁷ Sulla stretta connessione tra principio democratico, principio personalista e principio del pluralismo pluralistico si vedano le riflessioni di G. PASTORI, *Unità nazionale, autonomie e federalismo*, in *Le Regioni*, 1995, 71 ss.

Il pluralismo autonomistico, inteso come pluralismo territoriale e istituzionale, è, dunque, secondo una concezione che percorre l'intero impianto costituzionale, uno strumento diretto di realizzazione del principio democratico e trova oggi (dopo la riforma costituzionale del 2001) il suo rafforzamento nei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione che concorrono a definire ancor più nettamente l'esigenza di una distribuzione dei poteri politico-amministrativi necessariamente articolata in istituzioni vicine quanto più possibile a quelle comunità che danno corpo e sostanza all'autonomia. Da questa intima connessione tra principio democratico e principio del pluralismo autonomistico discende poi che quest'ultimo, finendo con il definire un tratto essenziale della stessa forma repubblicana, assurga al ruolo di principio supremo, come tale sottratto al potere di revisione²⁸. Si tratta ora di vedere in quale misura un principio che permea di sé l'intero tessuto della Costituzione imponga, quale suo indefettibile corollario, un sistema minimo di enti territoriali (a loro volta oggetto delle necessaria garanzia costituzionale) che ne consentano la sua più completa esplicazione.

Se si volge lo sguardo al progetto di revisione costituzionale soppressivo delle province ci si avvede subito che le funzioni prima spettanti all'ente soppresso non vengono attribuite bensì rimangono oggetto di una futura distribuzione ad opera della legge statale e di quella regionale. Sembra allora che il riconoscimento dell'esistenza di funzioni che non sono immediatamente ascrivibili né alle regioni, né tanto meno ai comuni, implichi che siffatte funzioni siano (almeno in parte) necessariamente attribuite ad un ente diverso e (potrebbe dirsi) inevitabilmente intermedio, siano, invero, necessariamente esercitabili solo attraverso la loro attribuzione ad un ente (o anche a più enti) ulteriore sia rispetto alla realtà regionale sia rispetto a quella comunale. La norma transitoria, infatti, da una parte riconosce direi l'impossibilità di una mera riallocazione delle funzioni sui (rimanenti) enti costitutivi della Repubblica e, dall'altra, contraddittoriamente, prevede che solo una parte di quelle funzioni, ossia quelle delle aree metropolitane, siano attribuite al relativo ente esponenziale degli interessi (la Città metropolitana) che, pur

²⁸ Per una sintesi delle posizioni emerse su questo punto v. le considerazioni di M. PIREDDA, *Le garanzie per gli enti locali nella riforma costituzionale delle autonomie*, Milano 1997, 28 ss, il quale, tuttavia, osserva che il principio autonomistico affermato dall'art. 5, "costituisce un limite a quel particolare esercizio della sovranità popolare che è la revisione della Costituzione vigente, imponendo il rispetto e lo sviluppo delle comunità territoriali; ma tale limite non si estende fino a comportare la immutabilità della configurazione delle autonomie delineata in Costituzione" (35).

non essendo più ritenuto come ente costitutivo della Repubblica, continua però a ricevere la garanzia della sua esistenza in Costituzione. Dunque le funzioni di area vasta relative alle realtà territoriali diverse dalla Città metropolitana, non solo risultano insopprimibili per stessa ammissione del progetto di revisione, ma sono anche, in ragione della loro specifica natura, non meccanicamente attribuibili agli altri enti. Ma se così è non deve allora necessariamente ammettersi che l'ente intermedio di area vasta²⁹ (comunque lo si voglia denominare) è una realtà implicata da quel pluralismo territoriale e istituzionale nel quale interamente si risolve la proclamazione solenne del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali? In altri termini se si ammette l'indefettibilità di quelle funzioni e la loro (almeno parziale) irriducibilità ad un completo assorbimento negli enti residui (Comuni e Regioni) sembra correlativamente necessario ammettere che si imponga il riconoscimento di un ente che – al pari degli altri – consenta non solo l'adeguato svolgimento di quelle funzioni che sono qualitativamente omogenee alle altre (affidate agli enti locali garantiti), ma risulti anche – al pari degli altri – a sua volta qualitativamente omogeneo ai Comuni ed alle Regioni. Qualità che non può che tradursi nella sostanza di un ente che sia espressione degli interessi della collettività di riferimento e che, come gli altri, sia diretta espressione – in piena conformità alle esigenze che discendono dall'art. 5 Cost. – del principio democratico e della sovranità popolare. Ed allora il vero limite che incontra questa operazione di revisione discende sì dall'art. 5 Cost., ma in un senso diverso rispetto alla tesi che intenderebbe rintracciarlo nel “riconoscimento” del preesistente assetto degli enti locali e, pertanto, nella cristallizzazione di uno schema presupposto dal costituente. Ciò che, invece, può forse considerarsi sottratto al potere di revisione in virtù del principio supremo del pluralismo autonomistico è una differenziazione tra funzioni omogenee e qualitativamente coincidenti in quanto tutte efferenti ad esigenze proprie delle comunità territoriali e, dunque, tutte necessariamente attribuibili ad enti che godano della medesima ga-

²⁹ Sulla equivocità della locuzione “area vasta” e, comunque, sulla difficoltà teorica di una sua soddisfacente impostazione si vedano le notazioni di R. BIN, *Il nodo*, cit., 905, il quale rileva che con questo termine si alluda ad una dimensione geografica di gestione di funzioni pubbliche che varia inevitabilmente da settore a settore in quanto l'ambito ottimale per l'esercizio delle diverse funzioni pubbliche varia in ragione delle funzioni. Ritiene poi che anche a voler ammettere l'esistenza di funzioni amministrative idealmente esercitabili in una determinata area ciò non comporta che sia perciò necessario istituire un ente a cui attribuire la responsabilità politica dell'esercizio di tali funzioni, sia cioè necessario un ente a base rappresentativa.

ranza costituzionale di esistenza. D'altra parte, se è vero che l'affermazione contenuta nella recente decisione della Corte costituzionale n. 220/13, laddove si dice che la legge costituzionale appare indispensabile solo se si intenda sopprimere uno degli enti previsti dall'art. 114, sembra escludere l'esistenza di limiti alla revisione nella configurazione del sistema degli enti territoriali, è anche vero che siffatta affermazione è formulata in guisa di *obiter dictum* e non affronta in alcun modo il tema del rapporto tra principio del pluralismo autonomistico ed assetto costituzionale degli enti locali. Una cosa, infatti, è la soppressione di un ente prima dotato della garanzia di esistenza, altra cosa è il problema della garanzia da riconoscere a funzioni politico-amministrative relative agli interessi di una comunità territoriale e della privazione radicale di un ente che ne sia rappresentativo. In altri termini, non si esclude che il potere di revisione possa sopprimere un ente prima garantito, possa insomma ridisegnare il sistema degli enti territoriali, a condizione, però, di assicurare, al tempo stesso, che le funzioni della comunità di riferimento, non attribuibili in ragione della loro specifica qualità ad altri soggetti, trovino adeguata espressione in un ente che assicuri anche a queste funzioni ed agli interessi che esse debbono realizzare quella copertura e quella stabilità (che è propria solo della garanzia costituzionale di esistenza) imposta dal principio (supremo) del pluralismo autonomistico.

Che questo sia il vero problema da affrontare emerge del resto, implicitamente, dalla stessa relazione che accompagna il disegno di legge costituzionale nel quale pur riconoscendosi l'esistenza delle funzioni di area vasta si ritiene che una adeguata allocazione di queste funzioni possa realizzarsi in forme flessibili ad opera del legislatore statale e regionale "nell'ambito delle rispettive competenze". Di là dalla considerazione che quest'ultima formula è destinata fatalmente a tradursi in un autentico moltiplicatore di questioni interpretative, perché affida per intero ai soggetti destinatari il compito di definire, di volta in volta, quali siano gli ambiti di competenza a ciascuno spettanti per ogni singolo intervento, la relazione mette in luce, per un verso, come solo in alcuni casi si possa, ad esempio, ricorrere a forme associative tra Comuni per l'adeguato svolgimento di funzioni, mentre per altro verso si limita a lanciare una sorta di invocazione al futuro legislatore "statale e regionale" perché intervenga "sull'attuale pletora di enti, agenzie e organismi, comunque denominati, rivolti comunque allo svolgimento di funzioni di governo di aree vaste". Analoga invocazione al futuro legislatore è contenuta poi con riferimento alla ipotesi del rischio che l'abolizione delle Province si traduca in "forme di neo-centralismo regionale" o che, addirittura comporti il ri-

schio della “proliferazione di ulteriori enti o agenzie regionali che possano rivelarsi meno funzionali dell’ente provincia di cui si dispone la soppressione”. Ma è evidente che tutti codesti rischi, dinanzi al vuoto costituzionale prodotto nei confronti delle funzioni amministrative di area vasta, hanno una concreta possibilità di tradursi in realtà e di trasformare l’opera di revisione in uno strumento che non solo si riveli del tutto ininfluente sul piano del risparmio di spesa pubblica che avrebbe dovuto significativamente produrre, ma che, soprattutto, lasci le funzioni politico-amministrative di area vasta e le relative comunità di riferimento del tutto in balia di organismi di vario genere previsti dal legislatore ordinario (sia statale che regionale), ovvero si traduca in una impropria redistribuzione verso l’alto e, dunque, soprattutto, in capo alle stesse Regioni, di funzioni che dovrebbero essere allocate nell’ente più vicino agli interessi. È, in altri termini, lo stesso Governo artefice del disegno di legge costituzionale che, affidandosi taumaturgicamente alla “ragionevolezza” del futuro legislatore ordinario, finisce così per mostrare i limiti dell’auspicato intervento di revisione. La possibilità concreta che funzioni di area vasta, prive ormai della garanzia costituzionale, restino affidate ad organismi del tutto privi di legittimazione democratica, ovvero si spostino verso enti inadeguati rispetto alle esigenze proprie dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza, dà la misura delle concrete lesioni che il principio del pluralismo autonomistico rischia di subire dall’operazione di mera soppressione della provincia.

Va, infine, ricordato che una adesione pressoché unanime al disegno di legge costituzionale si legge nella relazione finale presentata il 17 settembre 2013 dalla Commissione per le riforme costituzionali nella quale, tuttavia, non è affrontato in alcun modo il problema degli eventuali limiti al potere di revisione. Si afferma infatti che *“in relazione al travagliato tema delle Province, soprattutto a seguito della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità della riforma operata con decreto legge, si è proposto di eliminare la parola «Provincia» dagli art. 114 e segg. della Costituzione, abrogando conseguentemente il primo comma dell’art. 133. In questo senso, l’opinione prevalente della Commissione riflette sostanzialmente l’orientamento già emerso in ambito governativo che, nello stabilire la soppressione delle Province, demanda allo Stato (per i principi) e alle Regioni (per la loro attuazione) la disciplina dell’articolazione di enti di area vasta per la gestione e il coordinamento delle funzioni che insistono sul territorio regionale. Inoltre, non sono mancate proposte tendenti all’accorpamento delle Regioni di minori dimensioni, razionalizzando organicamente gli assetti territoriali di tutti i*

livelli di autonomia”³⁰. Nei confronti di questa posizione si è levata una sola voce contraria che ha sottolineato soprattutto il rischio di una eccessiva frammentazione a livello comunale, ovvero all’opposto, l’eccessivo accentramento in sede regionale di tutta una serie di funzioni relative alle c.d. “aree vaste infraregionali”³¹.

4. *La modifica degli organi delle Province nella prospettiva della riforma costituzionale e la trasformazione del sistema di elezione: profili di legittimità costituzionale*

Veniamo adesso al coevo disegno di legge ordinaria recante “*Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni*” il quale, come si evince dalla relazione che lo accompagna, si prefigge, sostanzialmente, tre obiettivi, vale a dire, pervenire alla istituzione concreta delle Città metropolitane, predisporre una nuova disciplina delle Province quali enti di area vasta ed, infine, definire una nuova disciplina organica delle unioni di Comuni, cioè di un istituto disciplinato esclusivamente da una serie di interventi del legislatore ordinario. Il disegno in parola, che la relazione qualifica come “perfettamente coerente con il quadro costituzionale attuale e con gli insegnamenti della Corte costituzionale contenuti nella sentenza 220 del 2013” è però retto da una premessa che lo orienta nella sua totalità ossia quella di “anticipare la prospettiva contenuta nel disegno di legge costituzionale” deliberato contestualmente.

Due finalità, dunque, che, se non proprio contraddittorie, appaiono, quanto meno, di assai difficile composizione, considerato che la piena compatibilità con l’attuale quadro costituzionale ben difficilmente può coniugarsi con il diverso assetto del sistema autonomistico che dovrebbe discendere dalla radicale abolizione delle Province.

³⁰ Così la Relazione della Commissione per le riforme costituzionali, 24.

³¹ Mi riferisco alla opinione dissenziente espressa da Valerio Onida (p. 25 della Relazione, in nota 4) il quale ha affermato di non concordare con la drastica soppressione delle Province ritenendo indispensabile un livello di governo intermedio fra Comuni e Regioni (quanto meno nelle Regioni di maggiori dimensioni) motivando tale posizione sia in riferimento alla circostanza che “i servizi e le funzioni di area vasta infraregionale (pianificazione urbanistica sovracomunale, gestione dei rifiuti e dell’ambiente, viabilità, trasporti automobilistici locali, assistenza tecnica ai Comuni ecc.) non possono essere frammentati a livello comunale né accentrati a livello regionale”, sia in ragione del fatto che “la creazione di indeterminati enti di area vasta rischia di tradursi in una molteplicità sordinata di enti funzionali”.

Appare utile, allora, concentrare l’attenzione sui soli aspetti nei quali questa contraddittoria situazione emerge più vistosamente, ossia le discipline relative alla stabile trasformazione del sistema di elezione degli organi provinciali (insieme alla loro complessiva ridefinizione strutturale) e alla rideterminazione delle funzioni provinciali, destinate entrambi (si legge nell’art. 11 del disegno) a rimanere in vigore “fino alla data di entrata in vigore della riforma costituzionale ad esse relativa”³².

Sotto il primo aspetto il disegno di legge, in linea con i precedenti decreti legge, prevede che organi della Provincia siano esclusivamente il presidente, il consiglio e l’assemblea dei sindaci. Per il primo è prevista la sua elezione ad opera dei sindaci dei Comuni appartenenti alla Provincia in carica al momento dell’elezione nonché dei commissari ordinari e straordinari nominati ai sensi del vigente testo unico. L’elezione avviene mediante il sistema del voto ponderato e l’elettorato passivo spetta solo ai sindaci in carica in quel momento. Il consiglio può essere formato in due modi: a) essere costituito dai sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti e dai presidenti delle unioni di comuni con popolazione superiore ai 10.000 abitanti nonché “fino al compimento del terzo anno dalla data di costituzione del consiglio medesimo, dai presidenti di di unioni di cui all’art. 1, comma 4, secondo periodo”; b) in alternativa è consentito allo statuto provinciale prevedere una composizione più limitata pari a sedici, dodici o dieci componenti nelle Province con popolazione, superiore, rispettivamente, a 700.000, 300.000 e fino a 300.000 abitanti cui si accede mediante elezione da parte dell’assemblea dei sindaci con l’uso, anche in questo caso, dello strumento del voto ponderato. Infine l’assemblea dei sindaci è costituita dai sindaci dei Comuni appartenenti alla Provincia. Si tratta, dunque, di un sistema di rappresentanza di secondo grado, per il consiglio, che può essere elettiva, ovvero mediante una designazione automatica ai soli sindaci dei comuni con determinate caratteristiche demografiche, mentre per il presidente si configura un sistema di elezione che può definirsi di terzo grado in quanto l’elettorato attivo spetta ai sindaci dei Comuni provinciali e viene estesa perfino ai commissari ordinari e straordinari, organi, questi ultimi, privi di una qualsivoglia rappresentatività democratica. Su questa radicale tra-

³² Va rilevato che, nel testo approvato dalla commissione affari costituzionali il 28 novembre 2013 (scaturente dalla fusione di tre disegni di legge recanti, rispettivamente i nn. 1502, 1408 e 1737), scompare il riferimento alla “attesa della riforma costituzionale”. Ciò, tuttavia, non sembra rilevare più di tanto sul carattere del disegno di legge e sulla sua tendenziale natura di atto che ha come presupposto quello di un ridimensionamento della Provincia nella prospettiva della sua soppressione.

sformazione del meccanismo rappresentativo il disegno riformatore ha puntato, in realtà, fin dall'inizio della tormentata vicenda dei decreti legge di cui si è detto in precedenza e su questo aspetto della complessiva ridefinizione della forma di governo provinciale si sono manifestate le maggiori perplessità in ordine alla sua compatibilità con i principi costituzionali³³. In particolare, entrano in gioco sia il principio del pluralismo autonomistico solennemente sancito all'art. 5 Cost., sia l'assetto del sistema delle autonomie territoriali come consolidato dalla riforma costituzionale del 2001, e specialmente dalla previsione dell'art. 114.

Per esaminare questa questione appare utile, a mio avviso, verificare, in primo luogo, gli elementi che emergono dalla giurisprudenza costituzionale la quale, se è vero che non ha mai affrontato direttamente il problema della compatibilità di una modifica della forma di governo provinciale con i principi costituzionali, ha però concorso ad una interpretazione dei tratti salienti del sistema autonomistico che può, a questo proposito, tornare di grande utilità.

Lasciamo allora, per un momento, che sia la Corte a parlare.

In una sentenza del 2002 (la n. 106) la Corte si occupa di ricostruire il rapporto tra principio della sovranità popolare ed il sistema delle autonomie territoriali esprimendosi nei termini che seguono: *“si deve in proposito osservare che il legame Parlamento-sovrani   popolare costituisce inconfutabilmente un portato dei principi democratico-rappresentativi, ma non descrive i termini di una relazione di identit  , sicch   la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranit   popolare, senza che le autonomie territoriali concorrono a plasmarne l'essenza, non pu   essere condivisa nella sua assolutezza.*

Sebbene il nuovo orizzonte dell'Europa e il processo di integrazione sovranazionale nel quale l'Italia    impegnata abbiano agito in profondit   sul principio di sovranit  , nuovamente orientandolo ed immettendovi virtuatit   interpretative non tutte interamente predicibili, un apparato concet-

³³ Su questo tema si sofferma con attenzione l'ampio saggio di A. DEFFENU, *Il ridimensionamento delle province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, fasc. 3, 2012, il quale – sia pure con riferimento alla serie di decreti legge e di disegni di legge anteriori rispetto a quello qui preso in esame – muovendo dalla condivisibile premessa che l'intero processo riformatore sembra muovere da un substrato politico-culturale che viene definito “a-costituzionale” – ripercorre i tratti salienti dell'istituto provinciale nell'evoluzione del sistema costituzionale e nelle riflessioni della dottrina e, con specifico riferimento, alla questione della trasformazione della forma di governo provinciale conclude nel senso di ritenere l'elezione di secondo grado in contrasto con il principio autonomistico e con gli altri principi ad esso collegati (18 ss.).

tuale largamente consolidato nel nostro diritto costituzionale consente di procedere, proprio sui temi connessi alla sovranità, da alcuni punti fermi. L'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità “appartiene” al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali. Per quanto riguarda queste ultime, risale alla Costituente la visione per la quale esse sono a loro volta partecipi dei percorsi di articolazione e diversificazione del potere politico strettamente legati, sul piano storico non meno che su quello ideale, all'affermarsi del principio democratico e della sovranità popolare.

Il nuovo Titolo V – con l'attribuzione alle Regioni della potestà di determinare la propria forma di governo, l'elevazione al rango costituzionale del diritto degli enti territoriali minori di darsi un proprio statuto, la clausola di residualità a favore delle Regioni, che ne ha potenziato la funzione di produzione legislativa, il rafforzamento della autonomia finanziaria regionale, l'abolizione dei controlli statali – ha disegnato di certo un nuovo modo d'essere del sistema delle autonomie. Tuttavia i significativi elementi di discontinuità nelle relazioni tra Stato e Regioni che sono stati in tal modo introdotti non hanno intaccato le idee sulla democrazia, sulla sovranità popolare e sul principio autonomistico che erano presenti e attive sin dall'inizio dell'esperienza repubblicana. Semmai potrebbe dirsi che il nucleo centrale attorno al quale esse ruotavano abbia trovato oggi una positiva eco nella formulazione del nuovo art. 114 della Costituzione, nel quale gli enti territoriali autonomi sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare”.

In una successiva decisione (sent. 43 del 2004) vengono individuati gli elementi caratterizzanti del sistema autonomistico quali emergono dopo la riforma del Titolo quinto. In particolare la Corte osserva quanto segue: “Il sistema del nuovo Titolo V è improntato a criteri parzialmente diversi. Cadute le norme specifiche che attribuivano in via generale allo Stato il compito di definire le funzioni amministrative degli enti locali (articoli 118, primo comma, e 128, vecchio testo), il nuovo articolo 117, secondo comma, lettera p, ricomprende nella competenza legislativa esclusiva

dello Stato la determinazione delle sole “funzioni fondamentali” di Comuni, Province e Città metropolitane; mentre il nuovo articolo 118, primo comma, attribuisce in via di principio ai Comuni, in tutte le materie, “le funzioni amministrative”, ma riserva la possibilità che esse, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato. Da un lato dunque una “preferenza” generalizzata per gli enti più vicini ai cittadini, dall’altro un criterio flessibile, guidato da principi generali, per la concreta collocazione delle funzioni ai vari livelli di governo. E poiché tale concreta collocazione non può che trovar base nella legge, ne deriva che sarà la legge statale o regionale, a seconda che la materia spetti alla competenza legislativa dello Stato o della Regione, ad operare le scelte relative, nel rispetto dei principi generali indicati. È ciò che in sostanza risulta altresì dal nuovo articolo 118, secondo comma, secondo cui gli enti locali subregionali (non solo i Comuni) “sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”. Quale che debba ritenersi il rapporto fra le “funzioni fondamentali” degli enti locali di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera p, e le “funzioni proprie” di cui a detto articolo 118, secondo comma, sta di fatto che sarà sempre la legge, statale o regionale, in relazione al riparto delle competenze legislative, a operare la concreta collocazione delle funzioni, in conformità alla generale attribuzione costituzionale ai Comuni o in deroga ad essa per esigenze di “esercizio unitario”, a livello sovracomunale, delle funzioni medesime”.

Con riferimento agli ambiti nei quali può esercitarsi la discrezionalità legislativa di determinazione delle funzioni da affidare agli enti locali la Corte ha affrontato poi il rapporto con il criterio storico per individuare concretamente il contenuto dell’autonomia di Comuni e Province esprimendosi nei termini che seguono: “La innegabile discrezionalità riconosciuta al legislatore statale nell’ambito della propria potestà legislativa e la stessa relativa mutevolezza nel tempo delle scelte da esso operate con riguardo alla individuazione delle aree di competenza dei diversi enti locali impediscono che possa parlarsi in generale di competenze storicamente consolidate dei vari enti locali (addirittura imm modificabili da parte sia del legislatore statale che di quello regionale). Questa Corte, non ha escluso la utilità del criterio storico «per la ricostruzione del concetto di autonomia provinciale e comunale», ma tuttavia ne ha circoscritto l’utilizzabilità «a quel nucleo fondamentale delle libertà locali che emerge da una lunga tradizione e dallo svolgimento che esso ebbe durante il regime democratico» (sentenza n. 52 del 1969)»”.

Ora, da questa sintetica (e limitata) rassegna della giurisprudenza costituzionale affiorano una serie di indicazioni che a me sembrano di grande rilievo per risolvere il problema che la proposta di riforma mette, potrebbe dirsi, brutalmente, sul tappeto.

In primo luogo, emerge l’affermazione netta secondo cui le autonomie territoriali concorrono a “plasmare l’essenza” del principio democratico e della sovranità popolare essendo parte integrante di quei “percorsi di articolazione e diversificazione del potere politico” attraverso i quali i due principi si affermano e si sviluppano.

Riecheggia in queste parole la concezione di Carlo Esposito laddove, nel ricostruire il significato del principio di riconoscimento e promozione delle autonomie, sottolineava, tra l’altro, come il Costituente avesse “voluto accentuare, con chiara coscienza, che le autonomie locali hanno nella vita dello Stato un ben maggiore significato” rispetto al semplice rilievo che esse possono assumere per l’organizzazione amministrativa. Esse, infatti, “incidono in profondità sulla struttura interiore dello Stato, e non solo tendono ad adeguare istituti giuridici alla complessa realtà sociale che vive nello Stato, ma costituiscono per i cittadini esercizio, espressione, modo d’essere, garanzia di democrazia e di libertà”. Ed aggiungeva poi che “la solenne proclamazione che la Repubblica riconosce e promuove le autonomie locali non solo riassume, ma anche garantisce questo diritto dei cittadini a partecipare attivamente alla vita degli enti territoriali; così come non solo riassume, ma anche garantisce la posizione complessiva e sostanzialmente identica fatta ai comuni, alle province e alle regioni nel nostro Stato”³⁴.

In secondo luogo, il rilievo che la riforma del titolo quinto assume nel complessivo rafforzamento del sistema autonomistico, nel quale i tratti di discontinuità rispetto alla originaria impostazione della Costituzione si muovono tutti nel senso di un potenziamento del rapporto tra autonomie territoriali e principio democratico. Da un lato la nuova garanzia dell’elevazione al rango costituzionale della potestà statutaria degli enti minori

³⁴ Le frasi virgolettate sono di C. ESPOSITO, *Autonomie e decentramento nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 81 al quale si deve, forse, la più raffinata ed acuta ricostruzione del rapporto tra principio autonomistico e principio democratico. Si veda, al riguardo, l’ulteriore affermazione secondo cui “L’autonomia locale, sotto il profilo organizzativo, non esiste per il fatto che gli enti locali siano elevati a persone giuridiche, ma solo quando in queste persone giuridiche sia organizzata in maniera autonoma e libera la vita locale, e vi sia autogoverno dei governati e la volontà e l’azione di questi enti sia rispondente ai principi e alle direttive prevalenti tra gli uomini che vivono sul territorio”.

e, dall'altro, la collocazione di questi ultimi a fianco dello Stato e delle Regioni che li equipara quali elementi costitutivi della Repubblica ne rivelano, ancor meglio, quella che la Corte felicemente descrive come "comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare".

In terzo luogo, il riconoscimento di un nucleo di funzioni fondamentali le quali, pur essendo affidate alla determinazione del legislatore statale, rappresentano però una ulteriore garanzia che la Costituzione assicura agli enti locali territoriali riconoscendo loro una parte indefettibile di funzioni, un ambito, insomma, irrinunciabile di compiti nei quali si sostanzia l'autonomia ed il cui contenuto ben può essere ricostruito facendo ricorso a "quel nucleo fondamentale delle libertà locali che emerge da una lunga tradizione e dallo svolgimento che esso ebbe durante tutto il regime democratico".

Le autonomie territoriali "minori" appaiono, dunque, tutte parimenti fornite della medesima garanzia (potestà statutaria, funzioni fondamentali), tutte parimenti costitutive della Repubblica, tutte espressione di quelle esigenze di diversificazione del potere politico che le rende, in egual modo, derivazione diretta del principio democratico e della sovranità popolare³⁵.

Se queste sono le coordinate entro le quali ricostruire la posizione costituzionale delle Province riesce allora difficile pensare che per esse possa configurarsi una deroga al principio della diretta elezione degli organi ad opera della relativa comunità di riferimento, che per esse, in altri termini, possa ammettersi che il principio democratico, riferito a quelle che la Corte, significativamente, definisce "libertà locali" – quasi a sottolinearne l'esigenza di diretto autogoverno e di autodeterminazione – possa essere attenuato, senza comprometterne l'identità, e soddisfatto solo mediante meccanismi rappresentativi di secondo grado.

Né, a me pare, si possa pervenire a diverse conclusioni facendo leva su spunti, derivanti anch'essi dalla giurisprudenza costituzionale, dai quali si è ritenuto di poter ricavare indicazioni di segno opposto. Mi riferisco, in particolare, all'opinione di chi ha ritenuto di individuare un fondamento alla tesi della compatibilità con i principi costituzionali del

³⁵ Si sofferma su questo aspetto, C. PADULA, *op. cit.*, 375, il quale rileva che tutti gli enti territoriali sono stati previsti dalla Costituzione "per aumentare la democraticità dell'ordinamento", sono stati visti "come contropotere, come limite al potere di chi ha la maggioranza al centro" e di conseguenza "sarebbe contrario alla ratio degli artt. 1, 5 e 114 che gli enti locali, che si sostituiscono allo Stato-persona nella gestione di determinate funzioni *al fine di aumentare* la democraticità dell'ordinamento, non rispettassero il principio democratico".

sistema elettivo di secondo grado, ora nell'affermazione contenuta in una decisione della Corte nella quale si negherebbe la totale equiparazione degli enti di governo territoriale indicati nell'art. 114 Cost., ora in altra decisione del giudice delle leggi secondo la quale non potrebbe escludersi per le Province il sistema elettivo indiretto. Quanto alla prima posizione³⁶ è da sottolineare che è vero che la Corte, nella sentenza 274 del 2003 ha affermato che l'art. 114 della Costituzione “*non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro*”, ma è anche vero che questa affermazione appare, con evidenza, rivolta a sottolineare la diversità di posizioni tra gli enti dotati di potestà legislativa (e della stessa potestà di revisione costituzionale) e quelli privi di tale potestà, ed in particolare a distinguere nettamente la peculiare posizione dello Stato quale titolare, in via esclusiva, di poteri volti a garantire l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento. Solo a patto di una evidente forzatura di quell'afferma-

³⁶ Mi riferisco alla posizione espressa da F. PIZZETTI, *La riforma Delrio tra superabili problemi di costituzionalità e concreti obiettivi di modernizzazione e flessibilizzazione del sistema degli Enti territoriali*, in *Rassegna Astrid*, n. 19 del 2013, e poi incisivamente sviluppata dallo stesso Autore nel “*Parere in merito ai dubbi di costituzionalità del DDL n. 1542, predisposto per il Ministro Delrio il 29 ottobre 2013*”. Negli stessi termini A.M. POGGI, *Parere in merito all'elezione indiretta degli organi delle province, secondo quanto previsto dal DDL 1542 “Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni”* del 28 ottobre 2013, la quale richiama anche la sent. n. 365 del 2007, contenente un esplicito richiamo all'espressione usata nella precedente sent. 274 del 2003, e dalla quale, si sostiene, si dovrebbe ricavare la conclusione secondo cui è da escludere che tutti gli enti di cui all'art. 114 debbano avere medesima legittimazione democratica e, in particolare, quella direttamente collegata alla sovranità popolare che la Corte, nella pronuncia appena riportata, collegherebbe solo allo Stato, utilizzando, per tutti gli altri enti territoriali il concetto di “sistema rappresentativo”. In realtà, ad una lettura più attenta della decisione ci si avvede che la Corte, nel sindacare la legittimità di una legge volta modificare lo Statuto regionale della Sardegna, contenente il richiamo alla “sovranità del popolo sardo”, muove dalla esatta considerazione della natura polisemantica del termine sovranità e chiarisce che la sovranità di cui parla l'art. 1 è concetto più ampio e non può, pertanto, essere identificata integralmente “con gli istituti di democrazia diretta e con il sistema rappresentativo che si esprime anche nella partecipazione popolare nei diversi enti regionali e locali” né essere confusa “con le volontà espresse nei numerosi luoghi della politica”, e non può pertanto ridursi alla “mera espressione del circuito democratico”. È allora evidente che, quando la Corte parla di circuito democratico, di istituti di democrazia diretta e di partecipazione popolare nei diversi enti locali e regionali essa fa riferimento, nel complesso, a tutti i meccanismi di espressione della volontà, ivi compresi quelli statali, e non già solo a quelli relativi agli enti locali. Semmai potrebbe dirsi che la sentenza in questione dia per scontato che tutti i sistemi rappresentativi dei diversi enti locali si esprimono esclusivamente attraverso il modello della “partecipazione popolare”.

zione, enucleata dal suo contesto, si può giungere, pertanto, alla conclusione che la Corte abbia riconosciuto una differenziazione di posizione tra le autonomie territoriali c.d. minori.

Quanto alla seconda posizione è da rilevare che la Corte (sent. 96 del 1968) ha incidentalmente affermato, nell'ambito di una questione di legittimità che assumeva a parametro il principio dell'eguaglianza del voto ex art. 48 Cost., che il principio di elettività degli organi degli enti territoriali "non possa essere osservato anche in caso di elezioni di secondo grado e, conseguentemente, non p[ossa] escludersi la possibilità di siffatte elezioni, che, del resto sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato (art. 83)"³⁷. E tuttavia non può ignorarsi che la Corte riferisce questa affermazione ad una legge regionale siciliana che disciplinava transitoriamente la posizione di un ente (la Provincia, appunto) che lo Statuto di quella Regione (norma di rango costituzionale) aveva espunto dal novero degli enti locali affidando in via esclusiva ai Comuni ed ai liberi Consorzi comunali l'intera cura delle funzioni e degli interessi infraregionali. Si tratta, pertanto, di una affermazione che, anche in questo caso, solo mediante una forzatura può essere riferita all'attuale assetto costituzionale delle autonomie e dalla quale, a me pare, non possa desumersi altro significato che quello, in qualche modo ovvio, secondo cui anche l'elezione di secondo grado rappresenta, pur sempre, un sistema riferibile al principio democratico.

Quanto fin qui detto mi pare induca, sotto molteplici profili, a ritenere che la trasformazione della forma di governo provinciale mediante

³⁷ L'argomento è sviluppato nelle riflessioni di R. NANIA, *La questione della Provincia tra istanze rappresentative e sistema delle autonomie territoriali*, in M. MANETTI, A. FROSINI (a cura di), *Riforma della provincia e sistema delle autonomie locali*, Sant'Arcangelo di Romagna 2013, 44-45, il quale, pur attribuendo al richiamo alla previsione costituzionale in ordine alle modalità di elezione del Presidente della Repubblica un significato probatorio rilevante ai fini della dimostrazione della tesi della compatibilità costituzionale della possibile trasformazione del sistema elettivo provinciale, rileva che l'elezione di secondo grado del Capo dello Stato "è però funzionale alla finalità di dislocare la figura presidenziale in una sfera rappresentativa tendenzialmente distanziata dai percorsi di formazione e legittimazione dell'indirizzo politico". Tuttavia conclude, sia pure, in qualche misura, dubitativamente, che tale ultima osservazione "non dovrebbe smentire la conseguenza che ne discende, ossia la impossibilità, alla stregua di tale evidenza costituzionale, di imputare allo schema dell'elezione di secondo grado l'alterazione degli elementi essenziali che connotano l'identità dell'ente locale di cui si parla". Sul punto si vedano anche, persuasivamente, le notazioni di S. MANGIAMELI, *Brevi note sulle garanzie*, cit., 4, il quale ricorda che proprio in riferimento alla sentenza 96 del 1968 Leopoldo Elia (in *Giur. cost.*, 1968, 1531) aveva sottolineato la dubbia compatibilità delle elezioni provinciali siciliane di secondo grado con la Costituzione.

il ricorso a meccanismi elettorali di secondo grado si configuri in deciso contrasto con una pluralità di principi costituzionali³⁸. Se principio democratico e sistema delle autonomie si presentano così intimamente connessi tanto da risultare il secondo come una delle più rilevanti espressioni del primo, se le autonomie locali sono dotate tutte di un nucleo di garanzie approntate specificamente dalla Costituzione, funzionali alla realizzazione delle libertà locali, allora a me pare evidente che il sistema di elezione degli organi provinciali debba corrispondere integralmente a siffatte esigenze, debba, dunque, inevitabilmente ispirarsi a sistemi che realizzino il principio di democrazia nella sua massima e più elevata espressione, non sopportino insomma attenuazioni di sorta³⁹, tanto più

³⁸ In senso contrario la posizione espressa, in particolare, da P. CARETTI, *Sui rilievi di incostituzionalità dell'introduzione di meccanismi di elezione indiretta negli organi di governo locale*, in *Astrid Rassegna*, n. 19 del 2013, il quale sottolinea soprattutto l'assenza in Costituzione di esplicite indicazioni nel senso di un vincolo alla elezione diretta gravante sul legislatore ordinario. Al riguardo precisa che seppur l'art. 117, c. 2, lett. p), che riserva alla legislazione statale la materia della “legislazione elettorale” degli enti locali, potrebbe far pensare ad una allusione a sistemi di elezione diretta, esso contiene tuttavia una formula che implica una pluralità di possibili significati, mentre nessuna indicazione utile potrebbe ricavarsi dall'art. 114 C. e dallo stesso art. 5. Il primo perché privo di una esplicita indicazione sulla modalità con cui procedere alla elezione degli organi degli enti locali, il secondo perché “rappresenta l'espressione chiara della volontà del costituente di rompere con la tradizione precedente ispirata ad un rigido centralismo ed i favorire una moltiplicazione delle sedi di esercizio della democrazia, ma che di per sé non dice nulla circa i modi attraverso i quali esso avrebbe dovuto successivamente trovare applicazione”. Osservazioni, queste, alle quali potrebbe replicarsi che analogo silenzio la Costituzione riserva alle Regioni, limitandosi a fissare (all'art. 122) che il “sistema di elezione” (formula anch'essa suscettibile di una pluralità di significati) sia fissato dalla legge regionale nell'ambito di principi dettati dal legislatore statale, mentre una indicazione diretta per il suffragio universale si rinviene (sempre all'art. 122) per la sola elezione diretta del presidente della Giunta (derogabile dagli Statuti). Quanto alle norme costituzionali richiamate a me pare che, proprio l'assenza di esplicite indicazioni sul meccanismo elettorale, imponga che le operazioni interpretative debbano tutte essere orientate verso la massima valorizzazione dei principi costituzionali, specie quando entrino in gioco principi supremi, e quando sia la stessa giurisprudenza costituzionale ad aver sottolineato ripetutamente l'intima correlazione tra il sistema autonomistico ed il principio democratico.

³⁹ Anche F. PIZZETTI, *Le nuove Province e le nuove forme di articolazione della democrazia locale*, in *Riforma delle province e sistema delle autonomie locali*, cit., 78-80, che pur sostiene la conformità a Costituzione delle elezioni di secondo grado provinciali (sottolineando, peraltro, che la loro ammissibilità resta condizionata alla circostanza che tra le funzioni attribuite alla Province “primeggi” quella di indirizzo e coordinamento) ammette che il trasferimento di rappresentanza incida “profondamente sul rapporto tra cittadini e ente” e rischia di “rendere meno efficace il controllo di efficienza e di rispondenza alle esigenze della comunità, che è invece una componente essenziale del potere di controllo del cittadino elettore”.

quando queste attenuazioni si dirigano (direi, irragionevolmente) ad un ente dotato, nel regime democratico, di una precisa identità, caratterizzata proprio da quella struttura degli organi elettivi sulla quale si vorrebbe oggi così drasticamente incidere⁴⁰. Né, tanto meno, può soccorrere, per una diversa conclusione, il principio di differenziazione sancito all'art. 118, il quale, mai disgiunto dai due principi di sussidiarietà e adeguatezza, non può essere inteso nel senso di una differenziazione del regime rappresentativo, essendo invero diretto a consentire solo quella più appropriata distribuzione delle funzioni che la Costituzione riserva al legislatore.

Ad ulteriore sostegno di questa impostazione si è sostenuto che la trasformazione del sistema elettivo in meccanismi di secondo grado finirebbe altresì per confliggere con le disposizioni contenute nella Carta Europea delle autonomie locali⁴¹ la quale, in virtù del disposto di cui al-

⁴⁰ In senso decisamente favorevole alla posizione qui sostenuta si sono, peraltro, espressi numerosi Autori. In particolare si vedano le riflessioni di S. MANGIAMELI, nell'ampio studio su *La Provincia, l'area vasta e il governo delle funzioni nel territorio. Dal processo storico di formazione alla ristrutturazione istituzionale*, in *www.issirfa.cnr.it*, ottobre 2012, il quale, con specifico riferimento al modello di ente locale di secondo grado, ricorda che l'art. 5 "nell'accogliere il principio del riconoscimento e della promozione delle autonomie locali ha inteso richiamare in vita i valori della democrazia locale infranti dal fascismo" e, pertanto, appare logico che se la Repubblica "costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, delle Regioni e dallo Stato è la Repubblica democratica, di cui parla l'art. 1 della Costituzione, il principio democratico debba essere comune e caratterizzare tutti gli elementi (*rectius*: gli enti) che la costituiscono, province comprese"; nella stessa direzione G.C. DE MARTIN, *Le Province istituzioni costitutive della Repubblica essenziali per la nuova amministrazione locale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Vol. II, Napoli 2011, 1279 il quale sottolinea che il quadro costituzionale vigente "riguarda la necessità di configurare gli organi di governo della Provincia come direttamente rappresentativi della comunità locale, e quindi non organi di secondo grado, come invece da taluno si è ipotizzato, immaginando di far gestire la Provincia da organi designati dai consigli comunali o dai sindaci dei comuni ricompresi. In realtà, la provincia non può essere configurata sulla base di una sorta di modello associativo dei comuni, ma come un vero e proprio ente autonomo di governo della comunità provinciale, in grado di effettuare scelte politico-amministrative legate realmente ad una visione unitaria del territorio provinciale, e non frutto di mere mediazioni tra i (sindaci dei) comuni ricompresi nella provincia"; P. VERONESI, *op. cit.*, 397, il quale paventa il rischio che le elezioni di secondo grado trasformino le Province in gusci vuoti "mere propaggini dei Comuni di riferimento" e sottolinea come una simile trasformazione rappresenti "una palese violazione della chiarissima volontà costituzionale, la quale ha evidentemente concepito quelle norme (nonché le altre relative alle Province) dando per scontato la rappresentatività diretta dell'ente in discorso"; analogamente A. DEFFENU, *op. cit.*, 17 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni di dottrina.

⁴¹ Legge 30 dicembre 1989, n. 439, recante Ratifica ed esecuzione della convenzione

l'art. 117, 1 c., Cost., obbliga il legislatore italiano ad uniformarsi e rappresenta parametro interposto nell'eventuale giudizio di costituzionalità relativo ad una norma interna confliggente. Invero l'art. 3, comma 2, della Carta prevede un principio di corrispondenza, ai diversi livelli di governo, tra funzioni proprie e la diretta elettività degli organi di governo. Più in particolare, la Carta dopo aver premesso che “per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la diretta responsabilità e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici”, precisa al c. 2 dell'art. 3, che “tale diritto è esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a suffragio universale libero, segreto, paritario, diretto e universale, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti”. Ora è pur vero che la Carta consente (all'art. 13) agli stati aderenti di designare le categorie di collettività locali e regionali cui intende limitare il settore di applicazione o che intende escludere dal settore di applicazione, ma l'Italia, in realtà, ha accolto l'atto nella sua totalità non formulando riserve di sorta. Il carattere vincolante dell'obbligo di cui all'art. 117, 1c., Cost., si estende, del resto, ad ogni trattato internazionale e, dunque, anche agli atti diversi dalla CEDU sulla quale si è formata l'interpretazione della richiamata norma costituzionale con le due ormai storiche “sentenze gemelle”⁴². D'altra parte, la disposizione di cui all'art. 3, c. 3, appare sufficientemente definita quando parla di un diritto delle collettività locali ad elezioni dirette a suffragio universale, con la conseguenza che le stesse perplessità mostrate dalla Corte in ordine all'assenza di un carattere, per così dire, immediatamente precettivo, non sembrano poter essere riferite quanto meno a questa specifica parte della disposizione⁴³. Ma anche

europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 e che lo Stato italiano ha recepito nella sua integralità.

⁴² Sul ruolo degli obblighi internazionali diversi dalla CEDU, dopo le note sentenze 348 e 349 del 2007, v. le considerazioni di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguati*, Milano 2010, 114.

⁴³ Nella sentenza n. 325 del 2010 la Corte così si esprime: “va evidenziato che gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitivi (art. 3, comma 1), programmatici (art. 4, comma 2) e, comunque, generici (art. 4, comma 4). Inoltre, la stessa Carta, al comma 1 dell'evocato art. 4, afferma, con previsione di carattere generale, che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze. Sul carattere precettivo della Carta Europea si vedano le riflessioni di C. PADULA,

voler ammettere che le definizioni in parola siano, in qualche misura, generiche ciò che non può negarsi è il carattere assolutamente privilegiato che la norma pattizia svolge sull'interpretazione del diritto interno⁴⁴, carattere che, riconosciuto prima ancora dell'introduzione dei vincoli discendenti dagli obblighi internazionali di cui all'art. 117, c. 1, si è certamente potenziato in seguito alla modifica costituzionale.

Da qui la difficile (se non impossibile) compatibilità tra il principio della Carta e il sistema di elezione di secondo grado ora previsto dal disegno di legge in questione⁴⁵.

5. *Il riordino delle funzioni e la dubbia costituzionalità dell'operazione*

Se il profilo concernete l'elezione degli organi provinciali appare certamente il più delicato, attingendo proprio al cuore delle questioni relative alla posizione di un ente nel quale si sviluppano le esigenze auto-

Quale futuro per le province, cit., 373 il quale richiama opportunamente il contenuto di un documento della Corte costituzionale relativo ad un incontro con il Consiglio d'Europa nel quale si chiarisce che, nonostante quanto asserito nella sentenza n. 325/10, la Carta costituisce atto di diritto internazionale recepito con legge ordinaria e quindi pienamente riconducibile al disposto di cui all'art. 117, 1 c., Cost.; nel senso del carattere vincolante v. anche il lavoro di G. BOGGERO, *La conformità della riforma delle Province alla Carta Europea dell'Autonomia locale*, in *Federalismi.it*, 24 ottobre 2012.

⁴⁴ Sul punto si vedano le riflessioni (anteriormente all'introduzione, nell'art. 117, 1 c., Cost del vincolo agli obblighi internazionali) di M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000, 291 ss. il quale pone particolarmente l'accento sulla capacità di orientamento delle norme internazionali convenzionali nell'interpretazione dei disposti costituzionali.

⁴⁵ In questo senso le recenti riflessioni di F. MERLONI, *Qualche ulteriore riflessione sul nodo delle province*, intervento al *Seminario Astrid* del 6 novembre 2013, 4-5 del paper. Decisamente contraria l'opinione di C. FUSARO, *Appunto in ordine alla questione delle Province con particolare riferimento a un appello "Per una riforma del sistema delle autonomie locali"*, in *Astrid Rassegna*, n. 19/2013, il quale giunge alla opposta conclusione secondo cui dalla Carta non sarebbe possibile dedurre vincoli in ordine all'ordinamento degli enti locali nel suo complesso. L'ordinamento degli enti locali sarebbe, al contrario, "nella piena disponibilità di ciascun paese aderente al Trattato" il quale può indicare "liberamente quali enti considerare "local government" cui si applichi il trattato medesimo e quali funzioni attribuire a ciascun tipo di ente previsto al proprio interno, enti di "local government" ed altri enti. Non è chiaro, tuttavia, sulla base di quali elementi si possa affermare che uno Stato come l'Italia, che ha aderito integralmente al trattato senza escludere dal campo di azione alcun ente, possa poi liberamente svincolarsi, tanto da indurre l'Autore in questione ad affermare che l'art. 3, c. 2, "non si applichi o si applichi solo in parte".

mistiche e si esercitano le libertà delle collettività di riferimento, è tuttavia utile spendere qualche parola sull'altro profilo problematico, vale a dire il tema delle funzioni. Su questo punto il d.d.l. sconta, più che in altre parti, il suo più evidente limite, ossia prefigura una disciplina che, nelle intenzioni del Governo che lo ha elaborato, dovrebbe rivestire un carattere meramente temporaneo, in attesa della riforma costituzionale di soppressione della Provincia (o, comunque, della più ampia riforma avviata parallelamente mediante il ricorso al meccanismo derogatorio dell'art. 138 Cost.), ma al tempo stesso, ove la Costituzione non fosse modificata, si trasformerebbe fatalmente in una nuova (e zoppa) legge ordinamentale del sistema autonomistico con effetti stabili destinati a durare nel tempo.

Nella probabile consapevolezza che la riduzione delle funzioni provinciali a mere funzioni di coordinamento avrebbe urtato con un numero elevato di parametri costituzionali⁴⁶, il d.d.l. conserva in capo alle Province una serie, peraltro piuttosto limitata di funzioni, prevalentemente di pianificazione e programmazione⁴⁷ e contemporaneamente dispone il trasferimento ai Comuni, ovvero alle unioni di comuni, delle funzioni amministrative conferite dallo Stato, da individuarsi mediante un successivo D.P.C.M.

È difficile negare che con una simile misura non si pervenga ad un radicale stravolgimento delle funzioni provinciali, ad uno svuotamento di fatto dell'ente provinciale in capo al quale rimarrebbero un numero limitatissimo di funzioni rispetto a quelle attualmente svolte. Si tratta di ve-

⁴⁶ Una chiara ricognizione della pluralità di parametri costituzionali che risulterebbero violati è nel saggio di C. PADULA, *op. cit.*, 378 ss.

⁴⁷ L'art. 15 del d.d.l. stabilisce infatti che spettano alla Provincia esclusivamente le seguenti funzioni: a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, nonché tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza; b) pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione, classificazione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale; c) programmazione provinciale della rete scolastica. Va rilevato, peraltro, che il predetto art. 15 risulta modificato nel testo del 28 novembre 2013 approvato in Commissione. Nella rubrica si parla di “riordino” delle funzioni provinciali e l'arco delle competenze risulta “arricchito” con l'inserimento, tra l'altro, di funzioni di “cura e sviluppo strategico del territorio e gestione in forma associata di servizi in base alla specificità del territorio medesimo”, di cura delle relazioni istituzionali con Province, Province autonome, Regioni anche a statuto speciale e, addirittura con enti territoriali di paesi confinanti, il cui territorio abbia caratteristiche montane. Implementazione, tuttavia, che non sembra minimamente incidere, a mio avviso, sul complessivo svuotamento dell'ente provinciale e sulla tendenziale opera prodromica alla sua eliminazione.

dere se un così drastico ridimensionamento delle funzioni sia compatibile – potrebbe dirsi, a costituzione invariata – con il quadro dei principi del sistema autonomistico e risulti altresì coerente con le premesse dalle quali muove.

Ora, se, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, il legislatore è certamente dotato di ampia discrezionalità nella determinazione delle funzioni dell'ente locale e la mutevolezza delle sue scelte nella individuazione delle aree di competenza provinciale impedisce che possa parlarsi di competenze storicamente consolidate dei vari enti locali (addirittura immodificabili da parte sia del legislatore statale che di quello regionale) è la stessa Corte ad aver, però, riconosciuto – come si è in precedenza rilevato – l'utilità del criterio storico per ricostruire il concetto di autonomia provinciale e comunale (sent. 238/07). Ciò significa che, quanto meno, un nucleo fondamentale e consolidato di funzioni può essere individuato nella tradizione legislativa che ha caratterizzato un certo ente. D'altra parte, la stessa Corte ha poi sottolineato che il metodo per verificare il rispetto del principio di autonomia degli enti locali va individuato non già avendo riguardo ad un particolare settore o ad uno specifico istituto, bensì assumendo quale parametro di valutazione la "complessiva configurazione" da parte del legislatore del ruolo della Provincia "in termini adeguati alla sua natura di ente locale necessario di secondo livello" (sent. 286/07).

Muovendosi, dunque, in questa prospettiva non appare difficile riconoscere che il d.d.l. difficilmente possa rispondere a simili parametri. Affiora, in primo luogo, una evidente contraddizione laddove lo stesso art. 15 del d.d.l., in apertura, riconosce che le Province sono enti di "area vasta". Ad una simile affermazione avrebbe dovuto corrispondere la ricognizione e attribuzione di tutte le funzioni riconosciute come riferibili all'area vasta per non esporre la (emananda) legge al rischio di contenere una contraddizione interna (come tale sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza). Tutto al contrario il d.d.l. si muove in una direzione opposta e trasferisce in blocco ai Comuni ed alle loro unioni le funzioni amministrative conferite alle Province con legge dello Stato, ad eccezione di quelle poche salvate e ridisegnate soprattutto in termini di pianificazione e programmazione. Una prospettiva, pertanto, che rovescia i termini di una corretta attribuzione "adeguata alla natura" dell'ente necessario di secondo livello e che, come tale, rischia di urtare frontalmente con i principi desumibili dalla giurisprudenza.

Se poi il canone dell'adeguatezza al ruolo costituzionale dell'ente è commisurato al nucleo fondamentale e consolidato di funzioni che la

Provincia ha svolto nell'ambito del sistema costituzionale, il "test" di compatibilità rischia di essere ancora più negativo. Difficile, infatti, non ammettere che la Provincia abbia, nel tempo, progressivamente consolidato un ruolo di rappresentanza generale degli interessi, di gestione e di indirizzo di una pluralità di servizi di area sovracomunale che ne hanno, nel complesso, configurato una identità con contorni sempre più netti. Identità che, al contrario, verrebbe, di fatto, più che sbiadita del tutto sconvolta da un intervento legislativo quale è quello che si preannuncia. È chiaro che il legislatore, nel rispetto della indefettibilità del ruolo costituzionale, può rimodulare le funzioni per pervenire ad una loro razionalizzazione, ma una cosa è procedere nel senso della razionalizzazione, altra, e del tutto diversa, cosa è dettare una disciplina che ha come sua più autentica ragione giustificatrice proprio l'abolizione dell'ente che si vuol disciplinare. Credo, in altri termini, che se il disegno dovesse diventare legge sarebbe per molti versi esposto alla mannaia della declaratoria di incostituzionalità, aggravando così la situazione di confusione ed incertezza normativa che da due anni a questa parte ha caratterizzato la vita dell'istituzione provinciale, e producendo nel sistema più effetti negativi e distorsivi rispetto ai (discutibili) risparmi di spesa che esso promette.

6. *Conclusioni: il ruolo del sistema autonomistico nell'assetto costituzionale e l'esigenza di una riforma meditata*

Poche parole per concludere. Se è vero che è difficile fermare un treno in corsa è anche vero che il "treno della riforma provinciale" ha subito accelerazioni ma anche brutali rallentamenti se non vere e proprie (e dolorose) fermate. L'autentica furia iconoclasta che ha contraddistinto gli interventi governativi per assecondare, soprattutto, l'onda della generica (ma comprensibile) ribellione verso tutti gli enti locali, percepiti complessivamente come il luogo privilegiato dello spreco della finanza pubblica, dovrebbe ora per un momento placarsi per meglio riflettere su un assetto, quello del sistema autonomistico, che rappresenta un momento centrale, un nodo essenziale nella vita di un ordinamento. Sembra addirittura che le stesse osservazioni critiche che gli studiosi (ed in particolare gli studiosi di diritto costituzionale) avanzano sul piano squisitamente giuridico (dai profili di tecnica legislativa a quelli di legittimità costituzionale, dagli aspetti procedurali a quelli relativi al doveroso rispetto degli obblighi contratti dallo Stato sul piano internazionale, solo per ci-

tarne alcuni) vengano talvolta percepite con fastidio e considerate un inutile intralcio rispetto ad un disegno che ha bisogno di affermarsi con immediatezza, quale che siano poi il risultato e le ricadute degli interventi legislativi sul piano ordinamentale. Laddove massima è l'esigenza di una attenta valutazione degli effetti e di una ponderata riflessione sull'impatto di un provvedimento legislativo (ancor più se si tratta di un provvedimento di revisione della Costituzione) sembra invece privilegiarsi una logica di risposta, quanto più celere possibile, dettata (verosimilmente) da ragioni di immagine che sovente fanno premio su ogni altra considerazione. La questione delle Province (e, più in generale degli enti locali) è stata, fin dall'inizio, affrontata in maniera sbagliata (come testimonia la dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella sentenza 220/13) ma può, forse, ancora essere corretta se si ammette che essa non riguarda solo o prevalentemente il problema (pur relevantissimo) della finanza pubblica ma concerne una questione decisiva nel complessivo assetto dello Stato.

In chiusura del breve ma denso saggio sul "*Problema delle nuove Province*"⁴⁸, ricordato in apertura, Livio Paladin così concludeva: "Mi sembra indispensabile che una tematica di così grande e durevole importanza non venga pregiudicata nel chiuso degli uffici partitici o governativi, ma formi l'oggetto di un ampio confronto fra la classe politica di livello nazionale, gli amministratori locali e regionali, gli studiosi del settore. La fretta di concludere a qualunque prezzo (che, per fortuna, non s'è ancora manifestata in questo campo) rischierebbe di rivelarsi una pessima consigliera: poiché nel nostro caso non si tratta di approvare uno fra i tantissimi provvedimenti urgenti, che esauriscono gran parte dell'attività legislativa, ma di porre una pietra miliare nell'ordinamento giuridico italiano, dando infine attuazione alle proclamazioni costituzionali per cui «la Repubblica ..riconosce e promuove le autonomie locali» e «adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento»".

Parole che, oggi, a trent'anni di distanza, conservano, immutata, la loro piena attualità.

(18 dicembre 2013)

⁴⁸ In *Le Regioni*, 1984, 77.

IL PRINCIPIO DEL PLURALISMO DELLE FONTI INFORMATIVE AL TEMPO DI INTERNET*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio del pluralismo informativo e il suo ambito di applicazione. – 3. L'applicazione del principio pluralistico al mondo di internet. – 4. La *network neutrality*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il dibattito sul pluralismo informativo per lungo tempo si è concentrato sui media tradizionali: stampa, cinema e, soprattutto, radiotelevisione.

La rivoluzione digitale, però, ha trasformato velocemente e in profondità la società dell'informazione. Innanzitutto la moltiplicazione delle piattaforme trasmissive ha permesso di superare il problema relativo alla scarsità delle risorse e ha consentito la diffusione, in maniera tendenzialmente illimitata, dei contenuti informativi.

Inoltre, le applicazioni web 2.0¹ hanno aperto una nuova era nel campo dell'informazione. A differenza dei tradizionali media e dei siti web statici, che vedono gli utenti come soggetti passivi ovvero meri destinatari dei contenuti ivi trasmessi, i siti che utilizzano la tecnologia web 2.0 permettono agli utenti, autonomamente e senza costi, di ricevere e diffondere informazioni in tempo reale in ogni parte del mondo. Tutto questo ha consentito ai cittadini di ogni paese, compresi quelli in cui i media sono controllati dallo Stato, di ricevere e scambiare dati e notizie

* Il lavoro riproduce e sviluppa la relazione al Seminario "Stampa editoria informazione", svoltosi a Napoli, il 14 ottobre 2013, in occasione della presentazione della terza serie della Rivista.

¹ Il termine Web 2.0 indica l'insieme delle applicazioni online che permettono uno spiccato livello di interazione.

di ogni genere, con consistente aumento del pluralismo delle fonti informative².

Sarebbe tuttavia azzardato concludere che, con l'avvento di internet, il problema del pluralismo informativo deve considerarsi ormai sostanzialmente superato.

La molteplicità di canali informativi disponibili on-line, infatti, non esclude che possano formarsi posizioni dominanti potenzialmente lesive del principio pluralistico. Ciò parrebbe valere soprattutto con riferimento ai cosiddetti intermediari o internet service provider ("ISP"), ovvero ai soggetti che svolgono servizi volti a consentire o facilitare il collegamento tra chi intende comunicare un'informazione e i destinatari della stessa: motori di ricerca e portali, siti di e-commerce, social networks ecc. Alcuni ISP hanno raggiunto una posizione di considerevole forza di mercato e potenzialmente sono in grado di condizionare l'esercizio della libertà di espressione e di comunicazione da parte dei loro utenti.

Una serie di ricerche ha inoltre dimostrato che esistono varie tecniche di controllo e di filtraggio dei dati, che vengono applicate in numerosi paesi, con maggiore o minore grado di trasparenza, al fine di impedire l'accesso a determinati contenuti considerati illegali o pericolosi. Sotto questo profilo l'esperienza della Repubblica popolare cinese, dove da tempo è stato installato un pervasivo sistema di filtraggio conosciuto come il "Great Firewall of China", rappresenta un esempio paradigmatico della censura che può essere applicata su internet³. Nei tempi più recenti l'esigenza di combattere fenomeni di criminalità o di garantire la sicurezza della rete ha favorito il passaggio da pratiche che si limitano a negare l'accesso a determinati contenuti, alla diffusione di metodi volti a garantire un più pervasivo controllo del cyberspazio. Questi nuovi metodi potrebbero essere utilizzati per influenzare e controllare la popolazione che utilizza internet come principale fonte di informazione⁴. Il controllo e la censura sui contenuti trasmessi online, è stato osservato, non costituiscono più comportamenti circoscritti ad alcuni Stati ma sono

² Emblematica al riguardo è la primavera araba del 2012, favorita dalla diffusione sui social network di idee e notizie che non potevano essere trasmesse attraverso i media, rigidamente controllati dal governo.

³ Cfr. al riguardo i contributi raccolti nel volume di R. DEIBERT, J. PALFREY, R. ROHOZINSKI, J. ZITTRAIN (eds.), *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge 2008.

⁴ Così R. DEIBERT, R. ROHOZINSKI, *Introducing Next-Generation Information Access Controls*, in R. DEIBERT, J. PALFREY, R. ROHOZINSKI, J. ZITTRAIN (eds.), *Access Controlled. The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, Cambridge 2010, 3 ss.

ormai praticati nella maggior parte dei paesi, e possono essere considerati come espressione di una “norma globale”, anche se oggetto di sempre più accese contestazioni⁵.

In un quadro del genere, come garantire la libertà e il pluralismo delle informazioni nel mondo di internet? In particolare, è possibile estendere in questo campo le regole dettate per i media tradizionali, oppure la tutela del pluralismo nella rete richiede altri tipi di strumenti? Qui di seguito svolgerò alcune considerazioni per cercare di offrire una risposta a questi interrogativi.

2. Il principio del pluralismo informativo e il suo ambito di applicazione

Il principio del pluralismo informativo ha un proprio specifico ambito di applicazione: il “mercato delle informazioni” o, come si dice oltre oceano, il “mercato delle idee” (*market place of ideas*)⁶.

Il mercato delle idee ha indubbiamente un importante rilievo economico. L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nella sua relazione al Parlamento sull'attività svolta e sui programmi di lavoro per l'anno 2012, ha evidenziato che, in Europa, il settore delle comunicazioni nel suo complesso (telecomunicazioni e media) ha generato nel 2011 ricavi stimati in circa 390 miliardi di euro. In una prospettiva meramente economica l'informazione rileva come un “prodotto” non diverso dagli altri: le imprese che svolgono attività di comunicazione “vendono” il proprio prodotto al fine di generare profitti. Sotto questo profilo l'attività delle imprese di comunicazione non sembra differenziarsi da quella delle imprese che operano in altri settori. In questa prospettiva non vi è dubbio che il diritto generale antitrust potrebbe essere considerato sufficiente a garantire l'esistenza di un mercato concorrenziale caratterizzato dalla presenza di una pluralità di imprese di comunicazione in concorrenza tra di loro, con conseguente soddisfazione dell'interesse

⁵ Cfr. R.J. DEIBERT, J. G. PALFREY, R. ROHOZINSKI, J. ZITTRAIN (eds.), *Access Contested: Security, Identity, and Resistance in Asian Cyberspace*, Cambridge 2011.

⁶ Cfr. R. H. COASE, *The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas*, in *American Economic Review*, 1974, 484 ss.; T.G. HARTMAN, *The Marketplace vs. The Ideas: The First Amendment Challenges to Internet Commerce*, in *Harvard Journal of Law & Technologies*, Vol. 12, 1999, 420 ss.; K. KARPPINEN, *Rethinking Media Pluralism*, New York 2013, 10 ss.; nella letteratura Italiana cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Milano 2004, spec. 95 ss.

degli utenti finali visti come “consumatori” del “prodotto” informazione⁷.

Il motivo per cui, in Europa, si ritiene che il diritto generale antitrust non sia sufficiente per garantire il buon funzionamento del “mercato delle idee” è collegato al principio di democrazia. Il libero accesso a diverse fonti di informazioni costituisce infatti il presupposto per poter maturare libere convinzioni e per effettuare scelte politiche consapevoli, e conseguentemente per il buon funzionamento della democrazia⁸. Nel mercato delle idee occorre dunque prevenire la formazione o il mantenimento di posizioni dominanti, anche se non restrittive della concorrenza, per evitare di attribuire a determinati soggetti un'eccessiva influenza sulla pubblica opinione⁹.

In questa prospettiva il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e

⁷ Questa è l'impostazione seguita da V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, cit., spec. 101 ss.

⁸ Cfr. al riguardo il considerando n. 10 della direttiva 2002/19/CE, dove si afferma che “le regole di concorrenza da sole possono non essere sufficienti per garantire la diversità culturale e il pluralismo dei media nel settore della televisione digitale”. Com'è noto, la Corte costituzionale italiana ha da tempo affermato che la libertà di informazione rappresenta la “pietra angolare dell'ordine democratico” (sent. n. 84 del 1969) e ha più volte sottolineato il “valore centrale del pluralismo in un ordinamento democratico” e la necessità di un intervento dello Stato volto a garantire l'effettiva realizzazione di tale principio (cfr. , fra le tante, la sentenza n. 826 del 1988). Anche secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo la libertà di espressione, sancita dall'art. 10, comma 1, CEDU “costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica” (sent. 8 luglio 1986 *Lingens c. Austria*). Poiché “non vi è democrazia senza pluralismo”, ciascuno Stato ha l'obbligo positivo di “predisporre un quadro legislativo e amministrativo appropriato per garantire un pluralismo effettivo nei media” (sentenza 7 giugno 2012, *Grande Camera*, *Centro Europa 7 e Di Stefano c. Italia*). Il collegamento tra libertà e pluralismo dell'informazione e democrazia è stato evidenziato anche dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (Raccomandazione CM/Rec(2007)2) e dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (Raccomandazione n. 1506(2001) del 4 aprile 2001, *Freedom of expression and information in the media in Europe*).

⁹ Cfr. Il rapporto della Commissione di studio istituita nell'ottobre 2011 dal Commissario europeo per l'agenda digitale con lo scopo di ottenere indicazioni operative per garantire la tutela e la promozione del pluralismo informativo in Europa. Nel suo rapporto del gennaio 2013 (*High Level Group on Media Freedom and Pluralism, A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy*, in: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/HLG%20Final%20Report.pdf>), la Commissione ha evidenziato, tra l'altro, l'esistenza di una “intima relazione tra un sistema dei media libero, aperto e pluralista a livello nazionale e l'esercizio della democrazia a livello europeo”. Secondo la Commissione, i principi di rappresentanza democratica e di partecipazione stabiliti dai Trattati “permettono all'Unione di agire a livello nazionale, tutte le volte in cui le minacce alla libertà e al pluralismo dei media sono tali da mettere in questione la legittimazione democratica dell'Unione”.

radiofonici (il Testo Unico)¹⁰, ha stabilito che nessun fornitore di contenuti può essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20% dei programmi televisivi o radiofonici irradiabili su frequenze terrestri in forza del piano nazionale di assegnazione delle frequenze¹¹. Inoltre nessun operatore può superare il limite della raccolta del 20% delle risorse riferite al sistema integrato delle comunicazioni (il “SIC”)¹², oppure acquisire una posizione dominante all’interno dei singoli mercati che compongono il SIC¹³. L’AGCom è chiamata ad adottare i provvedimenti “necessari per eliminare o impedire” il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo all’interno del SIC e dei singoli mercati rilevanti individuati al suo interno¹⁴.

Molto si è discusso sulla effettiva idoneità di questi divieti a favorire un maggiore pluralismo nel sistema radiotelevisivo italiano. Non è questa la sede per affrontare tale dibattito¹⁵. Interessa invece chiarire se questi strumenti possano essere utilizzati anche nel mondo di internet.

Il legislatore italiano e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ritengono possibile estendere l’applicazione dei tradizionali strumenti volti a garantire il pluralismo anche al campo di internet.

A tal riguardo si può ricordare che l’art. 3, comma 5 *bis*, del d. l. n. 63 del 2012 ha inserito fra i ricavi che compongono il SIC gli introiti derivanti “da pubblicità on line e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione”. Questa impostazione indica che, agli occhi del legislatore italiano, l’acquisizione di una posizione dominante da parte di

¹⁰ D. lgs. n. 177 del 2005.

¹¹ Art. 43, comma 7, del Testo Unico.

¹² Il Testo Unico, all’art. 2 lett. s), definisce il SIC come “il settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni”.

¹³ Art. 43, comma 9, del Testo Unico.

¹⁴ Cfr. l’art. 43, comma 5, del Testo Unico. La delibera n. 555/10/CONS “*Individuazione dei mercati rilevanti nell’ambito del SIC*” ha fornito chiarimenti in merito alla portata della disciplina dettata dall’articolo 43 del Testo Unico, con particolare riguardo al rapporto fra i principi antitrust (espressamente richiamati nel medesimo articolo come riferimento per l’analisi dei mercati) e i principi di tutela del pluralismo (che devono improntare e orientare l’operato dell’Autorità nell’accertamento delle posizioni dominanti di cui al medesimo articolo).

¹⁵ Cfr. al riguardo, tra gli altri, P. CARETTI, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Bologna 2013, spec. 194; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna 2006, 699 ss.

un internet service provider (“ISP”) nel mercato della pubblicità on line è di per sé vietata in quanto lesiva del principio pluralistico.

In questa prospettiva l’AGCom, in considerazione “della rilevanza strategica del mezzo internet, sia sotto il profilo concorrenziale, sia sotto quello del pluralismo informativo”, ha recentemente avviato una indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità on line¹⁶. Nella delibera in questione l’AGCom ha ricordato come, nell’ambito dell’indagine conoscitiva sul settore della raccolta pubblicitaria, è emerso che “nonostante l’estrema varietà e polverizzazione di internet, il mercato pubblicitario on line è connotato da una elevata e strutturale concentrazione” e che “eventuali strozzature concorrenziali nella raccolta pubblicitaria on line determinerebbero effetti negativi sia sulla natura stessa, aperta e competitiva, di internet sia sulle informazioni e notizie a disposizione di cittadini e utenti”¹⁷.

3. *L’applicazione del principio pluralistico al mondo di internet*

L’intervento del legislatore italiano e dell’autorità nazionale di regolamentazione si basano dunque sull’idea che il divieto di acquisire posizioni dominanti, stabilito nel campo dei media tradizionali a tutela del pluralismo informativo, debba essere esteso anche al campo di internet per la medesima ragione.

Questa impostazione suscita però alcune riserve. Vi sono infatti almeno tre tipi di ostacoli che rendono difficile estendere al mondo di internet i tradizionali strumenti per la tutela del pluralismo delle fonti di informazioni.

Un primo ostacolo è riconducibile al fatto che non tutto quanto avviene in rete è riconducibile al “mercato delle idee”. Il carattere interattivo della comunicazione in rete, infatti, permette agli utenti l’esercizio non solo della libertà di informazione (nel suo duplice profilo “attivo” e “passivo”) ma anche di altri diritti. Come è stato evidenziato, in molti casi l’attività comunicativa esercitata in rete è strumentale alla conclusione di altre attività lavorative, commerciali, ludiche ecc.¹⁸. Sempre mag-

¹⁶ Delibera 93/13/CONS.

¹⁷ Cfr. Allegato A alla delibera n. 551/12/CONS.

¹⁸ Così M. OROFINO, *L’inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l’esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, in AA.VV., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Sant’Arcangelo di Romagna 2013, 33 ss.

giore, ad esempio, è il numero e il rilievo economico delle operazioni commerciali effettuate attraverso internet. L'acquisto di un libro su Amazon o di un brano musicale su I-Tunes, la vendita di un oggetto su E-Bay ecc., non costituiscono evidentemente atti di esercizio della libertà di informazione, ma semplici transazioni economiche.

E ancora: come possiamo inquadrare la raccolta di un fascicolo sanitario elettronico? Siamo sicuri che in questo caso prevalgano le esigenze correlate alla libertà di informazione su quelle che invece attengono al diritto alla salute? Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi. L'iscrizione on line alla scuola costituisce esercizio della libertà di informazione oppure è un'attività volta a rendere effettivo il diritto allo studio? Le comunicazioni on line all'agenzia delle entrate, costituiscono esercizio della libertà di informazione dei contribuenti oppure sono attività accessorie rispetto all'adempimento del dovere di contribuzione tributaria?¹⁹.

Ogni intervento volto a garantire il pluralismo delle informazioni nel mondo di internet, pertanto, dovrebbe individuare le "transazioni" che rientrano nel "mercato delle idee", distinguendole da quelle che invece attengono ad ambiti diversi. Le posizioni dominanti che si vengono a formare nel mondo di internet ma al di fuori del "mercato delle idee" vanno infatti affrontate con gli strumenti del diritto generale antitrust, non invece con quelli volti a garantire il pluralismo informativo.

Un secondo ostacolo dipende dal carattere globale di internet. Le regole a garanzia del pluralismo basate sul divieto del raggiungimento di determinate soglie di concentrazione di risorse sono evidentemente pensate per operatori tradizionali che operano in un ambito territoriale circoscritto o comunque determinabile. Chi offre contenuti informativi attraverso la rete, invece, opera in un mercato che evidentemente supera la dimensione nazionale.

Un terzo ostacolo è riconducibile al fatto che gli ISP facilitano la raccolta e la diffusione delle informazioni, cioè operano proprio nel senso di favorire il pluralismo. In effetti, essi svolgono generalmente un'attività di mera intermediazione e non invece quell'attività di natura informativa che rileva ai fini della garanzia del pluralismo informativo. Occorrerebbe dunque effettuare una distinzione, volta per volta, tra service provider e content provider, che però in molti casi si rivela non semplice²⁰.

¹⁹ Al riguardo cfr. i rilievi di F. PIZZETTI, *Dati e diritti nell'epoca della comunicazione elettronica*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto d'autore*, Torino 2013, 7 ss., il quale segnala i problemi derivanti dall'estensione della comunicazione elettronica a particolari tipologie di servizi, come ad esempio la telemedicina.

²⁰ Per riferimenti sul tema relativo alla responsabilità degli ISP cfr., fra gli altri, E.

In definitiva il divieto di acquisire una posizione dominante nella raccolta di risorse economiche, previsto per i media tradizionali a garanzia del pluralismo informativo, appare difficilmente trasponibile al mondo di internet. In particolare, il principio del pluralismo informativo non sembra di per sé in grado di giustificare il divieto, previsto dalla normativa italiana, di realizzare e mantenere una posizione dominante nel mercato della raccolta pubblicitaria on-line.

4. La *network neutrality*

Uno dei fattori che ha contribuito al successo di internet è il suo carattere “aperto”: chiunque può accedere alla rete per trasmettere e ricevere qualsiasi informazione. Il progresso tecnologico, tuttavia, ha permesso l'introduzione di sempre più sofisticate tecniche di controllo e di gestione dei dati. Queste tecniche sono evidentemente necessarie sia per garantire il buon funzionamento della rete (evitando, ad esempio, fenomeni di spam o di congestione del traffico) sia per combattere i sempre più diffusi fenomeni di criminalità informatica. Esse si prestano tuttavia anche a forme di controllo e di selezione delle informazioni volte a favorire determinati contenuti rispetto ad altri.

Si è quindi sviluppato un dibattito sulla cosiddetta “network neutrality”. Il dibattito ha importanti risvolti commerciali, perché riflette una netta contrapposizione di interessi tra gli operatori di rete e i fornitori di contenuti, applicazioni e servizi (i cosiddetti “OTF”).

Questo tema è oggi al centro di un dibattito reso ancor più acceso dalla sentenza del 14 gennaio 2012, con cui la Corte d'Appello federale del Circuito del District of Columbia ha dichiarato l'illegittimità di buona parte della disciplina adottata dalla Federal Communications Commission (FCC) in materia di network neutrality.

La decisione ha accolto il ricorso con cui Verizon e altre società che hanno investito somme enormi per costruire una rete a larga banda rivendicavano il diritto di gestire liberamente il traffico veicolato attraverso la propria infrastruttura. Solo in tal modo, sostenevano i ricorrenti, gli operatori di rete possono ottenere un ragionevole ritorno sui propri investimenti e quindi procedere con la realizzazione di nuove infrastrutture e con il miglioramento di quelle esistenti.

Per converso la Federal Communications Commission ritiene che le reti debbano essere lasciate libere e aperte, perché la possibilità di accordare differenti trattamenti ai fornitori di contenuti, servizi o applicazioni potrebbe dare vita a possibili forme di distorsione della concorrenza e ostacolare lo sviluppo di nuovi prodotti e di servizi innovativi. Per tale motivo ha adottato nel dicembre 2010 una serie di regole volte a garantire il carattere libero e aperto di internet, che si basano su alcuni principi di base: la trasparenza delle pratiche di network management poste in essere dagli operatori di accesso; il divieto di bloccare l'accesso degli utenti a contenuti, servizi e applicazioni; il divieto di irragionevoli discriminazioni nella trasmissione di contenuti legali; la possibilità di ragionevoli attività di gestione del traffico²¹. La corte d'Appello federale ha dichiarato l'illegittimità di ogni forma di differenziazione ingiustificata del traffico, salvando invece l'obbligo di trasparenza. Per effetto di questa decisione, quindi, gli operatori di rete sono liberi di adottare pratiche di network management.

Ci sono vari tipi di ragioni che possono spingere i fornitori di accesso a ridurre l'attuale livello di apertura di internet. In primo luogo gli operatori di accesso potrebbero avere interesse a bloccare o comunque a ostacolare determinati OTP o classi di OTP. Questo può accadere nei confronti di OTP che offrono servizi, come ad esempio chiamate vocali su internet, in concorrenza con quelli offerti dall'operatore di rete. Inoltre il fornitore di accesso potrebbe introdurre tariffe differenziate, degradando la velocità o la qualità trasmissiva nei confronti degli OTP che non pagano l'importo richiesto per l'accesso prioritario.

Prassi del genere potrebbero non solo limitare la concorrenza e ostacolare lo sviluppo di nuovi servizi, ma anche avere effetti negativi sotto il profilo della garanzia del pluralismo. L'introduzione di tariffe volte a consentire priorità di accesso, infatti, potrebbe danneggiare soggetti che non operano su base commerciale e non dispongono di adeguate risorse come, ad esempio, bloggers individuali, università, associazioni umanitarie, forze politiche di opposizione, piccoli operatori che comunicano attraverso video o altri strumenti che richiedono una adeguata velocità trasmissiva.

Il principio della network neutrality, se correttamente realizzato, può evitare questi rischi.

Anche in Europa si discute molto sul tema della network neutrality.

²¹ Cfr. Il *Report and Order for Preserving the Open Internet* adottato dalla *Federal Communications Commission* il 21 dicembre 2010.

La Commissione europea ha adottato il 19 aprile 2011 la comunicazione sull'apertura e la neutralità della rete internet in Europa (COM(2011) 222 definitivo). Il Parlamento europeo poco tempo dopo ha approvato la Risoluzione del 17 novembre 2011 sull'apertura e la neutralità della rete Internet in Europa.

Il diritto dell'Unione non prevede tuttavia alcuna specifica disposizione a tal riguardo, salvo l'obbligo di trasparenza. In forza dell'art. 20 della direttiva servizio universale (direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE), gli operatori di rete sono infatti tenuti a garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali applicate ai propri utenti. L'eventuale adozione di tecniche di network management, pertanto, dovrà essere effettuata in maniera trasparente. L'idea di fondo è che gli utenti potranno scegliere consapevolmente l'operatore cui rivolgersi scartando, ad esempio, quelli che in ipotesi causano rallentamenti ai servizi di VoIP ovvero non offrono sufficiente velocità trasmissiva per determinati altri servizi.

In mancanza di un quadro normativo uniforme, però, gli Stati membri hanno inteso garantire il principio di neutralità della rete in modi differenti. In Olanda, ad esempio, il legislatore ha vietato ogni forma di rallentamento o di blocco del traffico relativo a determinati servizi, salvo che lo stesso si renda necessario per esigenze tecniche di buon funzionamento della rete (ad esempio per risolvere problemi di congestione del traffico). Una impostazione simile è stata seguita in Belgio e in Francia. In Germania e in Inghilterra, invece, gli operatori di rete sono liberi di stabilire le modalità di gestione del traffico sulla propria infrastruttura, nel rispetto del principio di trasparenza e, ovviamente, delle regole in materia di concorrenza²².

In Italia siamo ancora in attesa di una disciplina in materia di gestione della rete.

5. *Considerazioni conclusive*

Il superamento della situazione di scarsità delle risorse trasmissive, conseguente alla rivoluzione digitale, non ha fatto venire meno la necessità di un intervento volto a favorire il pluralismo delle fonti di informazione come presupposto per consentire un effettivo funzionamento della

²² Cfr. J.P. SLUIJS, *Network Neutrality and Internal Market Fragmentation*, in CMLR, 2012, spec. 1653 ss.

democrazia²³. L'applicazione del principio pluralistico al mondo di internet solleva tuttavia nuove problematiche. Le caratteristiche di internet, infatti, non permettono l'automatica trasposizione in questo campo delle regole previste per assicurare il pluralismo nei confronti dei media tradizionali.

Il limite alla raccolta di risorse economiche, previsto per i media tradizionali, appare difficilmente applicabile al mondo di internet. In effetti in questo campo non vi è solo la difficoltà di individuare il mercato rilevante, dato il carattere transnazionale di internet, ma anche la difficoltà di tracciare una precisa linea di confine, con riguardo all'attività posta in essere dagli ISP, tra ciò che costituisce semplice fornitura di un servizio di intermediazione e ciò che invece può essere inquadrato come fornitura di contenuti. Soltanto le posizioni dominanti capaci di incidere negativamente sul "mercato delle idee" potranno poi ricadere nell'ambito di applicazione delle norme a tutela del pluralismo informativo; fuori da questo campo, dovrà trovare applicazione la generale disciplina antitrust.

La garanzia del pluralismo su Internet richiede soprattutto due tipi di intervento.

Il primo è collegato all'esigenza di favorire l'accesso alla rete da parte di tutti i cittadini²⁴. In questa prospettiva si collocano, ad esempio, le proposte volta a riconoscere l'esistenza di un diritto costituzionale di accesso a internet²⁵.

²³ Cfr. il rapporto dell'*High Level Group on Media Freedom and Pluralism*, cit.

²⁴ Cfr. al riguardo, fra gli altri, P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. una (preliminare) indagine comparata*, in *Consultaonline.it*; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 337 ss.; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2012, 262 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet – Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia 2010* (Roma, 30 novembre 2010), Napoli 2011, 23 ss.; G. DE MINICO, *Diritti, regole Internet*, in *costituzionalismi.it*; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze 2012, 9 ss.; F. BADOCCO, *Riflessioni sul diritto di accesso ad internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Informatica e diritto*, 2009, 153 ss.; F. BORGIA, *Riflessioni sull'accesso a internet come diritto unano*, in *Le Comunità internazionali*, 2010, 395 ss.; B. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali (Nota a Conseil Constitutionnel, Décision 10 giugno 2009, n. 580)*, in *Giornale di dir. amm.*, 2010, 643 ss.; P. PASSAGLIA, *L'accesso a internet è un diritto (il Conseil Constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della legge c.d. anti file sharing)*, in *Foro it.*, 2009, IV, 473 ss.

²⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 386, che propone di inserire nell'art. 21 Cost. un secondo comma con il seguente contenuto: "tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale". Sulla ne-

Il secondo intervento è collegato all'esigenza di evitare un utilizzo distorto della rete. La diffusione nel mondo di tecniche sistematiche di controllo e di censura delle informazioni suscita oggi una grande preoccupazione. L'associazione Open Net Initiative, un centro di ricerca nato dalla collaborazione tra il Citizen Lab dell'Università di Toronto, l'Harvard Berkman Center for Internet & Society e il Gruppo SecDev di Ottawa, ha promosso un approfondito studio sulle pratiche di controllo e di censura applicate su Internet in tutto il mondo, e ha segnalato una evoluzione che si articola in quattro fasi. Da una prima fase (Open Internet), caratterizzata dalla libertà e apertura di internet, si è passati a partire dagli anni 2000 all'introduzione di strumenti volti a negare l'accesso a determinati contenuti, di cui il "Great Firewall of China" costituisce l'esempio più conosciuto (Access Denied), per poi assistere dal 2005 alla diffusione di sempre più sofisticate e pervasive tecniche di controllo e filtraggio (Access Controlled). A partire dal 2010 si registrano però diffuse reazioni contro le varie forme di ingerenza poste in essere sull'attività svolta in rete nei paesi dove maggiore è la censura e il controllo su cyberspazio (Access Contested)²⁶.

Non vi è dubbio che la rete rappresenta oggi il più formidabile strumento che abbiamo per garantire il libero flusso di notizie e opinioni, e contribuire in tal modo la formazione di quel consenso informato che è alla base della democrazia. Per evitare che la rete, da strumento a servizio del pluralismo e della democrazia, possa trasformarsi in una minaccia per tali valori, occorre combattere pratiche che possano limitare la libera diffusione delle idee e delle notizie. La promozione della libertà e del pluralismo delle informazioni passa dunque in primo luogo attraverso la garanzia del carattere aperto e neutrale della rete.

cessità di prevedere in Costituzione un diritto di accesso a internet cfr. anche G. Azzariti, Internet e Costituzione, in *Costituzionalismo*, it n. 2/2011. Sulla necessità invece di una rilettura dei singoli diritti costituzionali esistenti alla luce di internet cfr. M. OROFINO, *L'inquadramento costituzionale del web 2.0: da nuovo mezzo per la libertà di espressione a presupposto per l'esercizio di una pluralità di diritti costituzionali*, cit., 54 ss.

²⁶ Cfr. R.J. DEIBERT, J.G. PALFREY, R. ROHOZINSKI, J. ZITTRAIN (eds.), *Access Contested: Security, Identity, and Resistance in Asian Cyberspace*, cit.

LA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE ED IL PLURALISMO
DEI MEDIA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA:
VERSO UNA "INIZIATIVA DEI CITTADINI"?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il pluralismo dei media come problema europeo. – 3. Il pluralismo dell'informazione, principio generale del diritto dell'Unione europea. – 4. L'insufficienza dell'attuale quadro antitrust e regolatorio dell'Unione europea. – 5. L'urgenza di un intervento dell'Unione per l'armonizzazione delle regole nazionali in tema di pluralismo dell'informazione. – 6. L'Iniziativa dei cittadini sul pluralismo dei media.

1. *Premessa*

Il 19 agosto 2013 è stata registrata presso la Commissione europea la *Iniziativa dei Cittadini Europei sul Pluralismo dei media*¹ (di seguito, "l'Iniziativa"), promossa da una coalizione di organizzazioni della società civile ed organi di stampa aventi sede in nove diversi Paesi europei tra cui European Alternatives e l'Alliance Internationale de Journalistes.

In breve, si tratta di una procedura promossa ai sensi del Regolamento n. 211 del 2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini², intesa a chiedere alla

* Il lavoro riproduce e sviluppa la relazione al Seminario "Stampa editoria informazione", svoltosi a Napoli, il 14 ottobre 2013, in occasione della presentazione della terza serie della Rivista.

¹ www.mediainitiative.eu.

² In GUUE, L65 dell'11.3.2011, 1. Il Regolamento è stato modificato dal Regolamento delegato (UE) n. 268/2012 della Commissione del 25 gennaio 2012 (in GUUE L89 del 27.3.2012, 1). Tra i commenti al Regolamento v. per tutti M. DOUGAN, *What are we to make of the citizen initiative?*, in *CML Rev.*, 2011, 1807 ss.; N. LEVRAT, *L'initiative citoyenne européenne: une réponse au déficit démocratique?*, in *Cab. dr. eur.*, 2011, 53 ss.; F. FERRARO, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, in *Studi int. eur.*, 2012, 523 ss.; P. PONZANO, *L'initiative citoyenne européenne: la démocratie participative à l'épreuve*, in *Rév. dr. un. eur.*, 2012, 615 ss.; U. VILLANI, *Les principes dé-*

Commissione europea di presentare una nuova direttiva (o di modificare quelle già in vigore, in particolare la direttiva sui servizi di media audiovisivi³), al fine di introdurre nuove norme europee in tema di diritto dei cittadini ad un'informazione pluralistica. Lo scopo è quello di rafforzare la protezione del pluralismo in due direzioni: in primo luogo, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di proprietà e trasparenza dei mezzi di comunicazione di massa; in secondo luogo, con l'adozione di norme comuni che garantiscano un sufficiente livello di indipendenza sia per gli operatori della comunicazione, sia per gli organismi di controllo dei media operanti negli Stati membri dell'Unione.

Dal punto di vista sostanziale, l'Iniziativa muove le mosse dalla condivisibile premessa per cui un intervento normativo a tutela del pluralismo dell'informazione è necessario in ragione dell'importanza che i mass media tuttora rivestono per la formazione delle opinioni. Di certo, l'aumento in numero e capacità dei fornitori di informazione, inclusi i nuovi media, non può certo essere sottovalutato. Ciononostante, come espresso in diverse risoluzioni del Parlamento europeo e degli organi politici del Consiglio d'Europa, anche un numero crescente di organi di informazione può essere controllato, sia direttamente che indirettamente, da pochi operatori. In diversi Stati membri si registrano, infatti, situazioni gravi in cui la carenza o la debolezza dell'apparato legislativo ha portato o porta tuttora a posizioni dominanti nei mercati dei mezzi di comunicazione di massa, nonché a una grave interferenza da parte del potere politico rispetto alla proprietà e al controllo degli operatori della comunicazione. Inoltre, nell'opinione dei promotori dell'Iniziativa desta preoccupazione la pressione esercitata da alcuni governi sui mezzi di comunicazione, in particolare emittenti di servizio pubblico, e sulle autorità amministrative chiamate a vigilare sul comportamento delle *media companies*.

L'Iniziativa intende rispondere a queste preoccupazioni, esprimendo l'utilità (meglio, la necessità) di affidare all'Unione europea il compito di contribuire in maniera efficace alla loro soluzione. Prima di presentarla in dettaglio, può essere utile ripercorrere a grandi linee la *vexata quaestio* della legittimità e dei limiti dell'intervento dell'Unione in tema di tutela del pluralismo dell'informazione.

mocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne, in *Mélanges Mengozzi*, Bruxelles 2013, 193 ss.

³ Direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media a audiovisivi), in GUUE L 95 del 15.4.2010, 1. Cfr. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, II ed., Torino 2011.

2. Il pluralismo dei media come problema europeo

Per quale motivo l'Unione europea è chiamata ad occuparsi di diritto all'informazione e di tutela del pluralismo informativo? Esistono nei trattati istitutivi delle disposizioni ("basi giuridiche") che consentano all'Unione di procedere ad un intervento normativo in questa materia, ed in caso positivo quali sono i limiti di tali competenze? È sufficiente l'applicazione delle regole generali *antitrust* per garantire ai cittadini un accesso libera o pluralistico alle fonti di informazione?

Le risposte a queste domande di fondo, tutte indispensabili per una migliore comprensione dell'Iniziativa in discorso, deve partire da una (solo apparente) contraddizione: nonostante l'assenza di una *espressa* attribuzione di competenze in favore dell'Unione nel testo dei Trattati (sia prima, sia dopo la codificazione delle regole in tema di competenze con il Trattato di Lisbona⁴), è noto che la disciplina dei servizi di media audiovisivi è profondamente incisa da interventi normativi di origine europea. Le *basi giuridiche* offerte dagli articoli del TFUE (in precedenza, del TCE) per interventi di armonizzazione finalizzati alla realizzazione ed al buon funzionamento del mercato interno hanno consentito alla Comunità europea prima ed all'Unione poi l'adozione di direttive di armonizzazione delle legislazioni nazionali – *in primis*, la direttiva n. 89/552/CEE, c.d. "televisione senza frontiere", oggi sostituita dalla direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (SMAV) – con lo scopo di facilitare la libera circolazione dei servizi in questione attraverso il ravvicinamento delle regole nazionali (artt. 53, par. 1, e 62 TFUE).

La direttiva SMAV rimane al momento l'unico strumento normativo dell'Unione espressamente dedicato alla disciplina dei *contenuti* delle trasmissioni televisive, essendo invece le direttive del cd. pacchetto Telecoms⁵ volte a regolare, quale immediato oggetto di disciplina, la trasmis-

⁴ Artt. 2-6, TFUE.

⁵ Fanno parte del "pacchetto": la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (2002/21/CE), c.d. "direttiva quadro"; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (2002/20/CE), c.d. "direttiva autorizzazioni"; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (2002/19/CE), c.d. "direttiva accesso"; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (2002/22/CE), c.d. "direttiva servizio universale"; la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel set-

sione di segnali su reti di comunicazione elettronica. Entrambe le misure, pur avendo un obiettivo diverso⁶, contribuiscono in parte alla tutela del pluralismo informativo⁷. Tuttavia, nessun atto normativo dell'Unione attualmente in vigore si preoccupa in maniera diretta di dettare regole uniformi in materia di proprietà dei mezzi di informazione di massa e del pluralismo informativo.

Va subito messo in luce che la questione relativa alla fattibilità, dal punto di vista tecnico-giuridico, ed utilità, dal punto di vista politico, di un siffatto ulteriore intervento normativo si pone da tempo, rivelando un poco encomiabile *braccio di ferro istituzionale* tra il Parlamento europeo (da almeno due decenni convinto della necessità di una disciplina armonizzata⁸) e la Commissione europea. Quest'ultima, facendo leva sul suo monopolio di iniziativa legislativa quale risulta da una lettura non necessariamente condivisibile dei Trattati istitutivi⁹, al di là dei proclami e

tore delle comunicazioni elettroniche (2002/58/CE), c.d. "direttiva protezione dati". Le prime tre direttive sono state modificate dalla successiva direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009.

⁶ Per la SMAV, quello di facilitare la libera circolazione dei servizi di media audiovisivi nel mercato interno, provvedendo ad eliminare, attraverso l'intervento combinato dei principi dell'armonizzazione minima e del mutuo riconoscimento, le disparità tra le legislazioni nazionali nei settori oggetto di disciplina; per il pacchetto *telecoms*, come detto nel testo, la disciplina delle comunicazioni elettroniche.

⁷ V. il Preambolo della Direttiva, Considerando n. 8, e le disposizioni contenute al Capo V, dedicate ai "diritti esclusivi e ai brevi estratti di cronaca nella radiodiffusione televisiva".

⁸ Si tratta di un numero davvero elevato di prese di posizione, tutte cadute nel vuoto. Si vedano in particolare le Risoluzioni: del 20 gennaio 1994, sul Libro verde della Commissione "Pluralismo e concentrazione dei mezzi di comunicazione nel mercato interno"; del 16 febbraio 1995 sulla Società dell'informazione; del 15 giugno 1995, su Pluralismo e concentrazione nei mass media; del 20 novembre 2002 sulla concentrazione dei mezzi di informazione; del 4 settembre 2003 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2002), del 4 settembre 2003 sulla televisione senza frontiere, del 6 settembre 2005 sull'applicazione degli articoli 4 e 5 della direttiva 89/552/CEE (Televisione senza frontiere), modificata dalla direttiva 97/36/CE per il periodo 2001-2002; del 22 aprile 2004 sui rischi di violazione, nell'UE e particolarmente in Italia, della libertà di espressione e di informazione (articolo 11, paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali); del 25 settembre 2008 sulla concentrazione e il pluralismo dei mezzi d'informazione nell'Unione europea; del 25 novembre 2010 sul servizio pubblico di radiodiffusione nell'era digitale: il futuro del sistema duale; del 10 marzo 2011 sulla legge ungherese sui media; del 21 maggio 2013, sulla Carta dell'UE: stabilire norme per la libertà dei mezzi d'informazione in tutta l'UE.

⁹ Il TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, codifica oggi espressamente il principio per cui "un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i Trattati non dispongano diversamente". Va sin d'ora an-

della predisposizione di una serie di documenti di riflessione¹⁰ e libri verdi¹¹, nonostante le ripetute sollecitazioni del Parlamento europeo non ha mai inteso affrontare in maniera costruttiva il problema, bloccando in questo modo sul nascere ogni possibilità di intervento dell'Unione. Posizione, questa, tutt'altro che lungimirante, se letta alla luce delle note e diffuse difficoltà che il diritto dei cittadini ad un'informazione pluralistica ha incontrato e tuttora incontra in alcuni Stati membri.

Tuttavia, al di là delle considerazioni extra-giuridiche, evidentemente estranee a questo lavoro, il problema delle competenze dell'Unione, contro il quale ogni tentativo di giungere ad un intervento di *hard law* in questa materia si è ad oggi arenato, è tutt'altro che banale. Valutato (con un giudizio di insufficienza rispetto all'obiettivo di una seria tutela "integrata" del pluralismo informativo) lo stato attuale dell'ordinamento dell'Unione, le pagine che seguono saranno dedicate ad un tentativo di ricostruzione dei principi "costituzionali" capaci di fondare una politica europea in questo settore.

ticipato che la lettura che proporrò dell'art. 24 TFUE e del Reg. n. 211 del 2011 non è tale da mettere in discussione questo principio, in quanto comporta in ogni caso che la proposta di atto legislativo, richiesta dai cittadini, provenga dalla Commissione: tuttavia, nella nostra ricostruzione la Commissione sarebbe condizionata dalla iniziativa dei cittadini nel senso di dover giustificare la sua decisione di non procedere nel senso richiesto, con la conseguente possibilità, per i soggetti interessati, di chiedere al giudice dell'Unione di valutare la logicità, idoneità e congruità della motivazione. Si tratta, in altri termini, dello stesso sistema che, a mio modo di vedere, dovrebbe risultare da una lettura "democraticamente orientata" dell'art. 225 TFUE, concernente la c.d. "iniziativa sull'iniziativa" da parte del Parlamento europeo. Sul punto cfr. R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio istituzionale*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano 2002, 433 (ove si utilizza come case-study proprio la vicenda della mancata adozione di una direttiva in materia di pluralismo); E. BERNARD, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social*, in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL (cur.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, Strasbourg 2005, 365 ss; F. FERRARO, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 727 ss.

¹⁰ Il più recente di detti documenti, redatto dal Centre for Media Pluralism and Media Freedom presso l'Istituto Universitario Europeo, è dedicato alla questione delle competenze dell'Unione: cfr. *European Union Competencies in respect to Media Pluralism and Media Freedom*, Policy Report, Fiesole, January 2013.

¹¹ Cfr. il Libro verde della Commissione "Pluralismo e concentrazione dei mezzi di comunicazione nel mercato interno" (COM(94)0353), con il quale si prospettava (nel 1994!) la possibilità di un intervento normativo. Da ultimo, il Libro verde "Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori", Bruxelles, 24.4.2013, COM(2013) 231 final.

3. *Il pluralismo dell'informazione, principio generale del diritto dell'Unione europea*

È ampiamente noto che il pluralismo dell'informazione, come componente della libertà di informazione nel suo versante c.d. "passivo", è da tempo accolto nel novero dei principi generali del diritto UE e che lo stesso viene "ricostruito" dalla Corte traendo ispirazione dall'art. 10 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹² nonché dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹³. Estrema rilevanza, considerata anche l'assenza di un espresso richiamo nel testo della CEDU, riveste l'espressa codificazione del principio in questione nell'art. 11, n. 2, della Carta europea dei diritti fondamentali, ai sensi del quale "la libertà ed il pluralismo dei media sono rispettati"¹⁴.

Ovviamente, quanto appena esposto non comporta che sia possibile fondare sulle sole indicazioni contenute nella Carta la competenza dell'Unione ad intervenire con un atto legislativo per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di pluralismo informativo. Come è noto, in coerenza con un disegno generale di "irrigidimento" del sistema della

¹² È il caso di ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato un'interpretazione evolutiva dell'art. 10 CEDU (ed in particolare della seconda frase del primo comma e del secondo comma) tale da rimarcare, nonostante l'assenza di chiare indicazioni testuali, l'importanza del diritto di ognuno a ricevere un'informazione il più possibile pluralistica e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. Si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, E. KOWAREK, *Is Media Pluralism a Human Right? The European Court of Human Rights, the Council of Europe and the Issue of Media Pluralism*, in *Eur. Human Rights L. Rev.*, 2009, 395 ss.; R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, cit., 30 ss. I risultati della giurisprudenza della Corte sono riassunti, nella giurisprudenza più recente, nella sentenza *Centro Europa 7 and F. Di Stefano c. Italia*, del 7 giugno 2012 (ricorso n. 38433/09). V. anche, più in generale, l'*Issue Discussion Paper* del Commissioner for Human Rights del Consiglio d'Europa *Media Pluralism and Human Rights*, doc. CommDH (2011)43, Strasbourg, 6 dicembre 2011.

¹³ V. sul punto P. CARETTI, *Pluralismo informativo e diritto comunitario*, in *I diritti in azione*, M. CARTABIA (a cura di), Bologna 2007, 415 ss., spec. 423 ss., con riferimenti alle regole ed alle prassi in Germania, Francia ed Inghilterra.

¹⁴ F. DONATI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001, 100 ss.; G.E. VIGEVANI, *Il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa nella Carta dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2003, 1247 ss.; F. BARZANTI, *Brevi note sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di pluralismo dell'informazione*, in *Dir. un. eur.*, 2012, 461 ss. Nel più specifico contesto della disciplina del servizio pubblico radiotelevisivo, un riferimento al pluralismo dei media si rinviene anche nel Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica, adottato con il Trattato di Amsterdam.

distribuzione delle competenze tra Stati membri ed Unione, in sede di redazione del testo del Trattato di Lisbona si è inteso sottolineare a più riprese che le disposizioni della Carta “non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite dai Trattati”¹⁵.

In ogni caso, come prima accennato, detto intervento deve trovare una solida base giuridica nei Trattati istitutivi. Riteniamo peraltro che, pur in un regime delle competenze governato dal principio di attribuzione (art. 5 TUE), in linea teorica non sia difficile giungere a questo risultato. Infatti, pur assumendo il pluralismo informativo un indubbio valore “extraeconomico”, nondimeno pare possibile affermare che la disparità delle legislazioni nazionali in materia può incidere (negativamente) sul funzionamento del mercato interno. È plausibile sostenere, infatti, che le differenze esistenti tra le regole in vigore nei diversi Stati membri, ad esempio, in tema di limiti alla proprietà e controllo dei media ed il divieto per alcuni soggetti di controllare imprese operanti nelle comunicazioni di massa, comportino ostacoli alla libera circolazione dei servizi ed alla libertà di stabilimento, nonché alla libera circolazione dei capitali, favorendo il mantenimento di posizioni di forza nelle mani di operatori nazionali. Ad esempio, in alcuni Stati partiti politici o organizzazioni possono essere titolari di licenze, mentre in altri ciò è espressamente vietato¹⁶. Va aggiunto che la presenza, in un Paese membro, di situazioni di dominanza del mercato e di “conflitto di interessi” può scoraggiare un’impresa stabilita in un altro Paese membro, potenzialmente interessata a stabilirsi o investire i suoi capitali nel primo Stato.

Inoltre, per quel che concerne le regole in tema di posizioni lesive del pluralismo, va da sé che l’applicazione di criteri diversi nelle singole discipline nazionali della *media ownership* per qualificare simili posizioni possa avere l’effetto di limitare o ostacolare il diritto di un’impresa di stabilirsi in un Paese membro diverso da quello di origine. Se nel Regno Unito ed in Germania (ma anche nella per altri versi contestatissima disciplina ungherese!) il criterio che funge da parametro è quello dell’audience controllata da un singolo operatore¹⁷, in altri Paesi si se-

¹⁵ Art. 6, par. 1, secondo comma, TUE. Cfr. anche l’art. 52, par. 1, della Carta.

¹⁶ Cfr. Commission staff working paper “Media pluralism in the Member States of the European Union”, doc SEC (2007) 32, Bruxelles, 16 January 2007, 6.

¹⁷ Molto istruttiva, da questo punto di vista, è l’analisi effettuata dall’OFCOM il 31 dicembre 2010 in merito alla proposta (successivamente ritirata per motivi legati allo scandalo delle intercettazioni illegali) di News Corp di acquisire il controllo completo di BSkyB: in quell’occasione, il parametro di riferimento per le valutazioni (negative) in tema di *public interest* (pro-pluralismo) è stata la quota di audience dei programmi di

guono regole differenti: in Italia, il TUSMAR (D. lgs 31 luglio 2005, n. 177), all'art. 43, mantiene la soluzione di far riferimento a due parametri (la percentuale sul numero complessivo di canali e la percentuale del c.d. Sistema Integrato delle Comunicazioni nel suo complesso; "SIC") entrambi inefficaci: il primo è totalmente inespressivo del reale impatto sul pluralismo in tempi di conversione digitale del segnale e dunque di moltiplicazione dei canali; il secondo utilizza un "paniere" di risorse troppo ampio per assurgere a serio parametro di riferimento in cui valutare il livello effettivo di concorrenza e pluralismo nei diversi ambiti di attività che compongono il settore dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, e che non può nemmeno dirsi compensato (alla prova dei fatti) dal parallelo richiamo, nello stesso art. 43 TUSMAR, ai singoli mercati che lo compongono¹⁸. In altri Stati ancora, come la Grecia, il parametro è quello della percentuale azionaria all'interno del singolo canale¹⁹.

In quest'ottica di rinvenimento delle "basi giuridiche" adeguate per un eventuale intervento normativo dell'Unione, è il caso di ricordare inoltre che l'incidenza delle regole nazionali in tema di pluralismo dell'informazione sul funzionamento delle libertà economiche garantite dal Trattato non è estranea alla giurisprudenza della Corte di giustizia: da essa emerge da tempo che la tutela del pluralismo costituisce un'*esigenza imperativa* capace di giustificare misure nazionali che impediscono o limitano la libera circolazione dei servizi (sentenze 25 luglio 1991,

news and current affairs che il soggetto acquirente avrebbe raggiunto a valle dell'operazione. V. il testo in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/public-interest-test-nov2010/statement/public-interest-test-report.pdf>.

¹⁸ Ad oggi, infatti, l'AGCOM si è unicamente limitata ad individuare in modo del tutto generale ed astratto i mercati rilevanti nel SIC (del. 555/10/CONS), senza aver compiuto alcuna analisi di tali mercati né, tantomeno, accertare la sussistenza in essi di eventuali posizioni lesive del pluralismo. Anzi, gli unici due provvedimenti individuali adottati in vigore del TUSMAR (le delibere 70/11/CONS e 564/11/CONS) non solo hanno rimosso una misura asimmetrica precedentemente imposta, con delibera 136/05/CONS, a carico delle società RTI e Publitalia '80 in materia di raccolta pubblicitaria proprio al fine di evitare il trascinarsi di posizioni lesive del pluralismo in ambiente dtt, ma sono stati recentemente annullati, con sentenza Tar Lazio 6052/2012 del 23 maggio 2012, perché hanno "alterato le regole del gioco proprio nel momento in cui le misure regolatorie disposte dalla delibera n. 136 apparivano destinate a produrre pienamente gli effetti pro-concorrenziali originariamente prefigurati [...]".

¹⁹ V. la articolata ed esauriente ricerca svolta dalla Commissione europea dalla K.U. Leuven "Independent Studies on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk Based Approach", Leuven July 2009, rinvenibile in http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/study/final_report_09.pdf.

Gouda²⁰; 16 dicembre 2008, *Michaniki*²¹). Inoltre la Corte ha già sostenuto che le regole in tema di *ownership* possono costituire restrizioni alla libera circolazione dei capitali ed alla libertà di stabilimento (sentenza 21 ottobre 2010, *Idryma Tipou*²²). L'adozione di regole comuni comporterebbe, sul modello già acquisito, in questa materia, con la direttiva SMAV, la piena operatività delle regole del Trattato sul funzionamento del mercato interno, e dunque il divieto per gli Stati membri di applicare le proprie regole più restrittive ai servizi audiovisivi transfrontalieri, nonché allo stabilimento di imprese originarie di altri Paesi dell'Unione.

Come ben messo in luce dal *Groupe de haut niveau sur la liberté et le pluralisme des médias* nel Rapporto presentato alla Commissione nel gennaio del 2013²³, non va inoltre sottostimata (anzi, deve essere debitamente evidenziata) l'incidenza favorevole che l'accesso ad un sistema pluralistico di fonti di informazione produce per l'esercizio informato e consapevole dei diritti di partecipazione democratica, inclusi i diritti di voto riconosciuti nel contesto della cittadinanza europea (art. 22 TFUE). La legittimazione democratica dell'Unione è garantita, come si legge nel Rapporto, da diversi elementi, tra i quali gioca un ruolo essenziale la democrazia rappresentativa a livello dell'Unione, come previsto dall'art. 10 TUE. Essa è assicurata, in primo luogo, dal diritto accordato a tutti i cittadini europeo di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo. Ora, «*ce droit fondamental serait compromis si, dans un État membre, la liberté des médias était limitée ou si le pluralisme des médias n'était pas respecté car la population serait privée du droit de se forger une opinion en connaissance de cause*». Ne consegue che ogni irregolarità nel processo elettorale nazionale, «*y compris les restrictions au pluralisme et à la liberté des médias, a donc pour effet de compromettre le processus démocratique même de l'UE*». Al di fuori dello stretto ambito della cittadinanza europea, la stessa linea di ragionamento vale anche per le elezioni politiche nazionali, che portano alla composizione di maggioranze parlamentari (e dunque di governi) che determinano l'attività del Consiglio dell'Unione e del Consiglio europeo.

Posto quindi che, da un lato, né l'art. 7 TUE, né l'art. 11 della Carta possono fungere da base giuridica di un intervento legislativo, e che, dall'altro, sarebbe illusorio, per l'unanimità che richiede in sede di Con-

²⁰ Causa C-288/89, in *Raccolta*, p. I-4007.

²¹ Causa C-213/07, in *Raccolta*, p. I-9999.

²² Causa C-81/09, in *Raccolta*, p. I-10161.

²³ http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/HLG%20report_fr.pdf.

siglio, riferirsi alle “competenze sussidiarie” di cui all’art. 352 TFUE per fondare un intervento finalizzato alla tutela dei diritti umani, resta la possibilità di far ricorso alle disposizioni del Trattato che consentono un intervento di armonizzazione delle legislazioni nazionali allo scopo di garantire il funzionamento del mercato interno (art. 4 TFUE in connessione con gli artt. 23, 56 e 62 dello stesso Trattato). In base alle regole generali, detto intervento è consentito al legislatore dell’Unione qualora si ritenga che le disparità tra le legislazioni comportino restrizioni alle libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge che non è indispensabile che questi ostacoli si siano già concretizzati e siano stati quindi accertati, essendo sufficiente, secondo un giudizio prognostico di probabilità, che ciò possa in effetti verificarsi²⁴. L’esempio della direttiva TSF (ora SMAV) è indicativo: per alcune delle materie oggetto della sua disciplina sostanziale (ad esempio, quella delle comunicazioni commerciali) l’intervento di armonizzazione ha in effetti preso spunto dall’accertata presenza di ostacoli alla libera circolazione dei servizi audiovisivi provocati dalla disparità delle legislazioni nazionali (sentenza *Debauve*), mentre per altre la valutazione del legislatore dell’Unione ha “anticipato”, per così dire, problemi di oscuramenti o potenziali reazioni dello Stato di destinazione: basti citare la disciplina in tema di protezione delle produzioni europee e delle produzioni indipendenti (art. 16 e 17), quella in tema di diritto di rettifica (art. 28), di accesso ai brevi estratti di cronaca (art. 15) e così via. Anzi, assume grande rilevanza per la nostra analisi la circostanza che le regole citate da ultimo, quelle cioè che impongono ad ogni Stato membro di garantire che un’emittente stabilita nell’Unione possa avere accesso ad eventi di grande interesse pubblico trasmessi in esclusiva da un’emittente soggetta alla sua giurisdizione al fine di diffondere “brevi

²⁴ CGUE, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-11573 (“Direttiva sul Tabacco II”). Nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia si legge che le misure comunitarie di armonizzazione delle legislazioni nazionali devono essere *effettivamente* volte a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno, non essendo sufficiente la semplice constatazione di disparità nei contenuti delle medesime. In altri termini, le divergenze tra le normative nazionali giustificano il ricorso all’armonizzazione se queste siano tali da costituire ostacolo alle libertà fondamentali ed incidere direttamente sul funzionamento del mercato interno. Parimenti, il ricorso all’armonizzazione è possibile al fine di prevenire l’insorgere di ostacoli dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali. Tuttavia, il loro insorgere deve essere probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto lo loro prevenzione (v. da ultimo sentenza 8 giugno 2010, *Vodafone*, causa C-58/08, in *Raccolta*, 2010, p. I-4999, punto 32 ss.).

estratti di cronaca”, nella direttiva siano giustificate, dal punto di vista degli obiettivi da perseguire, dal “fine di tutelare la libertà fondamentale di essere informati” nonché di “assicurare la piena e adeguata protezione degli interessi dei telespettatori dell’Unione” (Direttiva SMAV, *Considerando* n. 55).

Quanto appena specificato porta a due riflessioni: in primo luogo, le esigenze di funzionamento del mercato interno, se pure rimangono sullo sfondo come necessaria giustificazione dell’intervento di armonizzazione (cfr. *Considerando* n. 11 della SMAV), soprattutto nella versione più recente della direttiva non sono esplicitate in maniera diretta e formale come giustificazione di ogni singolo intervento di armonizzazione delle legislazioni nazionali²⁵; in secondo luogo, la tutela della libertà di informazione – che in ogni caso la direttiva intende rafforzare, nel rispetto delle regole generali per cui ogni intervento di armonizzazione deve tendere alla più ampia protezione dei diritti fondamentali – non è estranea alla attuale disciplina dei servizi di media audiovisivi, avendo già trovato concreta consacrazione nella direttiva SMAV.

In definitiva, la natura *intrinsecamente transnazionale* dell’attività di diffusione di servizi audiovisivi mal si concilia con un approccio meramente nazionale alla soluzione dei problemi del pluralismo informativo. L’*empasse* che da lungo tempo blocca l’adozione di una nuova direttiva in tema di pluralismo dell’informazione appare motivata da problemi di volontà politica, piuttosto che, come invece si sostiene anche all’interno della Commissione, da questioni legate ai limiti delle competenze dell’Unione. Va da sé che in sede di definizione della disciplina applicabile alla materia audiovisiva, e dunque anche ai servizi audiovisivi, l’Unione è tenuta a rispettare non solo i principi generali in tema di esercizio delle competenze (sussidiarietà e proporzionalità) ma anche, in positivo, a dare conto delle peculiarità e dunque delle implicazioni *lato sensu* costituzionali del settore, conformando l’intervento regolamentare ai principi fondamentali codificati all’artt. 2 e 6 TUE (dignità, libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani) ed alla Carta dei diritti fondamentali (art. 11).

²⁵ Sia pure in un altro contesto, questo approccio è stato condiviso dalla Corte nella sentenza 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Rechnunhsbof e a. c. Österreichischer Rundfunk*, in Raccolta, 2003, p. I-4989, punto 41.

4. *L'insufficienza dell'attuale quadro antitrust e regolatorio dell'Unione europea*

Come si accennava, l'opportunità di un intervento normativo UE, che si occupi esplicitamente e direttamente del pluralismo informativo, non si rinviene solo nell'esigenza di armonizzazione del livello di tutela e di garanzie in materia (anche solo, come si diceva, per le ricadute che le disparità di disciplina riscontrabili nei diversi Paesi UE provocano sulla realizzazione del mercato interno), ma anche nell'inidoneità delle regole oggi applicabili nell'ordinamento dell'Unione ad assicurare l'effettivo rispetto del valore in questione che – come pure si diceva – assurge oggi nell'ordinamento UE a rango di principio generale²⁶.

Ciò vale in primo luogo per la disciplina *antitrust stricto sensu*. Ad esempio, le regole sulle concentrazioni tra imprese, che pure possono essere indirettamente di ausilio in quanto evitano fusioni o acquisizioni capaci di mettere a repentaglio il diritto all'informazione, si fermano dinanzi alla porta della tutela del pluralismo, come espressamente riconosciuto dall'art. 21, comma 4, del regolamento concentrazioni²⁷, ove si conferma la facoltà degli Stati membri di imporre controlli ulteriori per proteggere il pluralismo dei media. Dunque, può sostenersi che è lo stesso corpo di regole comunitarie in materia di concorrenza a riconoscere ed accettare, per così dire, l'*insufficienza* delle regole *antitrust* a garantire una efficace tutela di valori extra-economici quale la libertà di informazione.

Lo stesso vale per il sistema regolatorio, pure predisposto dal diritto UE. Si è già detto del limitato impatto della direttiva SMAV. È il caso ora di approfondire brevemente quello delle direttive in tema di comunicazioni elettroniche, anch'esse utili ma non determinanti per l'obbiettivo qui preso in considerazione. Infatti, il sistema attualmente contemplato dalle direttive del cd. "pacchetto Telecoms" è diretto alla progressiva deregolamentazione dei mercati interessati e ad un maggiore "affidamento" al libero gioco della concorrenza dei rapporti tra operatori di comunicazione elettronica; in quest'ottica, l'intervento regolatorio è così subordinato ad una serie di precondizioni stringenti che confinano l'intervento

²⁶ V. sul punto P.L. PARCU, E. BROGI, *Evolving Regulation of Media in Europe as an Instrument for Freedom and Pluralism*, in corso di pubblicazione in *Utilities Policy*, 2013.

²⁷ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("regolamento comunitario sulle concentrazioni"), in GU L 24, 29.1.2004.

della “mano pubblica” alle ipotesi eccezionali in cui i mercati soffrono di barriere all’entrata talmente strutturali da rendere del tutto improbabile una spontanea concorrenza. Inoltre, le direttive in parola si occupano prevalentemente dell’assetto competitivo dei (soli) mercati a monte delle infrastrutture e dei servizi trasmissivi e non anche (o quantomeno non in modo diretto) dei mercati a valle dei contenuti (i.e. il mercato televisivo e quello della raccolta pubblicitaria). In altri termini, se pure la regolazione attualmente in vigore produce indubbi benefici indiretti sul pluralismo informativo, garantendo – almeno nelle intenzioni – a qualsivoglia *newcomer* l’accesso a determinate infrastrutture e/o risorse essenziali alla diffusione dei servizi di media audiovisivi (emblematico il caso dell’emittente italiana *Centro Europa 7*²⁸), è altrettanto indubbio che le misure asimmetriche previste dal pacchetto Telecoms rinvengano il proprio obiettivo primario nello sviluppo concorrenziale del settore delle comunicazioni elettroniche (“è essenziale che gli obblighi ex ante vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema”; cons. 27 della direttiva quadro) e non anche nell’ulteriore (e più ambizioso fine) della promozione e tutela del pluralismo dell’informazione.

Un ulteriore (ma ancora limitato) ausilio può derivare dall’applicazione delle regole di *must carry*, vale a dire dagli obblighi di accesso a condizioni eque e non discriminatorie che possono essere imposti dagli Stati membri alle imprese che forniscono reti di comunicazione elettronica per la distribuzione di servizi di diffusione: come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in più occasioni²⁹, questa facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall’art. 31 della direttiva 2002/22/CE (“servizio universale”)³⁰, può essere esercitata dagli Stati membri in ma-

²⁸ La controversia si è notoriamente svolta su più fronti. I più significativi, anche per le affermazioni di carattere generale contenuti nelle sentenze, sono stati quello comunitario (sent. della Corte di giustizia del 31 gennaio 2008, causa C-380/05) e quello europeo (sent. della Corte europea dei diritti dell’uomo del 7 giugno 2012, caso 38433/09).

²⁹ Sentenze 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan-Europe*, in Raccolta, 2007, p. I-11135; 3 marzo 2011, causa C-134/10, *Commissione c. Belgio*, non ancora pubblicata in Raccolta.

³⁰ L’art. 31, par. 1. della direttiva «servizio universale» prevede quanto segue: «1. Gli Stati membri possono imporre obblighi di trasmissione ragionevoli, per specifici canali radiofonici e televisivi e servizi complementari, specialmente servizi di accessibilità destinati a consentire un accesso adeguato agli utenti finali disabili, alle imprese soggette alla loro giurisdizione che forniscono reti di comunicazione elettronica destinate alla distri-

niera da garantire obiettivi di politica culturale quali la tutela del pluralismo informativo. Ma anche in questo caso – a maggior ragione perché si tratta di una facoltà – siamo ancora lontani da una disciplina uniforme della disciplina del pluralismo dell'informazione.

Ne deriva l'insufficienza della regolamentazione a presidiare in modo compiuto ed efficace il pluralismo, in assenza, appunto, d'interventi di armonizzazione normativa al livello dell'Unione europea.

5. *L'urgenza di un intervento dell'Unione per l'armonizzazione delle regole nazionali in tema di pluralismo dell'informazione*

Tirando le fila di quanto sinora esposto, è possibile rispondere alla domanda da cui abbiamo preso le mosse nel modo seguente: anche nell'ordinamento dell'Unione, le specificità del settore audiovisivo ed i valori costituzionali che ne stanno alla base richiedono sia la tutela generale del diritto *antitrust*, sia quella speciale che solo un intervento di tipo legislativo può garantire. Concorrenza e regolamentazione, dunque: sussistendo – come detto – un'idonea base giuridica, la compiuta tutela del pluralismo e la sua più ampia promozione in ambito UE non possono prescindere dall'adozione di misure normative di armonizzazione delle legislazioni nazionali, essendo a ciò insufficienti gli interventi della autorità di regolazione e (tanto più) il libero gioco della concorrenza (come peraltro riconosciuto dall'art. 21 del reg. concentrazioni).

Più complessa, ovviamente, è la questione relativa all'individuazione delle soluzioni: premesso che l'intervento comunitario non può pretendere di affrontare tutte le varie questioni legate al pluralismo informativo, questo, nell'ottica di una armonizzazione "minima" che rispetti il più possibile le tradizioni costituzionali degli Stati membri, ed alla luce dei dati emersi nella prassi degli ultimi anni, dovrebbe prendere in con-

buzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico, se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale di ricezione di tali servizi televisivi o radiofonici. Tali obblighi sono imposti solo se necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale, definiti in modo chiaro da ciascuno Stato membro e se sono proporzionati e trasparenti.

Gli Stati membri sottopongono a riesame gli obblighi di cui al primo comma al più tardi entro un anno dal 25 maggio 2011, tranne nei casi in cui gli Stati membri abbiano effettuato tale riesame nel corso dei due anni precedenti.

Gli Stati membri sottopongono a riesame gli obblighi di trasmissione con periodicità regolare".

siderazione, in primo luogo, la questione dell'indipendenza delle autorità nazionali³¹, peraltro già oggetto della disciplina delle comunicazioni elettroniche come riformata nel 2009 (cfr. direttiva quadro, artt. 3, co. 3 *bis*³²), nonché della direttiva sulla tutela dei dati personali³³; in secondo luogo, la questione delicatissima dell'individuazione di parametri capaci di porre un freno alle posizioni lesive del pluralismo, con uno sforzo di aggiornamento che tenga in debito conto le possibilità offerte dal contesto digitale; infine, l'indicazione di regole comuni in tema di libertà dei media da influenze esterne, ed in particolare in tema di incompatibilità tra il controllo di società che operano nel campo dei media e lo svolgimento di attività *lato sensu* politiche.

Come anticipato, un'iniziativa di armonizzazione sul tema della proprietà dei media fu promossa dalla Commissione già nei primi anni novanta³⁴: tuttavia, una proposta di direttiva non fu mai formalmente pre-

³¹ In verità un timido riferimento all'indipendenza delle autorità di regolamentazione operanti nel settore audiovisivo si rinviene anche nell'art. 30 della direttiva SMAV, nonché nel suo Preambolo, ma la soluzione di compromesso che ha portato alla stesura del testo finale dell'articolo ne ha ridotto le potenzialità e quindi l'impatto sugli ordinamenti nazionali (cfr. sul punto R. MASTROIANNI, *The Audiovisual Media Services Directive: Monitoring Compliance Through Member States' Independent National Regulatory Bodies*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, III, 2197 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la natura "convergente" della nostra AGCOM rende la questione del tutto ipotetica.

³² Cfr. art. 3, par. 3, della Direttiva 2002/20/CE (c.d. "direttiva quadro), come modificata dalla direttiva 2009/40/CE: "Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati" (GU L 337 del 18/12/2009 pag. 37-69).

³³ Cfr. art. 28, par. 1, della Direttiva 95/46/CE, intitolato «Autorità di controllo», ove si dispone quanto segue: «Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri. Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite».

³⁴ Sull'infruttuoso tentativo di intervenire con una direttiva di armonizzazione delle legislazioni europee in materia di proprietà dei media si vedano V. SALVATORE, *Il diritto comunitario antitrust nel settore dell'emittenza televisiva. Cronaca di una disciplina annunciata*, in *AIDA*, IV-1995, 153 ss.; A. HARCOURT, *EU Media Ownership Regulation: Conflict over the Definition of Alternatives*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, 369 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle attività televisive: recenti sviluppi in tema di tutela del pluralismo e la revisione della Direttiva "televisione senza frontiere"*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVIII, *Informazione e Telecomunicazione*, Padova 1999, 475 ss.; D. WARD, *The European Union Democratic Deficit and the Public Sphere: An Evaluation of EU Media Policy*, Amster-

sentata, rendendo così impossibile lo svolgimento dell'iter legislativo dell'Unione. Sono rimaste ad oggi senza esito le reiterate richieste di intervento da parte del Parlamento europeo, da ultimo nelle citate Risoluzioni del 10 marzo 2011, dedicata al delicato caso ungherese, e del 21 marzo 2013, dedicato al Rapporto tra la Carta dei diritti e la libertà dei media. Senz'altro deludente è stata la risposta (meglio, la mancata risposta) della Commissione, anche se di recente la questione sembra aver ricevuto nuova linfa con la creazione, nel settembre 2011, di un Gruppo di alto livello (*Groupe de haut niveau sur la liberté et le pluralisme des médias*) richiesto di fornire raccomandazioni in materia di rispetto, sostegno e promozione della libertà e del pluralismo dei media e la successiva apertura di una procedura di consultazione pubblica. In particolare, la Commissione ha invitato il gruppo ad analizzare e fornire raccomandazioni sulle seguenti questioni: le limitazioni alla libertà dei media causate da interferenze politiche (intervento statale o legislazione nazionale); le limitazioni all'indipendenza dei media causate da interferenze private e commerciali; la questione della concentrazione della proprietà dei media e le relative conseguenze sulla libertà e il pluralismo degli stessi nonché sull'indipendenza dei giornalisti; le minacce giuridiche esistenti o potenziali alla protezione dei diritti dei giornalisti e alla loro professione negli Stati membri; il ruolo e l'indipendenza delle autorità di regolamentazione; le misure esistenti o potenziali a favore del giornalismo di qualità, dell'etica e dell'affidabilità dei media nell'ambito delle competenze delle rispettive autorità nazionali, dell'Unione e internazionali³⁵.

Il Gruppo ha risposto positivamente alle questioni poste in tema di competenza dell'Unione: nella prima delle Raccomandazioni adottate nel suo Rapporto conclusivo, prima citato, ha precisato che «*L'UE devrait être considérée comme compétente pour protéger activement la liberté et le pluralisme des médias au niveau des États afin de garantir la substance des droits accordés à ses habitants par les traités, notamment les droits à la libre circulation et à la démocratie représentative. Le lien entre la liberté et le pluralisme des médias et la démocratie européenne, en particulier, justi-*

dam/Washington, 2002, 78 ss.; R. CRAUFURD SMITH, *Rethinking European Union Competence in the Field of Media Ownership: The Internal Market, Fundamental Rights and European Citizenship*, in *Eur. L. Rev.*, 2004, 652 ss.; ID., *European Community Media Regulation in a Converging Environment*, in NIAMH NIC SHUIBHNE, *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar Publishing, 2006, 105 ss.; R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, cit., 51 ss.

³⁵ http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/hlg/index_en.htm.

fie que la compétence de l'UE soit plus étendue pour ces droits que pour d'autres consacrés par la Charte des droits fondamentaux».

L'auspicio è che i risultati raggiunti dal Gruppo siano tali da dare nuovo impulso ad un intervento normativo, superando gli ostacoli (politici, più che giuridici) che sinora hanno impedito il raggiungimento di risultati, con le conseguenze sotto gli occhi di tutti. Deludente appare, ancora una volta, la risposta della Commissione, che si è limitata ad aprire due nuove consultazioni pubbliche, svoltesi nel 2013. La prima³⁶ invitava gli interessati ad esprimersi su temi come la competenza dell'Ue in fatto di protezione della libertà dei media, i ruoli delle autorità pubbliche e l'autoregolamentazione o la protezione delle fonti giornalistiche in Europa, con lo scopo di consentire alla Commissione di stabilire se esista un ampio consenso per un intervento a livello dell'Unione nei settori disciplinati dai trattati. Obiettivo della seconda³⁷ è invece assumere informazioni in merito alla necessità ed alle modalità di un intervento finalizzato a garantire l'indipendenza dei regolatori dei media audiovisivi, in particolare se quest'ultima possa essere rafforzata attraverso una revisione dell'articolo 30 della direttiva sui servizi di media audiovisivi.

La procedura di consultazione, aperta nel marzo 2013, si è chiusa nel luglio successivo³⁸. Nessuna decisione è stata ancora assunta dalla Commissione europea.

6. *L'Iniziativa dei cittadini sul pluralismo dei media*

In questo contesto, considerata la difficoltà di agire secondo gli schemi tradizionali e, nel contempo, la gravità della situazione della libertà dei media in alcuni Paesi membri, si è ritenuto utile far ricorso al nuovo strumento della iniziativa dei cittadini. Come è noto, si tratta di un istituto di democrazia partecipativa introdotto dal Trattato di Li-

³⁶ <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/public-consultation-independent-report-hlg-media-freedom-and-pluralism>.

³⁷ <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/public-consultation-independence-audiovisual-regulatory-bodies>.

³⁸ Per i risultati v. il sito web della Commissione europea, in particolare: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-independent-report-hlg-media-freedom-and-pluralism—read-contributions> per la prima consultazione e <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-independence-audiovisual-regulatory-bodies-read-contributions> per la seconda. In entrambi i casi, va stigmatizzata l'assenza dei contributi del Governo e dell'Autorità di regolamentazione italiana (AGCOM).

sbona³⁹, grazie al quale un numero elevato di cittadini europei (non meno di un milione), appartenenti ad almeno sette diversi Paesi membri, può chiedere alla Commissione di presentare una nuova proposta legislativa in materie che rientrino nella competenza dell'Unione e che si ritiene necessitino di una disciplina comune al livello europeo.

Il Regolamento n. 211 del 2011, nel quale si rinvengono le regole di dettaglio per il funzionamento del nuovo istituto, configura una procedura che si articola in varie fasi. Essa prende le mosse dalla costituzione di un comitato di organizzatori, composto da almeno sette persone, cittadini dell'Unione residenti in almeno sette Stati membri (art. 3); successivamente, la presentazione della proposta alla Commissione ai fini della registrazione dell'iniziativa e la sua decisione entro due mesi in merito alla sua ammissibilità (art. 4, par. 2, nel quale si chiede alla Commissione di verificare, *inter alia*, che la proposta d'iniziativa dei cittadini "non esula manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati"); quindi, la raccolta delle dichiarazioni di sostegno entro un anno dalla registrazione (artt. 5-7); ancora, la verifica della regolarità delle dichiarazioni da parte delle autorità nazionali competenti (art. 8) e la presentazione della proposta alla Commissione (art. 9); infine, la decisione della Commissione entro tre mesi (art. 10, par. 1), con la possibilità di audizione del comitato presso il PE prima che la decisione venga presa (art. 11).

In ragione delle già evidenziate difficoltà di rinvenimento della base giuridica dell'intervento dell'Unione, l'iniziativa sul pluralismo dei media presceglie l'approccio "mercato interno" di cui si è discusso in precedenza. Come si legge nel testo della proposta, infatti, l'Unione Europea può esercitare le sue competenze ogni qualvolta il corretto funzionamento del mercato interno venga influenzato negativamente dall'esistenza e dall'applicazione di disposizioni nazionali divergenti negli ambiti di competenza non espressamente esclusi dai trattati istitutivi. Inoltre, un sufficiente grado di indipendenza degli organi di controllo dei media è una precondizione non solo alla libertà di stampa e in modo più ampio alla libertà di espressione, ma anche al corretto funzionamento del mercato interno in quanto un'eccessiva ingerenza sulla loro attività non è compatibile con condizioni di mercato affidabili.

L'Iniziativa sottolinea dunque che un'analisi delle disposizioni nazionali sulla proprietà dei mezzi di comunicazione di massa mette in luce

³⁹ Cfr. artt. 11 TUE e 24 TFUE.

l'esistenza di parametri differenti per definire le posizioni pregiudizievoli al pluralismo (numero di canali controllati, risorse, *share*). Inoltre, viene evidenziato che le varie legislazioni nazionali europee adottano soluzioni alquanto diverse per combattere le posizioni pregiudizievoli al pluralismo, e sono provviste di norme divergenti in materia di incompatibilità tra attività politica e proprietà o controllo dei mezzi di comunicazione ("disqualified persons"). Infine, mentre alcuni Paesi membri impongono obblighi di comportamento per garantire sia la trasparenza della proprietà dei mezzi di comunicazione, sia la trasparenza finanziaria, altri non hanno ancora adottato tali regole. Come prima evidenziato, queste differenze sono tali da pregiudicare il funzionamento del mercato interno, ostacolando la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione (art. 56 TFUE), e allo stesso tempo mettono a rischio la libertà di espressione e d'informazione tutelate dall'articolo 10 della Convenzione europea sui diritti umani (CEDU) e dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In conclusione, l'Iniziativa sostiene che la presenza di un mosaico di regolamentazioni nazionali diverse e il fatto che in ogni Paese membro i mezzi di comunicazione, in particolare quelli di servizio pubblico, subiscano la pressione della politica, scoraggia le aziende a entrare in nuovi mercati, in particolare qualora i soggetti detentori di azioni in un'impresa impegnata nelle comunicazioni di massa occupano anche una posizione di rilievo sulla scena politica. A detta degli organizzatori, quanto ora esposto giustifica la piena competenza dell'Unione nell'intervenire attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali (art. 26, 50 e 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Nel rispetto dei principi generali, nel dar forma a queste nuove disposizioni, l'Unione sarà tenuta a riconoscere la massima tutela dei diritti fondamentali, e in particolare della libertà di informazione come tutelata dall'articolo 11 della Carta.

È per le ragioni sopra menzionate che i proponenti l'Iniziativa ritengono necessaria l'armonizzazione delle norme sulla protezione del pluralismo dei media. Tali norme dovranno ovviamente essere concepite e redatte in maniera tale da tenere in debita considerazione le caratteristiche specifiche dei mezzi di comunicazione di massa rispetto all'informazione diffusa attraverso i nuovi media diffusi su base individuale, sul modello della legislazione differenziata già adottata per la Direttiva sui Servizi di Media Audiovisivi (2010/13/UE).

Nelle intenzioni dei proponenti, con pieno rispetto del principio di

sussidiarietà, la revisione proposta della Direttiva AVMS (o l'adozione di una nuova direttiva) dovrebbe optare per un'armonizzazione minima delle regole nazionali. Seguendo il modello della Direttiva AVMS, la nuova disciplina dovrebbe includere solo le norme comuni necessarie al raggiungimento degli obiettivi sopracitati, senza impedire l'adozione di norme più severe o più dettagliate da parte dei legislatori nazionali. Il principio base, dunque, dovrebbe essere il seguente: *“Gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per assicurare il pluralismo e l'indipendenza del settore dei media audiovisivi. Gli Stati membri interdiranno la creazione e il mantenimento di posizioni dominanti all'interno del mercato dei media e dei mercati collegati”*. Una norma specifica dovrà poi stabilire l'incompatibilità tra il settore dei media e l'attività politica (“conflitti di interesse” di membri dei Parlamenti europeo e nazionale così come di membri dei governi nazionali e della Commissione). Inoltre, norme chiare dovranno richiedere agli Stati membri di conferire ad autorità indipendenti i poteri necessari all'applicazione delle regole e, pertanto, garantire la loro indipendenza rispetto all'influenza economica e politica, sul modello di quanto già prescritto nella citata disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e della tutela dei dati personali.

La proposta ha superato la fase dell'ammissibilità, avendo quindi la Commissione convenuto che essa non esula manifestamente dalle sue competenze. È dunque in atto la raccolta delle firme (la scadenza è il 19 agosto 2014). Qualora il numero minimo venisse raggiunto, il che è tutt'altro che scontato, si può presumere che la Commissione non troverà ragioni per non procedere alla presentazione di una formale proposta legislativa. Gli scenari possibili sono tuttavia diversi: nel primo, la Commissione adotta una proposta di direttiva, come richiesto dall'Iniziativa; nel secondo, la Commissione adotta un atto di diversa natura (non vincolante), contravvenendo alla richiesta formulata dall'Iniziativa ma comunque decidendo di intervenire nella materia qui in discussione. Nel terzo, la Commissione non adotta alcun provvedimento, motivando in una “comunicazione” la sua posizione negativa come richiesto dall'art. 10, par. 1, lett. c) del Regolamento.

Nel secondo e nel terzo scenario, si porrà probabilmente il problema delle eventuali reazioni a disposizione dei soggetti interessati (in particolare, il Comitato degli organizzatori) per contestare in giudizio la decisione della Commissione. In particolare, è possibile sottoporre il rifiuto di provvedere nella direzione richiesta dall'Iniziativa a scrutinio dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, attraverso l'impugnazione ex art. 263 TFUE dell'atto (la “comunicazione”) con il quale la Commis-

sione fa presente la sua intenzione di non darvi seguito, esponendone le motivazioni?

Volendo qui tentare un approfondimento di una questione alquanto complessa, ricordiamo, in via di premessa, che il Regolamento prevede che quando la Commissione riceve un'iniziativa dei cittadini ai sensi dell'art. 9 essa "entro tre mesi, espone in una comunicazione le sue conclusioni giuridiche e politiche riguardo all'iniziativa dei cittadini, l'eventuale azione che intende intraprendere e i suoi motivi per agire o meno in tal senso". La disposizione appena citata ha ricevuto diverse letture⁴⁰. In una prima valutazione della questione, si può sostenere che, in primo luogo, la denominazione dell'atto (una "comunicazione") non esclude la sua impugnabilità, in ragione dell'approccio sostanzialistico da sempre preferito dalla Corte di giustizia nella individuazione degli atti impugnabili: ciò che rileva è la capacità dell'atto in questione di incidere sulla sfera giuridica del soggetto che agisce, indipendentemente dal suo *nomen iuris*⁴¹. In secondo luogo, quanto alla legittimazione ad agire dinanzi al giudice dell'Unione con riferimento ad un soggetto privato quale il Comitato organizzatore valgono le regole di cui all'art. 263, par. 4, TFUE, in base al quale ad un tale soggetto è consentita l'impugnazione di "atti adottati nei suoi confronti": di certo la "comunicazione" ha come destinatario anche gli organizzatori, ai quali essa è *notificata*, per cui anche questa difficoltà ritengo possa essere ragionevolmente superata (art. 10, par. 2).

Precisato, infine, che la presenza di un obbligo di motivazione non può non avere come conseguenza la possibilità di richiedere al giudice un controllo della sua adeguatezza e congruità, riteniamo che, tra le varie posizioni espresse in dottrina, sia maggiormente convincente quella⁴² per cui la posizione espressa dalla Commissione possa essere sottoposta a scrutinio dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (più specificamente, dinanzi al Tribunale) per quanto concerne le "conclusioni giuridiche" che la Commissione è tenuta ad esporre (la sua conformità con il Trattato, la presenza di basi giuridiche adeguate, ecc.), mentre appare

⁴⁰ Nel senso del mantenimento del potere di iniziativa esclusivamente nelle mani della Commissione, la quale sarebbe totalmente libera di dar seguito o meno all'Iniziativa, cfr. P. PONSANO, *L'iniziativa citoyenne*, cit., 622 s.; in senso opposto, F. FERRARO, *Il nuovo istituto*, cit., 535 ss.

⁴¹ *Ex multis*, Corte di giustizia, 27 marzo 1980, causa 133/79, *Sucrimex e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1299. Per maggiori approfondimenti cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, 101 ss.

⁴² Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, 209 ss.

difficile sottoporre a scrutinio quelle di natura “politica”, relative cioè all’*opportunità* o meno di procedere con la presentazione di una proposta legislativa.

Non ritengo, infine, che questa soluzione contravvenga alla regola per cui la Commissione detiene il quasi-monopolio della proposta legislativa. Di certo, come prima ricordavo, il TUE oggi codifica il principio per cui “un atto legislativo dell’Unione non può essere adottato su proposta della Commissione, salvo che i Trattati non dispongano diversamente” (art. 17, par. 2). L’interpretazione qui accolta non incide su detta prerogativa, rimanendo la formale adozione della proposta esclusivamente nella mani della Commissione: tuttavia, si richiede a quest’ultima di esercitarla nel rispetto delle istanze rappresentate dai cittadini all’esito di una complessa procedura che coinvolge un numero elevato di soggetti interessati, ovvero di giustificare in maniera giuridicamente corretta il suo rifiuto di intervenire.

In definitiva, se pure questa soluzione mette in parte in discussione l’equilibrio istituzionale quale consolidatosi, ma in contesti storici e normativi diversi, nei rapporti tra le istituzioni europee, va pur tenuto presente che nessun equilibrio è immodificabile, in particolare quando si pretende di aumentare sensibilmente il tasso di democraticità del sistema nel suo complesso: in questa fase di diffuso scetticismo nei confronti dell’integrazione europea, un’iniziativa dei cittadini che non rischi di finire su un binario morto, ma sia accompagnata da una pur limitata garanzia di scrutinio giurisdizionale, aiuterebbe a realizzare un notevole passo in avanti nel senso del coinvolgimento “dal basso” delle istanze dei cittadini e dunque dell’“effetto utile” delle nuove istanze di democrazia partecipativa come riformulate e potenziate dal Trattato di Lisbona.

LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sulla legittimità costituzionale di una disciplina regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. – 3. Sulla competenza dell'Agcom. – 4. Sulla natura, i limiti e i soggetti passivi delle misure repressive delle violazioni. – 5. Lineamenti dello schema di regolamento approvato dall'Agcom. – 5.1. La promozione dell'offerta legale e l'educazione dei consumatori. – 5.2. L'*enforcement*. – 6. Sui rapporti tra procedimento amministrativo e procedimenti giudiziari.

1. *Premessa*

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) ha approvato, il 25 luglio scorso, uno schema di regolamento per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Conclusa da pochi giorni la consultazione pubblica, sono in corso le audizioni delle parti interessate. Una volta decorso il termine per il prescritto parere della Commissione europea, che perverrà a scadenza il 3 dicembre prossimo, e nell'auspicata ipotesi che da Bruxelles non vengano formulati rilievi suscettibili di incidere sull'iter del provvedimento, l'Agcom intende adottare il regolamento entro la fine dell'anno, così da consentirne l'entrata in vigore nei primi mesi del 2014.

Nel dibattito pubblico che ha fatto seguito alla delibera dell'Autorità sono emerse opinioni parzialmente dissonanti, contestandosi da parte di alcuni la stessa possibilità di disciplinare la materia, nell'ambito dei prin-

* Il lavoro riproduce e sviluppa la relazione al Seminario "Stampa editoria informazione", svoltosi a Napoli, il 14 ottobre 2013, in occasione della presentazione della terza serie della Rivista. La relazione è stata dunque svolta prima dell'adozione definitiva del regolamento da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che ha avuto luogo il 12 dicembre 2013.

cipi posti dalla normativa primaria, anche con l'intervento di una fonte subordinata. Si discute, poi, sulla spettanza in capo all'Agcom del potere di emanare regolamenti per la tutela del diritto d'autore non solo per quanto concerne i servizi di media audiovisivi, ma anche con riferimento alle comunicazioni elettroniche. Oggetto di controversia sono, infine, il contenuto e i destinatari delle misure che l'Autorità potrà adottare in presenza di accertate violazioni del diritto.

Da più parti è stato auspicato, inoltre, che il legislatore provveda ad adeguare la disciplina del diritto d'autore alla mutata realtà tecnologica. Si sostiene, in particolare, che la strada finora seguita delle modifiche parziali ed episodiche non sia consona alla complessità e alla rilevanza dei diritti e dei principi coinvolti, che vanno dalla libertà di manifestazione del pensiero al diritto di accesso a internet, dalla libertà di comunicazione al diritto alla riservatezza, dalla libertà di iniziativa economica al divieto di imporre prestazioni personali o patrimoniali con strumenti diversi dalla legge.

La mancanza di una revisione organica dell'impianto legislativo non incide, peraltro, sull'oggetto della nostra indagine. La disamina delle questioni poste deve essere infatti svolta alla stregua dell'attuale stato delle fonti, allo scopo di valutare se, a quali condizioni e in quali limiti l'intervento regolamentare dell'Autorità possa ritenersi conforme al diritto vigente.

2. *Sulla legittimità costituzionale di una disciplina regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*

La costituzionalità di una disciplina regolamentare in materia di diritto d'autore – che sia dettata, ovviamente, in attuazione di norme primarie – viene posta in dubbio sostenendo che dalla protezione del diritto stesso sulle reti di comunicazione elettronica potrebbero derivare limiti all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, e segnatamente della libertà di manifestazione del pensiero; limiti in relazione ai quali si fa riferimento al principio della riserva di legge.

Potrebbe obiettarsi, non senza ragione, che questo profilo riguarda solo relativamente l'Autorità, alla quale corre l'obbligo di verificare se vi siano norme primarie su cui possano saldamente fondarsi i suoi poteri regolamentari, senza che spetti ad essa stabilire se quelle norme siano o non siano conformi al dettato costituzionale. Non competerebbe certo all'Agcom, in effetti, disapplicare disposizioni di legge attributive ad essa

di funzioni sulla base del dubbio presupposto di una loro pretesa incostituzionalità; disposizioni che l'Autorità avrebbe al contrario il dovere di attuare fino alla loro espunzione dall'ordinamento secondo le prescritte procedure.

Ciò posto, dal richiamo alla libertà di manifestazione del pensiero non può comunque dedursi l'illegittimità dell'intervento del regolatore. L'indirizzo dottrinale nettamente maggioritario ravvisa infatti la sussistenza di una riserva di legge assoluta soltanto in relazione agli interventi repressivi della libertà di stampa, di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 21 della Costituzione. Laddove per le manifestazioni del pensiero diffuse con altri mezzi si ritiene fondatamente che ricorra il vincolo più attenuato della riserva relativa, la quale consente alla fonte secondaria di intervenire per integrare e specificare le previsioni di legge.

Vale tra l'altro considerare che incidono sulle modalità d'esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero, seppure in altro modo e con riferimento a fattispecie non esattamente comparabili, anche i poteri regolatori e sanzionatori conferiti dalla legge all'Agcom – e da essa esercitati senza contestazione alcuna – in materia di tutela del pluralismo sui mezzi di informazione.

Può essere infine ricordata, sebbene si riferisca a un diverso ordinamento giuridico, l'esperienza applicativa dell'art. 10, paragrafo 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nel quale è stabilito che l'esercizio della libertà di espressione può essere sottoposto a condizioni e a restrizioni previste dalla legge, qualora queste ultime costituiscano misure necessarie, tra l'altro, per la prevenzione dei reati e per la protezione dei diritti altrui. Ebbene, secondo la costante interpretazione di questa norma la riserva di legge in essa contemplata non esclude l'intervento di fonti secondarie, purché rechino previsioni normative sufficientemente univoche e determinate.

Credo pertanto che possa concludersi sul punto sostenendo senza incertezze la piena legittimità dell'intervento nella materia della fonte regolamentare, a condizione – s'intende – che le limitazioni poste all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti trovino il loro fondamento in norme di rango legislativo.

3. Sulla competenza dell'Agcom

Alla luce del chiaro disposto dell'art. 32-*bis*, comma 3, del decreto legislativo n. 177 del 2005, recante il testo unico dei servizi di media au-

diovisivi e radiofonici, non forma materia di dibattito la competenza dell'Agcom a emanare disposizioni regolamentari per garantire il rispetto del diritto d'autore da parte dei fornitori dei predetti servizi di media.

Quanto alle comunicazioni via internet, la legittimazione dell'Autorità deriva invece da un articolato complesso normativo, la cui coerenza e univocità consentono tuttavia, ad avviso di chi scrive, di dissipare con ragionevole certezza i dubbi da taluno sollevati al riguardo.

Un primo dato di carattere sistematico è offerto dalla competenza nella materia delle comunicazioni elettroniche attribuita all'Agcom dal relativo codice, di cui al decreto legislativo n. 259 del 2003, e dai poteri regolatori ad essa conferiti in via generale dalle leggi istitutive (n. 481 del 1995 e n. 249 del 1997).

Premessa questa più vasta cornice, viene innanzi tutto in evidenza l'art. 182-*bis* della legge sul diritto d'autore (n. 633 del 1941, come modificata, tra l'altro, dalla legge n. 248 del 2000), che assegna all'Autorità e alla SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze, funzioni di vigilanza intese a prevenire e ad accertare le violazioni. Oggetto della vigilanza è, in primo luogo, l'attività di riproduzione e duplicazione "con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto". Questa formulazione risulta tra l'altro coerente con il disposto dell'art. 13 della stessa legge, che disciplina il contenuto del diritto di riproduzione. Appare pertanto del tutto priva di fondamento, testuale e logico, ogni interpretazione volta a restringere ai soli supporti fisici, con esclusione di quelli digitali, lo spettro delle attribuzioni dell'Agcom.

La qualificazione dell'Agcom come autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore vale come presupposto ermeneutico delle disposizioni del decreto legislativo n. 70 del 2003, ossia del testo normativo primario che, recependo nel nostro ordinamento la direttiva europea sul commercio elettronico (2000/31/CE), ha radicato in capo all'Agcom stessa i poteri inibitori necessari per far cessare le violazioni poste in essere attraverso i servizi della società dell'informazione.

L'applicabilità del decreto legislativo all'argomento in esame si desume anzitutto dall'art. 4, comma 1, lett. a), laddove si statuisce che in materia di diritto d'autore si deroga al principio del Paese di stabilimento del prestatore del servizio, previsto dall'art. 3, commi 1 e 2. Il successivo art. 5 precisa quindi che – con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore – la libera circolazione di un servizio della società dell'informa-

zione può essere limitata, tra l'altro, "per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati" (comma 1, lett. a), quali le violazioni del diritto d'autore si configurano a mente del titolo III, capo III, sezione II, della citata legge n. 633 del 1941.

Gli artt. 14, 15, 16 e 17 intervengono poi a disciplinare la responsabilità del prestatore di servizi nell'esercizio delle attività di semplice trasporto ("mere conduit"), memorizzazione temporanea ("caching") e memorizzazione di informazioni ("hosting"), nonché i poteri ordinatori spettanti al riguardo alle competenti autorità. È previsto innanzi tutto che il prestatore non è soggetto a un obbligo generale di sorveglianza relativo alle informazioni che trasmette o memorizza, né a un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17, comma 1). Tuttavia, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi, egli è tenuto a informarne immediatamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, fornendo ad esse senza indugio le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del predetto destinatario con cui abbia accordi di memorizzazione dei dati (art. 17, comma 2). A loro volta, l'autorità giudiziaria e quella amministrativa – quest'ultima definita come "avente funzioni di vigilanza" agli artt. 14 e 15 e "competente" all'art. 16 – possono esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore impedisca le violazioni o vi ponga fine.

L'illustrazione del contenuto di queste norme e il loro inquadramento sistematico sembrano più che sufficienti a fare giustizia delle obiezioni formulate a proposito della competenza dell'Agcom. Il decreto legislativo n. 70 legittima pienamente l'intervento del regolatore, disciplinando in maniera compiuta gli obblighi che gravano sui prestatori di servizi. Esso istituisce, sulla scorta della direttiva europea, un doppio binario, apprestando ad alcuni diritti, fra i quali rientra il diritto d'autore, una tutela che va ad aggiungersi a quella giudiziaria – e non certo a sostituirla, si badi bene – allo scopo di reagire con maggiore tempestività ad illeciti le cui conseguenze si propagano con la rapidità propria delle comunicazioni in rete.

Non credo, in effetti, possano sussistere dubbi di sorta sul fatto che l'Agcom sia l'autorità amministrativa competente, avente funzioni di vigilanza. Lo è in via generale nella materia delle comunicazioni elettroniche; lo è più specificamente, alla stregua del citato art. 182-*bis* della legge n. 633 del 1941, con riferimento al diritto d'autore. Come s'è chiarito, del tutto fuori discussione è ugualmente il fatto che le violazioni del diritto

d'autore rientrano a pieno titolo fra le attività illecite di cui agli artt. 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003.

Non occorre quindi, se non *ad adiuvandum*, fare ricorso alla teoria dei poteri impliciti, che ha trovato significativa eco anche nella giurisprudenza amministrativa (v. Consiglio di Stato, sentenze nn. 5827/2005, 3352/2006 e 3503/2006). L'attribuzione all'Agcom del potere di ordinare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine alle violazioni del diritto d'autore comporta infatti, come inevitabile corollario, il conferimento alla stessa Autorità del compito di dettare le conseguenti disposizioni attuative. Disposizioni senza le quali il suddetto potere ordinatorio resterebbe, incongruamente, privo di ogni concreta possibilità di esercizio; e che sono necessarie, a tacer d'altro, per assicurare nell'ambito della procedura il rispetto del principio del contraddittorio.

4. *Sulla natura, i limiti e i soggetti passivi delle misure repressive delle violazioni*

Il contenuto degli ordini che possono essere impartiti dall'Autorità per impedire o per far cessare le violazioni del diritto d'autore sulla rete è indicato dallo stesso decreto legislativo n. 70 del 2003, agli artt. 15 e 16, in attuazione puntuale della direttiva europea sul commercio elettronico: si tratta della rimozione delle informazioni illecitamente diffuse ovvero della disabilitazione dell'accesso ad esse.

Il ricorso a queste misure deve rispondere ad alcuni criteri di carattere generale. Il primo canone è quello dell'adeguatezza, che è previsto in termini espliciti dalla direttiva europea sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione (2001/29/CE, art. 8) e che deve ovviamente connotare, pena la loro inefficacia, tutte le azioni dei pubblici poteri repressive degli illeciti. La stessa direttiva aggiunge che le sanzioni debbono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Negli stessi termini si esprime la direttiva cd. *enforcement* (2004/48/CE), secondo la quale le misure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive, nonché leali ed eque, non inutilmente complesse o costose. A sua volta, il decreto legislativo n. 70 stabilisce, all'art. 5, comma 2, che i provvedimenti limitativi della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione debbono essere necessari e proporzionati rispetto all'obiettivo che si prefiggono. Come s'è detto a suo tempo, il re-

quisito della necessità è richiamato anche nel citato art. 10, paragrafo 2, della CEDU a proposito delle misure restrittive dell'esercizio della libertà d'espressione.

Da ciò discende che nella scelta del provvedimento inibitorio occorre privilegiare, conformemente agli indirizzi della giurisprudenza europea, quello che consente di tutelare efficacemente il diritto d'autore incidendo nella minore misura sugli altri diritti coinvolti. La rimozione selettiva deve essere pertanto preferita, ove sia possibile, alla disabilitazione dell'accesso. Ciò accade in presenza delle violazioni riconducibili a siti i cui *server* sono ubicati sul territorio nazionale, qualora non siano pressoché esclusivamente dediti alla pirateria informatica e dunque ospitano, e non solo marginalmente, anche contenuti legali. È invece giocoforza ricorrere alla disabilitazione dell'accesso quando il *server* che ospita il sito è ubicato all'estero. In quest'ultima ipotesi, infatti, la rimozione selettiva potrebbe essere operata solo utilizzando tecniche di filtraggio delle comunicazioni non compatibili con recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Emerge da quanto detto in precedenza che la platea dei destinatari delle misure repressive è assai più ristretta di quella dei soggetti che possono concorrere nella violazione di un diritto d'autore. Rientrano infatti tra questi ultimi colui che immette in rete i contenuti protetti (*uploader*); il gestore della pagina internet e quello del sito su cui i contenuti vengono caricati; il prestatore di servizi, che mette a disposizione degli utenti i mezzi tecnologici necessari per accedere ai contenuti medesimi (*internet service provider*); infine, chi quei contenuti scarica su un proprio terminale o in uno spazio condiviso (*downloader*). Gli ordini dell'Agcom possono essere rivolti, invece, solo ai *provider*, come risulta espressamente dai più volte citati artt. 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003 e come discende, tra l'altro, dal fatto che solo i *provider* rientrano nel perimetro delle competenze regolatorie dell'Autorità.

5. Lineamenti dello schema di regolamento approvato dall'Agcom

L'intervento regolamentare dell'Agcom si fonda sulla persuasione che un'efficace lotta alla pirateria debba muoversi lungo due diverse direttrici: da un lato, la promozione dell'offerta legale di opere digitali e l'educazione degli utenti; dall'altro, l'accertamento e la repressione degli illeciti. Queste linee di azione sono ugualmente necessarie per tutelare in maniera adeguata il diritto d'autore sulle reti. La sola repressione non

può conseguire i risultati attesi se non si dà modo al consumatore di accedere lecitamente alle opere digitali senza difficoltà e a costi non eccessivi. E se non lo si convince nel contempo che scaricare illegalmente *file* protetti da diritto d'autore equivale in tutto e per tutto ad appropriarsi illegalmente dei supporti materiali – libri, dvd e quant'altro – che hanno i medesimi contenuti. Le stime del volume del consumo illegale in rete dimostrano, in effetti, quanto poco sia diffusa la consapevolezza del disvalore, morale e sociale, di queste condotte.

Il maggiore spazio dedicato agli strumenti di *enforcement* nel dibattito pubblico e in questo stesso intervento è quindi frutto della circostanza che solo su quel versante si registrano significativi dissensi, legati all'incidenza dell'azione dei pubblici poteri su altri diritti e su interessi economici spesso di rilevante entità.

5.1. La promozione dell'offerta legale e l'educazione dei consumatori

Coerentemente con queste premesse, lo schema di provvedimento si articola in due parti, la prima delle quali persegue appunto lo scopo di incoraggiare e favorire lo sviluppo e la diffusione dell'offerta legale di opere digitali, nonché di promuovere l'educazione degli utenti alla legalità.

In questo ambito deve ovviamente escludersi ogni ipotesi di adozione di misure autoritative, non solo con riferimento all'educazione dei consumatori, ma anche per quanto concerne la promozione dell'offerta legale, l'Agcom essendo sprovvista del potere di imporre vincoli all'autonomia contrattuale. La strada prescelta è stata pertanto quella dell'autoregolamentazione. A questo scopo è prevista l'istituzione, presso l'Autorità, di un apposito Comitato, composto dai rappresentanti delle categorie interessate e da quelli di organismi pubblici dotati di competenze in materia di diritto d'autore.

Lo schema di regolamento non si limita a stabilire gli obiettivi generali dell'azione del Comitato, ma si spinge a indicare alcuni specifici strumenti che potrebbero essere messi in campo attraverso l'intesa fra le parti. Si tratta, ai fini dello sviluppo dell'offerta legale, degli accordi collettivi di licenza e della rimodulazione delle finestre di distribuzione. Fra le misure di contrasto, si suggerisce l'analisi delle transazioni economiche e dei modelli di *business* connessi alla diffusione di contenuti digitali tutelati da diritto d'autore (cd. *follow the money*). Si prospetta, infine, l'adozione di procedure di reindirizzamento automatico delle richieste di accesso a opere digitali protette verso apposite pagine internet dedicate all'educazione alla legalità.

A riprova dell'importanza che l'Agcom annette al confronto con le categorie e con gli operatori del settore, al Comitato è affidato inoltre il compito di monitorare l'applicazione del regolamento, nonché di formulare ipotesi di modifica volte ad adeguarlo all'evoluzione dei mercati e a quella della tecnologia.

5.2. L'enforcement

Le procedure di *enforcement* sono ispirate dall'intento di coniugare efficienza e garanzia: da un lato, tempestività della risposta all'illecito, soprattutto in presenza delle violazioni più gravi, ed efficacia delle misure repressive; dall'altro, rispetto del contraddittorio, in modo da dare a tutti i soggetti interessati la possibilità di far valere compiutamente le loro ragioni.

Coerentemente con la natura di diritto soggettivo disponibile propria del bene protetto, è previsto innanzi tutto che l'Autorità intervenga solo a seguito di istanza presentata dal titolare del diritto stesso. A meno che l'istanza non risulti irricevibile, improcedibile, inammissibile o manifestamente infondata, gli uffici dell'Agcom avviano il procedimento, dandone comunicazione ai prestatori di servizi e, se rintracciabili, all'*uploader* e al gestore della pagina internet. Emerge da ciò il profilo spiccatamente garantistico della procedura, nella quale è consentito intervenire anche a soggetti che non figurano fra i possibili destinatari dei provvedimenti con i quali essa può concludersi. Tutti coloro che ricevono la comunicazione di avvio del procedimento possono infatti determinarne la cessazione adeguandosi spontaneamente alla richiesta di rimuovere l'opera digitale illecitamente diffusa. Hanno inoltre facoltà di presentare, entro un termine prestabilito, controdeduzioni in merito alla violazione contestata, allegando ogni utile elemento di prova.

Le esigenze di celerità sono soddisfatte mediante una serrata scansione dei termini procedurali, riferiti sia all'espletamento della fase istruttoria, sia all'adozione del provvedimento finale da parte del Consiglio dell'Autorità. Termini che vengono ridotti in maniera molto significativa quando i diritti di sfruttamento economico dell'opera digitale protetta appaiono suscettibili di essere più gravemente compromessi, alla luce del carattere massivo della violazione o dei tempi di immissione sul mercato dell'opera digitale stessa. L'Agcom ha inteso infatti dare priorità assoluta alla lotta contro le forme organizzate e sistematiche di pirateria e, più in generale, contro quelle suscettibili di recare maggiore nocimento al bene oggetto di tutela.

Il procedimento si conclude con una delibera di archiviazione ovvero con l'emanazione di un ordine di porre fine alla violazione accertata, rivolto ai prestatori di servizi a suo tempo destinatari della comunicazione di avvio del procedimento stesso. S'è già ricordato che il contenuto dell'ordine può consistere, secondo le circostanze, nella rimozione selettiva delle opere digitali illegalmente diffuse o nella disabilitazione dell'accesso ad esse. Lo schema di regolamento richiama al riguardo i criteri di gradualità e di proporzionalità delle misure restrittive, nonché i profili attinenti alla gravità della violazione e alla localizzazione del *server*. L'Autorità può inoltre ordinare ai *provider* di reindirizzare le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse illegalmente verso un'altra pagina internet, redatta secondo modalità indicate dall'Autorità stessa nel proprio provvedimento.

L'efficacia degli ordini impartiti dall'Agcom è rafforzata non poco dall'applicabilità, nel caso di inottemperanza, delle sanzioni pecuniarie previste in via generale dall'art. 1, comma 31, della legge n. 249 del 1997, che possono giungere, nel massimo, a 500 milioni di vecchie lire, ossia a circa 258 mila euro.

Specifiche norme riguardano, infine, la tutela del diritto d'autore nei servizi di media audiovisivi e radiofonici, in ordine ai quali, come detto, il relativo testo unico, di cui al decreto legislativo n. 177 del 2005, contempla espressamente il potere dell'Agcom di emanare apposite disposizioni regolamentari. Con riferimento ai predetti servizi non si registra la pluralità di soggetti che possono concorrere nelle violazioni, che si è visto essere propria, invece, della diffusione illegale di opere digitali via internet. In quanto responsabili editoriali dei programmi – mandati in onda, nel caso di servizi lineari, ovvero messi a disposizione degli utenti, nel caso di servizi a richiesta – i fornitori dei servizi medesimi sono pertanto gli unici destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, che anche in questa fattispecie trae origine da un'istanza del titolare del diritto.

Del tutto analoga è la disciplina intesa ad assicurare il rispetto del contraddittorio, essendo prevista, per il fornitore di servizi, la facoltà di presentare controdeduzioni. La decisione del Consiglio può consistere in un'archiviazione ovvero, qualora venga accertata la violazione del diritto d'autore, in una diffida dal trasmettere il programma, se si tratta di servizi di media lineari, o in un ordine di rimozione del programma dal catalogo, se si tratta invece di servizi di media a richiesta.

Quanto alle sanzioni pecuniarie applicabili nell'ipotesi di inottemperanza alle diffide e agli ordini da parte dei fornitori di servizi di media, lo

stato delle fonti presenta un quadro non del tutto univoco e soddisfacente. Per cominciare, il decreto legislativo n. 177 del 2005 contiene all'art. 51, recante sanzioni di competenza dell'Autorità, un richiamo all'art. 32-*bis*, concernente la tutela del diritto d'autore, che è frutto di un evidente errore materiale, in quanto la disposizione cui si intende fare riferimento è invece manifestamente quella dell'art. 32-*quinquies*, relativa alle rettifiche. Sgombrato il campo da questo mero disagio, resta, nello stesso testo unico del 2005, l'art. 1-*ter*, comma 8, che prevede specifiche sanzioni pecuniarie fino a un massimo di 150 mila euro per le violazioni, comprese quelle in materia di diritto d'autore, commesse attraverso trasmissioni transfrontaliere diffuse da fornitori di servizi che non hanno sede in Stati membri dell'Unione europea. A questi ultimi si applicano pertanto, piuttosto incongruamente, sanzioni più lievi di quelle cui vanno incontro i fornitori aventi sede sul territorio nazionale, i quali sono invece soggetti alla più severa disciplina, testé ricordata, di cui all'art. 1, comma 31, della legge n. 249 del 1997.

6. *Sui rapporti tra procedimento amministrativo e procedimenti giudiziari*

In ossequio al principio di alternatività tra il procedimento giudiziario e quello amministrativo sancito dal decreto legislativo n. 70 del 2003, e alla ovvia prevalenza del primo sul secondo, la procedura dinanzi all'Agcom non può avere inizio qualora per il medesimo oggetto e fra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria e cessa immediatamente ove l'autorità giudiziaria venga adita in un secondo momento.

Ai sensi dell'art. 182-*ter* della legge sul diritto d'autore, l'Autorità deve dare comunicazione delle violazioni accertate agli organi di polizia giudiziaria, per il compimento da parte di questi ultimi degli atti conseguenti all'acquisizione di una notizia di reato. In attuazione di questa norma, lo schema di regolamento prevede che la predetta comunicazione sia inoltrata nel caso di irrogazione di sanzioni pecuniarie conseguente all'inottemperanza agli ordini impartiti dall'Agcom.

Sembra utile sottolineare, a questo riguardo, che la previsione del predetto obbligo di comunicazione da parte della legge sul diritto d'autore prevale, in virtù del principio di specialità, sull'obbligo di denuncia sancito dal codice di procedura penale, all'art. 331, in presenza di notizie di reati perseguibili d'ufficio, quali le violazioni del diritto d'autore. Non potrebbero altrimenti svolgersi le attività ispettive previste dalla stessa

legge n. 633 del 1941 all'art. 182-*bis* e sarebbe parimenti vanificato il conferimento all'Autorità, da parte del decreto legislativo n. 70 del 2003, delle funzioni di repressione delle violazioni commesse via internet.

Sempre in tema di relazioni tra le due procedure, nel dibattito pubblico seguito alla pubblicazione dello schema di regolamento è stato adombrato persino il pericolo che l'Agcom possa finire per sostituirsi nella sostanza all'autorità giudiziaria, usurpandone di fatto le attribuzioni. È da sperare che si tratti di esasperazioni polemiche, attesa la palese inconsistenza di rilievi di questo genere. A prescindere da quanto detto poc'anzi riguardo all'alternatività fra il procedimento giudiziario e quello amministrativo, basta considerare che l'eventuale opzione per quest'ultimo non pregiudica ovviamente la possibilità di impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti adottati dall'Autorità. Il diritto di difesa in giudizio di cui all'art. 24 della Costituzione non rischia davvero di subire limitazioni – né si vede come ciò potrebbe accadere – a causa del regolamento per la tutela del diritto d'autore *on line* che l'Agcom si appresta ad adottare esercitando le competenze ad essa attribuite dalla vigente normativa primaria.

Manuel Gros
con l'aggiunta di note di Giuliano Serges

IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE DINNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO FRANCESE*

SOMMARIO: Premessa. – I. Difficoltà d'integrazione prima della consacrazione costituzionale: A. La generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principi ambientali; B. Assenza di contenuto e di definizione del principio di precauzione; C. Una consacrazione costituzionale nell'ambiguità semantica. – II. Una "invocabilità" in aumento, ma limitata: A. La difficile invocabilità diretta; B. La invocabilità indiretta; C. I limiti della ragione economica di Stato: precauzione, antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile e OGM nella giurisprudenza

* Il testo riproduce, con alcune modifiche, il contenuto della *Lectio magistralis* tenuta il 22 marzo 2013 all'Università degli Studi "Roma Tre" (Dipartimento di Giurisprudenza) da Manuel Gros, ed è stato tradotto e rivisto da Giuliano Serges, al quale vanno altresì attribuite le note precedute dalla sigla NDT. A tal riguardo, si deve precisare che in alcuni casi si è preferito non rendere in lingua italiana talune espressioni richiamate in nota e tratte dai lavori di altri Autori poiché, se da un lato tali citazioni non sono state ritenute coesenziali alla comprensione globale del testo, dall'altro si è voluto evitare che un "eccesso di traduzione" non consentisse al Lettore di cogliere il reale significato e le esatte sfumature del testo originale. Allo stesso modo talvolta non è stato tradotto il nome di alcune delle Istituzioni della Repubblica Francese richiamate nel testo (ad esempio: *Conseil d'État* o *Conseil Constitutionnel*), in questo caso per non incorrere nel rischio di indurre in confusione chi legge tra il soggetto francese e l'omologo (o omonimo) italiano.

Occorre infine segnalare che nel testo sono utilizzate alcune abbreviazioni d'uso corrente nella saggistica francese: AJDA, *L'actualité juridique. Droit Administratif*; BJDU, *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*; CAA, *Cour administrative d'appel*; CC, *Conseil Constitutionnel*; CE, *Conseil d'Etat*; *Concl.*, Conclusioni del *commissaire du gouvernement* o del *rapporteur public*; CJCE, *Cour de justice des communautés européennes*; D., Dalloz; *Dr. Adm.* opp. DA opp. RPD, *Droit administratif. Revue mensuelle du Juris-classeur administratif*; DC, *Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées*; JCP G, *La semaine juridique. Edition générale*; JOAN Q, *Journal officiel de l'Assemblée nationale. Questions réponses*; *Obs.*, osservazioni o commenti di dottrina; QPC, *Question prioritaire de constitutionnalité*; *Rec. CE*, *Recueil Lebon*; *Rec. Cons. Const.*, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*; *Rec. CJCE*, *Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*; *Rev. Adm.* opp. RA, *Revue adminis-*

Premessa

Quello del “principio di precauzione” è un concetto che, originariamente elaborato in ambito scientifico-ambientale, ha di recente trovato, con la nascita e la progressiva fortuna del c.d. “diritto dell’ambiente” (o “diritto ambientale”), una sua dimensione giuridica, dapprima in ambito internazionalistico e poi, non senza difficoltà, in molti degli ordinamenti nazionali. Ad oggi non ne esiste ancora una definizione univoca, come si vedrà nel corso della trattazione. Come ricorda Nicolas de Sadeleer il principio di precauzione – come anche quello di prevenzione, di cui diremo a breve – esprime un concetto apparentemente semplice «la cui comprensione sembra andare da sé, ma che ha tendenza a complicarsi mano a mano che si cerca di definirlo»¹. Vi è tuttavia sostanziale concordia nel riconoscergli una caratteristica fondamentale: quella di riposare su di un rischio potenziale dato da una incertezza scientifica. Più precisamente il principio di precauzione imporrebbe, stando a una generica definizione, che si non procedesse al compimento di un’azione, ovvero che si interrompesse un’azione già iniziata, allorquando il livello di incertezza scientifica relativo all’ambito in cui quell’azione si svolge o dovrebbe svolgersi non consenta né di escludere che possano prodursi dei danni, né tantomeno di conoscere quali sarebbero i danni che potrebbero prodursi, né – infine – di determinare se alcuni danni già realizzati siano dovuti a quell’azione. In ciò differirebbe dal c.d. “principio di prevenzione”, che invece muove dalla pretesa di una “certezza scientifica” – concetto di per sé piuttosto fumoso (come si vedrà *infra*, par. II, C), allorché in realtà può parlarsi, al limite, di una minore incertezza, ma non certo di una certezza – per la quale si possono conoscere quali danni potrebbero prodursi, ma non se effettivamente tali danni si produrranno².

trative; Dr. env. opp. RDE, Revue de droit de l’environnement; RDP, Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger; RJE, Revue Juridique de l’Environnement; TA, Tribunal administratif; TC, Tribunal des conflits. È in ogni caso possibile consultare l’elenco delle abbreviazioni utilizzate in ambito giuridico catalogate dal Syndicat national de l’édition (SNE) all’indirizzo internet www.sne.fr/img/pdf/SNE/Abr_principales_ref_matiere_juridique.pdf.

¹ N. DE SADELEER, *Les Principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles 1999, 227.

² Com’è stato notato anche dalla dottrina italiana, «il principio di prevenzione si differenzia dal principio di precauzione [...] in quanto, pur condividendo con esso il carattere anticipatorio rispetto all’eventuale verificarsi del danno, si applica a situazioni in cui il rischio ambientale in questione è scientificamente provato e non esiste solamente un mero principio di prova a sostegno dell’azione anticipatoria» (P. DELL’ANNO, E. PI-

In altri termini il principio di prevenzione, implica la messa in opera di regole e di azioni per anticipare qualunque pregiudizio all'ambiente, a fronte di un rischio già provato, mentre il principio di precauzione si impiega innanzi a un rischio solamente sospettato, rispetto al quale dimora una incertezza scientifica³.

La diffusione del principio di precauzione – come, d'altronde, del principio di prevenzione – è naturalmente legata alla diffusione della protezione dell'ambiente come bene da tutelare anche a livello giuridico⁴.

In questo senso, può dirsi che il vero e proprio “primo passo” dei vari Stati nel senso di una presa di coscienza mondiale per la protezione dell'ambiente è la Conferenza mondiale sull'ambiente umano, svoltasi a Stoccolma nel 1972. Tale conferenza, organizzata in seno alle Nazioni Unite, fu la prima edizione di quello che comunemente viene chiamato il “*Summit della Terra*”. Dal 1972 questi incontri mondiali hanno luogo ogni 10 anni, determinando degli apporti più o meno importanti in materia di protezione ambientale. Così, dopo Stoccolma ci furono Nairobi (1981), Rio (1992), Johannesburg (2002) e Rio+20 (2012).

La Dichiarazione di Rio, precipuamente dedicata alla protezione ambientale, proclama numerosi principi a favore della preservazione dell'ambiente naturale. Tra questi, uno dei più rilevanti è il principio di precauzione (Principio n. 15) – accanto ad altri grandi principi⁵ – che viene così presentato: «al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure ade-

COZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Volume 1, Padova 2012, 33 ss., 34). Si veda anche G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, Volume 3, Milano 2009, 131 ss.

³ Cfr. M. GROS, *Les principes de précaution et de prévention*, in M. GROS (a cura di), *Leçons de droit de l'environnement*, Paris 2013, 51, a cui sia consentito rinviare.

⁴ Per una ricostruzione della storia del diritto ambientale si veda L. BERTRAND, *Histoire et définition du droit de l'environnement*, in M. GROS, *Leçons*, cit., 7 ss.

⁵ Tra i quali possiamo richiamare, ad esempio, il principio di prevenzione (Principio n.11) e il principio di “internalizzazione” dei costi ambientali – o “chi inquina paga” – (Principio n. 16). Pure il principio di partecipazione dei cittadini ai temi ambientali e di accessibilità dell'informazione è menzionato nella Dichiarazione di Rio (Principio n. 10), anche se esso sarà meglio sviluppato in seguito con la Convenzione di Århus del 1998. Per una definizione di questi principi si vedano, nella dottrina italiana, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato*, cit., 33 ss.; G.L. ROTA, *Ambiente. Novità e applicazioni del D.lg. 152/2006 e normativa collegata*, Tomo I, II ed., Torino 2011, 439; L. PRATI, *Il danno ambientale e la bonifica dei siti inquinati*, Milano 2008, 43 e 61 ss.; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010. Sia consentito, infine, richiamare M. GROS, *Leçons*, cit., 41 ss.

guate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

Il principio di precauzione è oramai entrato a far parte del linguaggio corrente ed utilizzato soprattutto negli ambiti metereologico, sanitario, medico, ma anche sociologico, politico, financo sentimentale, al punto da perdere il suo contenuto originario.

Questi grandi principî ambientali hanno suscitato sin dall'inizio un dibattito relativo alla loro posizione all'interno dell'ordinamento giuridico.

Una scelta tra i due possibili approcci all'argomento ci consentirà di circoscrivere l'oggetto della trattazione.

Il primo approccio consiste nel considerare che i principî ambientali – il “diritto ambientale”, per semplificare – non abbiano autonomia giuridica, non costituendo essi un insieme autonomo di norme giuridiche, bensì una serie di regole da doversi integrare nel diritto interno dello Stato (o dell'Unione Europea, intesa come sistema giuridico integrato ovvero al quale obbligatoriamente conformarsi). Abbiamo già conosciuto, di recente, le deprecabili conseguenze, peraltro subito corrette dalla giurisprudenza, di pulsioni autonomiste di certe pretese discipline giuridiche “alla moda”, come il “diritto dello sport”. E tali pulsioni devono quindi serenamente essere scartate: il diritto ambientale fa parte integrante dell'ordinamento giuridico nel quale lo si vuole applicare, e nel caso particolare della Francia appartiene sia al diritto pubblico che al diritto privato.

Il secondo approccio consiste, invece, nel tentare di interrogarsi sul fenomeno giuridico ambientale dal punto di vista della sua “normatività”, cercando di collocarlo su di una scala crescente.

Si tratta di un approccio tipico della dottrina francese, consistente nell'inquadramento di un fenomeno giuridico sulla base di un “asse” (o di una “scala”) della normatività. Qui il termine “normatività” è utilizzato con un significato del tutto peculiare, e di conseguenza altrettanto peculiare è il significato che viene attribuito agli altri termini che compongono la suddetta “scala”: progetto, principio, norma, diritto, sino ad arrivare al “caso di apertura”. Poiché tale approccio, e il relativo uso terminologico, potrebbero non trovare piena corrispondenza nelle elaborazioni concettuali della dottrina italiana, ci accingiamo a illustrare, sia pur brevemente, i caratteri fondamentali della nostra “scala della normatività”.

Il primo gradino della scala è quello del “progetto”⁽¹⁾; esso attiene ad un

⁽¹⁾ NDT Ciòè della direzione teleologica che si intende perseguire e attorno alla quale si sviluppano i valori portanti che si ritengono ad essa coesenziali.

momento, per così dire, affettivo ed è espresso da uno o più individui. Attribuisce al “progetto”, ad esempio, il desiderio di una coppia che vuole vivere insieme, così come la situazione di convivenza tra più individui esige un trattamento egualitario tra essi. In materia ambientale, la celebre frase di Antoine de Saint Exupéry⁶ secondo il quale «noi non ereditiamo la terra dai nostri antenati, la prendiamo in prestito dai nostri figli»⁽²⁾ si pone, naturalmente, dal momento in cui essa è stata messa per iscritto, come “progetto”.

Condiviso da numerose persone, il progetto accede al secondo gradino della normatività, quello del principio. Il principio è, quindi, un progetto condiviso da molte persone. In questo senso il matrimonio è il principio sotteso al progetto della coppia di vivere assieme; il principio di eguaglianza della Rivoluzione collettivizza la situazione di convivenza; lo sviluppo sostenibile è un principio (assieme ad altri) sorto dal progetto di Saint Exupéry. Ma il principio – che è politico, così come il progetto è affettivo – non è ancora considerato una norma.

Il gradino della norma – secondo la tesi della “scala della normatività” – presuppone l’ingresso nella sfera giuridica e un minimo di effetti normativi, sia pur in termini generici: in altre parole, il principio richiede di essere, per così dire, “positivizzato”. Così il Preambolo della Costituzione del 1946 o la Costituzione della V Repubblica hanno fatto del principio di eguaglianza una norma. Ma neanche lo *status* di “norma” è sufficiente a conferire l’effettività; è necessario, infatti, attribuire alla norma una capacità, per così dire, oppositiva.

Questa “opponibilità” si ritrova in un altro gradino della scala della normatività, quello del passaggio allo stadio di “diritto”, nel senso di diritto soggettivo, descritto da René Capitant⁷, in sostanza, come un principio al quale sia associata una azione che permetta di far rispettare quel principio stesso, sanzionandone le violazioni. Il principio di eguaglianza accede, così, allo *status* di diritto soggettivo: ad esempio, nell’ambito

⁶ Attribuita egualmente a Léopold Sédar Senghor, che l’aveva senz’altro presa in prestito, a sua volta, da un proverbio Masai, come Saint Exupéry l’aveva verosimilmente presa in prestito da un proverbio indiano del Sud-America («la terra non è un dono dei nostri genitori, sono i nostri figli che ce la prestano»).

⁽²⁾ NDT La frase è, ormai, notissima anche in Italia, essendo stata utilizzata dall’attore Roberto Benigni in una celebre intervista rilasciata al compianto giornalista Enzo Biagi il 10 maggio 2001 per la trasmissione televisiva “Il Fatto”, su Raiuno. In quell’occasione, infatti, Benigni affermò: «l’abbiamo in prestito, questo mondo, dai nostri figli, non ce l’abbiamo in eredità dai nostri padri. Ce l’abbiamo in prestito. E allora, ai nostri figli, ai bambini, gli dobbiamo far trovare una cosa per la quale dire: “oh, t’abbiamo voluto bene, t’abbiamo amato”».

⁷ 1901-1970, Professore di diritto e uomo politico francese.

della responsabilità oggettiva, con la celebre decisione del *Conseil d'État* «*Couitéas*»⁸. Le recenti discussioni in Francia sulla “opponibilità” del diritto all'alloggio mostrano egregiamente come labile sia il confine tra norma, diritto e opponibilità.

Ma i gradini della normatività sono ancora molteplici; solo all'ultimo vi troviamo il “*cas d'ouverture*”⁽³⁾, che costituisce la versione tecnica finale della normatività; è un principio (per esempio l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi) che ha superato con successo tutte le tappe della scala per essere infine riconosciuto come argomento (su di un piano sociologico), come mezzo (in termini procedurali) e come situazione tutelabile (nel caso di specie con un ricorso per eccesso di potere) e condurre all'annullamento di un atto di amministrativo che l'abbia violato. Così, per rimanere nell'esempio del principio di eguaglianza, la decisione «*Société des concerts du conservatoire*»⁹ consacra l'ammissione del principio di eguaglianza (nei confronti dei servizi pubblici) allo stadio di situazione tutelabile.

Il principio di precauzione, come indica il suo nome, è un principio, e si pone, naturalmente la questione di sapere se sia già divenuto una norma, un diritto, financo un mezzo d'annullamento (e quindi un “*cas d'ouverture*”) nel diritto francese.

La questione alla quale ci interesseremo è, dunque, quella della sua “normatività”, intendendosi tale termine nel senso peculiare che abbiamo sopra illustrato.

Essa include, allo stesso tempo, il valore giuridico del principio e la sua portata. Quest'ultima, in materia di contenzioso, può tradursi con un neologismo: la “invocabilità” effettiva.

Prima di sviluppare gli elementi evolutivi, come anche i limiti della sua pretesa invocabilità contenziosa, bisogna tuttavia preliminarmente illustrare le difficoltà d'integrazione nel diritto francese che incontra il principio in esame, malgrado la sua recente consacrazione costituzionale.

⁸ *Conseil d'État* 30 novembre 1923 *Couitéas*, R. 789.

⁽³⁾ NDT Espressione di difficile traduzione. Letteralmente “caso di apertura”. La traduzione forse più vicina al significato reale sarebbe “pretesto d'attivazione” (della tutela giurisdizionale). Si tratta, in pratica, della situazione concreta tutelabile, ovverosia dell'ipotesi, della fattispecie, concreta e autonoma, tale da far attivare, da sola e direttamente, la tutela giurisdizionale. In questo senso, quindi, si può parlare di “caso di apertura”: di un “progetto”, divenuto principio e poi tradottosi in una norma giuridica, che consente, giunto alla sua massima evoluzione, di attivare la tutela giurisdizionale dinanzi ad un caso concreto nel quale entra in gioco. Esso diventa, in altri termini, un autonomo “caso” (pretesto) con cui “aprire” (attivare) la tutela giurisdizionale.

⁹ *Conseil d'État* 9 marzo 1951, R. 151.

I. Difficoltà d'integrazione prima della consacrazione costituzionale

Il principio di precauzione, al di là di una generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principî ambientali (A), ha sofferto precipuamente, come già accennato, di una sua carenza contenutistica e definitiva (B) prima di conoscere non ostante ciò, e sia pur con una ambiguità semantica, una consacrazione costituzionale (C).

A. La generale difficoltà d'inserimento nel diritto francese dei principî ambientali

La questione dell'integrazione dei principî ambientali, come il principio di precauzione, nella gerarchia delle norme conosce nel diritto francese tre difficoltà. La prima è esogena ed attiene all'instabilità del diritto pubblico interno francese (1). Le altre due sono endogene e scaturiscono dalla natura stessa di questi principî, sorti da *soft law*⁽⁴⁾ (2), e dalla loro ispirazione collettiva, se non addirittura, per così dire, "collettivista" (3).

1. I principî ambientali devono integrarsi con un diritto instabile

I principî ambientali hanno una certa vocazione a integrarsi nel diritto interno, più generalmente nel diritto pubblico e, di fatto, nel diritto amministrativo. Ora, quest'ultimo è, dalla seconda metà del XX secolo, divenuto un diritto instabile. Senza cercare le cause dell'instabilità – natura giurisprudenziale delle regole adattata ad una amministrazione che svolge funzioni soprattutto "regaliane"⁽⁵⁾; problemi dati dalla cosiddetta

⁽⁴⁾ NDT La dottrina francese – e l'Autore di questo testo non fa eccezione – preferisce usare l'espressione "*droit mou*" che è, per l'appunto, la traduzione letterale di "*soft law*". La dottrina italiana, invece, usa normalmente l'espressione inglese, mentre è davvero raro (seppur non impossibile) trovare l'equivalente italiano "diritto morbido". Per agevolare il lettore italiano, a cui questo scritto è destinato, abbiamo dunque preferito usare, nel corpo del testo, l'espressione "*soft law*".

⁽⁵⁾ NDT L'espressione "funzioni regaliane" è un francesismo, da "*fonction régaliennes*". Come spiega M. LAKEHAL, *Dictionnaire de science politique. Les 1500 termes politiques et diplomatiques pour rédiger, comprendre et répondre au discours politique*, Paris 2007, 180 «le funzioni regaliane sono le funzioni sovrane che lo Stato non può trasferire ad alcuna istituzione privata: giustizia, polizia, moneta, difesa nazionale, debito pubblico» e si distinguono, ad esempio, dalle "funzioni tutelari" che sono «tutte le attività di educazione, sanità, trasporti, piaceri assicurati totalmente o parzialmente dallo Stato perché il mercato non le soddisfa o non le soddisfa sufficientemente».

codificazione “a diritto costante”⁽⁶⁾, che di solito complica le cose più di quanto non pretenderebbe semplificarle; inflazione quantitativa di nome; inadeguatezza – la constatazione di tale instabilità salta agli occhi in tutti gli ambiti-chiave del diritto amministrativo: instabilità testuale permanente del diritto dei contratti, diversità e sofisticatezza sempre più grandi del diritto della responsabilità, etc. Ma è senz’altro in termini di quella che potremmo definire “normatività amministrativa” che il diritto amministrativo è più instabile.

Possiamo spiegare tale ultima affermazione facendo riferimento all’esperienza della polizia. Consideriamo, per esempio, la *summa divisio* della polizia generale opposta alle polizie speciali¹⁰. Di primo acchito, infatti, sembrerebbe che questi due tipi di polizia siano insuscettibili d’intervenire simultaneamente. Non è sempre così. In materia d’estrazione mineraria, per dirne una, la polizia mineraria – speciale per eccellenza e di competenza del prefetto, rappresentante dello Stato – non priva in alcun modo il Sindaco – autorità della polizia generale – dei suoi obblighi di polizia generale che si esercitano su tutto il territorio del Comune, vale a dire sull’insieme dei siti minerari o di quelli che abbiano il carattere di *installation classée*⁽⁷⁾, come dei siti non minerari, in forza del celebre articolo L2212-1¹¹ del Codice generale delle collettività territoriali.

⁽⁶⁾ NDT Quanto alla “codificazione a diritto costante”, si tratta di una sorta di “ricompilazione” del diritto vigente, molto in voga in Francia in questo periodo. In sostanza consiste nell’attuazione di una politica legislativa volta a riordinare la normazione in una certa materia, sparsa in numerosi atti normativi, in un unico testo, senza tuttavia modificare (almeno in teoria) i contenuti degli atti originari (per ciò “a diritto costante”). Si tratta, in un certo senso, della risposta francese a quella che Irti chiama “l’età della decodificazione” (N. IRTI, *L’età della codificazione*, Milano 1986), «quando sui giuristi torna l’ufficio di ristabilire l’unità infranta dalle leggi speciali e di conciliare i principî del codice con i principî delle discipline di settore» (N. IRTI, voce *Legislazione e codificazione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma 1996, ora anche su www.treccani.it, § 4), alla quale si congiungono, tuttavia, i «fasti della globalizzazione», che «ci presentano sempre nuove figure di pretese ‘ricodificazioni’, che spesso nascono dall’esigenza di un recupero del valore simbolico della forma-codice, che spesso non trova conforto nelle varie forme di codificazioni a diritto costante o di settore» (P. CAPPELLINI, *La forma codice. Metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Roma 2012, anche su www.treccani.it).

¹⁰ Tale distinzione potrebbe risultare sconosciuta al lettore italiano. Non essendo, tuttavia, possibile entrare nel dettaglio di tale argomento in questa sede, ci sia consentito rinviare a M. GROS, *Droit Administratif. L’angle jurisprudentiel*, III ed., Paris 2011, 55 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁷⁾ NDT Imprese industriali o agricole suscettibili di provocare rischi, inquinamento o nocumento alla sicurezza ed alla salute degli abitanti.

¹¹ La polizia generale, conferita al Sindaco in forza dell’art. L 2212-1, «ha per obiet-

Riguardo al principio di precauzione, le recenti decisioni in materia di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile (*infra*, par. II, C) o in materia di divieto di organismi geneticamente modificati (O.G.M.) hanno provocato un vero e proprio conflitto di competenza, davanti al giudice, tra i poteri di polizia speciale dei vari corpi dello Stato e il potere di polizia generale del Sindaco¹².

A questa instabilità radicata, legata alla sovrapposizione delle competenze, si aggiunge, talvolta, una instabilità ontologica, propria di certe discipline del diritto pubblico francese. È il caso, per esempio, del sistema normativo urbanistico, che oggi presenta una instabilità allo stesso tempo quantitativa e qualitativa.

Quantitativa per la profusione di norme a geometria e ad autori variabili.

Qualitativa in quanto il diritto urbanistico francese conosce almeno tre livelli di quelli che vengono chiamati dalla dottrina francese “rapporti di normatività”. Il primo è quello della “conformità”, classico, e riguarda i rapporti tra gli atti individuali (permessi, autorizzazioni) e i *documents d'urbanismes*, atti tipici della materia urbanistica (P.O.S., piani di occupazione del suolo, P.L.U., piani locali urbanistici; R.N.U., regolamenti nazionali urbanistici). Il secondo è il rapporto di “compatibilità” riservato di solito ai rapporti tra gli stessi succitati *documents d'urbanismes*, intesi in senso ampio (rapporti tra P.L.U. e S.C.O.T., schemi di coerenza territoriale, schemi di valorizzazione del mare). Tale problematica, peraltro, ha suscitato numerosi tentativi definatori sul senso preciso del termine “compatibilità” (sostenendo che esso debba intendersi come “non incompatibilità manifesta”, ovvero come “non contrarietà”, o con definizioni addirittura più ambigue).

Quanto al terzo rapporto di normatività, quello della c.d. “presa in conto”⁽⁸⁾, esso presenta tratti a volte persino surreali, in riferimento alla

tivo quello di assicurare l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la pubblica salubrità» (art. L 2212-2).

¹² Il potere di polizia generale, che ha una portata molto estesa, è soggetto, come chiarito da una celebre decisione del *Conseil d'État*, a quel particolare tipo di controllo del giudice amministrativo qualificato dalla dottrina come “massimo”, consistente in una verifica dell'adeguatezza della misura adottata dalla polizia ai fatti, ovvero sia alla proporzionalità del provvedimento al rischio che questo stesso si propone di evitare (*Conseil d'État* 19 mai 1933, Benjamin, Rec. 541).

⁽⁸⁾ NDT Consistente in un particolare rapporto di dipendenza tra gli atti, in base al quale l'uno debba obbligatoriamente “prendere in conto”, cioè “prendere in considerazione”, un altro.

questione relativa al sapere se la “presa in conto” si limiti ad una indicazione teleologica, di risultato – ciò che non avrebbe alcun senso – o vada più lontano, ma allora si avvicinerrebbe fortemente – sino forse a coincidere – alla “compatibilità”. Tali sono, ciò non ostante, gli obblighi (la “presa in conto”) per esempio dei P.L.U. in relazione ai “programmi di referenza urbana”⁽⁹⁾, come previsto dal L123-1 del Codice urbanistico, o dei piani di edilizia locale (P.L.H.).

In questo modo il diritto comune in materia urbanistica si arena nei suoi nuovi strumenti di pianificazione: così è per i Piani locali urbanistici (P.L.U.), elaborati dai Comuni e che devono essere compatibili con gli schemi di coerenza territoriale (gli S.C.O.T., assimilabili ai vecchi *schémas directeurs*, schemi-quadro) di livello intercomunale, essendo ambo i due, peraltro, sottomessi alle prescrizioni dei Piani di prevenzione dei rischi «naturali» (PPRN), «tecnologici» (PPRT) o minerari (i PPRM previsti dal Codice minerario), o ancora per i Piani di prevenzione delle inondazioni (PPI), formando, tali differenti atti, l’oggetto di una concertazione arbitrata dallo stato. Una tale miscela di rapporti fra atti finirà, in molti casi, per essere esplosiva, poiché le spinte locali allo sviluppo (espresse da PLU e SCOT) non saranno sempre compatibili con la prudenza dei piani di prevenzione (PPRN, PPRT, PPI) e di altri atti specifici (SDAGE, schema direttore per la pianificazione e la gestione delle acque, e S.A.G.E., schema per la pianificazione per l’acqua, per quanto riguarda l’acqua; Piano dipartimentali per la gestione dei rifiuti, carte dei parchi naturali regionali). Senza contare che i PIG (progetti d’interesse generale), che devono essere autorizzati dal prefetto con *arrêté préfectoral*, o le servitù d’utilità pubblica (articolo L 126-1 del Codice urbanistico) potranno complicare il quadro esigendo un rapporto di conformità a loro beneficio.

Potremmo infine aggiungere l’instabilità ulteriore provocata dalle necessarie interferenze apportate dal diritto dell’Unione Europea, quando esso sia – come talvolta capita in materia ambientale – divergente dalle posizioni nazionali¹³. Come, insomma, si sarà compreso, la prima difficoltà per i principî ambientali sarà quella di doversi integrare in un sistema giuridico già di per sé molto instabile.

⁽⁹⁾ NDT Atti volti a strutturare e orientare la strategia di trasformazione urbana di una Città.

¹³ È questo il caso, per esempio, della definizione data in ambito europeo alla nozione di “valorizzazione”, che è stata apprezzata dal legislatore francese in maniera diversa.

2. La difficile integrazione del soft law in un sistema giuridico rigido

Instabile, il diritto pubblico francese riposa tuttavia sulla finzione del suo rigore, vale a dire della sua c.d. “rigidità”, espressa dalla celebre piramide di Kelsen e dall’articolazione delle norme in una gerarchia il cui rispetto è pilastro della stabilità giuridica.

In altri termini, che si tratti del diritto civile e delle sue finzioni categoriali (il buon padre di famiglia, l’autonomia della volontà, la presunzione di buona fede, ecc.) o di diritto pubblico e delle sue finzioni giurisprudenziali (interesse generale, servizio pubblico, prerogative del pubblico potere, clausola esorbitante di diritto comune, ecc.), il rigore gerarchizzato delle varie norme si adatta, in un modo o nell’altro, ad una logica di diritto “duro”, o quantomeno rigido. Va detto, per dovere di precisione, che la dottrina francese non ha mai messo seriamente in dubbio l’elaborazione concettuale, e quindi la “supremazia”, del criterio gerarchico, come invece è avvenuto in Italia con la letteratura sul c.d. “criterio di competenza”. Non vi è da meravigliarsi, dunque, che ci si ponga la questione della collocazione dei “principi ambientali” all’interno di un ordinamento inteso come rigido e piramidale.

Il problema, pertanto, è dato dal fatto che i principi ambientali non appartengono, all’origine, ad una struttura giuridica ordinata, ma provengono piuttosto dai grandi dibattiti della società internazionale, dalla Dichiarazione generale di Stoccolma a quella di Rio del 1992, consistenti in un amalgama di principi politici e norme giuridiche, solitamente proprio del diritto internazionale, ispirato al *soft law* e che rileva come diritto “morbido”, o flessibile, o versatile secondo le diverse accezioni.

Un po’ come quei giochi per bambini composti da un quadro di legno perforato con buchi di forma geometrica (quadrati, tondi, rettangoli) e ove si deve inserire il pezzo di legno nel buco corrispondente, la gerarchia kelseniana delle norme esige che la forma del “pezzo” sia uguale a quella del “buco”. Se invece, pur essendo il quadro di legno, i pezzi da inserire fossero di un materiale molle – ad esempio in caucciù – si arriverà certamente a dare l’illusione di poter fare entrare un tondo in un quadrato, ma esso non riuscirà mai a restarvi per molto tempo, facendolo, la sua elasticità, fuoriuscire dalla cavità. Un altro esempio potrebbe essere quello di una chiave, sempre in caucciù (considerando che la chiave rappresenta la metafora dei principi ambientali ai quali si pretende aver conferito una forma apparentemente perfetta, quella della legge costituzionale) che si volesse inserire in una serratura di metallo (simbolo, quest’ultima, della gerarchia delle norme): la chiave entrerebbe

di sicuro, ma il caucciù non potrebbe, per la sua mollezza, aprire la serratura.

La questione è molto prossima a questi esempi, per così dire, “fanciulleschi”: possono dei principî “morbidi” integrarsi in una gerarchia di norme rigide?

Il principio di precauzione esemplifica perfettamente la situazione, in quanto carente di esatto contenuto, o quantomeno di un contenuto pacificamente riconosciuto, come nota Olivier Godard¹⁴, vista l’assenza di dottrina prevalente ed il dibattito ancora in corso al riguardo, come d’altronde accade per tutti i grandi principî¹⁵.

Una semplice analisi dei testi normativi permette di dare conferma a quanto appena detto. Il principio di precauzione, infatti, conosce, nel diritto francese, ben due definizioni testuali, non del tutto coincidenti. La prima legislativa, disposta all’art. L110-1 del *Code de l’environnement*, che si è sostituito all’articolo L200-1 del *Code rural* e alla legge Barnier del 2 febbraio 1995; e l’altra costituzionale, in virtù dell’articolo 5 della Carta, come modificato dalla legge costituzionale del primo marzo 2005 (cfr. *infra* par. I, C).

In ogni caso, deve rilevarsi come l’integrazione di un principio di *soft law* in un sistema di diritto scritto giuridico non sia per nulla agevole.

3. La difficile integrazione di principî collettivi in un sistema giuridico strutturalmente individualista

Un’ultima difficoltà da superare riguarda, infine, i principî ambientali, ed attiene alla loro natura collettiva, che si trova a dover interagire con quella perlopiù tendenzialmente individualista che caratterizza tradizionalmente i principî-base delle nostre democrazie, vale a dire le libertà individuali e i diritti dell’uomo.

Il codice civile francese viene talvolta qualificato come “il piccolo libro rosso della borghesia” – alludendo ad un noto editore giuridico francese¹⁶! Ma, al di là delle allusioni, è indiscutibile che i principî fon-

¹⁴ O. GODARD, *Le principe de précaution dans les conduites des affaires humaines*, Paris 1997, *Introduction générale*.

¹⁵ Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes du Pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles 1999, 227: «ces principes appartiennent en tous cas à des concepts dont la compréhension semble aller de soi, mais qui ont tendance à se dérober au fur et à mesure que l’on cherche à les définir».

¹⁶ I cui codici pubblicati erano – e in parte sono ancora – rivestiti di una copertina rossa.

danti del nostro sistema giuridico siano per la maggior parte individuali, financo individualisti: diritto di proprietà, libertà del commercio e dell'industria, libertà di movimento e libertà d'opinione – tramandatici dai valori borghesi sorti con la rivoluzione – e diritto al lavoro e diritto al progresso – sorti con la rivoluzione industriale e maggiormente sociali.

Ora, i principî ambientali sono, per definizione, pregiudizievoli, se non anche limitatorî, di questi valori fondamentali, e tuttavia essi dovranno concordarsi con i vecchi principî individuali, o individualisti, del nostro sistema giuridico portante.

Così, se ciò che attiene al loro “valore” – e cioè al loro inserimento tra le norme fondamentali (oggi costituzionali) – non pone più, di per sé, un problema, altrettanto non potrà dirsi per ciò che attiene alla loro “portata” – cioè alla loro effettività – che non potrà, evidentemente, essere assoluta.

Contro tale affermazione si potrebbe, invero, sostenere che i grandi principî ambientali siano una sorta di “sovradiritto”, sia per la loro dimensione planetaria e “duratura”, ma anche perché essi si pongono, in un certo senso, come se fossero al di sopra dei diritti “ordinari”. Da cui l'idea – non condivisibile – che essi non conoscano limiti e che si possano creare indefinitamente nuovi principî o diritti ambientali senza pregiudizio.

Ora, contrariamente ai luoghi comuni, la creazione di un “sovradiritto” non è senza effetti sugli altri diritti. Diceva Lavoisier che «nulla si distrugge e nulla si crea, tutto si trasforma». Come per il fenomeno dei vasi comunicanti, o per la più semplice bilancia di Roberval, la creazione o l'individuazione di un nuovo diritto (o “sovradiritto”, che dirsi voglia), porta necessariamente pregiudizio ad un altro diritto.

Questo “equilibrio” che connota l'ordine giuridico, dove i diritti soggettivi si oppongono necessariamente tra di loro (le affissioni elettorali e il proprietario del muro, la libertà sessuale e la fedeltà coniugale, ecc.), merita invero un esame più approfondito quando trattasi del confronto tra un sovradiritto “oggettivo” e generale (i principî ambientali) e dei “sottodiritti” soggettivi (i diritti dell'uomo).

La teoria del bilanciamento dei diritti, nell'evidente pragmatismo che essa rivela, non arriva a rimuovere l'essenza stessa dello “scontro”, cioè della contrapposizione, tra Diritto e diritto, o tra diritti e diritti.

È il caso del diritto di proprietà – già protetto dagli artt. 2 e 17 della Dichiarazione dei diritti del cittadino del 26 agosto 1789¹⁷, poi integrata

¹⁷ «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed im-

al “blocco” costituzionale dal preambolo della Costituzione del 4 ottobre 1958 – che molto spesso si contrappone al diritto ambientale. E, come pure spesso si dimentica, il diritto di proprietà, nel diritto francese, è un diritto teoricamente assoluto («La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta», codice civile francese, art. 544⁽¹⁰⁾).

È anche il caso della libertà di commercio e dell’industria. La disciplina delle *installations classées pour la protection de l’environnement* (I.C.P.E.)⁽¹¹⁾, arreca un pregiudizio permanente alla libertà di commercio e d’industria: il regime dichiarativo o d’autorizzazione comporta di per sé già una attenuazione e, talvolta, perfino un attentato a tale libertà¹⁸.

Il diritto al lavoro viene invocato nella costituzione solo nel Preambolo del 1946¹⁹ e, a livello internazionale, nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948²⁰. Ora, i principî dello sviluppo sostenibile, della decrescita razionale, dell’economia delle risorse, costituiscono necessariamente un freno tanto alla protezione contro la disoccupazione, quanto alla libera scelta dell’impiego.

Il diritto al progresso, presente implicitamente nel preambolo del

prescrittibili dell’uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all’oppressione» (art. 2); «Essendo la proprietà un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previa una giusta indennità» (art. 17).

⁽¹⁰⁾ NDT Una formulazione che, come si noterà, è praticamente identica a quella dell’art. 436 del codice civile italiano del 1865. Quanto all’espressione “blocco costituzionale” (o “blocco di costituzionalità”) – in francese “bloc de constitutionnalité” – usata dall’A. anche *infra*, si tratta, come ci ricorda F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Constitution de la République française*, Varese 2013, 177, di una nozione che, nella dottrina francese, «appartiene ormai al vocabolario usuale del diritto costituzionale moderno». Anche se in Italia non ha avuto altrettanta fortuna, il suo significato è piuttosto evidente. La sua concettualizzazione, in Francia, si deve al Favoreu (cfr. L. FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité*, in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris 1975, 33). Si vedano, per approfondire, P. AVRIL, J. GICQUEL (a cura di), *Lexique de droit constitutionnel*, III ed., Paris 2012 e M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC (a cura di), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, VIII ed., Paris 2011.

⁽¹¹⁾ NDT Imprese suscettibili di provocare nocumento all’ambiente.

¹⁸ La libertà di commercio e di industria può ancora considerarsi come una “libertà pubblica”? Possiamo dubitarne, alla luce della giurisprudenza sull’interventismo economico degli enti locali nel diritto francese.

¹⁹ Il quale dispone che «5. Chiunque ha il dovere di lavorare e il diritto di ottenere un impiego».

²⁰ Adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 a Parigi (Art. 23: «Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell’impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione»).

1946²¹ e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo del 1948²², spinge al consumo. Ora, in una società dei consumi, il diritto al progresso rappresenta il diritto al consumo del progresso tecnologico ed è antitetico rispetto ai principi ambientali. Il diritto di possedere e di utilizzare più d'un telefono cellulare, di utilizzare l'amianto per una coibentazione a basso costo, di mangiare carne bovina a buon mercato o polli d'allevamento a costi irrisori contraddicono il principio di prevenzione o, comunque, mancano di precauzione.

Infine, ci si può chiedere se certi principi ambientali non attentino, semplicemente, ai più fondamentali diritti dell'uomo, quali la libertà di pensiero o di espressione? Altrimenti dovremmo ammettere che esista un pensiero unico in materia ambientale, vietando l'espressione di correnti di pensiero non ecologiste. E allora, abbiamo oggi il diritto di rimettere in causa il principio di precauzione? Possiamo criticare lo sviluppo sostenibile, invocando invece uno sviluppo "immediato"? Abbiamo il diritto di rimettere in discussione, in Francia, il principio della valorizzazione energetica ad ogni costo? Non esiste, naturalmente, una risposta univoca a queste domande.

La realtà è che i diritti dell'uomo sono, all'origine, individuali, mentre il diritto ambientale è, all'origine, collettivo! C'è, dunque, contraddizione evidente tra i primi (collettivi, financo collettivisti) ed i secondi (individuali, financo individualisti), di tal guisa che i principi fondamentali sorti dalle grandi conferenze di diritto internazionale a partire della fine del XX secolo non si integrano, piaccia o meno, così facilmente nel nostro sistema giuridico instabile, rigido e individualista.

B. Assenza di contenuto e di definizione del principio di precauzione

Il principio di precauzione ha fatto la sua prima apparizione di re-

²¹ «10. La Nazione assicura all'individuo e alla famiglia le condizioni necessarie al loro sviluppo. 11. Essa garantisce a tutti, e specialmente al fanciullo, alla madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute, la sicurezza materiale, il riposo e le vacanze. Ogni essere umano che, in dipendenza dell'età, dello stato fisico o mentale o della situazione economica, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha il diritto di ottenere dalla collettività adeguati mezzi di esistenza».

²² Che lo proclama nel suo preambolo: «Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna, ed hanno deciso di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà».

cente²³, e molti importanti atti di diritto internazionale vi fanno riferimento – testi, peraltro, integrati nell’ordinamento dell’Unione Europea nel 1992, con l’articolo 130R sulla politica comunitaria ambientale. Il trattato di Maastricht enuncia così che «la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principî della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché su principio del “chi inquina paga”» (art. 174, comma 2).

Quanto alla Francia, essa ha riconosciuto questi principî piuttosto tardivamente, con la legge Barnier del 2 Febbraio 1995 sul rafforzamento della protezione ambientale.

Per altro verso, l’ingresso nel diritto positivo del principio in esame non è stato accompagnato da una grande precisione semantica.

La comprensione di un concetto giuridico suppone la sua preliminare definizione, come ricordava Marcel Waline²⁴.

Ora, non esiste una definizione universalmente riconosciuta del principio di precauzione, bensì un ventaglio di definizioni, essendo l’idea di fondo quella del dubbio scientifico, dell’assenza di certezza, della ragione di pensare che delle misure devono essere prese allorché esistano delle ragioni sufficienti di credere che una attività o un prodotto rischia di causare danni gravi ed irreversibili alla salute ovvero all’ambiente. Tali misure possono consistere nel ridurre o porre un termine alle summenzionate attività, o ancora nel vietare tali prodotti, pur se la prova formale di un legame di causa a effetto tra queste attività o questi prodotti e le conseguenze temute non possa essere stabilito in maniera irrefutabile.

Certi Paesi hanno integrato i principî ambientali – almeno nello spirito – nel loro “blocco costituzionale”, ma sempre in modo sufficiente-

²³ I principî di precauzione e di prevenzione sono apparsi all’inizio degli anni ’70, in Germania – con la denominazione di *Vorsorgeprinzip* per quanto riguarda, in particolare, il principio di precauzione – introdotti nell’ordinamento tedesco con la legge del 1974 sulle piogge acide. Ma il loro sviluppo è di origine internazionalistica, con la Convenzione di Vienna del 1985 per la protezione del buco dell’ozono e il rapporto Brundtland sullo sviluppo sostenibile del 1987. Li ritroviamo, poi, in numerosi atti di diritto internazionale, come per esempio la Dichiarazione di Rio sull’ambiente e sullo sviluppo, del giugno 1992, al termine del “*Summit della Terra*” organizzato dalle Nazioni unite.

²⁴ Specificamente in *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer les catégories juridiques?*, Bruxelles 1963, 371, nonché in *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1963, 669.

mente vago, tale da non permetterne l'accesso effettivo al rango di norma di diritto positivo. Così la Costituzione greca (articolo 24) parla sì di obbligo dello Stato, ma a proposito della generale «protezione dell'ambiente»; la legge fondamentale tedesca (articolo 20, introdotto con la revisione costituzionale del 27 ottobre 1994) intende assumere «la sua responsabilità per le generazioni future», e quella del Belgio (nel Preambolo), sia pure più precisa, garantisce «il diritto [...] alla protezione della salute [...] e alla protezione di un ambiente sano»⁽¹²⁾.

Di fatto il principio di precauzione non ha un contenuto esatto, o quantomeno tale contenuto non ha una definizione pacificamente accettata. Questa imprecisione, già affermata dalla dottrina, non è stata smentita dalla definizione legislativa che ne fornisce, oggi, l'articolo L110-1 del *Code de l'environnement*, intervenuto dopo l'articolo L200-1 del *Code rural* e la legge Barnier del 2 febbraio 1995: «il principio di precauzione, secondo il quale l'assenza di certezza, tenuto conto delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento, non deve ritardare l'adozione delle misure effettive e proporzionate volte a prevenire un rischio

⁽¹²⁾ NDT Quanto all'Italia, la Corte Costituzionale italiana ha avuto modo di pronunciarsi sul problema del valore da attribuire alla protezione dell'ambiente (cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino 2011, 529 ss.; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2011, *passim* e, particolarmente, il capitolo II; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2001, 15 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000), di cui non vi era menzione nell'originale testo del 1948 – anche se la Consulta ne aveva ricavato una certa valenza in via interpretativa a partire dai richiami alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9), al diritto alla salute (art. 32) e al razionale sfruttamento del suolo (art. 44) – e che è stata introdotta dalla legge costituzionale numero 3 del 18 ottobre 2001 tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lettera s): «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»). Inoltre va notato come tra le materie di legislazione concorrente (art. 117, comma 3) venga annoverata anche la «valorizzazione dei beni ambientali». Ciò significa, per altro verso, che all'introduzione della menzione della tutela dell'ambiente nella Costituzione non è corrisposto il diretto riconoscimento costituzionale di un «diritto ambientale» (Cfr. L. NANNIPIERI, *Il ruolo della Corte nella definizione della materia ambientale*, su www.gruppodipisa.it, giugno 2010). Si capirà dunque come, nell'apparente silenzio della Costituzione, sia stata la Corte Costituzionale ad avere avuto un ruolo determinante nella progressiva affermazione della tutela dell'ambiente come interesse di valore costituzionale. La Corte Costituzionale, in particolare, ha riconosciuto l'ambiente come un «bene di valore assoluto e primario» (sent. n. 641/1987), il paesaggio come «un valore primario, valore estetico e culturale» (sent. n. 151/1986) e il diritto ad un ambiente salubre, alla stregua di quanto aveva già affermato la Corte di Cassazione (SS. UU., n. 5172/1979), come diritto soggettivo (sentenze nn. 210/1987 e 641/1987; cfr. V. DINI, *Il diritto soggettivo all'ambiente*, su www.giuristiambientali.it, novembre 2004).

di danni gravi e irreversibili all'ambiente ad un costo economicamente accettabile».

Ma il legislatore – nella sua grande saggezza, secondo una formula desueta ma di buon senso – ha fissato lui stesso i “paletti” di questo principio, che come gli altri principî ambientali, secondo il *Code de l'environnement*, non deve far altro che «ispirare» la politica legislativa francese sullo sviluppo sostenibile. Questa “ispirazione” della politica legislativa potrebbe, altrettanto bene, applicarsi al *devoir de mesure*, a quello della tolleranza e, in ultima analisi, a tutte le norme positive di comportamento!

Di tenore più grave è invece il dettato costituzionale (articolo 5 della Carta costituzionale per l'ambiente): «quando la realizzazione di un danno, benché incerta allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, potrebbe pregiudicare in maniera grave e irreversibile l'ambiente, le autorità pubbliche si curano, mediante l'applicazione del principio di precauzione e nel loro ambito di attribuzioni, della messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di premunirsi contro la realizzazione di quel danno»⁽¹³⁾.

Possiamo scorgere, ad una lettura attenta, le differenze; alcune non sono sostanziali (la “realizzazione incerta di un danno” del testo costituzionale, contro la “assenza di certezza” del codice), altre invece lo sono, soprattutto riguardo agli obblighi (ci si cura della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate” nel testo costituzionale, mentre per il codice “non si deve ritardare l'adozione di misure effettive e proporzionate”) ed ai destinatari (le autorità pubbliche nel loro ambito di applicazioni, per la Carta, nessun destinatario preciso, per il codice), senza dimenticare alcuni elementi che sono presenti solo in uno dei due testi (il “costo economicamente accettabile”, presente nel codice e assente nella Carta). E ancora: la previsione della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate nel testo

⁽¹³⁾ NDT La traduzione concordata dalla Direzione della comunicazione e dell'informazione del Ministero degli Esteri, dal Consolato Generale di Francia a Milano e dal Servizio degli Affari Europei dell'Assemblea nazionale per il sito www.assemblee-nationale.fr/italiano/8db.asp#charte_env è la seguente: «se la realizzazione di un danno nei confronti dell'ambiente, per quanto lo stato delle conoscenze scientifiche possa essere incerto, ne arrecasse un deterioramento grave e irreversibile, le autorità pubbliche garantiranno, in ragione del principio di precauzione e nell'ambito del loro raggio d'azione, l'applicazione delle procedure di valutazione dei rischi e l'adozione di provvedimenti provvisori e specifici al fine di ovviare al danno».

costituzionale” (Carta), non è la stessa cosa che disporre di “non ritardare l’adozione di misure effettive e proporzionate” (*Code env.*). Infine, bisogna domandarsi se l’assenza di riferimenti al “costo economicamente accettabile” nella Carta costituzionale abbia un significato, per così dire, autonomo oppure si debba intendere alla luce dell’art. 6²⁵, il quale tuttavia non è espressamente legato al principio di precauzione.

Come, insomma, si sarà compreso, il problema ruota intorno alla seguente questione fondamentale: un concetto fluido, in quanto teleologico, finalista, può integrarsi all’interno di una gerarchia (di norme)?

In altri termini, come collocare in una gerarchia un principio che non ha contenuto, o ha un contenuto precisato solo in minima parte? Si può rispondere, a tale domanda, affermando che un principio (agire con precauzione, essere prudente), a volte financo un mero punto di riferimento morale, abbia valore legislativo (*Code de l’environnement*) o costituzionale (Carta costituzionale per l’ambiente) senza però avere un reale effetto giuridico, in quanto non possiamo delimitarne precisamente l’estensione.

Il fatto è che il *soft law*, come la nostra chiave in caucciù, se pure può avere la forma (o il valore, in diritto) del diritto rigido, come la nostra serratura metallica, non può tuttavia produrre gli effetti di una chiave in metallo, vale a dire avere la portata di una regola rigida.

Tale necessaria trasformazione da *soft* (“morbido”) a “rigido” costituisce e costituirà, per i grandi principî ambientali, una costante e reale difficoltà.

Un rapporto sulla valutazione della operatività dell’art. 5 della Carta dell’ambiente relativo all’applicazione del principio di precauzione è stato reso pubblico il primo giugno 2010, in occasione di un seminario parlamentare organizzato dal Comitato di valutazione e di controllo delle politiche pubbliche dell’Assemblea nazionale. Questo rapporto *d’étape*, condotto dai Deputati Alain Giest e Philippe Tourtelier su sollecitazione del Comitato, è servito da base al dibattito del seminario che ha riunito personalità provenienti da differenti orizzonti (filosofi, giuristi, Consiglieri di Stato, universitari, etc.). Le relazioni e gli interventi del seminario condussero tutti alla stessa conclusione, affermando segnatamente la necessità di un nuovo “testo di precisione”. Questo testo, che potrebbe prendere la forma di una legge organica diretta a precisare le condizioni

²⁵ «Le politiche pubbliche devono promuovere uno sviluppo sostenibile. A tale effetto esse conciliano la protezione e la valorizzazione dell’ambiente, lo sviluppo economico ed il progresso sociale».

di applicazione della Costituzione, dovrebbe insistere sulla necessaria “proporzionalità” e sul carattere provvisorio delle misure di precauzione, nell’obiettivo di non “sopravalutare il dubbio”, bloccando, per altro verso, l’innovazione ed il progresso scientifico.

Dobbiamo ora chiederci: l’imprecisione semantica del principio di precauzione, che abbiamo poc’anzi descritto, è stata aggravata dalla consacrazione, paradossalmente, al suo più alto grado nella gerarchia delle norme?

C. Una consacrazione costituzionale nell’ambiguità semantica

In meno di 20 anni, dopo l’introduzione del principio di precauzione nell’ordinamento francese, avvenuta per la prima volta con la legge Barnier del 2 febbraio 1995, il principio in esame è – come già ricordato – “salito di grado” nella c.d. gerarchia delle norme.

Nel 2001, il Presidente della Repubblica francese evocava un ideale secondo il quale «l’ecologia ed il diritto ad un ambiente protetto e preservato devono essere considerate alla stessa stregua delle libertà pubbliche»²⁶. Impegnandosi sulla questione ambientale, egli auspicava l’adozione, da parte del Parlamento, di una Carta allegata alla Costituzione, e la consacrazione dei principi fondamentali necessari alla preservazione dell’ambiente. Il Presidente ha poi riaffermato tale volontà nel discorso di Avranches, del 18 marzo 2002, consacrato all’ambiente, durante la campagna per l’elezione presidenziale del 2002²⁷. Così, non essendo state

²⁶ Discorso pronunciato da Jacques Chirac, Presidente della Repubblica, a Orléans il 3 maggio 2001.

²⁷ Con la *lettre de mission* (lettera di conferimento dell’incarico) dell’8 luglio 2002, il Ministro dell’Ecologia e dello sviluppo sostenibile (*Ministre de l’Ecologie et du Développement durable*) ha conferito a Yves Coppens, professore di paleontologia al *Collège de France*, la presidenza della Commissione incaricata di elaborare la Carta dell’ambiente. Come risulta dalla stessa lettera, i lavori della commissione avevano per obiettivo quello di portare «al livello costituzionale dei principi fondamentali di diritto la protezione dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile [...], ponendo l’uomo innanzi alle sue responsabilità». La Carta così elaborata doveva essere «il fondamento di un nuovo equilibrio tra il progresso sociale e la protezione dell’ambiente» (*Lettre de mission* indirizzata da Roselyne Bachelot-Narquin al professor Yves Coppens). La “Commissione Coppens” – composta per la maggior parte da scienziati, mentre non vi erano tra i membri che due soli giuristi – che riteneva, all’origine, di essere incaricata alla produzione di un mero rapporto preliminare, si ritrovò, invece, a rivestire un ruolo costituente. Ciò ha, peraltro, consentito di sollevare alcuni dubbi quanto alla legittimità della Commissione a ricoprire tale ruolo. Per colmare le sue lacune, la commissione si è avvalsa di numerosi comitati specializzati soprattutto nelle questioni giuridiche. Occorre rilevare pure che la proce-

apportate che poche modifiche, il dibattito nelle due Camere del Parlamento fu piuttosto rapido²⁸. Finalmente, in occasione della riunione del Congresso del 28 febbraio 2005, la Carta costituzionale per l'ambiente fu adottata, con quasi il 95% dei suffragi espressi in suo favore.

Così, con la legge costituzionale n. 205/2005, promulgata il primo marzo 2005, la Carta dell'ambiente è stata allegata alla costituzione del 1958. Essa viene menzionata nel Preambolo accanto alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 ed ai diritti sociali del Preambolo del 1946. Questo inserimento nel preambolo della Costituzione è, quindi, un gesto simbolicamente forte per l'affermazione dei diritti ambientali, che figurano ormai nel rango costituzionale, alla sommità della gerarchia delle norme. Ricordiamo, infatti, che, nella sua decisione "*liberté d'association*"²⁹ del 1971, il *Conseil constitutionnel* ha riconosciuto esplicitamente un valore costituzionale al Preambolo.

Tuttavia, la definizione di Carta "allegata" («*adossée*») alla Costituzione ha prestato il fianco ad una certa confusione circa il reale valore che il legislatore costituzionale ha voluto attribuire al testo in esame. Infatti, l'aver "allegato" la Carta, pone quest'ultima in una situazione ambigua rispetto al testo costituzionale, trovandosi allo stesso tempo al di fuori ed all'interno del testo. Notiamo, peraltro, che anche il termine "Carta" («*Charte*») è stato, a sua volta, criticato, in quanto sembrerebbe richiamare l'idea di un testo adottato da una volontà regia, escludendo la sovranità nazionale.

Trattandosi di un testo autonomo, la Carta è composta da una esposizione dei motivi e da dieci articoli proclamanti diritti e doveri. L'art. 5, come già ricordato, è dedicato al principio di precauzione.

dura di elaborazione di questo progetto comportava diverse consultazioni nazionali e regionali, rispetto alle quali la dottrina ha lamentato la parzialità delle analisi compiute. Parallelamente, hanno avuto luogo dei laboratori regionali, con il compito di individuare dei punti fermi in materia ambientale in ambito regionale. In questo caso è il carattere imposto dei temi di discussione che è stato oggetto di critica da parte della dottrina. Così, dopo otto mesi di dibattito, la Commissione Coppens ha presentato il suo progetto al governo. Il progetto della Commissione Coppens ha indubbiamente e nettamente influenzato la Carta poi adottata dal Congresso: l'architettura generale, vale a dire una esposizione dei motivi seguita dalla proclamazione dei diritti e dei doveri, è rimasta pressoché inalterata, così come è stata conservata la maggior parte dei principi proclamati. Possiamo tuttavia notare come il Parlamento abbia scartato la nozione di democrazia partecipativa, che la commissione associava al diritto di partecipazione.

²⁸ Sono bastati tre giorni all'Assemblea Nazionale (25 e 26 maggio e primo giugno 2003), e solamente due al Senato (23 e 24 giugno).

²⁹ *Cons. const., déc.* n. 71-44 DC, 16 luglio 1971, in *Rec. Cons. const.* 1971, 29.

Per quanto riguarda quest'ultimo, bisogna notare che se il Congresso ha deciso di elevarlo al rango di norma costituzionale, il *Conseil constitutionnel* aveva, fino ad allora, rifiutato di accordargli tale riconoscimento. Infatti, dopo una decisione del 2001³⁰, i membri del *Conseil constitutionnel* ("les Sages") avevano rifiutato di collocare questo principio tra gli obiettivi di valore costituzionale.

Un altro effetto collaterale della Carta ha riguardato la competenza normativa. Per molto tempo, in materia ambientale, non è stata fatta alcuna precisazione quanto alla ripartizione delle competenze tra il Parlamento ed il Governo. Così, la questione era stata risolta con il ricorso agli articoli 34 e 37 della Costituzione del 1958. Secondo tale ricostruzione, il Parlamento è competente per le misure che possono pregiudicare i diritti fondamentali e le libertà pubbliche. Ora, il diritto ambientale ha fatto enormemente ricorso alle cosiddette servitù d'utilità pubblica⁽¹⁴⁾, nonché alle cosiddette regole di polizia e sicurezza che, per principio, si impongono ai cittadini e si confrontano con i loro diritti e le loro libertà.

Dal 2005, la competenza del Parlamento in materia ambientale è stata precisata. Infatti, al di là dell'articolo 7 della Carta dell'ambiente del 2004, che rinvia alla legge per l'organizzazione dell'informazione e la partecipazione del pubblico, la revisione costituzionale del primo marzo 2005³¹ ha modificato l'articolo 34 della Costituzione. Quest'ultima precisa, ormai, che «la legge determina i principi fondamentali in materia di tutela ambientale» (comma 3, n. 4⁽¹⁵⁾). Questa disposizione ha per conse-

³⁰ *Décision* «IVG» n. 2001-446 DC del 27 giugno 2001.

⁽¹⁴⁾ NDT Le cosiddette "servitù d'utilità pubblica", previste dal diritto francese, consistono in limiti imposti dalla pubblica amministrazione al diritto di proprietà ed all'uso del suolo da parte dei privati per motivi di utilità pubblica, quali la difesa del patrimonio culturale, la difesa nazionale, la salute e la sicurezza pubblica, ecc.

³¹ Legge costituzionale n. 2005-205, relativa alla Carta dell'ambiente.

⁽¹⁵⁾ N.D.T. *Art. 34: «Comma 1.* La legge fissa le regole concernenti: 1) i diritti civili e le garanzie fondamentali accordate ai cittadini per l'esercizio delle libertà pubbliche; la libertà il pluralismo e l'indipendenza dei mezzi di informazione; le soggezioni imposte dalla Difesa nazionale ai cittadini nella loro persone e nei loro beni; 2) la nazionalità, lo stato e la capacità delle persone, i regimi matrimoniali, le successioni e le liberalità; 3) la determinazione dei crimini e dei delitti, così che delle pene che sono loro applicabili; la procedura penale; l'amnistia; la creazione di nuovi ordini di giurisdizione e lo statuto dei magistrati; 4) l'assetto, il tasso e le modalità di copertura delle imposte di qualunque natura; il regime di emissione della moneta. *Comma 2.* La legge fissa egualmente le regole concernenti: 1) il regime elettorale delle assemblee parlamentari, delle assemblee locali e delle istanze rappresentative dei Francesi stabilitisi fuori dalla Francia, così come le condizioni di esercizio dei mandati elettorali e delle funzioni elettive dei membri delle assemblee deliberanti delle collettività territoriali; 2) la creazione di categorie d'istituti pub-

guenza di restringere il campo d'azione del Parlamento in materia ambientale³².

L'introduzione della Carta nell'ordinamento è stata, infine, oggetto delle attenzioni della giurisprudenza. L'apporto di quest'ultima rispetto alla Carta dell'ambiente si può apprezzare da due punti di vista: il valore dato al testo dai giudici e l'invocabilità del testo all'interno di una controversia.

Quanto al valore dato al testo, l'analisi delle decisioni già esistenti, se-

blici; 3) le garanzie fondamentali accordate ai funzionari civili e militari dello Stato; 4) la nazionalizzazione delle imprese e i trasferimenti di proprietà delle imprese dal settore pubblico al settore privato. *Comma 3.* La legge determina i principi fondamentali: 1) dell'organizzazione generale della Difesa nazionale; 2) della libera amministrazione delle collettività territoriali, delle loro competenze e delle loro risorse; 3) dell'insegnamento; 4) della preservazione dell'ambiente; 5) del regime della proprietà, dei diritti reali e delle obbligazioni civili e commerciali; 6) del diritto del lavoro, del diritto sindacale e della sicurezza sociale. *Comma 4.* Le leggi finanziarie determinano le risorse e i carichi dello Stato nelle condizioni e sotto le riserve previste da una legge organica. *Comma 5.* Le leggi di finanziamento della sicurezza sociale determinano le condizioni generali del suo equilibrio finanziario e, tenuto conto delle loro previsioni di entrata, fissano gli obiettivi di spesa, nelle condizioni e sotto le riserve previste da una legge organica. *Comma 6.* Delle leggi di programmazione determinano gli obiettivi dell'azione dello Stato. *Comma 7.* Gli orientamenti pluriannuali delle finanze pubbliche sono definiti da leggi di programmazione. Esse s'iscrivono nell'obiettivo dell'equilibrio dei conti delle amministrazioni pubbliche. *Comma 8.* Le disposizioni del presente articolo possono essere precisate e completate da una legge organica». *Art. 37:* «*Comma 1.* Le materie diverse da quelle che rientrano nell'ambito della legge hanno un carattere regolamentare. *Comma 2.* I testi di forma legislativa intervenuti in queste materie possono essere modificati con decreto adottato previo parere del *Conseil d'État*. Esse entrano in vigore al momento della loro pubblicazione, ma divengono caduche se il progetto di legge di ratifica non è depositato davanti al Parlamento prima della data fissata dalla legge di abilitazione. Non possono essere ratificate che in maniera espressa. *Comma 3.* Alla espirazione del termine menzionato al primo comma del presente articolo, le ordinanze non possono più essere modificate che dalla legge nelle materie che sono di ambito legislativo».

³² Il Parlamento deve ormai rinunciare al presidio unico dei principi fondamentali, non potendo più fornire precisazioni preliminari in ordine alle modalità più concrete. Per l'aspetto pratico della applicazione delle norme, infatti, la legge deve oggi rinviare a dei decreti di applicazione. Numerosi decreti devono allora essere adottati dal Governo. Ciò può, tuttavia, prendere tempo, e ritardare così l'applicazione effettiva della legge. A titolo di esempio possiamo richiamare la legge "*engagement national pour l'environnement*", del 12 luglio 2010, detta "*Grenelle 2*", la quale ha rinviato la sua attuazione a circa 200 decreti di applicazione. Un anno dopo la sua promulgazione solamente il 20% dei provvedimenti regolamentari di applicazione erano stati pubblicati. Circa due anni e mezzo dopo la promulgazione è ancora la metà dei decreti che non è stata pubblicata. Sotto un altro punto di vista, il ricorso obbligatorio ai decreti di applicazione permette al Governo di fornire la sua interpretazione al testo e, eventualmente, di «*nuancer les ardeurs de la loi*» (R. ROMI, *Droit de l'environnement*, VII ed., Paris 2010, 23).

gnatamente quella del 1971 «*Liberté d'association*» (Cons. cost., dic. n. 71-44 DC, 16 luglio 1971, in *Rec. Cons. cost.* 1971, p. 29), permetteva di presagire che il *Conseil constitutionnel* avrebbe riconosciuto senza difficoltà un valore costituzionale alla Carta. Le decisioni giurisprudenziali seguite all'adozione della Carta da parte del Congresso non hanno, sul punto, rivelato alcuna sorpresa.

Infine, l'introduzione nel 2008 dell'articolo 61-1 in seno alla Costituzione, che prevede la possibilità di un controllo di costituzionalità delle leggi in via pregiudiziale, offre un nuovo livello di protezione del diritto ambientale (cfr. *infra* par. II, B., c).

Ogni parte processuale, infatti, può ormai far valere il pregiudizio portato da una disposizione legislativa ad un diritto o una libertà fondamentale garantita dalla Costituzione. Ciò permette di "scartare" dall'ordinamento disposizioni contrarie alle garanzie offerte dalla Carta dell'ambiente³³.

Malgrado le sue difficoltà d'integrazione, insomma, il riconoscimento del rango costituzionale del principio di precauzione (e la conseguente sua collocazione al gradino più alto della nostra gerarchia delle norme), non pone dunque alcun dubbio.

II. *Una invocabilità in aumento, ma limitata*

A seguito del riconoscimento del suo rango costituzionale il principio di precauzione è stato utilizzato abbondantemente nei procedimenti giurisdizionali, soprattutto in quelli davanti al giudice amministrativo.

Per altro verso, la sua utilizzazione pratica "diretta", cioè come mezzo d'annullamento, resta difficile (A). Tuttavia la sua "invocabilità" diretta, ammessa progressivamente e costantemente dal giudice, gli conferisce una efficacia crescente (B), sia pur contrastata dal limite degli interessi economici e sociali maggiori (C).

³³ Alla fine del 2012, 248 QPC (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*) sono state esaminate dal *Conseil constitutionnel*, tra le quali una dozzina hanno riguardato l'ambiente. Se la dottrina si aspettava un afflusso abbondante di QPC in materia immediatamente dopo l'entrata in vigore della Carta dell'Ambiente, possiamo in realtà constatare un aumento progressivo del numero di questioni sollevate (cfr. S. SAINT-GERMAN, *L'invocation de la Charte de l'environnement dans le procès administratif*, in *Rev. Environnement de Développement durable*, n. 12, Dicembre 2012).

A. La difficile invocabilità diretta

1. Le difficoltà della giurisprudenza nell'ammettere il principio di precauzione

Se il principio di prevenzione è utilizzato da molto tempo con successo, essendo il rischio, quando autentico, facile da dimostrare (perizie, constatazioni dell'ufficiale giudiziario, precedenti giurisprudenziali...), il principio di precauzione non è così semplice da invocare efficacemente.

Il *Conseil constitutionnel* rifiutò di riconoscergli, prima della entrata in vigore della Carta, nel 2001, il rango di "obiettivo di valore costituzionale"³⁴.

Senza dubbio il *Conseil d'État*³⁵ è andato, in un primo tempo, più lontano, facendo del principio in esame un mezzo serio d'impugnazione, nel quadro della vecchia procedura per l'ottenimento della sospensiva³⁶, ma qualche anno più tardi, nel 2006, rifiutò una invocazione troppo imprecisa del principio³⁷. E questo nel quadro di una giurisprudenza classica nella quale l'imprecisione dell'argomento, da distinguere dall'imprecisione dello stesso principio invocato, è una costante giurisprudenziale di rigetto del ricorso³⁸.

Senza dubbio l'intervento della Carta ha condotto il *Conseil d'État*

³⁴ CC 27 giugno 2001 *décision* DC 2001-446: «considerando che, contrariamente a ciò che affermano i requiranti, il principio di precauzione non costituisce un obiettivo di valore costituzionale».

³⁵ Decisione del 25 settembre 1998, *requête* n.194348.

³⁶ «Considerando che le associazioni summenzionate [...] invocano il principio di precauzione enunciato all'art. L. 200-1 del *Code rural* e le disposizioni tanto di cui all'articolo 15 della legge del 13 luglio 1992 che di cui all'art. 6-1 aggiunto al decreto succitato del 18 maggio 1981 dal decreto del 18 ottobre 1993 [...]; che tale mezzo sembrerebbe, allo stato dei fatti, serio e di natura idonea a giustificare l'annullamento del provvedimento impugnato; che volgendo lo sguardo, per altro verso, alla natura delle conseguenze che l'esecuzione del provvedimento attaccato potrebbe comportare, si ritiene preferibile, viste le circostanze, dare seguito alle conclusioni dell'associazione richiedente in merito alla richiesta di sospensione all'esecuzione del provvedimento».

³⁷ «Considerando che l'argomento secondo il quale il decreto impugnato contraddirebbe l'art. 12 della direttiva "Seveso II" e i principi di precauzione e prevenzione definiti al secondo comma dell'art. L 110-1 del *Code de l'environnement* non presentano una precisione sufficiente al punto di consentire di apprezzarne la fondatezza», *Conseil d'État* 4 agosto 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire, requête* 254948, pubblicata in *Revue Droit de l'environnement*, n. 144, 365, con nota di M. Gros.

³⁸ *Ex multis*: *Conseil d'État* 30 marzo 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages, requête* n. 249066.

per tre volte, nel 2006 e nel 2007, a rivedere la sua posizione di principio e a prendere in considerazione l'argomento della violazione del principio di precauzione³⁹ previsto dalla Carta stessa così come all'articolo L 110-1 del *Code de l'environnement*, ma ciò non comporta un'efficienza sistematica della invocazione del detto principio quando viene sollevato, *sic et simpliciter*, davanti al giudice.

In tutta evidenza l'utilizzazione nel contenzioso – quantomeno nella forma diretta – resta difficile in concreto, se essa viene semplicemente proposta al giudice senza quella precisione specifica che consenta al giudice di rilevare la violazione del principio. La giurisprudenza attuale in materia di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile (cfr. *infra*, C) ne è rivelatrice.

2. Le ragioni della difficoltà di applicazione del principio di precauzione

Il principio di precauzione, pur ammettendo la bontà del suo contenuto e la sua funzione teleologica, talvolta inquieta più di quanto non rassicuri.

In primo luogo consente al giudice di esercitare un controllo di opportunità che non gli spetterebbe, poiché quando è utilizzato – dagli abitanti o dalle associazioni di difesa – contro l'amministrazione, per rimproverarle una “mancanza di precauzione”, esso spinge il giudice ad esorbitare dalle sue competenze sulla valutazione dell'opportunità di una misura amministrativa. Infatti, la cosiddetta *substitution d'appréciation*⁽¹⁶⁾ non può essere ammessa se non entro certi limiti legati, da una parte, a una realtà fattuale relativamente oggettiva e, dall'altra parte, alla sua formulazione negativa, mediante l'eliminazione del “cattivo” apprezzamento amministrativo.

Il controllo “di precauzione”, al contrario, riposando su di una incertezza fattuale (essendo l'incertezza scientifica condizione della precau-

³⁹ *Conseil d'État* 18 dicembre 1964, Ets Omer Decugis R. 64.669; CE 30 marzo 2005, *Association pour la protection des animaux sauvages*; CE 2 febbraio 2007, *Association convention vie et nature pour une écologie radicale, req.* 189758: «considerando che la data prevista dal provvedimento non trascurava l'obiettivo della protezione completa fissata da questa; che, in seguito e in secondo luogo, essa non saprebbe disconoscere il principio di precauzione formulato nella Carta».

⁽¹⁶⁾ NDT Letteralmente “sostituzione dell'apprezzamento”, tecnica consistente nella adozione, da parte del giudice, di una decisione discrezionale che sarebbe altrimenti spettata all'amministrazione e che corrisponde, grossomodo, a quella utilizzata per le decisioni assunte nell'ambito della c.d. “giurisdizione di merito” nel diritto amministrativo italiano.

zione, contrariamente a quanto avviene con la prevenzione) non consente l'esclusione sicura di una delle possibili soluzioni, ma impone al giudice il ricorso, per l'appunto, ad una soluzione... di precauzione. Così nel caso degli O.G.M.⁴⁰, il ricorrente rimproverava una autorizzazione per l'immissione nel mercato di semente di mais transgenico in nome dell'assenza di certezze scientifiche, segnatamente circa l'impatto sulla sanità pubblica del gene della resistenza alla ampicillina⁽¹⁷⁾ contenuto nelle varietà contestate. Nei loro ricorsi risarcitori le prime vittime dell'amianto⁴¹ – alla metà del ventesimo secolo – rimproveravano anche l'assenza di perizie scientifiche in Francia, quando invece già ve ne erano numerose, alla stessa epoca, in Gran Bretagna. Nella questione delle antenne rice-trasmittenti di telefonia mobile (cfr. *infra*, C) l'"effetto nocebo"⁽¹⁸⁾ è tale che i ricorrenti sostituiscono la loro analisi del sito a quella dei tecnici e dell'amministrazione.

Come vediamo, in un contesto di inerzia amministrativa (per ignoranza o insufficienza di perizie), il giudice subentra in sostituzione di una attività positiva dell'amministrazione che è risultata carente (perizie più approfondite nel caso dei geni transgenici, più tempestive nel caso degli effetti dell'amianto). Questa sostituzione di ciò che si sarebbe dovuto fare in luogo di ciò che non è stato fatto esorbita dal potere devoluto al giudice, anche qualora tale sostituzione avvenga con un "giudizio di proporzionalità" nell'ambito del cosiddetto "giudizio di utilità pubblica" qualificato significativamente in dottrina anche come "*contrôle maximum*"⁽¹⁹⁾ (controllo massimo). Proprio l'esempio del giudizio di utilità

⁴⁰ CE, 25 settembre 1998, Greenpeace, in *Dr. adm.* 1998, comm. n. 310; *Conseil d'État* 24 febbraio 1999, Sté Pro-Nat, in *Dr. adm.* 1999, comm. n. 239.

⁽¹⁷⁾ NDT Antibiotico attivo su alcuni batteri che causano un'ampia gamma di infezioni delle vie respiratorie, intestinali ed urinarie, nonché otiti.

⁴¹ TA Marseille, 30 maggio 2000, *Mme Bourdignon et Mme Botella c. / Ministère de l'emploi et de la solidarité*, n. 99-6941 e 97-5988; CAA Marseille, 18 ottobre 2001, 2 esp., concl. L. Benoît, *Environnement*, 2002, n. 1, *chron.* n. 1, p. 8.

⁽¹⁸⁾ NDT Neologismo, individuato come contrario di "placebo", con il quale si indicano in medicina le reazioni negative che un soggetto manifesta a seguito della somministrazione di un falso farmaco completamente innocuo, ma da egli percepito come nocivo.

⁽¹⁹⁾ NDT Il "controllo massimo" era già stato definito dall'Autore, in questo stesso saggio, nella nota numero 12. In ogni caso, posto che *repetita iuvant*, si tratta di un controllo caratterizzantesi per la sua estrema pervasività e che consiste nella verifica, da parte del giudice amministrativo, del rapporto dato tra i vantaggi e gli inconvenienti prodotti da un provvedimento della Pubblica Amministrazione, di tal guisa che i vantaggi dell'atto siano superiori all'insieme degli inconvenienti, rilevando la mancanza della finalità della utilità pubblica – e dunque l'annullamento dell'atto per ragioni di "opportunità" (ovvero di "merito") – nel caso di esito negativo dell'accertamento.

pubblica servirà ad illustrare la deriva intrapresa nei giudizi incentrati sul principio di precauzione.

Il giudizio “normale” di utilità pubblica, come illustrato nella sentenza “*Ville nouvelle Est*”⁴², da un lato accerta tale utilità in un contesto fattuale – almeno in teoria – conosciuto, mentre dall’altro si accontenta di eliminare questa o quella scelta amministrativa che non rileva d’utilità pubblica, in ragione di un bilanciamento d’esito negativo tra vantaggi e inconvenienti. La logica della precauzione, invece, condurrà il giudice, ad esempio in materia di linee ad alta tensione, a dare ragione alla scelta dei ricorrenti di interrare le suddette linee, contro la scelta della pubblica amministrazione di tracciare delle linee aeree, in nome del rischio incerto che tali linee aeree genererebbero per la sanità pubblica. In altri termini, la soggettività dell’apprezzamento incerto, in nome del principio di precauzione, si sostituirebbe a un controllo effettuato sulla base di scelte tecniche, se non certe, quanto meno già note.

Oltre al rischio di un giudizio di opportunità eccedente dai limiti, e sempre nello stesso registro di un “*contrôle maximum*” da parte del giudice, il giudizio incentrato sul principio di precauzione creerebbe anche il rischio di un giudizio di proporzionalità di tipo inedito, forse eccessivo. Considerando questa volta il punto di vista di chi trarrebbe profitto dalla non applicazione di misure di precauzione (l’*exploitant*), è la proporzionalità della stessa misura di precauzione che potrebbe essere contestata. Fino ad epoca recente la polizia amministrativa speciale era estranea a questo tipo di controllo, riservato alla sola polizia generale, nella quale le misure di polizia dovevano essere proporzionate a quanto era necessario per il mantenimento dell’ordine pubblico⁴³. Sicuramente, in certi ambiti specifici, come il c.d. “diritto dei migranti”, specialmente sotto la pressione dei principi imposti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), il *Conseil d’État* ha potuto estendere il giudizio di proporzionalità a certe misure prese nell’ambito della polizia speciale, con particolare riguardo al rifiuto del Visto⁴⁴; ma si tratta, comunque, di ipotesi eccezionali.

Il controllo esercitato fino ad ora in materia di polizia speciale è il cosiddetto “*contrôle restreint*”⁽²⁰⁾, giudizio di legittimità. Numerosi sono gli

⁴² CE, 28 maggio 1971, *Ville nouvelle Est*, in *Rec. CE*, p. 409, *concl.* Braibant.

⁴³ CE, 19 maggio 1933, Benjamin, in *Rec. CE*, p. 541.

⁴⁴ CE, 10 aprile, Aykan, in *Rev. adm.* 1992, p. 416, con nota di H. RUIZ-FABRI.

⁽²⁰⁾ NDT Letteralmente “controllo stretto”, consistente in un giudizio di legittimità, contrapposto al già citato “*contrôle maximum*”, che è invece un giudizio di merito.

esempî di giudizio di legittimità sugli atti della polizia speciale⁴⁵; e per quanto riguarda gli ambiti toccati dal principio di precauzione, come esempio può farsi quello dell'immissione nel mercato dei prodotti farmaceutici⁴⁶. L'uso in sede giurisdizionale del nuovo principio in esame porterà, naturalmente, le parti processuali – stavolta in nome del perseguimento del profitto, della libertà di commercio e dell'industria, del principio della certezza del diritto, del diritto al lavoro *etc.* – a domandare l'adeguamento delle misure ai fatti, pur sempre in nome del principio di precauzione.

Più grave, infine, è senz'altro il vuoto giuridico che risulterebbe da una utilizzazione generalizzata ed eccessiva del principio di precauzione. Uno dei suoi ambiti potenziali di applicazione potrebbe essere, per esempio, quello della responsabilità medica. Quest'ultima ha conosciuto, come noto, una doppia ed essenziale evoluzione: tanto a livello della responsabilità per colpa, rispetto alla quale è stata abbandonata la strada della colpa grave, a beneficio di una colpa semplice⁴⁷, generalmente ammessa ed espressa in giurisprudenza con la tipica formula "*faute de nature à engager la responsabilité de ...*"⁽²¹⁾; quanto a livello della valutazione del rischio che si è fatto correre al paziente (con ammissione di un aumento consentito del rischio in caso di operazione eccezionale effettuata mediante una nuova tecnica⁴⁸), soprattutto in caso di rischio eccezionale^{49 (22)}. Queste evoluzioni, senz'altro necessarie nel rifiuto sociale – e quindi giurisprudenziale – di vedere, salvo casi di esclusione della colpa, la vittima assumersi il peso del proprio pregiudizio, sarebbero private di contenuto se associassimo loro il principio di precauzione. Così si avrebbe rischio eccezionale nei casi in cui una patologia fosse suscettibile di essere scoperta solo a condizione di utilizzare tutti i mezzi della

⁴⁵ *Ex multis*: CE, 30 gennaio 1991, *min. équip. c/ ch. synd. fr. de l'affichage*, in *Rec. CE*, 33; CE 13 novembre 1992, *Sté Affichage Finchetti*, in *Rec. CE, tables*, 727.

⁴⁶ CE 25 aprile 1958, *Société laboratoire Geigy*.

⁴⁷ CE 10 aprile 1992, *Époux V*, *Rec. CE*, 171 in: *AJDA (Actualité Juridique. Droit Administratif)* 1992, 355, concl. Legal; *RFD adm.* 1992, 571, concl. *JCP G* 1992, II, 21881, con commento di J. MOREAU.

⁽²¹⁾ NDT Lett. "colpa di natura tale da implicare la responsabilità di ...".

⁴⁸ CAA Lyon, 21 dicembre 1990, *Gomez*, in *Rec. CE*, p. 498.

⁴⁹ CE, Ass., 9 aprile 1993, *Bianchi*, in *Rec. CE*, p. 127.

⁽²²⁾ NDT Il rischio eccezionale è così definito da M. PAILLET, *A propos de l'arrêt Bianchi, observation sur la responsabilité hospitalière pour risque exceptionnel*, RDP, n. 4, 1993, 1099 ss.: «è un rischio la cui realizzazione è eccezionale, vale a dire del tutto inabituale rispetto all'evoluzione normale che conosce un paziente sottoposto a un esame od a un trattamento medicale».

scienza medica – esattamente come è avvenuto nel noto caso “Bianchi”, poiché una iper-allergia allo iodio sarà diagnosticata solo utilizzando tutto l’arsenale dei mezzi diagnostici esistenti –, il quale tuttavia si trasformerebbe da rischio eccezionale in rischio di incidente operatorio o di alea terapeutica se il principio di precauzione permettesse di integrare l’incertezza scientifica. Questa generalizzazione, iniziata nel campo particolare dell’anestesia⁵⁰, è certo possibile, non fosse che per la volontà del legislatore, ma annienterebbe il senso stesso del fondamento del rischio. Nel campo della colpa, l’intervento di un dovere di informazione (la cui carenza costituisce colpa⁵¹) associato al principio di precauzione condurrebbe a un obbligo di informazione anche di ciò che non conosciamo scientificamente, la qual cosa potrebbe anche essere suggestiva, se non fosse così “surreale”.

Senza contenuto preciso, senza portata normativa, utilizzato a torto, a volte perfino in maniera pericolosa per la certezza del diritto, il principio di precauzione, rispetto al quale tutti sono, tuttavia, d’accordo nel riconoscere il merito delle finalità da esso perseguite, è di fatto l’espressione di una volontà di vedere il giudice “ben” giudicare, al di là della stretta regolarità formale a lui opposta, anche di diritto positivo.

Questo legame fragile della coppia precauzione-prevenzione che costituisce il principio di precauzione imporrà necessariamente una evoluzione della coppia stessa.

Le riserve del giudice, all’esame del confronto diretto del principio di precauzione e degli interessi generali degli atti della pubblica amministrazione, si sono tuttavia andate smorzando quando il principio di precauzione è stato invocato in modo più indiretto.

B. La invocabilità indiretta

Il diritto ambientale, malgrado i suoi limiti in termini di efficienza, beneficia della giustapposizione di più elementi che contribuiscono alla sua più grande invocabilità pratica: l’entrata in vigore della Carta dell’ambiente nel 2005 (1), la novità data dalla possibilità di invocare processualmente in via d’eccezione la contrarietà di una legge alla Costituzione (2) e l’ammissibilità riconosciuta dalla giurisprudenza della sua invocabilità indiretta nelle procedure contenziose (3).

⁵⁰ CE, sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d’Arles*, in *AJDA* 1997, p. 1016.

⁵¹ CE 5 gennaio 2000, *Cons. Telle*, in *Rec. CE* p. 5, *concl.* Chauvaux.

1. Conseguenze processuali indirette date dalla costituzionalizzazione dei principi ambientali

L'entrata in vigore della Carta dell'ambiente – che ha messo fine alla questione sul riconoscimento del rango dei principi ambientali – ha anche necessariamente modificato le condizioni di invocabilità di questi principi, costringendo il giudice a dover superare due ostacoli processuali presenti nel diritto amministrativo francese: la teoria della “*loi écran*” (letteralmente “legge-schermo”) e quella della autonomia concettuale della disciplina.

a) L'abrogazione implicita e la teoria della *loi écran*

Prima dell'entrata in vigore della Carta dell'Ambiente, era la c.d. “teoria della *loi écran*” che permetteva al giudice amministrativo, al quale non appartiene il potere di accertare la conformità a Costituzione di una legge, di rifiutarsi di esaminare la liceità⁵² di un atto amministrativo, se quest'ultimo si fondava su di una legge non dichiarata contraria alla Costituzione dal *Conseil constitutionnel*. In altri termini la legge, anche se incostituzionale, fungeva così da “schermo” rispetto ad un eventuale controllo di costituzionalità di un atto amministrativo.

L'importante decisione «*Association eaux et rivières de Bretagne*»⁵³ ricorda gli effetti dell'accesso al livello costituzionale nei riguardi delle leggi anteriori alla Carta: «quando delle disposizioni legislative sono state adottate per assicurare l'operatività dei principi enunciati dagli articoli [...] della Carta dell'ambiente, [...] la legalità delle decisioni amministrative non si apprezza, nei confronti di tali disposizioni, se non sotto la riserva che esse non siano incompatibili con le esigenze che emergono dalla Carta stessa, trattandosi di disposizioni legislative anteriori all'entrata in vigore di quest'ultima». La teoria della *loi écran* soccombe, così, innanzi ad una eccezione maggiore, quale quella di incostituzionalità “in via prioritaria”, in caso di incompatibilità con la Carta. Questa posizione è stata chiaramente ed espressamente riaffermata nel quarto “considerando” della decisione dell'Assemblea del 3 ottobre 2008 «*Commune d'Anney*»⁵⁴.

⁵² Da intendersi come concetto sinonimico di “regolarità”, ma non ridotto alla sola “legalità”, riservato alla legge *stricto sensu*.

⁵³ *Conseil d'État*, 19 giugno 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne, Requête* n. 282456 e 283103, in *AJDA* 2006, 1584.

⁵⁴ Pubblicata in *Dr. Env. Oct. 2008*, 19, *concl.* Y. Aguila.

Combinata con la giurisprudenza sulla “abrogazione implicita”, per la quale il giudice può aggirare mediante finzione l’ostacolo della “legge-écran” (*loi écran*)⁵⁵, questa posizione preminente del giudice amministrativo è essenziale in termini d’invocabilità dei principî ambientali. Certo, quando si tratta di principî ambientali della Carta che non siano stati oggetto di una legge per la loro realizzazione – ipotesi eccezionale – resta una questione aperta.

Naturalmente, quando si tratti di una legge posteriore alla Carta, contraria o incompatibile con quest’ultima, la teoria della *loi écran* è sempre valevole, poiché per il *Conseil d’État* «non rientra tra le competenze del giudice amministrativo quella di statuire sulla conformità di una disposizione legislativa alla Costituzione, e la ratifica dell’ordinanza del 28 luglio 2005 fa dunque ostacolo a che sia esaminata la questione secondo la quale questa abrogazione violerebbe l’articolo 7 della Carta dell’ambiente»⁵⁶. Spetterebbe, infatti, al *Conseil constitutionnel* la competenza a dichiarare la suddetta legge non conforme. Al più, la revisione costituzionale che ha introdotto la questione prioritaria di costituzionalità attenua ancora (cfr. *infra*, par. II, B., c) il rischio di non rispetto dei principî ambientali di rango costituzionale. Ciò non toglie che la combinazione della costituzionalizzazione dei principî, della giurisprudenza sulla abrogazione implicita, e l’immissione della eccezione d’incostituzionalità nel nostro sistema di controlli giuridici, costituiscono indiscutibilmente delle prospettive importanti⁵⁷.

⁵⁵ *Conseil d’État* Ass. 16 dicembre 2005, *syndicat National des buissiers de justice*, req. n. 259584: «considerando che se non appartiene al giudice amministrativo di apprezzare la conformità di un testo legislativo alle disposizioni costituzionali in vigore alla data della sua promulgazione, ad esso spetta altresì di constatare l’abrogazione, qualora implicita, di disposizioni legislative quando il loro contenuto è inconciliabile con un testo posteriore, sia esso di rango legislativo o costituzionale».

⁵⁶ Decisione del 27 giugno 2007, *Ass. nationale pour la protection des eaux et riviere*, req. n. 297531.

⁵⁷ Un’altra prospettiva potrebbe essere data dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali. Già prima che fossero introdotte nell’ordinamento costituzionale francese la Carta dell’ambiente (2005) e la QPC (2010), era infatti possibile “invocare” la CEDU, qualora una norma avente valore di legge avesse violato uno dei suoi principî. Ma non è sempre così facile individuare una violazione della CEDU in materia ambientale. Con una decisione del 20 ottobre 2011, non pubblicata (*Becker et autres/ France*), facente seguito, a sua volta, a una decisione del *Conseil d’État* del 18 luglio 2009 (*Ministre de l’économie, des finances et de l’industrie/M. Becker, requête* n. 288559, con nota di M. GROS, “De l’expropriation pour cause d’utilité publique”, in *Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 16 novembre 2009 n. 47) la Corte EDU, statuendo in composizione monocratica e rigettando un’azio-

b) *La fine dalla teoria dell'autonomia concettuale della disciplina*

Queste evoluzioni, che si suppongono acquisite, potrebbero, allo stesso tempo, infliggere un colpo fatale nella applicazione ai principî ambientali del principio della autonomia concettuale della disciplina (in francese: princ. della *indépendance des législations*). Nella celebre decisione «*Société Bouygues télécom*»⁵⁸ il *Conseil d'État*, come noto, aveva ritenuto non applicabile il principio di precauzione enunciato dagli articoli L 200-1 del *Code rural* e L 110-1 del *Code de l'environnement*, nei riguardi di un permesso di costruire, con la motivazione che «queste disposizioni non rientrano nel novero di quelle che deve prendere in considerazione l'autorità amministrativa, quando si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione in materia urbanistica». Questa posizione è stata numerose volte ripresa nella giurisprudenza della giurisdizione amministrativa di primo e secondo grado⁵⁹ e confermata in seguito dallo stesso *Conseil d'État*⁶⁰. Per altro verso, il riconoscimento del “rango costituzionale” dei principî ambientali ha determinato l'impossibilità di utilizzare l'autonomia concettuale della disciplina per impedire che ne venga contestata la violazione; così il testo legislativo (vale a dire il *Code de l'environnement* o il *Code rural*), di cui prima non si teneva conto in materia urbanistica, non può più, almeno in teoria, essere “scartato”. È questo il punto di vista di autorevolissima dottrina, come Yves Yegouzo, che considera come ormai l'applicazione del principio di precauzione «non sia limitata alle sole regolamentazioni disciplinate dal *Code de l'environnement*»⁶¹, o David Deharbe, che arriva ad affermare «l'incostituzionalità ambientale del principio dell'autonomia concettuale della disciplina»⁶², e noi non possiamo

ne contro lo Stato francese, ha considerato che il Codice minerario francese non violasse alcuno dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dai suoi protocolli in materia di indennità per danni.

⁵⁸ *Conseil d'État* 21 aprile 2005, *requête* n. 248233.

⁵⁹ Per esempio: *tribunal administratif de Toulouse*, 2 marzo 2006, 030603 e 0400074, *Carentz / Préfet de Haute Garonne*, in materia di permessi di costruire pale eoliche; *Cour administrative d'appel de Lyon*, 8 giugno 2006, in materia di porcilaie (02LY01902); *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, 2 maggio 2006, Goudan, 02BX01286, in materia di ricetrasmittenti.

⁶⁰ *Conseil d'État*, 23 novembre 2005, Comune di Nizza, 262105, per un permesso di costruzione di un parcheggio sotterraneo.

⁶¹ Y. YEGOUZO, *De certaines obligations environnementales: prévention, précaution et responsabilités*, AJDA, 2005, 1164.

⁶² D. DEHARBE, *L'application du principe d'indépendance des législations – note sous*

che condividere tali posizioni. Queste ultime, poi, sono state condivise anche da alcuni giudici. Così il *Tribunal administratif* di Amiens⁶³ ha ammesso l'operatività dell'argomento del principio di precauzione in relazione ad una procedura di revisione semplificata di un POS (Piano di occupazione del suolo), ritenendo che «queste disposizioni [articolo 5 della Carta] possono essere utilmente invocate in relazione di una decisione amministrativa intervenuta in materia di legislazione urbanistica», seguendo, in questo, l'indicazione del suo Commissario del Governo Anne Caron, la quale proponeva che «il carattere inoperante del principio di precauzione nei contenziosi riguardanti le autorizzazioni in materia urbanistica non si pone più nella stessa maniera dopo l'entrata in vigore della Carta dell'ambiente del 2004».

È vero che pur senza attendere la costituzionalizzazione dei principi, pur senza dover procedere a revisione costituzionale per consentire l'eccezione di incostituzionalità, sarebbe stato tutto sommato facile integrare un articolo del tipo del 110-1 del *Code de l'environnement*, così come altri nello stesso testo del Codice urbanistico. Ma perché fare le cose semplici, quando si possono fare complicate?

In ogni caso, la costituzionalizzazione del principio di precauzione rimuove indiscutibilmente l'ostacolo del principio dell'autonomia concettuale della disciplina.

c) Diritto ambientale e questione prioritaria di costituzionalità (Q.P.C.)

Grazie alla legge di revisione costituzionale del 2008 (*Loi constitutionnelle* n. 2008-724 del 23 luglio 2008), che ha introdotto l'art. 61-1 nel testo costituzionale, ed alla legge organica n. 1523/2009 del 10 dicembre 2009, è oggi possibile sollevare una questione "prioritaria" (ovverosia "pregiudiziale") di costituzionalità (Q.P.C.) in via incidentale. L'art. 61-1 dispone così che «quando, in occasione di un procedimento in corso davanti ad una giurisdizione, viene eccepito che una disposizione legislativa viola i diritti e le libertà garantite dalla Costituzione, il *Conseil constitutionnel* può essere investito della questione dal *Conseil d'État* o dalla *Cour de cassation* che si pronuncia entro un termine stabilito».

CAA Bordeaux, 2 mai 2006, Goudan, n. 02BX01286, in *Droit de l'environnement*, n.144, novembre 2006, 357.

⁶³ TA Amiens, 23 aprile 2007, *Préfet de la Somme/Commune de Lanchères* (req. 0601149), conclusioni di Caron, in *RJE* 4/2007, 477.

Una legge organica (articolo 23-2 dell'ordinanza n. 58-1067 del 7 novembre 1958, recante legge organica sul *Conseil constitutionnel* modificata dalla legge organica n. 1523/2009 del 10 dicembre 2009 relativo alla applicazione dell'art. 61-1 della Costituzione) prevede che il giudice innanzi al quale si eccipisce una questione prioritaria di costituzionalità decida «senza termine con sentenza motivata» sulla relativa trasmissione degli atti al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation*⁶⁴.

Possiamo rilevare tre decisioni recenti del *Conseil constitutionnel* in materia ambientale sorte a seguito della proposizione di una questione pregiudiziale di costituzionalità.

La prima, dell'8 aprile 2011⁶⁵, sollevata dalla *Cour de cassation*, terza Camera Civile, ha visto il Consiglio considerare che l'art. L 112-16 del Codice della costruzione e dell'abitazione non era «contrario a nessun diritto o libertà garantito dalla costituzione», poiché è «discrezionalità del legislatore definire le condizioni nella quali una azione di responsabilità possa essere esercitata sul fondamento della violazione dell'obbligo» del rispetto dell'ambiente imposto dai primi due articoli della Carta, così come «spetta al legislatore e, nel quadro definito dalla legge, alle autorità amministrative di determinare, nel rispetto dei principî enunciati, le modalità di attuazione» delle disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 della stessa Carta. Questa decisione di rigetto mostra, malgrado tutto, un esame attento della costituzionalità della legge nei riguardi della Carta dell'ambiente.

La seconda decisione, del 14 ottobre 2011⁶⁶, sollevata, questa volta, dal *Conseil d'État*, ha visto il *Conseil constitutionnel* dichiarare il secondo comma dell'art. L 511-2 e il paragrafo terzo dell'art. L 512-7 del *Code de l'environnement* contrari alla Costituzione, per violazione del cosiddetto “principio di partecipazione del pubblico” di cui all'articolo 7 della Carta⁽²³⁾: «considerando che, tuttavia, nella sua redazione sottoposta al

⁶⁴ Si procede alla trasmissione se i requisiti seguenti sono soddisfatti:

1) La disposizione contestata è applicabile alla lite o alla procedura, o costituisce il fondamento di una causa; 2) Non è già stata dichiarata conforme alla Costituzione nei motivi e nel dispositivo di una decisione del *Conseil constitutionnel*, salvo che non siano intervenuti mutamenti nelle circostanze; 3) La questione non presenta “carattere serio” («*caractère sérieux*» in francese). Così tutte le “disposizioni legislative”, ai sensi dell'articolo 61-1, sono suscettibili, per via della Q.P.C., di essere contestate innanzi a qualunque giudice. Ora, dal primo marzo 2005 la Carta dell'ambiente è integrata alla Costituzione, e quest'ultima garantisce i diritti e le libertà.

⁶⁵ CC 2011-116 QCP *Michel Z et autres, trouble de voisinage et environnement*.

⁶⁶ CC 2011-183/184 QPC *Association France Nature environnement*, in *Ajda* 2011, 1981.

⁽²³⁾ NDT Art. 7 della Carta dell'ambiente: «chiunque ha il diritto, nelle condizioni e

Conseil constitutionnel, il secondo comma dell'art. L 511-2 non prevede la pubblicazione del progetto del *décret de nomenclature* per le installazioni autorizzate o dichiarate; che inoltre, né le disposizioni contestate, né alcun'altra disposizione legislativa assicuravano l'operatività del principio di partecipazione del pubblico alla elaborazione delle decisioni pubbliche in esame; che, ne consegue, adottando le disposizioni contestate senza prevedere la partecipazione del pubblico, il legislatore ha violato per eccesso i limiti della sua competenza».

La terza decisione, del 13 luglio 2012⁶⁷, ancora sollevata dal *Conseil d'État*, ha visto il *Conseil constitutionnel* dichiarare l'ultima frase del primo comma dell'art. L 512-5 del *Code de l'environnement* come contrario alla Costituzione, sempre per violazione del principio di partecipazione di cui all'articolo 7 della Carta, perché «né queste disposizioni, né alcun'altra disposizione legislativa assicurano l'operatività del principio di partecipazione del pubblico nell'elaborazione delle decisioni pubbliche in causa; e, dunque, adottando le disposizioni contestate senza prevedere la partecipazione del pubblico, il legislatore ha violato per eccesso i limiti della sua competenza; le disposizioni dell'ultima frase del primo comma dell'art. 525-5 del *Code de l'environnement* sono quindi contrarie alla Costituzione». Il pensiero torna, naturalmente, alla decisione del *Conseil d'État* «*commune d'Annecy*» (*Conseil d'État*, 3 ottobre 2008, *Dr. Env.*, ottobre, 2008, 19, *conc. Y. Aguila*), che consacra la portata effettiva del principio di partecipazione.

Naturalmente queste tre prime decisioni riguardano i principî di responsabilità e quello di partecipazione, mentre per il momento nessuna dichiarazione di incostituzionalità è stata adottata nei confronti di violazioni del principio di precauzione.

La questione è, tuttavia, stata posta al *Conseil d'État*, in materia mineraria.

In occasione della contestazione della legalità di un provvedimento (*arrêté*) del prefetto, che disponeva l'interruzione definitiva dei lavori di rimessa in funzione di una miniera di carbone, una associazione intercomunale ha avuto l'occasione di proporre la questione della non-conformità del codice minerario francese alla Carta dell'ambiente, per violazione del principio di precauzione⁶⁸.

nei limiti stabiliti dalla legge, di accedere alle informazioni relative all'ambiente detenute dalle autorità pubbliche e di partecipare alla elaborazione delle decisioni pubbliche che abbiano una incidenza sull'ambiente».

⁶⁷ CC 2012-262 *QPC Association France Nature environnement*.

⁶⁸ Nel 1946, l'estrazione mineraria era nazionalizzata e le concessioni trasferite agli

Con decisione del 15 aprile 2011, il *Conseil d'État*, rigettando l'ecce-

Houillères du Bassin de Lorraine. Nel 2004, *Charbonnages de France* riprese questa concessione a seguito della dissoluzione degli *Houillères du Bassin de Lorraine*. Parallelamente, la procedura di abbandono della concessione era avviata a seguito di due provvedimenti del 2006 che autorizzavano la *Charbonnages de France* a procedere all'arresto definitivo dei lavori effettuati nelle miniere di carbone da *De Wendel et Sarre Moselle*, prescrivendo altresì delle misure complementari. Queste decisioni furono impugnate. Con due decisioni del 2010, il *Tribunal administratif de Strasbourg* annullava parzialmente uno dei due provvedimenti (*Tribunal administratif de Strasbourg*, 21 aprile 2010 *Association après mines Moselle est*, decisioni 0605815 e 0701758). L'*Association Apres-Mines-Moselle-Est*, come d'altronde lo stesso Stato, fecero appello davanti alla *Cour Administrative d'appel de Nancy*, nel giugno 2010. È in occasione di tale procedura pendente in appello che l'associazione *Apres-Mines-Moselle-Est* sollevava questione prioritaria di costituzionalità, in riferimento agli articoli 91 e 92 del Codice minerario.

I richiedenti ritenevano che le disposizioni contestate violassero il principio di precauzione statuito dall'articolo 5 della Carta dell'ambiente. Il regime di precauzione corrisponde a «situazioni di forte incertezza sui pericoli o sulle loro conseguenze: la decisione pubblica non può allora appoggiarsi su di una valutazione definitiva del rischio» (Cfr. *Avis du Comité de la Prévention et de la Précaution sur la décision publique en situation d'incertitude en date du 21 juin 2010*). Il principio di precauzione prevede che, in questo caso, se vi è il sospetto di danni gravi e irreparabili, l'incertezza non costituisce una ragione valida tale da rimandare l'adozione di decisioni idonee a meglio valutare il rischio e ad anticipare un eventuale danno.

L'art. 91 del Codice minerario impone senz'altro all'estrattore minerario, al momento della fine dell'estrazione e dell'arresto dei lavori, di fare conoscere «le misure che ritiene di applicare per preservare gli interessi menzionati all'articolo 79, per fare cessare in maniera generale i disordini e i nocimenti di qualunque natura causati da tali attività, per prevenire i rischi di sopravvenienza di tali disordini e per impedire, se del caso, la ripresa delle operazioni di estrazione». Tuttavia questa disposizione si applica esclusivamente quando trattati di rischi chiaramente identificati dall'estrattore («*désordres et nuisances de toute nature engendrés par ces activités*», art. 91, comma 2).

Il Codice minerario non istituisce dunque alcuna misura destinata ad assicurare il principio di precauzione, poiché si limita a prendere in considerazione i pregiudizi già esistenti e verificati alla data della procedura di arresto dei lavori. Inoltre, l'articolo 91 del Codice minerario limita gli obblighi dell'estrattore alle conseguenze dirette della sua attività di estrazione. Così facendo, esclude la configurabilità di obblighi relativi alle conseguenze indirette o indotte. Ora, si tratta di un aspetto capitale che è tradizionalmente tenuto in considerazione nell'ambito del diritto dell'ambiente (si veda, per esempio, in materia di studi d'impatto, art. R 122-3, C. dell'ambiente).

Il paradosso è, quindi, che il Codice minerario si rivela nettamente meno esigente in materia di precauzione nell'ambito di una decisione di arresto dei lavori, le cui conseguenze ambientali sono potenzialmente disastrose!

Così, a titolo di esempio della violazione del principio di precauzione, possiamo richiamare gli importanti problemi legati ai rischi idraulici dovuti alla cessazione dell'attività mineraria. La procedura di arresto dei lavori obbliga certamente gli estrattori a effettuare degli studi sui rischi generici dovuti all'attività, ma li dispensa dall'esaminare tutte le conseguenze indirette o indotte sulla qualità delle acque, in particolare di quelle potabili. Possiamo dunque agevolmente percepire come il Codice minerario non riconosca il

zione e decidendo di non trasferire al *Conseil constitutionnel* la questione prioritaria di costituzionalità⁶⁹, si trovava costretto, tuttavia, a formulare una interpretazione conforme del Codice minerario⁷⁰. Bisogna riconoscere, in questa importante decisione, non già una negazione di efficienza riconosciuta alla QCP in materia ambientale, ma piuttosto una volontà di riconoscersi la facoltà, senza dover investire il Giudice delle leggi, di sottomettere le disposizioni legislative al diritto costituzionale dell'ambiente.

Una recente decisione del *Conseil d'État* del 4 settembre 2011, «M.

principio di precauzione, che invece si applica anche quando i danni «benché incerti allo stato delle conoscenze possano compromettere in maniera grave e irreversibile l'ambiente» (art. 5 della Carta).

Trattandosi di rischi di inquinamento delle acque potabili, non è neppure necessario spiegare, qui, quali potrebbero essere gli effetti sulla salute pubblica. Eppure il Codice minerario non impone all'amministrazione, al momento della fase essenziale dell'arresto dei lavori, di adottare delle «misure provvisorie e adeguate al fine di ovviare alla realizzazione del danno» (Art. 5 della Carta). Non sembra neppure consentirle. Il quinto comma dell'articolo 91 non permette, in effetti, nessun'altra misura se non quelle definitive destinate a compensare i danni provocati all'ambiente.

La questione prioritaria di costituzionalità è stata trasmessa dalla *Cour administrative d'appel de Nancy* al *Conseil d'État*, passando così per il primo filtro di questa procedura. Peraltro il *Conseil d'État* non ha trasmesso la Q.P.C. al *Conseil Constitutionnel*, preferendo riconoscere implicitamente la sottomissione del Codice minerario alla Carta.

⁶⁹ *Conseil d'État*, sesta e prima *sous-sections* riunite, 15/04/2011, 346042.

⁷⁰ Ritenendo «che *l'association Apres-Mines-Moselle-Est* sostiene che le disposizioni citate dell'art. 91 del Codice minerario violano il principio di prevenzione e il dovere di riparazione previsti dagli articoli 3 e 4 della Carta dell'ambiente, così come il principio di precauzione previsto dall'articolo 5 della medesima Carta; che tuttavia, l'articolo 91 del Codice minerario dispone che al momento dell'arresto dei lavori minerari, l'autorità amministrativa prescriva le misure che l'estrattore deve eseguire al fine di preservare, in particolare, le caratteristiche essenziali dell'ambiente circostante, di fare cessare i disordini e i nocuenti di qualunque natura provocati dalle sue attività e di prevenire i rischi di sopravvenienza di tali disordini; che queste disposizioni impongono all'estrattore di farsi carico della cessazione di tali danni causati all'ambiente dalle attività di estrazione mineraria dopo l'arresto dei lavori; che esse sono rivolte altresì a prevenire i danni che potrebbero ulteriormente causare le concessioni minerarie venute meno; che, inoltre, l'articolo 93 del Codice minerario prevede che lo Stato sia responsabile, a seguito della cessazione della validità del titolo minerario, della sorveglianza e della prevenzione dei rischi suscettibili di mettere in causa la sicurezza dei beni o delle persone identificate al momento dell'arresto dei lavori e le disposizioni contestate non hanno in nessun modo per effetto quello di imporre adempimenti in tal senso da parte degli enti locali, né d'introdurre una rottura dell'eguaglianza tra questi ultimi; che, di conseguenza, la questione sollevata, che non è nuova, non presenta un carattere serio», il *Conseil d'État* risponde di fatto alla questione in maniera affermativa, dal momento che esamina pedissequamente gli obblighi imposti dal Codice minerario e li considera come conformi agli articoli 3, 4 e 5 della Carta dell'ambiente e all'art. 72 della Costituzione.

Michel A»⁷¹ ha consentito alla dottrina di tornare sul punto. Si trattava di una questione proposta circa la conformità agli artt. 2 e 6 della Carta dell'ambiente alle disposizioni degli articoli L123-3-5 e L 123-4 del *Code rural*. Il *Conseil d'État*, decidendo di non rinviare al *Conseil constitutionnel* la questione prioritaria sollevata, forniva una interpretazione conforme del *Code rural*, proprio per dimostrare la sua presa in considerazione delle disposizioni costituzionali invocate.

La proposizione della questione prioritaria di costituzionalità come mezzo rapido d'interpretazione della legge da parte del *Conseil d'État*, su iniziativa delle parti ma con la "complicità" del giudice supremo, può essere allora una novità processuale di grande interesse.

2. Il carattere indiretto del controllo del giudice

Così, l'errore sarebbe forse di esigere una possibilità di diretta invocazione, di voler considerare i principî ambientali alla stregua di un *cas d'ouverture*⁽²⁴⁾, come nel caso della violazione diretta della norma di diritto in materia di eccesso di potere⁷².

L'idea è che il principio di precauzione sarebbe invocabile, certo, ma in una logica indiretta: sia per la natura del rapporto giuridico esaminato, che è quello della compatibilità e non della conformità, sia, soprattutto, per la natura del controllo del giudice.

⁷¹ *Conseil d'État*, quinta e quarta sottosezioni riunite, 14/09/2011, 348394, pubblicata in *Rec. CE*.

⁽²⁴⁾ NDT Cioè come ipotesi concreta e autonoma tale da far attivare, da sola e direttamente, la tutela giurisdizionale. Si veda *supra*, NDT n. (3).

⁷² Il diritto urbanistico ha conosciuto questa difficoltà con la questione relativa ai poteri delle ZNIEFF (acronimo che sta per Zone Naturali di Interesse Ecologico, Faunistico e Floreale) e se, come sappiamo, le ZNIEFF sono "senza poteri normativi" (*Réponse ministérielle*, n. 43107: JOAN Q 10 févr. 1997, 689), il giudice ha subito sanzionato la violazione indiretta – per errore manifesto – dei principî inerenti a una ZNIEFF: errore manifesto di un prefetto che aveva autorizzato l'estrazione di una cava in una ZNIEFF (CE, 30 dicembre 1996, *Sté Ballastières de Travecy*: Mon. TP 1 agosto 1997, 35. – TA Caen, 10 dicembre 1996, n. 951809, *Assoc., Faune et Flore: Études foncières* settembre 1997, p. 45), di un consiglio municipale che aveva permesso la costruzione di un hotel-ristorante e di una struttura turistica in una zona ritenuta a vocazione agricola e al confine di una ZNIEFF (TA Nantes, 1 aprile 1993, *Les Verts du pays de Retz*, in *Dr. env.*, ottobre-novembre 1993, p. 21 e 22). Allo stesso modo, il tracciato di una zona NA (zone non attualmente edificate ma che saranno urbanizzate in futuro) sul perimetro di una ZNIEFF è stato ritenuto intaccato dallo stesso vizio (TA Nice, 1 febbraio 1996, *Synd. d'exploitants agricoles de Fontau-Sorge*, in *Études foncières*, dicembre 1996, 40, con commento di B. Lamorlette). Lo stesso appunto potrebbe essere fatto per gli schemi di gestione delle acque (SDAGE) o per gli schemi di gestione delle cave.

E il giudice utilizza, quando si tratta di principî ambientali, tutti i metodi classici del controllo indiretto.

Tra questi ritroviamo, in primo luogo, il metodo dell'adeguamento delle misure ai fatti, proprio della funzione della polizia amministrativa. A volte la formulazione del controllo giurisdizionale delle norme ambientali riporta così alla luce vecchie reminiscenze. La decisione «*Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs*»⁷³, a proposito delle «regole relative alla protezione del particolare ecosistema delle aree protette», ricorda che «queste regole non possono tuttavia legalmente consistere in un divieto generale e assoluto [...] ma devono al contrario essere adattate alle necessità che la protezione di certe specie impone in certi luoghi». Ritroviamo qui la “doppia idea” del controllo giurisdizionale in materia di polizia generale: da un lato l'idea della proibizione di divieti generali ed assoluti, dall'altro quella di un necessario adeguamento delle misure ai fatti, qualificato qui alla stregua di regola «adattata» al fatto.

Nella stessa logica del giudizio di proporzionalità in materia di polizia, l'analisi costi/beneficî, cara alla giurisprudenza del giudizio di utilità pubblica in materia di espropriazione⁷⁴, era stata integrata con elementi di valutazione ambientale, e riceveva la sua consacrazione con il primo annullamento di una operazione di grande importanza nel celebre *affaire* delle Gole del Verdon.

Così la decisione del 10 luglio 2006, «*Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de sainte Croix*», vedeva l'Alta assemblea considerare che «i gravi pregiudizî recati dal progetto a questa zona di interesse eccezionale eccedono l'interesse dell'operazione e sono di natura tale da fargli venir meno il suo carattere di utilità pubblica»⁷⁵.

Non erano mancate, in passato, posizioni a favore di ipotesi che incorporassero esplicitamente il principio di precauzione nell'analisi co-

⁷³ *Conseil d'État*, 13 luglio 2006, n. 281812.

⁷⁴ L'analisi costi/benefici, detta anche “metodo del bilanciamento”, consacrato dalla nota decisione «*Ville nouvelle est*» (*Conseil d'État*, Ass. 28 maggio 1971 R. 409, *Concl.* Braibant), ha ben presto fatto sì che tra i pregiudizî arrecati agli interessi pubblici fossero ricompresi anche quelli ambientali (a partire dal 1975 con la decisione «*Syndicat CFDT Marins pêcheurs de la rade de Brest*», *Conseil d'État* 25 luglio 1975, *requêtes* 90992, 91012, 91013, 91014, 91015). L'ambiente è stato all'origine di una decisione assunta con il “metodo del bilanciamento” anche nel *arrêt de préfiguration* riguardante i *Boues rouges de Cassis* (*Conseil d'État* 15 marzo 1968, *Commune de Cassis*, *req.* 69312, 69315, 69326, 69327, 69328, 69329, 69334).

⁷⁵ *Conseil d'État*, 10 luglio 2006, *Req.* 288108.

sti/benefici⁷⁶, sia di natura dottrinale, sia di provenienza giurisprudenziale: così, nelle conclusioni su due decisioni dello stesso giorno, il Commissario del governo mostrava di tenere in considerazione il suddetto principio in un giudizio di legalità. Egli rilevava espressamente che – nel caso di specie – «il principio di precauzione è precisamente invocato come norma di riferimento diretto», per ricordare che è vero che il controllo del giudice non poteva essere che un “*contrôle restreint*” (vedi *supra*, par. II, A-2)⁷⁷. La presa in considerazione (semplicemente) indiretta del principio non è più contestata in questo ambito, ed è anche stata oggetto di motivazioni chiare del giudice nelle conclusioni di Da Silva sulla decisione «*Saint léger en Bray*»⁷⁸: «non risulta dal *dossier* che, rispetto all’importanza dell’operazione e alle precauzioni prese, segnatamente riguardo alle disposizioni dell’art. L 110-1 del *Code de l’environnement*, gli inconvenienti che questa operazione comporta possano essere considerati come eccessivi».

Ritroviamo una altra forma di presa in considerazione indiretta del principio di precauzione, stavolta per mezzo dell’errore di apprezzamento manifesto, già invocato in materia di ZNIEFF (v. *supra*, nota 73), nella decisione «C.R.I.L.A.N.» del *Conseil d’État*, in data 4 agosto 2006, dove, riguardo al decreto del 10 gennaio 2003 che autorizzava l’agenzia nazionale per la gestione dei rifiuti radioattivi (ANDRA) a modificare, per il passaggio in fase di sorveglianza, il centro di stoccaggio dei rifiuti radioattivi della Manica, il *Conseil d’État* considerò che: «tenuto conto delle misure prese dal decreto che dovranno essere applicate senza interruzione, questo decreto non è viziato da errore di apprezzamento manifesto, né nell’applicazione del principio di precauzione, né nell’applicazione del principio di prevenzione».

Si conferma, così, sia pure in maniera implicita, l’impossibilità di un richiamo assoluto e diretto al principio di precauzione davanti al giudice amministrativo, ma, allo stesso tempo, la sua concreta invocabilità “indiretta” mediante il canale dell’errore manifesto.

Pertanto la decisione «C.R.I.L.A.N.» non esclude il principio di precauzione dalla valutazione intorno ai profili di legittimità, bensì ammette

⁷⁶ CE, 28 luglio 1999, *Assoc. intercommunale “Morbihan sous haute très haute tension”*, req. n. 184268, in *Dr. env.* n. 72, 13, con nota di C. Cans.

⁷⁷ *Concl.* Maugüé, 24 ottobre 2001, Cne de Marennes, in *Environnement*, 2002, commento n. 56; *Juris-Data* n. 2001-063046.

⁷⁸ *Conseil d’État* 13 dicembre 2002, *Association pour la sauvegarde de l’environnement et la promotion de Saint léger en Bray et autres*, *Rec. CE*, 963.

la possibilità di individuare la violazione indiretta in caso di errore manifesto di apprezzamento. È un classico della giurisprudenza sul principio, specialmente in materia di sanità pubblica⁷⁹.

Questa è sempre stata, d'altronde, la posizione del giudice comunitario. Così la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stimato che «tenuto conto della gravità del pericolo e della urgenza, la Commissione non aveva reagito in maniera manifestamente sproporzionata adottando, a titolo transitorio e nell'attesa di più ampie informazioni scientifiche, un divieto globale di esportazione dei bovini, della carne bovina e dei prodotti derivati»⁸⁰. Ma al fondo può essere che sia stato sempre così: già, nelle prime decisioni, relative alle sementi di mais, il *Conseil d'État*, nel giudizio di merito, aveva espresso – riguardo all'applicazione di una direttiva comunitaria – un ragionamento di questo tipo: «che il ministro abbia violato il principio di precauzione e commesso un errore manifesto di apprezzamento, nell'apprezzare i rischi, deve essere escluso»⁸¹.

Il diritto ambientale è ancora, dunque, alla ricerca delle sue procedure, alla ricerca di una sua “invocabilità” diretta ed effettiva: se si riesce ad andare oltre al “fantasma del sovra-diritto” e dell'applicazione sistematica di principi troppo generici, la sua indiretta applicazione, in seno alle procedure esistenti, risulterà sempre più efficiente.

⁷⁹ Così nelle quattro decisioni del *Conseil d'État* rese in materia di sanità pubblica, nelle quali è stato ritenuto che «tenuto conto delle precauzioni che s'impongono in materia di sanità pubblica» le autorità amministrative non avevano viziato i loro provvedimenti con un apprezzamento manifestamente erroneo (CE, 21 aprile 1997, *Barbier CE*, 21 aprile 1997, *Barbier, req. n. 180274*; D. 1997, *inf. rap. p. 123*; *Juris-Data* n. 1997-050225, per una autorizzazione di fabbricazione e di utilizzazione di un prodotto contenente collagene bovino). Il *Conseil d'État* riutilizzerà gli stessi termini per l'interdizione dell'utilizzo di materie di origine bovina negli alimenti per i neonati (24 febbraio 1999, *Sté Pro-Nat, req. n. 192465* in *Dr. adm. 1999*, commento n. 239, *obs. J.-C. BONICHOT*; CE, 30 juin 1999, *Germain, req. n. 202814*, in *Juris-Data* n. 1999-050758) o in materia di medicinali omeopatici e dei materiali che servono alla loro composizione (17 dicembre 1999, *Gootjes, req. n. 202871*; *Juris-Data* n. 1999-051691).

⁸⁰ CJCE ord., 11 aprile 2001, *aff. C-459/00 P (R)*, *Comm. c/ Trenker SA*, in *Rec. CJCE* 2001, I, 2823. Questa posizione non è legata esclusivamente alla paura della “mucca pazza”, ma sembra essere, piuttosto, ancorata a un metodo procedurale prestabilito; la Corte aveva già ricordato dal 1993, in materia di regolamenti e riguardo proprio al principio di precauzione, che l'annullamento non poteva essere disposto che dando la prova di un “errore manifesto, sviamento di potere o superamento manifesto dei limiti del potere di apprezzamento” dell'autorità precedente (24 novembre 1993, *aff. C-405/1992, Établissements Mondiet, Rec. CJCE* 1993, I, 6133, *concl. Gulmann*).

⁸¹ *Conseil d'État*, 22 novembre 2000, *Assoc. Greenpeace France, Rec. CE*, 548.

C. Limiti della ragione economica di Stato: precauzione, antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile e OGM nella giurisprudenza

L'esempio delle *antennes-relais*⁽²⁵⁾ è significativo delle difficoltà nell'invocare utilmente il principio di precauzione.

Conosciamo il contesto: una "vecchia" giurisprudenza (cioè precedente all'entrata in vigore della Carta dell'ambiente) opponeva un principio, quello dell'autonomia concettuale della disciplina giuridica (vedi *supra* par. II, B, 1, b), alla invocabilità, in materia di autorizzazioni urbanistiche, del principio di precauzione (come obiettivo di uno sviluppo sostenibile)⁸². Ma questa giurisprudenza, l'abbiamo visto, non è più applicabile. Quando il Commissario di Governo Yann Aguilla ha tratto le conclusioni nell'*affaire Bouygues Telecom*⁸³, pronunciandosi sui rapporti tra il principio di precauzione e il diritto urbanistico, egli ha espressamente sottolineato che la decisione del *Conseil d'État* teneva conto solo dei rapporti tra il *Code de l'environnement* e quello urbanistico, ma non prendeva invece in considerazione che la prossima entrata in vigore della Carta avrebbe reso più complessi tali rapporti⁸⁴: per questa ragione supplementare il principio di precauzione, che è pure consacrato dalla stessa Carta, dovrà, d'ora in avanti, applicarsi anche per apprezzare la legalità di una autorizzazione a costruire. Ora, nel caso delle *antennes-relais*, il principio deve naturalmente applicarsi.

In questo senso, proprio in materia di antenne ricetrasmittenti, il *Conseil d'État* ha posto fine alla tradizionale autonomia concettuale della disciplina e, criticando il giudice di merito che aveva escluso l'applicazione del principio di precauzione in materia di concessione di autorizzazioni urbanistiche, in termini più che espliciti ha affermato: «considerando che è enunciato all'articolo 5 della Carta dell'ambiente, alla quale

⁽²⁵⁾ NDT Cioè delle antenne ricetrasmittenti delle stazioni radio base di telefonia mobile – comunemente, ma impropriamente, chiamate "ripetitori" (impropriamente in quanto in realtà non "ripetono" alcun segnale, ma lo generano e lo trasmettono in aria, ovvero lo ricevono).

⁸² CE 20 aprile 2005, *Bouygues Telecom*, in *AJDA*, 2005, 1191.

⁸³ CE 20 aprile 2005, in *AJDA*, 2005, 1191. Cfr. J.-C. BONICHOT, in *BJDU (Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme)* 2/2005, 117.

⁸⁴ «Il principio di precauzione è applicabile al diritto urbanistico? Questo è il problema posto dalla questione in esame. Indichiamo da subito, per non tornarci successivamente, che i fatti sono anteriori all'adozione della Carta dell'ambiente, il cui articolo 5 introduce il principio di precauzione e che, dunque, la risposta che darete oggi non pregiudica, a nostro avviso, quella che potrebbe dare un domani, alla luce del nuovo contesto giuridico».

il preambolo della Costituzione fa riferimento in virtù della legge costituzionale del primo marzo 2005, che: “quando la realizzazione di un danno, benché incerta allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, potrebbe pregiudicare in maniera grave e irreversibile l’ambiente, le autorità pubbliche si curano, mediante l’applicazione del principio di precauzione e nel loro ambito di attribuzioni, della messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell’adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di premunirsi contro la realizzazione di quel danno”; e che, allora, ritenendo che il principio di precauzione, per come enunciato all’articolo 5 della Carta dell’ambiente, non debba essere preso in considerazione dall’autorità amministrativa quando essa si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione in materia urbanistica, il *Tribunal administratif* di Orléans ha commesso un errore di diritto⁸⁵. In teoria ed in pratica, il principio può essere dunque preso in considerazione per decidere su di una domanda di impianto di antenne ricetrasmittenti⁸⁶.

⁸⁵ Conseil d’État 19 luglio 2010, *Association du quartier les hauts de Choiseul*, req. 328687.

⁸⁶ Una proposta di legge, mai esaminata, prevedeva l’introduzione di un articolo L 33-1-1 all’interno del Codice delle poste e telecomunicazioni elettroniche il quale dispone che: «il valore limite di una esposizione del pubblico ai campi elettromagnetici emessi dalle antenne ricetrasmittenti di radiotelefonía mobile, utilizzate nelle risorse delle telecomunicazioni, è fissata a 0,6 volts per metro e le strutture sono obbligatoriamente impiantate a una distanza di almeno 300 metri dalle abitazioni o da uno stabilimento ritenuto sensibile. In deroga, nelle zone urbane, è vietato installare antenne ricetrasmittenti a meno di 100 metri da uno stabilimento sensibile». L’articolo 5 della proposta di legge, poi, prevedeva espressamente che «il sindaco e i rappresentanti degli enti locali possono opporsi all’impianto di una antenna ricetrasmittente se viola il principio di precauzione». Anche se una proposta di legge non fa parte dell’ordinamento giuridico, ciò non toglie che essa sia stata realizzata sulla base di studi e perizie i quali hanno rilevato i rischi per la salute derivanti dalle autorizzazioni urbanistiche che permettono l’impianto di antenne ricetrasmittenti di telefonia mobile. Inoltre, in un comunicato-stampa datato 15 ottobre 2009 con il quale si presentava un rapporto sulle radiofrequenza (“*mise à jour de l’expertise relative aux radiofréquences, L’AFSSET recommande de réduire les expositions*”) l’AFSET (Agenzia Francese di Sicurezza Sanitaria dell’Ambiente e del Lavoro) ha scritto: «il rapporto dell’AFSET mette in evidenza l’esistenza degli effetti delle radiofrequenze sulle funzioni cellulari, sulla base di una dozzina di studi sperimentali considerati dall’AFSET come incontestabili». Esiste, dunque, un dubbio oggettivo sui rischi per la salute della popolazione legati all’impianto di antenne rice-trasmittenti. Il rapporto dell’AFSET al *Directeur général de la Santé* del 16 gennaio 2001, sui telefoni mobili, le loro stazioni di base e la salute, lo stato delle conoscenze e le raccomandazioni, convenzionalmente chiamato “*rapport Zmiron*”, è stato utilizzato dal 2001 al 2005 come riferimento scientifico in Francia per gli operatori del settore. Anche dopo le dimissioni di Denis Zmiron, Presidente del gruppo di esperti del 2005 gli operatori non fanno più riferimento a tale rap-

Il collegamento di questa “spinta sociologica al dubbio” in materia di antenne ricetrasmittenti con l’articolo 5 della Carta costituzionale dell’ambiente e con la giurisprudenza sviluppatasi a partire dalla sentenza «*les hauts de Choiseul*»⁸⁷ avrebbe dovuto, naturalmente, condurre ad una giurisprudenza evolutiva nel senso dell’ammissione di una invocabilità sempre più rilevante.

Ma la questione non è così semplice come sembra.

Certo, una decisione del *Conseil d’État* è arrivata ad ammettere, nel 2012⁸⁸, che un sindaco possa prendere in considerazione il principio di precauzione per rifiutare un atto, estendendo la sua precedente giurisprudenza⁸⁹, ma lo stesso *Conseil* ha tuttavia rifiutato l’applicabilità “diretta” dell’art. 5 della Carta⁹⁰, criticando il giudice di primo grado che aveva ritenuto legittimo il rifiuto del sindaco nel caso delle antenne⁹¹.

In più, il Tribunale dei conflitti, in sei note decisioni⁹² è arrivato, lo

porto, ciò non toglie che esso raccomandi, dal 2001, di non esporre inutilmente gli abitanti a meno di 100 metri dalle antenne ricetrasmittenti, le dimissioni del Presidente del gruppo siano arrivate nel giugno 2005, il rapporto di ispezione dell’IGAS e dell’IGE nel 2006, ciò che rimette in discussione l’approccio intrapreso nel rapporto che pubblicò l’AFSE nel 2001.

⁸⁷ *Conseil d’État* 19 luglio 2010, *Association du quartier les hauts de Choiseul, requête* 328687.

⁸⁸ *Conseil d’État* 30 gennaio 2012 *Orange/ Noisy le Grand, requête* 344992.

⁸⁹ «Considerando che se appartiene all’autorità amministrativa competente di tenere conto del principio di precauzione quando si pronuncia sulla concessione di una autorizzazione rilasciata in applicazione della legislazione sull’urbanismo».

⁹⁰ «Le disposizioni dell’articolo 5 della Carta dell’ambiente non consentono, indipendentemente dalle procedure di valutazione dei rischi e delle misure provvisorie e adeguate suscettibili, se del caso, di essere messe in opera dalle altre autorità pubbliche nel loro ambito di competenza, di rifiutare legalmente la concessione di una autorizzazione di urbanismo in assenza di elementi circostanziati che facciano apparire, allo stato delle conoscenze scientifiche, dei rischi, anche incerti, di natura tale da giustificare un tale rifiuto».

⁹¹ «Considerando che il *Tribunal administratif* ha ritenuto che il sindaco, dopo aver constatato che allo stato delle conoscenze scientifiche i rischi provocati dal fatto dell’esposizione alle antenne erano incerti, con particolare riferimento alle norme prescrittive una distanza minima adottate in molti paesi vicini, aveva potuto legittimamente stimare che il progetto presentava un rischio di natura tale da violare il principio di precauzione; che ponendo in essere tale apprezzamento, a riguardo solamente dei rischi incerti, senza ricercare se degli elementi circostanziati erano di natura tale – allo stato delle conoscenze scientifiche e dei documenti inseriti nel *dossier* – da giustificare che fosse fatta opposizione alla dichiarazione preliminare depositata in applicazione della legislazione sull’urbanismo in vista dell’installazione delle antenne in causa, il *tribunal administratif* ha commesso un errore di diritto».

⁹² TC 14 maggio 2012 X/ Orange, *requêtes* C 3844, 3846, 3848, 3850, 3852 et 3854.

stesso anno, a vietare, al giudice ordinario, stavolta sul terreno dei rapporti di vicinato, di ricorrere, sempre in materia di antenne, al principio di precauzione, in nome dell'interferenza che ciò avrebbe rappresentato rispetto all'esercizio delle funzioni della polizia speciale⁹³.

Per finire – ma la giurisprudenza sul punto potrebbe evolversi – il giudice amministrativo vieta, ormai, anche alle autorità urbanistiche, in materia di antenne, di prevedere, nel PLU (Piano locale urbanistico), di vietare l'installazione delle antenne ricetrasmittenti in nome dei rischi per la sanità pubblica, vale a dire del principio di precauzione⁹⁴.

Ne risulta, in ogni caso, che il giudice ordinario (azione per rapporti anormali di vicinato) si vede vietare la possibilità di sanzionare una lesione del principio di precauzione, e il giudice amministrativo (ricorso per eccesso di potere), se in teoria riconosce il diritto dell'autorità amministrativa a prendere in considerazione il principio, non riconosce praticamente mai che gli elementi costitutivi della violazione del principio di precauzione siano integrati.

La stessa reticenza giurisprudenziale riguardo al principio di precauzione sembra configurarsi in materia di OGM. Il sindaco di Valence aveva voluto impedire, mediante provvedimento (*arrêté*) fondato sul potere di polizia generale e in virtù del principio di precauzione, la coltura di organismi geneticamente modificati. Poiché tale divieto si scontrava con il potere di polizia speciale, che invece aveva autorizzato la coltura degli OGM⁹⁵, i giudici di merito annullarono l'ordinanza municipale, e il *Conseil d'État* ritenne legittimo tale annullamento. In particolare il *Conseil d'État* statui che «ritenendo che la competenza del sindaco per adottare l'ordinanza impugnata in ragione dei suoi poteri di polizia generale non poteva essere giustificata dal principio di precauzione, la Corte di appello di Lione non ha commesso errore di diritto»⁹⁶.

⁹³ «Il principio della separazione dei poteri si oppone a ciò, che il giudice, al quale è richiesto di verificare le condizioni di utilizzazione delle frequenze radioelettriche riguardo alla necessità di evitare disturbi nocivi e di proteggere la salute pubblica e, pertanto, di sostituire il suo apprezzamento a quello della autorità amministrativa sugli stessi rischi così come di privare di effetti le autorizzazioni che questa ha rilasciato, possa conoscere di una tale azione».

⁹⁴ TA Versailles, *ordonnance* del 6 novembre 2012, *Société Orange France, requête* 1206310.

⁹⁵ In virtù della legge n. 92-654 del 13 luglio 1992 relativa al controllo dell'utilizzazione e della semina volontaria di organismi geneticamente modificati, quando gli OGM sono piante o semi l'autorità amministrativa competente è il Ministro incaricato dell'agricoltura.

⁹⁶ *Conseil d'État* 24 settembre 2012, *Commune de Valence*, n. 342990.

Certo, l'Alta Assemblea prende cura di precisare lungamente che il principio di precauzione era già tenuto in considerazione nella procedura di polizia speciale dello Stato⁹⁷, per giustificare il rifiuto al Sindaco di servirsene⁹⁸, ma in teoria ci possiamo interrogare sul fondamento giu-

⁹⁷ «Considerando, in primo luogo, che ai termini dell'articolo L 533-3 del *Code de l'environnement*, testo in vigore alla data del provvedimento impugnato, "qualunque semina volontaria di organismi geneticamente modificati che non ha altro fine che la messa sul mercato, così come qualunque programma coordinato di tale semina, è subordinata a una autorizzazione preliminare. Questa autorizzazione è rilasciata dall'autorità amministrativa dopo il parere del *Haut Conseil des biotechnologies* che esamina i rischi che può presentare la semina per l'ambiente e la salute pubblica. Essa può essere accompagnata da prescrizioni, e non vale che per l'operazione per la quale è stata sollecitata; che in virtù dell'articolo L 533-3-1 dello stesso codice, nel testo allora vigente, se degli elementi d'informazione portati alla conoscenza dell'autorità amministrativa fanno apparire un rischio per l'ambiente o la salute pubblica, questa autorità deve sottoporli per una valutazione all'organismo succitato e può modificare, sospendere o ritirare l'autorizzazione; che risulta dalle disposizioni combinate degli articolo R 533-1 dello stesso codice e 1 del decreto attuativo del 18 ottobre 1993, in materia di piante e semi, del titolo III della legge 92-654 del 13 luglio 1992 relativa ai controlli sull'uso e sulla semina volontaria di organismi geneticamente modificati che, quando gli OGM sono piante o semi, l'autorità amministrativa competente è il ministro incaricato dell'agricoltura; che quest'ultimo deve tuttavia ottenere l'accordo del ministro incaricato dell'ambiente; che gli articoli da R 533-2 a R 533-17 precisano le modalità di presentazione e d'istruzione della domanda di autorizzazione, che deve, in particolare, essere accompagnata da un *dossier* tecnico contenente le informazioni menzionate agli allegati II e III della direttiva del 12 marzo relativa alla semina volontaria di OGM nell'ambiente; che devono figurare, in particolare, in questo *dossier* "tutti gli elementi d'informazione che permettano di valutare l'impatto sulla salute pubblica e sull'ambiente"; che questi stessi articoli enunciano tanto le condizioni per deliberare e porre in essere l'autorizzazione quanto le modalità d'informazione della Commissione Europea e del pubblico; che in applicazione dell'articolo 2 del decreto del 18 ottobre 1993 i sindaci dei comuni nei quali l'inseminazione è prevista sono destinatari del *dossier* tecnico che accompagna la domanda di autorizzazione e possono organizzare o domandare al prefetto di organizzare delle riunioni d'informazione alle quali partecipa il richiedente o il suo rappresentante;

Considerando che risulta da queste disposizioni che il legislatore ha organizzato una polizia speciale per la semina volontaria di OGM, conferita allo Stato, di cui l'obiettivo è, conformemente al diritto dell'Unione Europea, di prevenire pregiudizi all'ambiente e alla salute pubblica che possono risultare dall'introduzione intenzionale di tali organismi nell'ambiente; che le autorità nazionali che hanno tali incarichi di polizia hanno per missione di apprezzare, caso per caso, con l'aiuto dei pareri scientifici di un organismo specializzato e dopo aver proceduto a una analisi approfondita che deve tenere in conto le specificità locali, ivi compresa la presenza di aziende di agricoltura biologica, se ci siano i presupposti per autorizzare la semina di OGM per la loro coltura a tutto campo» (*ibidem*).

⁹⁸ «Che risulta da queste disposizioni che il principio di precauzione, se s'impone a qualunque autorità pubblica nel suo ambito di competenza, non ha né per obiettivo né per effetto di permettere a una autorità pubblica di eccedere dal suo campo di compe-

ridico di tale utilizzazione del principio nell'ambito della polizia generale.

Non dovrebbero esserci, infatti, limiti teorici all'esercizio della polizia generale, la quale inoltre dovrebbe imporsi, se ricorrono le condizioni necessarie (rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza, la salute o la salubrità pubblica), sulla polizia speciale quando di avviso di contrario.

Così, questa decisione sugli OGM compone una giurisprudenza che tende, forse, a limitare l'esercizio della polizia generale da parte dei Sindaci.

Associata al divieto giurisprudenziale posto ai Sindaci e agli organi delle collettività locali di regolamentare l'installazione di antenne ricetrasmittenti, la giurisprudenza in esame sugli OGM potrebbe meravigliare, in quanto sorretta solitamente da motivi di carattere economico: costi/benefici degli operatori per le antenne, costi/benefici dell'agricoltura intensiva per gli OGM, costi/benefici degli sfruttatori di miniere e diritto delle *installations classées*⁹⁹.

Potremmo così sorprenderci di una tale limitazione del potere del Sindaco in materia ambientale, quando la giurisprudenza in materia di cinema, o la polizia speciale di autorizzazione alla diffusione, che appartiene al Ministero della cultura, può soccombere al potere di polizia del Sindaco in caso di rischi "locali"¹⁰⁰.

In conclusione, la questione della integrazione e della "invocabilità" del principio di precauzione nel contenzioso amministrativo francese non è esente da difficoltà, malgrado il rango costituzionale assunto da questo principio.

Ciò deriva, verosimilmente, da un errore semantico nella distinzione tra due principi prossimi e contigui: quello della prevenzione e quello della precauzione. In realtà, infatti, bisogna riconoscere come, al fondo,

tenza; che parimenti l'articolo 5 della carta dell'ambiente non può essere interpretato nel senso che esse abilita i sindaci ad adottare una regolamentazione locale incentrata sulla coltura di piante geneticamente modificate e destinata a proteggere le aziende limitrofe dagli effetti di una tale coltura» (*ibidem*).

⁹⁹ *Affaire JOUEUF*, CE, 29 settembre 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine*, n. 0218217: il sindaco, responsabile dell'ordine pubblico (inclusa la sicurezza) sul territorio del suo Comune, in assenza di pericolo imminente, non può esercitare poteri di polizia speciale.

¹⁰⁰ Giurisprudenza sui cinema (CE, 18/12/1959, *Société Les films Lutétia* R. 693, CE, 26/7/85, *Ville d'Aix en Provence* R. 236) e sulle attrazioni (*Commune de Morsang sur Orge* CE Ass., 27 ottobre 1995, RDP 96. 536, con nota di M. Gros), dove si chiarisce come il potere di polizia generale del sindaco, il cui potere morale è talvolta discutibile, può intervenire nella definizione dell'ordine pubblico.

tra il momento della certezza dei rischi scientifici provati (ciò che attiene alla prevenzione) e quello dato dall'incertezza degli stessi rischi (che rientra, invece, nell'ambito della precauzione) non vi sia di mezzo un oceano.

Bisogna allora concepire una fusione del concetto di precauzione con quello di prevenzione?

La parola precauzione viene, letteralmente, dal latino "*praecavere*" (usare cautela, stare in guardia), ma il principio ambientale in causa attiene manifestamente, prima di tutto, al concetto di "prudenza", vale a dire la "*prudentialia*", della quale Cicerone faceva la «virtù emanante dall'atto di prevedere»¹⁰¹.

Possiamo domandarci, dunque, se non sia saggio unire precauzione e prevenzione in nome della prudenza, vale a dire mettersi in guardia da ogni rischio: sia quelli conosciuti (prevenzione), sia quelli che non lo sono, o non del tutto (precauzione).

Questa fusione sarebbe una salutare semplificazione concettuale¹⁰², e attenuerebbe senz'altro le difficoltà.

Resta infine un limite più sociologico e storico all'interesse delle domande qui poste: esisterebbero ancora, tali quesiti, se noi perdessimo il nostro *status* di Paese ricco in periodo di pace?

In altri termini, il diritto dell'ambiente non è un diritto dei paesi ricchi e in periodo di pace?

Possiamo infatti legittimamente domandarci se la sopravvenienza di una grave crisi istituzionale dell'Europa, legata a una disoccupazione aumentata in maniera sensibile ed a difficoltà economiche della popolazione occidentale, non comporti un grave pregiudizio, per esempio, al principio dello sviluppo sostenibile, quando quest'ultimo si trovasse a dover essere bilanciato con il diritto al lavoro o con il diritto al progresso economico, ridiventati così immediatamente e sfortunatamente molto alla moda. Quanto peserebbe il principio di precauzione in caso del ri-

¹⁰¹ CICERO, *De legibus* I, 60.

¹⁰² È ciò che il *Conseil d'État* ha forse fatto implicitamente nella decisione C.R.I.L.A.N. (CE, 4 agosto 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire, requête* 254948, con nota di M. GROS, in *Revue Droit de l'environnement*, n. 144 365), considerando che «tenuto conto delle misure adottate dal decreto che dovranno essere applicate senza interruzione, questo decreto non è viziato da errore manifesto di apprezzamento, né nell'ambito dell'applicazione del principio di precauzione, né nell'ambito di applicazione del principio di prevenzione». Lo zeugma espresso dal *Conseil d'État* riportando l'errore manifesto di apprezzamento a due complementi, vale a dire il principio di precauzione e quello di prevenzione, va forse nel senso auspicato.

schio maggiore, questa volta senza discussione di origine antropica, di guerra esterna o civile?

Il diritto costituzionale e amministrativo dell'ambiente è, senz'altro, legato a una certa ricchezza e, soprattutto, ad un periodo di pace. Approfittiamone!

Giovanni Pitruzzella

TRASPARENZA, CONCORRENZA E REGOLAZIONE DEL MERCATO: UNA STRADA POSSIBILE PER IL RILANCIO DELL'ECONOMIA

1. La “trasparenza” è un concetto che riguarda le organizzazioni pubbliche. Esso, infatti, attiene al controllo democratico, secondo lo schema del “governo del potere pubblico in pubblico”, di cui parlava Norberto Bobbio; attiene altresì alla tutela delle situazioni soggettive, attraverso il cosiddetto “diritto di accesso” nei confronti delle pubbliche amministrazioni; riguarda, infine, la prevenzione dei conflitti di interesse, per esempio attraverso alcune delle norme recentemente introdotte in Italia con la “legge Severino”.

Ma la trasparenza può anche operare nelle relazioni che si sviluppano in un mercato concorrenziale? Che rapporto esiste tra trasparenza e concorrenza? Intuitivamente potremmo essere indotti a rispondere: nessuno! Tutti sappiamo che la concorrenza tra i ristoranti più alla moda si basa essenzialmente sulla segretezza delle ricette dello chef, gelosamente custodite e inaccessibili. Lo stesso principio sembrerebbe riguardare i più sofisticati prodotti tecnologici venduti da ditte concorrenti.

Tuttavia, come spesso avviene, appena si cerca di approfondire un po' di più il problema le cose si complicano.

Il fatto è che non c'è un'unica accezione di concorrenza: alla parola “concorrenza” possono essere ascritti significati differenti. Con un impegnativo sforzo di sintesi, e con tutte le semplificazioni che qualsiasi sintesi inevitabilmente comporta, essi possono essere ricondotti essenzialmente a tre.

In primo luogo c'è la concorrenza come “rivalità” tra imprese. Come scrive Whish: “competition means a struggle or contention for superiority, and in the commercial world this means a striving for the custom and business of people in the market place”.

Molti economisti sostengono una concezione diversa di concorrenza, che, rifacendosi al concetto neoclassico, si riferisce all’“economic wel-

fare”, o al “consumer welfare”. C’è concorrenza non tanto perché c’è una rivalità tra imprese ma perché i rapporti di mercato producono un “benessere economico”. In termini paretiani, una posizione efficiente è raggiunta quando nessun cambiamento di quella posizione può fare migliorare qualcuno senza che nessun altro peggiori la propria posizione. Qui ciò che conta è l’efficienza economica e anche un peggioramento delle condizioni che rendono possibile la lotta tra imprese rivali non urta la concorrenza se, nelle specifiche circostanze, produce più efficienza economica.

C’è, infine, una terza accezione di concorrenza che si trova nel cosiddetto “ordoliberalismo” della “Scuola di Friburgo” e dei suoi epigoni. Questa concezione si impernia sulla libertà economica e aspira a quello che John Kay ha definito un “pluralismo disciplinato”. Essa considera la libertà economica come un valore in sé da tutelare e, viceversa, ritiene necessario disciplinare e limitare il potere economico che, in assenza di disciplina, tende a sopraffare i concorrenti. I punti chiave di questa concezione sono due: il sistema economico deve consentire a tutti i soggetti economici di partecipare al mercato senza essere danneggiati dal potere economico del soggetto più forte; la libertà economica non è garantita da un mercato non regolato, piuttosto, per difenderla dal pericolo che si creino monopoli, cartelli e abusi, sono necessarie regole che sostengano tale libertà e apparati amministrativi che ne assicurino l’attuazione e sanzionino i comportamenti che vi arrecano pregiudizio. In questa prospettiva la disciplina del mercato è fondamentale, al pari della disciplina del contratto e dei diritti di proprietà, costituendo un prerequisito del successo del mercato. Tutto ciò, tra l’altro, significa che l’efficienza economica può essere un risultato indiretto che deriva dalla presenza della libertà economica, ma non è lo scopo del diritto della concorrenza. Perciò una condizione inefficiente accompagnata ad un alto livello di libertà economica dovrebbe essere preferita ad uno stato di efficienza che sacrifica la libertà economica a favore del potere economico di uno o di pochi. Questa visione ha ispirato la costruzione della cosiddetta “economia sociale di mercato”, che, com’è noto, ha influenzato la costruzione dell’economia tedesca e della legge sulla concorrenza nel periodo seguente alla seconda guerra mondiale.

Ogni diversa concezione di concorrenza dà un risalto peculiare alla trasparenza, intesa come circolazione di informazioni e libera accessibilità alle stesse, senza barriere e ostacoli.

Se la concorrenza è soprattutto presenza della rivalità e lotta senza quartiere non ci sarà, in linea di massima, spazio per la trasparenza per-

ché ogni soggetto economico che lotta nel mercato tenderà a tenere per sé le informazioni che possiede, a massimizzare l'utilità che ottiene dal possesso di tali informazioni sia attraverso il lancio di nuovi prodotti e servizi, sia attraverso l'esclusione dei concorrenti dall'accesso alle informazioni e ai saperi necessari per ottenere output analoghi.

Se invece ci rivolgiamo all'efficienza economica, bisognerà valutare, caso per caso, se da una maggiore diffusione di informazioni potrà derivare una maggiore o una minore efficienza economica. Non ci sarà una presunzione a favore della trasparenza né tanto meno l'imposizione di obblighi di trasparenza, ma la trasparenza potrà essere imposta nella misura strettamente necessaria a migliorare il benessere complessivo del sistema.

Nella terza accezione, la concorrenza, in linea di massima, potrà andare maggiormente d'accordo con la trasparenza. La mancata circolazione di informazioni, il fatto che esse siano monopolizzate da qualcuno potrà infatti costituire un insuperabile "collo di bottiglia" che impedisce l'accesso al mercato di nuovi concorrenti e quindi pregiudica la libertà economica e rafforza il "potere dei giganti". Potranno perciò essere configurati obblighi di trasparenza la cui inosservanza dà luogo a violazione del diritto della concorrenza. Il diritto, col suo sistema di obblighi e sanzioni, prevale così sull'analisi economica e sulla ricerca di efficienza.

Tutto ciò assume un'importanza straordinaria nell'economia contemporanea dove predomina l'economia della conoscenza, la concorrenza si basa sull'innovazione e l'innovazione si basa sulla ricerca e quindi sull'organizzazione di informazioni che hanno un grande valore.

2. Fin qui il quadro generale, ma che cosa ci dice il diritto positivo? Le precedenti, ripeto necessariamente sintetiche e perciò un po' semplificanti, considerazioni permettono di gettare qualche luce sui rapporti tra concorrenza e trasparenza, ma in concreto nel diritto europeo della concorrenza – che poi è prevalentemente quello che applicano le Autorità nazionali di concorrenza dopo la riforma del 2003 – che cosa succede?

In verità, manca una codificazione della nozione di concorrenza. Abbiamo gli illeciti concorrenziali, previsti dagli artt. 101 (sulle intese) e 102 (sull'abuso di posizione dominante) del TFUE, abbiamo i regolamenti comunitari, e la grande massa di atti di soft law adottati dalla Commissione, ma non troviamo da nessuna parte una definizione di "concorrenza". Tuttavia, dall'interpretazione sistematica del Trattato, si è ricavato il riconoscimento giuridico del paradigma della "libertà economica

nel mercato”, cui si è lungamente ispirata la pratica della Commissione europea. Questo non significa che identificare una restrizione della concorrenza sia facile. Come scrive Moschel, “the demarcation between practices which promote competition and those which hinder it has remained a field in which reasoned analysis and mere speculation exist in equal measure”.

Agli studiosi del diritto della concorrenza è ben noto che nella prassi della Commissione, a un certo punto, c'è stato uno spostamento verso un maggior “economic approach”. Di questo spostamento ci sono state manifestazioni evidenti con il regolamento sulle concentrazioni del 2004 che codificò il criterio del consumer welfare quale fattore bilanciante atto a giustificare la concentrazione di mercato, per trovare una più compiuta formulazione nelle Linee guida sulle concentrazioni non orizzontali del 2008. Da ultimo i fautori del “more economic approach” hanno rivolto la loro attenzione verso la fattispecie dell'abuso di posizione dominante accusando la tradizionale metodologia di valutazione di essere troppo rigida e formalistica e chiedendone una rivisitazione in chiave più economica. Tuttavia questa rivisitazione ha suscitato numerose perplessità e perciò si è parlato di “assalto fallito” (Gustavo Ghidini e Emanuela Arezzo), e sembra non avere fatto breccia nella giurisprudenza della Corte di giustizia (da ultimo David Bailey).

Il quadro generale, quindi, permette di concludere che, nonostante la prima impressione, concorrenza e trasparenza non sono termini contraddittori, ma al contrario la prima, in alcune occasioni, può essere strumentale rispetto alla garanzia della seconda. Ma in quali casi questo rapporto di strumentalità si può ritrovare?

3. C'è un esempio recente di come, nella prassi della Commissione e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la trasparenza limiti il potere dell'impresa dominante in funzione proconcorrenziale. Si tratta del caso AstraZeneca, deciso dalla Corte di Giustizia con una sentenza del dicembre 2012, che ha confermato il provvedimento sanzionatorio adottato dalla Commissione.

Ci troviamo in presenza dei diritti di proprietà intellettuale di cui l'impresa godeva grazie alla copertura brevettuale. Qui c'è un trade off tra l'esigenza di promuovere l'innovazione attraverso la concessione di diritti di esclusiva e l'esigenza di promuovere la concorrenza attraverso l'apertura dei mercati, che è l'opposto dell'esclusiva. Entrambi i meccanismi favoriscono l'innovazione, che è la strada principale per stimolare la crescita economica. Crescita economica che viene ad acquistare sem-

pre maggiore risalto nell'agenda dell'UE e degli Stati, dopo anni di politiche di austerità.

AstraZeneca, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 aveva elaborato e commercializzato in Europa un farmaco a base di un principio attivo denominato omeprazolo che, capostipite della classe degli inibitori della pompa protonica (IPP), si era affermato come terapia di riferimento per patologie di rilevante impatto sociale quali l'ulcera gastrointestinale o il reflusso gastroesofageo. Ciò ha consentito ad AstraZeneca di acquisire una quota di mercato sempre più ampia all'interno dell'area gastrointestinale.

La Commissione ha ritenuto che AstraZeneca aveva deliberatamente reso dichiarazioni ingannevoli davanti agli uffici dei brevetti di Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Norvegia e Regno Unito con l'obiettivo di conseguire o mantenere Certificati di Protezione Complementare (CPC) per il proprio medicinale, ottenendo, in questo modo, un prolungamento della protezione brevettuale cui l'azienda non avrebbe avuto diritto.

Inoltre, secondo la Commissione, AstraZeneca aveva chiesto in modo selettivo la revoca delle Autorizzazioni all'immissione in commercio relative alla formulazione di omeprazolo in capsule, solamente in alcuni mercati nazionali, quali Danimarca, Norvegia e Svezia, in cui la scadenza del Certificato di Protezione Complementare avrebbe reso possibile ai genericisti l'attuazione della procedura di registrazione abbreviata. Questa procedura esige il riferimento per relationem alla documentazione chimica e clinica afferente l'AIC della corrispondente specialità medicinale quale condizione regolatoria per ottenere l'AIC. Si è trattato quindi di un'unica strategia escludente volta ad impedire l'ingresso nel mercato dei produttori di farmaci generici. La trasparenza nella decisione del caso ha giuocato un ruolo importante. Infatti, da una parte c'è stata l'omissione nel fornire informazioni importanti agli uffici brevetti di alcuni Paesi al fine di ottenere un'estensione temporale dei diritti di esclusiva. Dall'altro lato c'è stato un comportamento diretto a evitare che i genericisti potessero avvalersi della documentazione chimica e clinica prodotta per il brevetto del farmaco in questione al fine di impedire che essi ottenessero l'AIC seguendo le procedure semplificate previste dal diritto europeo.

La decisione è stata confermata, a parte una lieve riduzione dell'importo della sanzione, da parte del Tribunale UE e ora con la sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012.

La Corte, tra l'altro, ha affermato che i diritti di proprietà intellet-

tuale non conferiscono una illimitata immunità antitrust all'impresa e che, pertanto, certe pratiche possono violare il diritto della concorrenza se hanno come finalità quella di ritardare l'ingresso nel mercato dei concorrenti. Un uso improprio della regolazione e delle regole sul brevetto può determinare una violazione del diritto antitrust.

Nella decisione della Corte di giustizia è la nozione di "concorrenza sui meriti" a configurarsi quale elemento realmente discriminante per stabilire in modo definitivo la liceità dei comportamenti dell'impresa dominante a protezione dei propri interessi. Una cosa è l'uso delle procedure regolatorie e dei diritti di proprietà intellettuale per realizzare innovazioni, di prodotto, di processo e di distribuzione. Altra cosa è il loro uso strumentale al fine di bloccare l'ingresso nel mercato dei concorrenti.

È interessante notare, a conferma del dialogo che nella materia avviene tra le due sponde dell'Atlantico, che con una decisione del 17 giugno 2013, la Corte Suprema degli USA ha affermato la natura anticompetitiva di certe condotte che hanno il solo fine di proteggere i farmaci coperti dall'esclusiva derivante dai diritti di proprietà intellettuale dalla competizione da parte dei generici.

4. Ci sono altri esempi recenti e assai rilevanti economicamente del rapporto tra trasparenza, concorrenza e proprietà intellettuale. Essi riguardano l'obbligo del titolare di diritti di esclusiva di concedere in licenza l'uso di parti di beni brevettati in presenza di un processo di standardizzazione che impedirebbe ad altri concorrenti di entrare nel mercato.

Accennando solamente per grandi linee ad uno degli svolgimenti più importanti e complessi del diritto antitrust, va richiamato quanto sta avvenendo nel settore dell'industria high tech e dell'information technology. L'interoperabilità è un aspetto chiave per consentire ai competitori di immettere nuovi prodotti che siano in grado di essere interoperativi con il prodotto dominante che usano i consumatori. Senza interoperabilità i nuovi prodotti non potrebbero essere venduti, il mercato resterebbe chiuso e l'innovazione bloccata.

In questi settori perciò si è sviluppato il concetto di FRAND licensing, che consiste nell'obbligo del titolare dei diritti di proprietà intellettuale a concedere una licenza per l'uso di quella parte del brevetto necessario per assicurare l'interoperabilità in fair and non discriminatory terms. La guerra che è in corso nei Tribunali di mezzo mondo tra i giganti del settore, come Apple, Motorola, Samsung il più delle volte ruota intorno a questo concetto, che importa la messa a disposizione, sia pure

dietro il pagamento di ingenti compensi, di informazioni detenute dall'impresa dominante.

5. C'è, infine, un altro settore tipico del diritto della concorrenza in cui si può manifestare un'esigenza di trasparenza: quello dell'impresa dominante verticalmente integrata che avendo il controllo, a causa della proprietà della rete, del mercato a monte dispone della fornitura di input necessari per i produttori di un mercato a valle.

In questo settore rientrano a pieno titolo le telecomunicazioni. Qui c'è, non solo in Italia, un ex monopolista che ha conservato la proprietà della rete, anche se la liberalizzazione ha imposto l'obbligo di assicurare l'accesso alla rete agli operatori alternativi (i cosiddetti OLO) affinché, in condizioni di parità, possano fornire i loro servizi di telefonia e di collegamento a internet a banda larga.

Recentemente l'AGCM ha condannato Telecom Italia, con una sanzione superiore ai 100 milioni di euro, in quanto ha ritenuto che l'incumbent avrebbe posto in essere due condotte con cui avrebbe abusato della posizione dominante detenuta nella fornitura di servizi di accesso all'ingrosso alla rete locale e alla banda larga, ostacolando l'espansione dei concorrenti nei mercati a valle dei servizi di telefonia vocale e dell'accesso ad Internet a banda larga.

La decisione, contro la quale Telecom Italia ha proposto ricorso al TAR, si basa sui dati emersi nel corso dell'istruttoria dai quali, secondo l'AGCM, l'incumbent avrebbe trattato gli ordinativi provenienti dagli operatori concorrenti (gli OLO) in modo discriminatorio rispetto a quelli provenienti dalle proprie divisioni interne ostacolando l'accesso dei concorrenti all'infrastruttura, sia nel caso della fornitura dei servizi su linea attiva, sia nel caso di fornitura di servizi su linea non attiva. Ciò avrebbe di fatto reso più difficoltoso per gli altri operatori il processo di attivazione dei servizi di accesso alla rete rispetto alle divisioni interne di Telecom.

L'altra condotta abusiva consisterebbe nella compressione dei margini (*margin squeeze*) in virtù della quale Telecom Italia avrebbe attuato una politica di scontistica alla grande clientela business per il servizio di accesso al dettaglio alla rete telefonica fissa, tale da non consentire a un concorrente, altrettanto efficiente, di operare in modo redditizio e su base duratura nel medesimo mercato. L'analisi dell'Autorità avrebbe evidenziato che l'incumbent non sarebbe stata in grado di offrire i servizi al dettaglio ai prezzi praticati senza subire perdite se avesse sostenuto i costi all'ingrosso praticati ai concorrenti.

Nel caso in esame, impregiudicata ovviamente la decisione del giudice amministrativo, c'è un problema di trasparenza, che è tipico di tutti i servizi che devono utilizzare una rete. Trasparenza delle condizioni a cui l'accesso alla rete è garantito all'incumbent ed agli operatori alternativi, trasparenza dei costi effettivamente sostenuti dall'incumbent per usare la rete, trasparenza dei comportamenti attraverso i quali l'incumbent tratta le richieste d'accesso provenienti dai concorrenti e quelle provenienti dalle sue divisioni commerciali. Un problema di trasparenza che riguarda tutti i servizi a rete, tra cui, per esempio quello del trasporto ferroviario.

6. Fin qui abbiamo passato in rassegna casi in cui la violazione della trasparenza ridonda in illecito anticoncorrenziale. Tutti i casi esaminati sono riconducibili all'abuso di posizione dominante, sotto specie di abuso escludente. Qui la trasparenza è un bene per chi guarda le cose dal punto di vista delle Autorità di tutela della concorrenza.

Le conclusioni sono opposte se ci spostiamo sul terreno delle intese restrittive della concorrenza. Ci sono casi in cui la trasparenza è da evitare e se c'è può integrare gli estremi dell'illecito anticoncorrenziale. Se più imprese mettono in comune delle informazioni sensibili ai fini della determinazione dei prezzi o delle quantità da produrre si può dare vita ad una intesa vietata dall'art. 101 TFUE.

È un principio fondamentale del diritto della concorrenza quello secondo cui le imprese devono determinare in maniera autonoma le proprie strategie, non potendosi avere tra le stesse contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto quello di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali di mercato. Per il diritto antitrust costituisce un'intesa, sub specie di pratica concordata, qualsiasi forma di coordinamento tra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza.

In applicazione di tale principio, il Consiglio di Stato (sentenza n. 9565/2010) ha ritenuto che l'acquisizione da parte di più imprese assicurative di un data-base capace di garantire loro un flusso costante e quindi sempre aggiornato e non anonimo di informazioni sulle tariffe e sulle altre condizioni di contratto praticate dai diversi operatori economici costituisce "una pratica concordata vietata... dato che non par dubbio che ne derivi la quasi totale elisione dei margini di incertezza nelle principali scelte di strategia contrattuale (avuto riguardo in primis ai livelli dei prezzi) operate dai concorrenti coinvolti".

Peraltro le "linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del TFUE

agli accordi di cooperazione orizzontale” adottate dalla Commissione europea nel gennaio del 2011 dedicano un’apposita sezione a scambi di informazione, delineando un quadro generale per la valutazione antitrust degli scambi di informazione, fino a quel momento desumibile solamente dalla giurisprudenza.

Le linee guida recepiscono la giurisprudenza a partire dal caso UK Tractor identificando le potenzialità restrittive di uno scambio di informazioni non solo quando rappresenta un accordo ancillare di un cartello, ma anche quando funge da meccanismo che, facilitando il monitoraggio reciproco, sostiene o accresce la stabilità collusiva. Le linee guida distinguono varie ipotesi, ma ribadiscono che quando le informazioni scambiate riguardano intenzioni individuali di condotte future su prezzi e quantità, il loro scambio tra concorrenti è restrittivo per l’oggetto e deve essere valutato come cartello.

7. Ritornando indietro ai casi della relazione virtuosa tra concorrenza e trasparenza, va notato come gli esempi riportati attestino il peculiare rapporto che esiste tra tutela della concorrenza e regolazione.

Com’è noto, si tratta di attività ben distinte. Facendo torto all’approfondito dibattito che riguarda l’individuazione dei loro caratteri distintivi e delle reciproche implicazioni, secondo l’opinione prevalente la regolazione, attraverso la definizione di regole generali, mira a disciplinare ex ante gli assetti di mercato. Essa opera in settori caratterizzati da quelli che vengono definiti “fallimenti di mercato” e rimedia a tali situazioni attraverso regole che dovrebbero favorire un assetto del settore coerente con i principi di concorrenza, efficienza, e progresso tecnologico.

Com’è noto, esiste un grande dibattito sui limiti dell’attività di regolazione che, in linea di principio, dovrebbe limitarsi a rimediare ai “fallimenti di mercato” senza sostituirsi agli operatori economici nell’effettuazione delle loro scelte. C’è chi sottolinea il bisogno di una regolamentazione preventiva nei principali settori economici e arriva a sostenere che la crisi finanziaria del 2008 sia stata originata proprio dalla debolezza della regolazione dei mercati finanziari (la tesi è autorevolmente sostenuta da Posner). C’è chi invece sostiene che l’eccesso di regolazione produce uno Stato dirigista che si sostituisce al mercato con esiti inefficienti (tesi oggi rilanciata dal recente libro di Alberto Mingardi).

Ma al di là del problema del quantum di regolazione desiderabile, resta un principio cardine quello secondo cui tra regolazione e tutela della concorrenza non vi è conflittualità, ma complementarità. L’enforcement antitrust assolve alla fondamentale funzione di reprimere ed eli-

minare a posteriori i comportamenti illeciti delle imprese che, nelle maglie lasciate libere dalla regolazione, sono suscettibili di produrre effetti anticompetitivi.

Quando sussiste un margine di discrezionalità dell'operatore in merito alle modalità di applicazione delle regole settoriali, tale discrezionalità può dare vita a condotte anticompetitive.

Soprattutto nelle fasi di apertura alla concorrenza di nuovi mercati collegati a quello a monte ancora in monopolio, la regolazione, pur avendo reso possibile la liberalizzazione, spesso non può essere sufficiente a proteggere l'assetto concorrenziale dei nuovi mercati di fronte alle strategie abusive di natura escludente dell'impresa verticalmente integrata, che cerca di mantenere la propria posizione dominante e di estenderla nei mercati a valle. In questi casi gli ostacoli anticoncorrenziali vanno rimossi attraverso l'intervento antitrust.

Si tratta di un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i cui capisaldi sono due decisioni rispettivamente del 2009 e del 2011: il caso *Deutsche Telekom* e il caso *Telia Sonera*. Recentemente riaffermati nella già citata decisione sul caso *AstraZeneca*, dove è sottolineato come il fatto che l'impresa responsabile dell'abuso si sia conformata alla regolazione ed abbia seguito le procedure regolatorie non esclude l'illecito anticoncorrenziale se i comportamenti effettivamente seguiti erano diretti a restringere artificialmente il mercato.

8. La trasparenza non riguarda solamente i rapporti tra imprese, ma anche quelli tra imprese e consumatori. Usciamo, in tale ipotesi, dal campo proprio della tutela della concorrenza ed entriamo in quello della tutela del consumatore. Il consumatore, per effettuare le proprie scelte d'acquisto consapevolmente, deve essere messo nelle condizioni di comprendere l'effettiva natura e portata delle offerte formulate dalle imprese. Il Codice del Consumo, pertanto, prevede che le informazioni debbano essere non solo veritiere, ma anche presentate nella loro veste grafica in modo tale da non indurre in errore il consumatore in merito agli elementi essenziali dell'offerta, quali il prezzo, le caratteristiche del bene o del servizio e la sua disponibilità (art. 21).

In applicazione di questa norma, l'AGCM ha operato a tutela della trasparenza in numerosi settori caratterizzati da asimmetria informativa, quali il mercato creditizio, quello delle comunicazioni e quello dei trasporti. In questi settori sono state adottate numerose pronunce che hanno sanzionato come scorrette condotte consistenti nell'aver fornito informazioni sull'esistenza di interessi, costi dell'offerta o di diritti e

oneri aeroportuali non all'interno del claim principale, ma in una nota, collocata a piè di pagina, scritta con caratteri grafici di dimensioni ridotte. Ciò nel presupposto che la rappresentazione poco chiara delle caratteristiche e del prezzo di un bene sia idonea a indurre in errore il consumatore al pari dell'informazione non corrispondente al vero, sostanziandosi in un'omissione informativa.

In questa prospettiva, per citare esempi recenti, è stata considerata scorretta la condotta di una banca e di alcune società di assicurazioni consistente nell'aver fornito, all'interno delle condizioni generali delle polizze, informazioni poco chiare e non intelleggibili relativamente al "rateo di premio" rimborsabile nell'ipotesi di estinzione del mutuo prima della scadenza contrattuale. Hanno assunto valenza ingannevole le informazioni fornite ai consumatori in merito alla durata del vincolo contrattuale riportate nel messaggio pubblicitario, diffuso via internet da un operatore telefonico, con caratteri di piccole dimensioni e poste in una collocazione defilata. La presenza di ampi spazi sul sito internet del professionista e la rilevanza dell'omissione sono state valutate come finalizzate a rendere poco chiara al consumatore la reale convenienza e portata dell'offerta. In materia di trasporto aereo l'Autorità ha sanzionato la pratica commerciale ritenuta scorretta consistente nello scorporo, dai prezzi dei biglietti promossi sulle home page dei siti dei vettori e riportati nei loro sistemi di prenotazione on-line, della voce di costo connessa alla scelta del mezzo di pagamento accettato dal professionista per regolare la transazione (cosiddetto credit card surcharge).

Al di là degli esempi, ciò che è importante sottolineare è che quando il Codice del consumo, con le sue norme sulle pratiche commerciali scorrette e la pubblicità ingannevole, è impiegato per garantire la trasparenza delle offerte, la stessa trasparenza funziona come strumento di stimolo alla concorrenza. In tal caso, infatti, non si tratta solamente di garantire che il consumatore possa effettuare scelte consapevoli, mettendolo al riparo da raggiri e inganni, ma garantendo un confronto comparativo tra le varie offerte, si esercita una pressione a favore della concorrenza, costringendo gli operatori economici a migliorare le proprie offerte sotto il profilo qualitativo e di prezzo per attrarre maggiore domanda.

Il nesso tra trasparenza, tutela del consumatore e concorrenza è stato colto anche dal Giudice amministrativo. Per esempio in una sentenza del Tar Lazio riguardante le tariffe dei biglietti aerei, si legge che "le peculiarità del settore hanno sollecitato interventi normativi volti a dettare una regolamentazione delle modalità di presentazione al pubblico del prezzo complessivo del biglietto aereo al fine di favorire la trasparenza, di garan-

tire ai consumatori un adeguato livello conoscenza sugli effettivi costi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato...” (Sez. I n. 663/2010).

Anche nella letteratura recente, peraltro, si trovano numerosi passaggi in cui si insiste sul fatto che, in talune circostanze, il raggiungimento degli obiettivi delle politiche di concorrenza può avvenire attraverso gli strumenti posti a tutela del consumatore, che quindi assumono finalità plurime. In scenari in cui esistono asimmetrie informative e forti limiti alla razionalità del Consumatore, secondo Maurice Stucke, sia la tutela della concorrenza che la protezione del consumatore adempiono una funzione comune: promuovere l'opportunità che consumatori informati possano scegliere tra diverse soluzioni innovative proposte delle imprese concorrenti.

In questa prospettiva, c'è spazio per forme di regolazione settoriale che accrescono la trasparenza e favoriscono la pressione dei consumatori a favore della concorrenza. Oltre alla previsione di specifici obblighi informativi, c'è la possibilità di imporre regole di opt in, per cui il consumatore deve dichiarare espressamente di aderire a certi programmi, il diritto al recesso entro un termine stabilito, la possibilità che il consumatore debba espressamente scegliere tra opzioni diverse facilmente distinguibili. L'AGCM, nella sua attività di advocacy, ha promosso l'evoluzione delle regolazioni settoriali in modo da coniugare, soprattutto nel settore bancario e in quello assicurativo, trasparenza, tutela del consumatore e promozione della concorrenza.

In ogni caso, vale la pena di sottolineare che, al di là delle regolazioni settoriali, dovrebbe sempre restare la disciplina “orizzontale” di tutela prevista dalla direttiva 2005/29/CE recepita dal Codice del Consumo. Essa, infatti, è una direttiva di “nuova generazione” che appartiene al tipo delle “direttive di armonizzazione massima”. Ciò significa che in tutti gli Stati ed in tutti i settori economici, indipendentemente dalla presenza di regolazioni settoriali, devono applicarsi le disposizioni della direttiva e quindi quelle del Codice del consumo che l'ha recepita. L'unica eccezione è data dall'eventuale esistenza di norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali che prevalgono sulle norme orizzontali limitatamente agli specifici aspetti presi in considerazione.

9. Le precedenti considerazioni portano a trasferire, sia pure coi limiti che sono stati evidenziati, la “trasparenza” dall'organizzazione pubblica al mercato concorrenziale. Nel mercato si realizza la compresenza

sempre più intensa tra strumenti e categorie del diritto privato e strumenti e categorie del diritto pubblico. Da questa compresenza può riuscire rafforzato lo stimolo alla crescita?

La grande questione che i Paesi europei hanno di fronte, dopo anni di politiche di austerità, è proprio quella di rilanciare la crescita economica. Il Commissario europeo alla concorrenza Almunia costantemente ripete che la concorrenza, soprattutto in un contesto in cui esistono forti limiti alla crescita della spesa pubblica, può costituire uno dei principali arnesi che le istituzioni pubbliche hanno a disposizione per favorire innovazione e crescita. Coerentemente con la tradizione dell'economia sociale di mercato, in cui l'Antitrust europeo affonda le sue radici intellettuali, la grande sfida che abbiamo di fronte è proprio quella di comporre, su basi nuove, l'equilibrio perduto tra finanze pubbliche sane, crescita economica e coesione sociale.

ATTUALITÀ

*Le funzioni della Corte dei conti nella giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla funzione di controllo**

Carlo Colapietro

SOMMARIO: 1. Alle origini della Corte dei conti: i precedenti storici nelle istituzioni di controllo degli Stati italiani preunitari e del Regno d'Italia. – 2. La posizione istituzionale della Corte dei conti nell'ordinamento repubblicano: organo giurisdizionale ed organo ausiliario del Parlamento e del Governo. – 3. La posizione istituzionale della Corte dei conti quale organo di controllo: organo posto al servizio dello Stato-comunità quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico. – 4. La legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo. – 5. A mo' di conclusione.

1. Alle origini della Corte dei conti: i precedenti storici nelle istituzioni di controllo degli Stati italiani preunitari e del Regno d'Italia. – Nella storia amministrativa di tutti gli Stati è stata da sempre stata avvertita l'esigenza imprescindibile di dar conto della gestione delle risorse pubbliche, affidando il controllo sulla finanza pubblica a supreme magistrature contabili, variamente denominate, chiamate ad interpretare, in ragione della loro indipendenza, un insostituibile ruolo di garanzia nei confronti dapprima del Sovrano, poi delle Istituzioni rappresentative ed, in ultima analisi, dell'intera collettività¹.

* Il saggio riproduce, opportunamente ampliato ed aggiornato, il testo della relazione svolta ad Ancona, l'8 novembre 2012, al Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti (1862-2012), ed è destinato agli *Studi in onore di Claudio Rossano*.

¹ Sulla posizione istituzionale della Corte dei conti nel nostro ordinamento costituzionale cfr. gli Atti del Convegno di Studi *“La Corte dei conti nella Costituzione: Organo ausiliario del Parlamento e del Governo (art. 100), Istituzione superiore di controllo della Repubblica italiana e suprema Magistratura contabile (artt. 103 e 135)”*, svoltosi presso la Camera dei Deputati il 19 maggio 2009 (in particolare, gli Interventi del Presidente della Camera, On. Gianfranco Fini, del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dott. Gianni Letta, del Presidente della Corte dei conti, Dott. Tullio Lazzaro, del Presidente emerito della Corte costituzionale, Dott. Franco Bile e del Prof. Vincenzo Lippolis, *Il rapporto tra Corte dei conti e Parlamento e le prospettive della “valutazione delle politiche pubbliche”*, tutti consultabili su www.federalismi.it, n. 11/2009). Per quel che concerne, invece, le possibili linee di riforma della Corte dei conti, si rinvia, da ultimo, alle attente riflessioni di B. CARAVITA DI TORITTO, *Sulla vocazione del nostro tempo per una riforma della Corte dei conti e la ricostruzione unitaria delle sue funzioni*, in www.federalismi.it, n. 9/2012, secondo cui

Nei molteplici e variegati Stati italiani preunitari operavano già diverse istituzioni di vigilanza e controllo sulla corretta gestione della finanza pubblica, con funzioni consultive, di controllo e talora anche giurisdizionali in materia contabile, paragonabili all'odierna Corte dei conti². In particolare, il modello cui ci si è ispirati nell'istituzione della Corte dei conti unitaria del nuovo Stato italiano, di cui oggi festeggiamo il 150° anniversario della nascita, è quello della *Cour des comptes* di Francia (istituita con la legge 16 settembre 1807) e, soprattutto, della Corte dei conti del Regno di Sardegna, la quale, creata in Piemonte nel 1859, ed incaricata dei controlli preventivo e giudiziario, per la rilevanza della posizione istituzionale riconosciutale era stata elevata al rango di una magistratura superiore con garanzie di piena indipendenza³.

Tuttavia, è soltanto con la legge 14 agosto 1862, n. 800 che, su iniziativa del Conte di Cavour, le vecchie Corti preunitarie furono soppresse e sostituite con la Corte dei conti del Regno d'Italia, la più antica magistratura unitaria del nostro Stato, chiamata – come ebbe a dire Quintino Sella a Torino il 1° ottobre 1862 in occasione della seduta inaugurale della Corte dei conti del Regno – a “tutelare la pubblica fortuna” ed a “curare l'osservanza della legge per parte di chi le debba maggiore riverenza, cioè del potere esecutivo”.

In ogni caso, occorre avere la consapevolezza – come constatava amaramente quasi mezzo secolo fa Massimo Severo Giannini – che l'ordinamento della Corte dei conti che si andò a delineare nel 1862 “si addiceva ad uno Stato liberale e moderno” di là da venire, con la conseguenza che la legge istitutiva della Corte dei conti “nacque, si potrebbe dire, come una futurizzazione”, fatta “sulla previsione di una vicenda che, storicamente, non si avverò”, dal momento che, “morto Cavour, lo Stato liberale e moderno in Italia si realizzò come espressione retorica”. Il che spiega, secondo l'insigne giurista, il motivo per cui tutto quel “sistema” di ordinamento della spesa pubblica allora teorizzato sia rimasto “in realtà un sistema solo teorico”, ed abbia, “ad un livello inferiore e accomodato in fatto, funzionato senza mai raggiungere gli obiettivi, ma realizzandoli per approssimazioni lontane”⁴.

una Corte dei conti ridisegnata nelle funzioni e quindi nel ruolo “potrebbe costituire uno strumento fondamentale e moderno per l'equilibrio economico-finanziario del Paese”.

² Cfr. M. DE ROSA, B.G. MATTARELLA, *Art. 100 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, II, Torino 2006, 1941, che richiamano la lunga evoluzione che ha caratterizzato l'esperienza del Regno delle due Sicilie, a partire dalla Magna Curia dei Maestri razionali, risalente addirittura all'epoca normanna. Per un approfondimento sulle origini storiche e sull'evoluzione della Corte dei conti v. C. GHISALBERTI, *Corte dei conti*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 583 ss. e M. SINOPOLI, *Corte dei conti*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino 1968, 928 ss.

³ Così F. STADERINI, *La Corte dei conti*, in *Valori e principi del regime repubblicano – 3. Legalità e garanzie*, a cura di S. Labriola, Bari-Roma 2006, 323 e s., che ricorda le incisive parole con cui si espresse Cavour, all'epoca Ministro delle Finanze, nel progetto di legge istitutivo, divenuto legge il 30 ottobre 1859.

⁴ M.S. GIANNINI, *Relazione*, in *AA.VV.*, *Lo sperpero del pubblico denaro*, Milano 1965, 91 ss., secondo il quale tale sistema si fondava su taluni presupposti costituzionali che si richiamavano tutti

Fin dal periodo statutario la Corte dei conti si configurò quale organo magistratuale di vertice, cointestataria di funzioni di *controllo* della Pubblica amministrazione e *giurisdizionali* nelle materie della contabilità pubblica⁵. In tale ordinamento, infatti, la Corte dei conti – proprio per le particolari relazioni funzionali esistenti tra Corte e Parlamento, testimoniate dagli istituti della parificazione del rendiconto e della registrazione con riserva – era concepita, dalla prevalente dottrina, come *longa manus* del Parlamento, chiamata ad operare essenzialmente quale strumento delle Camere “per vigilare e riferire sulla legittimità dell’azione amministrativa e sulla correttezza della gestione del bilancio”⁶. Tuttavia, rispetto a questa ricostruzione interpretativa, che vedeva la Corte dei conti vigilare sull’utilizzo da parte del Governo del Re dei proventi derivanti dall’imposizione fiscale, non mancavano, in verità, elementi dissonanti (quale quello rappresentato, in alcuni casi di più gravi irregolarità, dal “rifiuto assoluto di registrazione”)⁷, che sembravano piuttosto avvalorare la tesi della Corte come “organo soprattutto di garanzia dell’ordinamento, operante in posizione d’indipendenza sia dal Governo che dal Parlamento”⁸.

Ed anche con l’entrata in vigore della Carta costituzionale, che le riconosce

al “principio del controllo del Parlamento sul Governo”. Ma “sta di fatto che esso non poteva funzionare se non per le sue *porzioni* amministrative, cioè quelle più fastidiose e meno importanti; costituzionalmente era acefalo”.

⁵ V. M. ORICCHIO, *Corte dei conti (Organizzazione)*, in *Il Diritto – Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da S. Patti, IV, Milano 2007, 497 e s., il quale rileva come proprio tale cointestazione di funzioni, che connota la Corte ancora oggi, l’abbia differenziata nettamente prima dagli analoghi istituti pre-unitari ed ora sia dalle altre Istituzioni Superiori di controllo, sia dalla Corte dei conti Europea. Le attribuzioni della Corte dei conti sono riassuntivamente descritte nell’art. 10 della legge istitutiva, secondo il quale “fa il riscontro delle spese dello Stato”, “veglia sulla riscossione delle pubbliche entrate” e “giudica dei conti che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro e di altri valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalle leggi”; nei successivi artt. 13, 19 e 20 viene disciplinato il controllo, attraverso visto e registrazione, su tutti i decreti reali ed i più importanti provvedimenti ministeriali; ed, infine, negli artt. 28–32 viene regolamentata la verifica sulla regolarità del “conto generale dell’amministrazione delle finanze” (l’attuale istituto della parificazione del rendiconto generale dello Stato).

⁶ Così F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 328, che sottolinea come tanto nell’istituto della registrazione con riserva, quanto in quello della parificazione del rendiconto generale dello Stato, la Corte si limita “all’esercizio di un’attività propedeutica e strumentale rispetto al controllo parlamentare”, spogliandosi del suo potere di controllo in favore del Parlamento, che, “quale patrono e mandante”, può così esperire il suo sindacato politico.

⁷ La Corte poteva, infatti, opporre “un rifiuto assoluto di registrazione”, equivalente all’annullamento dei provvedimenti sottoposti a registrazione, nelle ipotesi dell’impegno di somme eccedenti gli stanziamenti previsti nei rispettivi capitoli, delle nomine e promozioni effettuate oltre i limiti dei relativi organici, nonché degli ordini di accreditamento disposti per un importo superiore al limite di legge.

⁸ Cfr. ancora F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 328 e s., il quale evidenzia come nel modificato quadro ordinamentale introdotto nel periodo fascista il compito della Corte dei conti diventa principalmente quello di “ausilio all’apparato governativo” e di supporto alla funzione direttiva del Capo del Governo, che per il ruolo preminente assunto diventa “unico destinatario delle relazioni della Corte”.

il ruolo di *organo di rilevanza costituzionale*⁹, la Corte dei conti continua a connotarsi per tale peculiare *cointestazione di funzioni*, rafforzata dal maggior rilievo attribuito alle caratteristiche di *imparzialità ed indipendenza* dell'organo¹⁰, come si avrà modo di verificare, nel prosieguo della trattazione, attraverso la ricostruzione della posizione istituzionale assunta oggi dal giudice contabile – soprattutto quale organo di controllo – condotta sulla base della preziosa chiave di lettura offerta dalla quanto mai ricca e consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹.

2. *La posizione istituzionale della Corte dei conti nell'ordinamento repubblicano: organo giurisdizionale ed organo ausiliario del Parlamento e del Governo.* – Con l'avvento della Costituzione repubblicana, infatti, le disposizioni costituzionali volte a disciplinare sia le “*attribuzioni di controllo*” sia le “*attribuzioni giurisdizionali*” della Corte dei conti si muovono in una linea di sostanziale continuità con l'originario e previgente ordinamento di cui al R.D. 12 luglio 1934, n. 1214¹², evidenziando la diversa figura che assume la Corte quale *organo ausiliario del Governo*, che “contribuisce ad assicurare il rispetto del principio di legalità nell'amministrazione”, ma anche quale *organo giurisdizionale*, cui è affidata “la tutela giurisdizionale di diritti soggettivi e di interessi legittimi”¹³.

Pertanto, la Corte dei conti rappresenta l'unico esempio del nostro ordinamento di un organo che riunisce in sé due poteri dello Stato, quello di controllo e quello giurisdizionale¹⁴, la cui “titolarità congiunta ... pone delicati problemi di regolamentazione dei confini” tra i due ordini di funzioni, non solo “sotto il profilo dell'organizzazione interna dell'organo” (in quanto postula “una rigorosa separazione” fra le sezioni giurisdizionali e quelle adibite al controllo successivo sulla gestione), ma anche “sotto il profilo dell'utilizzazione delle notizie o dei dati acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri inerenti al controllo sulla gestione”¹⁵.

⁹ Cfr. sul punto C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli 2012, 349.

¹⁰ Sulla Corte dei conti in generale e sulle sue funzioni, cfr. V. GUCCIONE, *Corte dei conti*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma 1998; G. CARBONE, *Corte dei conti*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano 2000, 479 ss.; G. D'AURIA, *Corte dei conti*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 1572 ss. ed F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 323 ss.

¹¹ Sul punto si segnala il Quaderno predisposto dal Servizio Studi della Corte costituzionale in occasione della celebrazione del 60° anniversario della Carta costituzionale, tenutasi il 7 marzo 2008 presso la Corte dei conti, *La Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pieroni (consultabile sul sito della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it, nella Sezione Documentazione – Studi e Ricerche); v. altresì R. COLTELLI, *La Corte dei conti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma 2003.

¹² Cfr. la sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 1970, n. 110.

¹³ Così si esprime la Corte costituzionale nella sentenza 21 gennaio 1967, n. 1.

¹⁴ Cfr. G. D'AURIA, *Corte dei conti*, cit., 1573.

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 1995, n. 29, in cui si sottolinea che verrebbero

Nel nuovo quadro costituzionale vengono, di fatto, riconfermate, da parte dell'art. 100, comma 2¹⁶ (posto a chiusura del Titolo III della Parte II, dedicato al Governo ed alla Pubblica Amministrazione), le molteplici e rilevanti attribuzioni in materia di controlli, connotate da un elevato grado di flessibilità, che permeano oggi ogni fase significativa dell'attività amministrativa, in perfetta continuità con il disegno originario della Corte, che rimane così tuttora incentrato sul *ruolo preminente della funzione di controllo*. Proprio la rilevata elasticità del quadro costituzionale ha consentito al Parlamento, a Costituzione invariata, di aggiornare le forme del controllo contabile alle mutate esigenze del Paese ed alla contestuale evoluzione della cultura istituzionale in tema di pubbliche amministrazioni e di sistema dei controlli¹⁷, avviando a partire dagli anni Settanta un tormentato percorso riformatore culminato con la fondamentale legge 14 gennaio 1994, n. 20: dai previgenti generalizzati controlli preventivi di legittimità (oggi limitati a pochi atti di maggior rilievo) si è passati all'attuale disciplina che ha previsto "forme incisive e diffuse di controllo di gestione", nonché l'adeguamento del controllo contabile "alle radicali modifiche della struttura dello Stato, determinate prima dall'istituzione delle Regioni e, poi, dalla riforma del Titolo V della Costituzione, così come alle nuove istanze di controllo sull'utilizzo dei fondi comunitari"¹⁸ (su cui v. *amplius infra*).

Anche l'art. 103, comma 2 (ricompreso a sua volta nel Titolo IV della Parte II, avente ad oggetto l'Ordinamento giurisdizionale)¹⁹ ha inteso confermare la garanzia costituzionale alla giurisdizione contabile della Corte dei conti in quelle materie che tradizionalmente hanno rappresentato il suo nucleo storico, ossia "nelle materie di contabilità pubblica", da intendersi in senso ampio²⁰ (in cui vi rientrano, sostanzialmente, i *giudizi di conto*²¹, i *giudizi di responsabilità ammini-*

ad essere illegittimamente vanificati gli inviolabili "diritti della difesa" garantiti dall'art. 24 Cost. se "le notizie o i dati acquisiti ai sensi delle disposizioni contestate potessero essere utilizzati anche in sede processuale".

¹⁶ Alla Corte dei conti è attribuito "il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato"; la Corte, altresì, "partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria" e "riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito" (art. 100, comma 2, Cost.).

¹⁷ V. sul punto G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 481 ss.

¹⁸ G. LETTA, *Intervento al Convegno di Studi "La Corte dei conti nella Costituzione"*, cit.

¹⁹ Come rilevato dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 1970.

²⁰ Così C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, cit., 530. Sul punto v. Corte costituzionale, sentenza 5 aprile 1971, n. 68, in cui si rileva come il comma 2 dell'art. 103 Cost., nel riservare alla giurisdizione della Corte dei conti "le materie di contabilità pubblica", "da un lato e sotto l'aspetto oggettivo, ne abbia assunto la nozione tradizionalmente accolta nella legislazione vigente e nella giurisprudenza ..., mentre, d'altro lato e sotto l'aspetto soggettivo, ne abbia allargato l'ambito oltre quello, cui aveva originario riferimento, dell'amministrazione diretta dello Stato: tale essendo il proprio significato dell'aggettivo *pubblico*".

²¹ Sul giudizio di conto e sulla sua "necessarietà", nel senso che "a nessun ente gestore di mezzi di provenienza pubblica e a nessun agente contabile che abbia comunque maneggio di denaro e va-

strativa²², i *giudizi di responsabilità contabile*²³ e quelli relativi al *rapporto di esattoria e tesoreria* “in cui si faccia questione di rimborso di quote inesigibili o di compenso dell’esattore o del tesoriere”²⁴ e “nelle altre (materie) specificate dalla legge” (che si risolvono, essenzialmente, nella *giurisdizione pensionistica*²⁵), favorendo, peraltro, un *processo espansivo della giurisdizione contabile* “portato avanti, attraverso non pochi contrasti e qualche residua incertezza, dalla giurisprudenza” anche costituzionale²⁶. La competenza giurisdizionale della Corte si ritiene, infatti, operante in via “tendenzialmente generale”, anche se la sua portata espansiva incontra il limite funzionale dell’*interpositio legislatoris*, in considerazione del fatto che “la materia della contabilità pubblica, di per sé suscettibile di evoluzione, non è definibile oggettivamente” e, pertanto, necessita normalmente di apposite previsioni legislative, non solo rispetto all’oggetto ma anche rispetto ai soggetti²⁷. La funzione giurisdizionale – su cui ha inciso profondamente la riforma introdotta con la legge 14 gennaio 1994, n. 19, attraverso l’attuazione del decentramento regionale, nonché la previsione di un doppio grado di giudizio – ha come “unico parametro di valutazione la legalità della

lori di proprietà dell’ente è consentito sottrarsi a questo fondamentale dovere”, cfr. Corte costituzionale, sentenza 21 maggio 1975, n. 114, in cui si rileva che se la giurisdizione contabile non avesse tale carattere di necessità non potrebbe assolvere alla sua obbiettiva funzione di garanzia costituzionale della correttezza della gestione del pubblico denaro, “garanzia che si attua con lo strumento del rendiconto giudiziale”.

²² Sul carattere *sui generis* della responsabilità amministrativa v. le sentenze della Corte costituzionale 12 giugno 2007, n. 183; in tema di responsabilità amministrativa nel riparto di competenze tra Stato e Regioni cfr. inoltre le sentenze 12 giugno 2007, n. 184 e 15 novembre 2004, n. 345. In dottrina, sul giudizio di responsabilità amministrativa per danno all’erario, si rinvia al recente e completo lavoro monografico di A. ODDI, *Il “giusto processo” dinanzi alla Corte dei conti*, Napoli 2010, 137 ss., in cui si rileva come tale giudizio sia disciplinato da una normativa “assai disorganica e lacunosa”, nell’ambito della quale “coabitano forzatamente istituti ... che s’ispirano a logiche e finalità diverse, spesso difficilmente conciliabili”.

²³ Sul giudizio di accertamento della responsabilità contabile e sulla sua limitazione soggettiva ai soli “agenti contabili”, ossia a coloro che “maneggiano pubblico danaro”, v. la sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 1982, n. 185; più in generale sulla responsabilità contabile e sulle caratteristiche comuni e differenziali con l’altra forma di giudizio di responsabilità, v. in dottrina A. BRANCASI, *L’ordinamento contabile*, Torino 2005, 390 ss.

²⁴ C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, cit., 530.

²⁵ Sulla giurisdizione pensionistica della Corte dei conti, confermata anche dopo l’avvenuta privatizzazione del pubblico impiego (v. Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 25 giugno 2002, n. 9285), avendo riguardo al fatto che il trattamento pensionistico dei pubblici dipendenti continua comunque a gravare, totalmente o parzialmente, sul bilancio pubblico, v. per tutti in dottrina C. CHIAPPINELLI, *La giurisdizione pensionistica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., *Diritto amministrativo generale*, II, Milano 2003, 4851 ss.

²⁶ Così F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 336 ss., cui si rinvia per una ricostruzione della complessa vicenda giurisprudenziale.

²⁷ Cfr. Corte costituzionale, sentenze 7 luglio 1988, n. 773 e 30 dicembre 1987, n. 641, nella quale si evidenzia che la materia della contabilità pubblica appare comunque “sufficientemente individuata nell’elemento soggettivo che attiene alla natura pubblica dell’ente (Stato, Regioni, altri enti locali e amministrazione pubblica in genere) e nell’elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione”.

condotta, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi”²⁸, e rappresenta l’altro strumento a disposizione della Corte per la tutela dell’interesse del cittadino ad una corretta gestione della finanza pubblica. In questa prospettiva, infatti, l’attività giurisdizionale della Corte – volta sempre più non solo a “reintegrare il patrimonio lesa o sanzionare il responsabile del danno”, bensì ad indirizzarlo al “corretto perseguimento di quegli interessi pubblici stabiliti dalle leggi e rispetto ai quali vi è stata la funzionalizzazione di pubbliche risorse” – viene sempre più ad assumere “quel valore di momento di chiusura del sistema dei controlli la cui attivazione ... assume valenza di necessarietà ed indispensabilità dal punto di vista logico se non, addirittura, ontologico”²⁹.

Nel nuovo assetto costituzionale il ruolo della Corte dei conti risulta comunque rafforzato, per effetto dell’esplicito riconoscimento – contenuto nel comma 3 dell’art. 100 (previsione che si salda con quella del successivo comma 2 dell’art. 108 sui giudici speciali), ed assistito da una riserva assoluta di legge – dell’*indipendenza* dell’istituto e dei suoi componenti di fronte al Governo (ed al Parlamento), condizione essenziale perché la Corte “sia in grado di svolgere la sua funzione e di rendere ausilio affidabile e non addomesticato” nei confronti di entrambi gli organi ausiliati³⁰. Dopo un’inerzia del Parlamento protrattasi per ben quarant’anni, a tale previsione – da cui si coglie chiaramente la *natura neutrale del controllo contabile* delineato dalla nostra Costituzione³¹ – è stata data attuazione dalla legge 13 aprile 1988, n. 117, con la quale è stato istituito un apposito organo di autogoverno, il Consiglio di presidenza della Corte dei conti³²,

²⁸ T. LAZZARO, *Intervento* al Convegno di Studi “*La Corte dei conti nella Costituzione*”, cit., secondo il quale è proprio in virtù di tale “ontologica differenza” rispetto al controllo su gestioni (chiamato ad effettuare anche una valutazione di risultati), che “la giurisdizione, e l’azione pubblica che la promuove davanti al giudice, deve aver di mira singoli fatti e comportamenti” e non possa invece dar luogo – come a più riprese ribadito dalla Corte costituzionale – ad “un’impropria attività di controllo generalizzata e permanente” (sentenza 31 marzo 1995, n. 100).

²⁹ L. GIAMPAOLINO, *Relazione orale del Presidente della Corte dei conti all’Inaugurazione dell’anno giudiziario 2012*.

³⁰ Così G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 498 e s.

³¹ G. LETTA, *Intervento* al Convegno di Studi “*La Corte dei conti nella Costituzione*”, cit., il quale sottolinea che la scelta, tutt’altro che scontata, dei Padri costituenti di assicurare espressamente l’indipendenza della Corte dei conti (e del Consiglio di Stato) anche in relazione alle rispettive funzioni di controllo e consultive, ha anticipato di decenni e con maggiori garanzie, come ricordava Vincenzo Caianiello, “le basi teoriche su cui è stato poi fondato il sistema delle autorità amministrative indipendenti”.

³² Tuttavia, come rilevato da G. D’AURIA, “*Legge Brunetta*”, *Corte dei conti e riforme dei controlli*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 391 e s., il carattere di organo di autogoverno del Consiglio di presidenza è oggi posto seriamente in dubbio alla luce della riforma (di cui all’art. 11, legge n. 15 del 2009), che ha rafforzato i poteri del Presidente a scapito del Consiglio stesso e che ne ha ridotto la componente togata. È stata sollevata in proposito questione di costituzionalità, che non è stata decisa nel merito per indeterminatezza del *petitum* (cfr. Corte cost., 13 gennaio 2011, n. 16): il giudice *a quo* si era limitato, infatti, a chiedere un aumento della componente togata senza precisare di quanti avrebbero dovuto essere i giudici contabili presenti nel collegio (così M. SICLARI, *Altri organi*, in *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino 2012, 495).

che è competente ad adottare tutti i provvedimenti concernenti lo *status* di magistrato contabile, e nell'ambito del quale è presente anche una componente di derivazione e di scelta parlamentare, nella logica di una indipendenza "perseguita in chiave di forte autonomia, anche se di non mero autogoverno"³³. Per quel che concerne, poi, il problema dell'attuazione dell'indipendenza prescritta dal comma 3 dell'art. 100 Cost. con riferimento alla nomina governativa di alcuni componenti della Corte dei conti (la c.d. doppia provvista), la giurisprudenza costituzionale in diverse pronunce ha affermato che il potere di scelta governativa "non compromette né l'indipendenza dei singoli consiglieri della Corte, né quella dell'istituto", che viene comunque ad essere garantita dall'*inamovibilità* di cui godono i giudici amministrativi e contabili³⁴, ferma restando, comunque, l'esigenza, costituzionalmente imposta, che "le persone, a cui poter affidare funzioni giurisdizionali, siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata"³⁵.

Quale segno di discontinuità rispetto al passato è stata, invece, letta la scelta, molto discussa, dei Padri costituenti di collocare in Costituzione la disciplina della Corte dei conti nel Titolo III dedicato al "Governo della Repubblica" e nella Sezione III relativa agli "Organi ausiliari".

Tale collocazione sistematica rischia di essere impropria e fuorviante³⁶, non solo per la Corte dei conti ma anche per il Consiglio di Stato, perché, in primo luogo, non appare idonea a delineare complessivamente le diverse funzioni di rispettiva competenza (tra cui rientrano, com'è noto, anche quelle giurisdizionali). Ma non basta, perché entrambi gli organi, da intendere quali autentici "presidi di libertà" – come rilevava nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente lo stesso Presidente Meuccio Ruini – sono "organi ausiliari del Governo, e possono in certo senso esserlo anche del Parlamento"³⁷, dal momento che l'*ausiliarità* di tali organi deve svolgersi "in vista e al servizio degli interessi superiori e unitari della comunità statale", dovendosi considerare "organi dello Stato-comunità e non dello Stato-amministrazione"³⁸, come riconosciuto oggi dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a partire dalla fondamentale sentenza 27 gennaio 1995, n. 29, a proposito proprio della posizione istituzionale della Corte dei conti in sede di controllo (su cui v. *infra*).

³³ G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 499.

³⁴ Cfr. la già citata sentenza n. 1 del 1967. La Corte costituzionale si è espressa in ordine alle garanzie di indipendenza dei magistrati della Corte dei conti anche nelle sentenze 20 luglio 1978, n. 74; 17 giugno 1987, n. 230; 3 giugno 1999, n. 224 e 5 luglio 1999, n. 285.

³⁵ V. la sentenza 19 dicembre 1973, n. 177, concernente i presupposti ed i modi di esercizio del potere del Governo di nominare i componenti del Consiglio di Stato.

³⁶ Cfr. in proposito M. SICLARI, *Altri organi*, cit., 487 e s.

³⁷ Cfr. il resoconto della seduta pomeridiana del 19 settembre 1947 dei lavori dell'Assemblea Costituente. Sul punto giova richiamare anche la sentenza della Corte costituzionale n. 142 del 1968 che qualifica la posizione istituzionale della Corte dei conti in sede di controllo quale "organo ausiliario del Governo", soggiungendo, tuttavia, subito dopo, "o meglio del Parlamento".

³⁸ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli 1989, 406.

Il che significa riconoscere il particolare ruolo e le finalità che “i controlli contabili svolgono in una democrazia compiuta, ad integrazione del collegamento fra tassazione e rappresentanza”, laddove “da strumento di auto-verifica del Governo a salvaguardia della legalità ed efficacia della sua azione”, tornano ad essere anche “una garanzia del corretto uso di risorse che appartengono all’intera collettività”³⁹.

In altre parole, la Corte dei conti, nella sua funzione di controllo, viene inevitabilmente a trovarsi “sulla linea di spartiacque tra Parlamento e Governo, in posizione di ausiliarità e pari vicinanza” verso il Parlamento, che rappresenta “il naturale destinatario, quale controllore e decisore politico di ultima istanza, dell’intera attività di controllo della Corte”, ma anche verso il Governo, “per l’azione di regolazione della finanza pubblica, di mantenimento dell’unità di indirizzo dell’azione amministrativa sul versante della spesa e dell’entrata, per l’attività di impulso e correzione suggerite dai risultati dei controlli”⁴⁰.

Peraltro, la funzione di ausiliarità della Corte dei conti al Parlamento ed al Governo, intesa in termini di “trasparenza sui risultati della gestione”, assume oggi, come si vedrà, un particolare rilievo nell’attuale congiuntura di grave crisi economico-finanziaria internazionale, nella quale i vincoli imposti dalla nuova *governance* economica europea “impongono di ricercare un difficile punto di equilibrio tra riduzione del debito pubblico e ritorno alla crescita”⁴¹.

3. *La posizione istituzionale della Corte dei conti quale organo di controllo: organo posto al servizio dello Stato-comunità quale garante imparziale dell’equilibrio economico-finanziario del settore pubblico.* – Nell’ordinamento giuridico italiano la Corte dei conti è il principale *organo di controllo*, previsto dalla Costituzione (art. 100, comma 2) in posizione di *indipendenza* e di *neutralità* al fine di svolgere *imparzialmente* il controllo – inteso, secondo la nota definizione di Massimo Severo Giannini, come “un giudizio di conformità a regole, che comporta, in caso di difformità, una misura repressiva, preventiva, rettificativa o eliminativa”⁴² – sul rispetto della legittimità da parte degli atti amministrativi e sulla corretta gestione finanziaria⁴³; nell’esercizio di tale funzione la Corte dei conti co-

³⁹ G. LETTA, *Intervento* al Convegno di Studi “*La Corte dei conti nella Costituzione*”, cit.

⁴⁰ Così T. LAZZARO, *Intervento* al Convegno di Studi “*La Corte dei conti nella Costituzione*”, cit., che definisce la Corte dei conti “una figura di ausiliarità complessa ed estesa e per ciò stesso di grande utilità potenziale per il decisore politico”.

⁴¹ L. GIAMPAOLINO, *Saluto del Presidente della Corte dei conti alla Presentazione del Rapporto 2012 sul Coordinamento della finanza pubblica*, Roma – Camera dei Deputati, 5 giugno 2012.

⁴² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1993, 327, e già prima ID., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1263 ss., secondo cui il controllo consiste in una verifica di regolarità di una funzione, che presuppone un parametro e alla quale consegue una misura.

⁴³ Cfr. in termini la già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 1995. Sulla fun-

stituisce un autonomo *potere dello Stato*, ed in quanto tale legittimato a difendere le proprie funzioni di controllo in sede di conflitto di attribuzioni⁴⁴.

Tuttavia, l'interpretazione unanime confermativa-conservativa data fino alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso al testo dell'art. 100, comma 2, Cost. fu quella di ritenere sostanzialmente immutate le funzioni di controllo – di natura meramente formale e cartolare, del tutto slegate dalla realtà effettuale – ereditate dal previgente ordinamento (statutario e fascista). È soltanto a partire dagli anni Settanta, contestualmente con la seconda regionalizzazione e con la prima riforma della struttura e delle procedure di bilancio⁴⁵, che finalmente si avverte tanto l'inadeguatezza quanto l'ineffettività del tradizionale assetto dei controlli esercitati dalla Corte, mirabilmente espresso, nel 1979, nelle conclusioni del "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato" (il c.d. Rapporto Giannini), laddove si manifesta la convinzione che "l'azione amministrativa e di spesa richieda oggi la verifica dei risultati concreti" e che, pertanto, la stessa Corte dei conti debba "mutare radicalmente il proprio modello di controllo, sviluppando la diversa funzione del controllo di efficienza"⁴⁶, in linea con i modelli sviluppati nelle più moderne democrazie parallelamente ad una riforma in senso efficientista della pubblica amministrazione, volta a mutare anche tecniche gestionali proprie del *management* privato.

In questa nuova prospettiva, in cui il principio costituzionale del buon andamento (art. 97) diviene "la stella polare del nuovo corso legislativo" e l'amministrazione pubblica viene ora ad essere considerata "per i risultati utili per la collettività che deve produrre e per il livello di efficienza e di economicità della sua azione"⁴⁷, le forme di controllo richieste dal nuovo corso mirano a superare i moduli tradizionali della verifica di legittimità dei singoli atti, per pervenire ad una valutazione complessiva dell'azione pubblica nel momento del suo concreto svolgimento, condotta sulla base di una molteplicità di parametri e tale da fornire alle pubbliche amministrazioni indicazioni utili per un miglioramento dell'attività amministrativa sotto il profilo sia di una gestione oculata delle risorse, sia della capacità di conseguire gli obiettivi prefissati.

zione di controllo della Corte dei conti, cfr. in dottrina G. CARBONE, *Art. 100*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 64 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., *Diritto amministrativo generale*, II, Milano 2003, 1404 ss. e, più di recente, ID., *I controlli e la Corte dei conti alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Riv. Corte dei conti*, 2010, 214 ss.

⁴⁴ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale 14 luglio 1989, n. 406, richiamata, più di recente, dall'ordinanza 27 gennaio 2000, n. 23.

⁴⁵ Il riferimento è ai d.P.R. nn. 616 e 617 del 1977 ed alla legge n. 468 del 1978.

⁴⁶ Cfr. G. D'AURIA, *I controlli e la Corte dei conti alla fine del primo decennio del XXI secolo*, cit., 214, che sottolinea la posizione centrale assunta dalla materia dei controlli nella trasformazione dell'organizzazione amministrativa pubblica che ha contrassegnato gli anni Novanta del secolo scorso.

⁴⁷ F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 339.

A fronte, dunque, delle profonde trasformazioni politico-economico-sociali che “chiamano la pubblica amministrazione a compiti e ad interventi moltiplicati e mutati per quantità e qualità rispetto al passato”, la contestuale “evoluzione della cultura istituzionale su amministrazione e controllo” ha comportato una rilettura della collocazione della Corte dei conti in Costituzione, rivista non più nella chiave isolata dell’art. 100, comma 2, bensì in correlazione con il complessivo disegno costituzionale, “ricavandone un ruolo del controllo ad essa connesso che la sospinge nella direzione di un vero e proprio monitoraggio degli equilibri di finanza pubblica”⁴⁸.

E così, all’esito di un lungo e travagliato processo riformatore avviato negli anni Ottanta del secolo scorso, la riforma della Corte dei conti si realizza nella prima metà degli anni Novanta, con le due leggi del 14 gennaio 1994, n. 19 (per la giurisdizione) e n. 20 (per il controllo), le quali attribuiscono alla Corte nuove e più penetranti competenze, “modernizzandone le procedure e attuandone un ampio decentramento su tutto il territorio nazionale”⁴⁹, per effetto, soprattutto, della successiva legge 5 giugno 2003, n. 131, che all’art. 7 sottolinea il ruolo fondamentale assunto dalla Corte “a garanzia del buon andamento e degli equilibri di bilancio di tutti gli enti territoriali che, ai sensi dell’art. 114 Cost., compongono la Repubblica”⁵⁰.

Il nuovo assetto della funzione di controllo risulta caratterizzato da un *riequilibrio* tra l’area del “controllo (preventivo e successivo) di legittimità sugli atti”, il cui ambito viene significativamente ristretto soltanto a talune tipologie di atti e provvedimenti di particolare importanza e di rilievo istituzionale, e l’area del “controllo (successivo o concomitante) su amministrazioni e gestioni dello Stato e di tutte le altre pubbliche amministrazioni”, che assume, invece, un ruolo decisamente prevalente, in forza dell’introduzione nel nostro ordinamento di questo nuovo modo di fare controllo, esteso a tutte le pubbliche amministrazioni e divenuto il cuore del sistema dei controlli pubblici amministrativi affidati alla Corte dei conti⁵¹. In altre parole, “accanto al controllo come forma di garanzia dell’ordinamento, che si richiama alla concezione cavouriana in parte accolta in Costituzione”, convivono nella legge di riforma della Corte “i controlli di nuovo tipo, intesi come forme di collaborazione per il migliora-

⁴⁸ Così G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 481 ss., per il quale a tale rilettura della collocazione costituzionale della Corte dei conti aveva concorso proprio la stessa Corte costituzionale, riconoscendo – con la sentenza 18 novembre 1976, n. 226 – la sua legittimazione a sollevare questione di costituzionalità in sede di controllo preventivo di legittimità, sull’assunto che era l’unico modo per rendere effettivo il vincolo del complessivo equilibrio finanziario.

⁴⁹ Cfr. M. ORICCHIO, *Corte dei conti (Organizzazione)*, cit., 498. Il processo riformatore è stato successivamente completato dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, relativamente alle funzioni giurisdizionali, e dalla legge 5 giugno 2003, n. 131, con riferimento alle funzioni di controllo, istituendo apposite Sezioni regionali.

⁵⁰ Così F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 340.

⁵¹ Cfr. G. CARBONE, *Corte dei conti*, cit., 484.

mento dell'azione dei pubblici poteri nei suoi profili di funzionalità e correttezza⁵².

In tale nuovo contesto – che ha visto interpretare estensivamente le funzioni della Corte dei conti, estendendo l'ambito del controllo esercitato con la previsione dell'innovativo *controllo sulla gestione* (ad essa attribuito dall'art. 3 della legge n. 20 del 1994), dal carattere *neutrale* ed *imparziale* – la Corte, come sottolineato efficacemente dalla giurisprudenza costituzionale, è venuta ad assumere il ruolo complessivo di “organo posto al servizio dello Stato-comunità e non già soltanto dello Stato-governo”, “organo posto a tutela degli interessi obiettivi della pubblica amministrazione, sia statale, sia regionale o locale”, quale “garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità⁵³. La richiamata attività di controllo successivo esercitata dalla Corte sulla gestione delle amministrazioni statali ha determinato nelle amministrazioni stesse, “con modalità e misure diverse, l'avvio di meccanismi auto-correctivi delle irregolarità e delle inefficienze rilevate, contribuendo così ad indirizzare il miglioramento della gestione⁵⁴.”

Per quel che concerne i caratteri qualificanti il *controllo “successivo” sulla gestione* (che differisce sostanzialmente dai controlli contabili e di legittimità⁵⁵), la Corte costituzionale ne ha evidenziato l'*oggetto*, costituito non già da una valutazione *ex ante* dei singoli atti rispetto alle previsioni legislative e di bilancio, ma dall'“attività amministrativa considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento”; il *parametro*, rappresentato dal “raffronto tra obiettivi e risultati”, ossia da un confronto *ex post* tra i risultati effettivamente conseguiti con l'attività amministrativa e gli obiettivi fissati dal legislatore, “dal punto di vista dei costi economici, della speditezza dell'esecuzione e dell'efficienza organizzativa, nonché dell'efficacia dal punto di vista dei risultati”; ed, infine, la *misura*, consistente in un controllo essenzialmente “collaborativo”, posto “al servizio di esigenze pub-

⁵² V. GUCCIONE, *Corte dei conti*, cit., 4, per il quale la legge di riforma ha mutato radicalmente la stessa logica tradizionale della funzione di controllo, operando “una sorta di mutamento genetico della nozione di controllo fin qui accolta”.

⁵³ Così la già richiamata sentenza n. 29 del 1995 della Corte costituzionale al punto 9.2 del *Considerato in diritto*, in cui si rileva, conseguentemente, che “l'imputazione alla Corte dei conti del controllo sulla gestione esercitabile anche nei confronti delle amministrazioni regionali” si pone in coerenza con l'autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni, e non può in alcun modo essere considerata “come l'attribuzione di un potere statale che si contrappone alle autonomie delle Regioni”.

⁵⁴ Cfr. L. GIAMPAOLINO, *Relazione orale del Presidente della Corte dei conti all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2012*, cit.

⁵⁵ Proprio in ragione di tale radicale diversità tra le due forme di controllo, il controllo di legittimità o quello contabile da un lato, ed il controllo sulla gestione dall'altro, quest'ultimo, “a differenza dei primi, non incide sull'efficacia giuridica dei singoli atti, né assume rilievo diretto in ordine alla responsabilità dei funzionari” (Corte cost., sent. n. 29 del 1995, punto 11.1 del *Considerato in diritto*).

bliche costituzionalmente tutelate” e diretto ad assicurare che “ogni settore della pubblica amministrazione risponda effettivamente al modello ideale tracciato dall’art. 97 Cost., quello di un apparato pubblico realmente operante sulla base dei principi di legalità, imparzialità ed efficienza”: a tal fine, il controllo dei risultati della gestione è precipuamente “diretto a stimolare nell’ente o nell’amministrazione controllati processi di *autocorrezione*”, sia sul piano decisionale, gestionale e organizzativo, sia su quello dei controlli interni. Tuttavia, un tale ambizioso obiettivo può essere efficacemente perseguito soltanto da un organo, quale la Corte dei conti “la cui attività contrassegna un momento di neutralizzazione rispetto alla conformazione legislativa (politica) degli interessi”⁵⁶.

Peraltro, la Corte costituzionale – ben presto chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di varie disposizioni in materia di controllo sulla gestione sotto il profilo della loro coerenza con l’autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni⁵⁷ – ha ritenuto che “le previsioni costituzionali in materia di controlli sulle pubbliche amministrazioni” non configurino un sistema che delinea “tassativamente” tutte le forme di controllo possibili e, pertanto, non precludono al legislatore di introdurre forme di controllo diverse ed ulteriori rispetto al controllo, essenzialmente esterno, di legittimità e la loro estensione alle amministrazioni regionali, purché “sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente tutelati”. Nel caso di specie, la Corte, reinterprestando, alla luce della riforma, il disegno costituzionale in materia di controlli, individua il fondamento costituzionale del nuovo e più ampio controllo successivo sulla gestione (nei confronti sia delle amministrazioni statali, sia di quelle regionali) non nell’art. 100 Cost., “che non prevedeva né avrebbe potuto prevedere questa forma di controllo ancora sconosciuta”⁵⁸, bensì in quei principi costituzionali che presiedono all’agire della pubblica amministrazione, ossia a quelli di buon andamento dei pubblici uffici (art. 97 Cost.), della responsabilità dei funzionari (art. 28), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81, nel testo allora vigente) e del coordinamento dell’autonomia finanziaria delle Regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (art. 119, nel testo allora vigente)⁵⁹.

A seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, e nel più ampio contesto di salvaguardia dell’equilibrio complessivo della finanza pubblica nazionale (comprensiva, dunque, della “finanza pubblica allargata”), il controllo sulla gestione è stato ulteriormente valorizzato, in un’ottica collabora-

⁵⁶ Cfr. la sentenza 12 maggio 1999, n. 181 e la sentenza n. 29 del 1995, punto 9.2 ed 11.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Sul punto si rinvia a F. BILE, *Intervento* al Convegno di Studi “*La Corte dei conti nella Costituzione*”, cit.

⁵⁸ Così F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 341 e s.

⁵⁹ Cfr. ancora la sentenza n. 29 del 1995, punto 9.1 del *Considerato in diritto*, la cui impostazione è stata successivamente ribadita dalla sentenza 30 dicembre 1997, n. 470.

tiva, dall'art. 7, commi da 7 a 9, della legge 5 giugno 2003, n. 131, affidando alle Sezioni regionali della Corte dei conti 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 all'Unione europea", e la Corte costituzionale, con la rilevante pronuncia n. 267 del 2006, ha riconosciuto l'impianto di questa nuova tipologia di controllo pienamente coerente con il nuovo assetto costituzionale, in quanto espressione di un *principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica*⁶⁰.

In linea sempre con le richiamate esigenze di "tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica", il controllo di cui all'art. 7, comma 7, della legge n. 131 del 2003 ha trovato più specifica attuazione nell'art. 1, commi da 166 a 169, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge finanziaria 2006)⁶¹, che ha introdotto un nuovo tipo di controllo affidato alla Corte dei conti, dichiaratamente finalizzato ad assicurare "la sana gestione finanziaria degli enti locali" nel quadro delle misure necessarie per garantire, da parte di questi ultimi, il rispetto del Patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento posto dall'ultimo comma dell'art. 119 Cost.

Proprio in attuazione di tale nuova tipologia di controllo si pone il contributo annuale offerto dalla Corte dei conti, a partire dal 2010, con il "Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica"⁶², il quale rappresenta "un documento del tutto originale nel panorama dell'informazione economico-finanziaria", che intende mettere a disposizione, non del solo Parlamento, una valutazione sull'efficacia e l'adeguatezza delle misure adottate ai vari livelli di governo, a presidio del coordinamento della finanza pubblica, sia di razionalizzazione e

⁶⁰ Cfr. le sentenze 27 gennaio 2005, n. 35; 29 gennaio 2005, n. 64; 14 novembre 2005, n. 417 e, soprattutto, la sentenza 6 luglio 2006, n. 267, con commenti di L. CAVALLINI CADEDU, *I controlli sulla gestione delle autonomie nella sentenza della Corte costituzionale n. 267 del 2006*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* e M. DI MARTINO, *La Corte "disegna" il quadro ordinamentale del sistema dei controlli*, in *www.gruppodipisa.it*, alla quale ha fatto seguito l'altra fondamentale sentenza 7 giugno 2007, n. 179, seguita dall'ordinanza 4 luglio 2007, n. 285 e, da ultimo, dalle sentenze 9 febbraio 2011, n. 37 e 20 luglio 2012, n. 198.

⁶¹ La legge 23 dicembre 2005, n. 266 (art. 1, commi 166-170) ha attribuito alla Corte dei conti uno specifico controllo sulla gestione finanziaria degli enti locali e delle Aziende sanitarie locali, incentrato sull'analisi dei loro bilanci preventivi e consuntivi, previamente esaminati dai Collegi dei revisori degli enti sulla base di "criteri e linee guida" che la stessa Corte annualmente definisce; all'esito del controllo eseguito dalla Corte, i comportamenti difformi dalla "sana gestione finanziaria" o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il "patto di stabilità interno" sono segnalati agli organi rappresentativi dell'ente, affinché adottino le necessarie misure correttive.

⁶² La Corte dei conti elabora tale documento sulla base della previsione normativa, di cui all'art. 3, comma 65, della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), che le attribuisce il compito di riferire al Parlamento sul coordinamento del sistema di finanza pubblica. Il Rapporto contiene "elementi di conoscenza, riflessione e valutazione concernenti le diverse fasi di attuazione della manovra di bilancio" (L. GIAMPAOLINO, *Saluto del Presidente della Corte dei conti alla Presentazione del Rapporto 2012 sul Coordinamento della finanza pubblica*, cit.).

contenimento della spesa sia di governo delle entrate, “sotto il profilo della congruenza fra gli obiettivi di politica economica e i risultati della gestione di bilancio”⁶³. In particolare, l’elaborazione di tale documento annuale risponde all’esigenza di “colmare un vuoto e uno squilibrio attualmente molto ampio, tra l’eccesso di analisi, misurazioni, proiezioni” relative agli effetti attesi dai principali provvedimenti di finanza pubblica e “la quasi totale mancanza di relazioni e studi” diretti a valutare *ex post* “se, quanto e come abbiano in realtà funzionato gli strumenti impiegati” per migliorare il coordinamento della finanza pubblica e la riqualificazione della spesa pubblica⁶⁴.

La nuova tipologia del *controllo sulla gestione finanziaria* è complementare al *controllo sulla gestione amministrativa*, insieme al quale concorre, come rilevato dalla giurisprudenza costituzionale, “alla formazione di una visione unitaria della finanza pubblica, ai fini della tutela dell’equilibrio finanziario e di osservanza del patto di stabilità interno” da parte degli enti locali⁶⁵. Peraltro, in questa occasione la Corte costituzionale – con la medesima decisione n. 179 del 2007, richiamata da ultimo anche dalla sentenza n. 198 del 2012 – ha rinvenuto il fondamento costituzionale del controllo successivo sulla gestione “in primo luogo” nell’art. 100 Cost., che attribuisce alla Corte dei conti “il controllo successivo sulla gestione del bilancio, come controllo esterno ed imparziale”, operando una rilettura adeguatrice di tale precetto costituzionale, in relazione all’attuale moltiplicarsi dei centri di imputazione dell’attività amministrativa e dei centri di spesa: il riferimento costituzionale al “bilancio dello Stato” con cui i Costituenti intesero far riferimento all’intera finanza pubblica, deve essere oggi inteso come riferimento al “bilancio della finanza pubblica allargata”. È evidente il completo mutamento di prospettiva rispetto alla precedente sentenza n. 29 del 1995, dal momento che ora, proprio sulla base dell’art. 100, comma 2, Cost., la Corte dei conti è considerata “la naturale titolare del controllo unitario sulla gestione sia delle amministrazioni dello Stato, sia di quelle autonome, regionali e locali”⁶⁶.

⁶³ Così L. GIAMPAOLINO, *Relazione orale del Presidente della Corte dei conti all’Inaugurazione dell’anno giudiziario 2012*, cit., che sottolinea come siffatto compito possa essere assolto soltanto da “un organo a struttura reticolare” quale la Corte dei conti, che può “verificare concordanze e discordanze fra gli obiettivi di politica economica e i risultati delle gestioni finanziarie nazionali e decentrate”, analizzando le cause degli scostamenti registrati ed individuando i possibili rimedi.

⁶⁴ Cfr. ancora L. GIAMPAOLINO, *Saluto del Presidente della Corte dei conti alla Presentazione del Rapporto 2012 sul Coordinamento della finanza pubblica*, cit.

⁶⁵ Questa nuova forma di controllo che, secondo la Corte costituzionale, è “ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità”, è volta a “finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo alla adozione di effettive misure correttive”, in una prospettiva dinamica e non più statica, com’era il tradizionale controllo di legalità-regolarità. Si tratta di un controllo di natura collaborativa, dal momento che “si limita alla segnalazione all’ente controllato delle rilevate disfunzioni e rimette all’ente stesso l’adozione delle misure necessarie” (cfr. la sentenza n. 179 del 2007).

⁶⁶ Così F. BILE, *Intervento al Convegno di Studi “La Corte dei conti nella Costituzione”*, cit.

4. *La legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo.* – Il riconoscimento in capo alla Corte dei conti della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità⁶⁷ presenta un rilievo non secondario nel nuovo assetto ordinamentale innanzi delineato, nell'ambito del quale la Corte si configura come un organo che “non opera più soltanto come mero strumento dell'istituzione parlamentare”, ma che ha assunto un rinnovato ruolo di garanzia più in generale dell'ordinamento, “fino a porsi in contraddittorio, a tutela dei principi costituzionali di sana gestione finanziaria, con lo stesso Parlamento”⁶⁸.

La giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità, nell'esercizio della sua funzione di controllo, in due ambiti specifici: sia *in sede di giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato*, con riferimento al quale la Corte ha rilevato che tale giudizio si svolge nelle forme della giurisdizione contenziosa⁶⁹, limitando, tuttavia, la legittimazione alla proposizione di questioni aventi come parametro costituzionale l'art. 81 Cost.; sia *in sede di controllo preventivo di legittimità*⁷⁰, facendo principalmente leva sulla riscontrata analogia della funzione svolta in quella sede dalla Corte dei conti con la funzione giurisdizionale.

La legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di legittimità costituzionale nel corso del giudizio annuale sul rendiconto generale dello Stato è stata da sempre ritenuta pacifica dalla giurisprudenza costituzionale, anche se la Corte costituzionale ha più volte negato che queste possano investire la legge di bilancio o le leggi di spesa, stante la loro irrilevanza ai fini della decisione della Corte dei conti, in relazione al peculiare ambito di cognizione ad essa affidato⁷¹. A seguito della nuova fisionomia assunta dal bilancio dello Stato per effetto della riforma del 1978, con la sentenza n. 244 del 1995 la Corte costituzionale ha compiuto un *revirement* giurisprudenziale, riconoscendo la legittimazione della Corte dei conti a sollevare, in via incidentale, questioni di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge di bilancio o le leggi di spesa in sede di giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato, sull'assunto che la funzione di riscontro, che rappresenta l'essenza del giudizio di parificazione, “attiene anche alla verifica degli scostamenti negli equilibri stabiliti nel bilancio preventivo, evidenziati in sede consuntiva”, e, pertanto, “l'attività decisionale della Corte dei conti verte anche sulla verifica, a consuntivo, del rispetto degli accennati equilibri, in relazione, tra l'altro, ai vincoli posti dalla legge finanziaria”.

⁶⁷ Sulla vicenda cfr. la recente ricostruzione di A. ODDI, *Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo*, in *Giur. Cost.*, 2011, 519 ss.

⁶⁸ F. STADERINI, *La Corte dei conti*, cit., 348.

⁶⁹ Cfr., per tutte, la sentenza 14 giugno 1995, n. 244.

⁷⁰ Cfr., per tutte, la sentenza 18 novembre 1976, n. 226.

⁷¹ Cfr. le sentenze 19 dicembre 1963, n. 165; 19 dicembre 1966, n. 121; 30 dicembre 1968 nn. 142 e 143; e l'ordinanza 15 luglio 1969, n. 139.

La legittimazione della Sezione di controllo della Corte dei conti, nell'esercizio del controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, a sollevare questioni di costituzionalità, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 226 del 1976. La Corte costituzionale ha, infatti, ravvisato nel controllo in questione la natura di un "giudizio", dal momento che, pur non trattandosi di "un giudizio in senso tecnico-processuale", la funzione svolta in quella sede dalla Corte dei conti "è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale ..., 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". Con l'occasione, la Corte ha peraltro chiarito che il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale – per i profili attinenti alla copertura finanziaria di cui all'art. 81 Cost. – leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte⁷², così "per la prima volta utilizzando ... l'argomento – poi adottato in via pressoché stabile – dell'esigenza di non lasciare 'zone franche' sottratte alla giustizia costituzionale"⁷³.

Per quel che concerne, infine, la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità *in sede di controllo successivo sulla gestione*, questa è stata sempre preclusa alla Corte dei conti dalla Corte costituzionale, sull'assunto che il controllo successivo sulla gestione, per come risulta attualmente positivizzato, "non è tale da poter assumere le connotazioni di un controllo assimilabile alla funzione giurisdizionale, cioè preordinato alla tutela del diritto oggettivo con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico", configurandosi essenzialmente come "un controllo di carattere empirico ispirato, più che a precisi parametri normativi, a canoni di comune esperienza", diretto a "favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati"⁷⁴. Anche nella recente sentenza 9

⁷² Cfr. la già citata sentenza n. 226 del 1976; in dottrina cfr., per tutti, G. AMATO, *Il Parlamento e le sue Corti*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, 1985 ss.; R. CHIEPPA, *Ancora sulle questioni di legittimità costituzionale sollevabili incidentalmente dalla Corte dei conti (sezione di controllo)*, *ibidem*, 2010 ss.; F. PIZZETTI, *Corte dei conti fra Corte costituzionale e Parlamento*, *ibidem*, 2042 ss. e P. SAIITA, *Nuovi problemi in tema d'instaurazione incidentale dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, *ibidem*, 2056 ss.

⁷³ F. BILE, *Intervento al Convegno di Studi "La Corte dei conti nella Costituzione"*, cit., che ricorda come l'espressione "zone franche di incostituzionalità", destinata poi ad avere tanta fortuna, fu utilizzata per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sentenza 14 luglio 1989, n. 406 (e poi ripresa successivamente nella sentenza 15 ottobre 1991, n. 384, in *Giur. Cost.*, 1991, 4167 ss., con nota di V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei conti "per parametro" o conflitto di attribuzioni?*, ed in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 403 ss., con nota di G.M. SALERNO, *La copertura finanziaria delle leggi di spesa tra utopia contabile e responsabilità politica*).

⁷⁴ Così la sentenza 20 luglio 1995, n. 335, in *Foro It.*, 1996, I, 1, con nota di G. D'AURIA, *I nuovi controlli della Corte dei conti davanti alla Corte costituzionale*; sulla decisione cfr. criticamente C. Pi-

febbraio 2011, n. 37⁷⁵, la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo successivo sulla gestione è stata nuovamente preclusa dalla Corte costituzionale, con riferimento in questa occasione al controllo sulla gestione finanziaria, trattandosi di un controllo “non diretto a dirimere una controversia, ma ad assicurare, in via collaborativa, la sana gestione degli enti locali, nonché il rispetto da parte di questi ultimi del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento di cui all’art. 119 Cost.”; e questo nonostante l’organo remittente, per giustificare la propria legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale, avesse evidenziato proprio la necessità di consentire agli enti territoriali “l’accesso al giudizio di costituzionalità sui vincoli fissati dallo Stato, vincoli che condizionano la costruzione dei bilanci degli enti” e ne limitano l’autonomia finanziaria⁷⁶.

5. *A mo’ di conclusione.* – Per concludere, è evidente che la giustiziabilità dei vincoli costituzionali alle decisioni di bilancio espressi nel testo originario dell’art. 81 Cost. risultava già essere problematica, dal momento che la prassi relativa al controllo di costituzionalità sul rispetto dell’art. 81 Cost. ha da sempre manifestato “una debole vocazione giurisdizionale”, sia perché il principio di un “tendenziale” equilibrio di bilancio è stato sempre inteso – quanto meno a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 10 gennaio 1966, n. 177 – come un “obiettivo politico”, più che come “un’obbligazione giuridica in senso proprio”, sia, soprattutto, per il fatto che la violazione dell’art. 81, comma 4, Cost. ha faticato ad essere posta al vaglio della Corte costituzionale in via incidentale per la “fisiologica carenza di soggetti interessati all’impugnazione”⁷⁸.

Peraltro, la nuova formulazione del novellato art. 81 Cost., ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1⁷⁹, ha enormemente accresciuto questi

NELLI, *La nozione di giudice a quo fra indici di esercizio della giurisdizione e domande di giustizia costituzionale*, in A PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, 838 ss., secondo cui questa sentenza “finisce col frustrare la più volte ribadita esigenza di estendere la giurisprudenza costituzionale sull’osservanza dell’art. 81 Cost.”.

⁷⁵ Su cui v. il commento di A. ODDI, *Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo*, cit., 524 s.

⁷⁶ Cfr. sul punto A. ODDI, *Sulla legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità in sede di controllo*, cit., 525, che rileva come tale necessità, “sebbene costituisca espressione del principio di legalità costituzionale che è alla base del nostro ordinamento, non può essere tuttavia enfatizzata fino al punto di stravolgere le fattezze del sindacato incidentale, trasformandolo surrettiziamente in una forma d’impugnazione in via principale”.

⁷⁷ Su cui cfr. V. ONDA, *Portata e limiti dell’obbligo di indicazione della “copertura” finanziaria nelle leggi che importino “nuove o maggiori spese”*, in *Giur. Cost.*, 1966, 4 ss.

⁷⁸ Cfr. G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno e G. Scaccia – *Il Filangieri*, Quaderno 2011, Napoli 2012, 211 ss.

⁷⁹ Su cui da ultimo cfr. in dottrina, tra gli altri, A. BRANCASI, *La disciplina costituzionale del bi-*

problemi (oltre a porre molte altre questioni interpretative ed applicative), in considerazione del fatto che la violazione della regola dell'equilibrio di bilancio può, come si è visto, essere sollevata dalla Corte dei conti, per giurisprudenza costituzionale ormai costante, soltanto in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, ove risulta oggettivamente di difficile realizzazione⁸⁰, nonché in sede di giudizio di parificazione, che viene a costituire, dunque, l'unica ipotesi in cui la Corte dei conti può effettivamente intervenire, seppure a consuntivo, ad esercizio finanziario ormai scaduto e dunque quando già gli effetti contabili ed amministrativi della legge censurata si sono ormai già prodotti, talora anche in modo irreversibile⁸¹.

Pertanto, nell'attuale difficile congiuntura della finanza pubblica ed in relazione alle nuove regole della *governance* economica europea, se non ci si vuole arrendere all'idea, pur autorevolmente sostenuta nella dottrina tedesca, di un inevitabile *deficit* di prescrittività delle regole costituzionali sul bilancio, con conseguente "sostanziale insanzionabilità giuridica della regola del pareggio", dal momento che le decisioni in materia di finanza pubblica ricadono in un ambito più squisitamente politico⁸², sarebbe auspicabile – proprio in ragione delle

lancio: genesi, attuazione, evoluzione, elusione, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., 7 ss.; R. PERNA, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo italiana*, *ibidem*, 19 ss.; P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica delle forze politiche*, *ibidem*, 45 ss.; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, *ibidem*, 89 ss.; G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, *ibidem*, 145 ss.; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, Relazione al Convegno "La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale", V giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale, Lecce 14 e 15 settembre 2012, ora in *Rivista telematica dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, in www.gruppodipisa.it; A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti sui rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano*, *ibidem*; G. RIVISECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e Legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012 del 18 settembre 2012; nonché le Relazioni al 58° Convegno di Studi amministrativi, tenutosi a Varenna dal 20 al 22 settembre 2012, sul tema "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità" (si segnalano, in particolare, le Relazioni di G. RIVISECCHI, *Legge di bilancio e leggi di spesa nel quadro del nuovo art. 81 Cost.*; N. LUPO, *Il nuovo art. 81 della Costituzione e la legge rinforzata*; G. GUZZETTA, *Il circuito Parlamento-Governo-Corte dei conti dopo la riforma dell'art. 81 Cost. ed il ruolo del Fiscal Council*; e quella conclusiva di M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*).

⁸⁰ E lo sarà ancor più quando, a partire dall'esercizio finanziario 2014, sarà operante l'abrogazione del divieto di cui al comma 3 del vigente art. 81 Cost., in quanto, rispetto alle spese che potranno essere introdotte *ex novo* dalla legge di bilancio, come osserva acutamente G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 217 s., verrà strutturalmente meno "una delle sedi per promuovere un giudizio di costituzionalità in riferimento all'art. 81 Cost.", dal momento che non vi sarà più "alcuna necessità di atti governativi di variazione e, conseguentemente, nessun controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti".

⁸¹ Così G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 218.

⁸² Cfr. ancora G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 246 s. e la dottrina e la giurisprudenza tedesca richiamata a nota 61. In questa prospettiva l'A. ritiene che, più che "pretendere che le Corti costituzionali salvino le finanze pubbliche brandendo la scure del pa-

evidenziate difficoltà di accesso al controllo di costituzionalità sull'art. 81 Cost. – rafforzare il ruolo della Corte dei conti, attribuendole la legittimazione ad adire direttamente la Corte costituzionale contro leggi incidenti sugli equilibri finanziari e quindi ritenute lesive dei principi costituzionali in materia di bilancio, secondo la proposta avanzata sin dai tempi della Commissione Bozzi⁸³ e più di recente autorevolmente ripresa e argomentata in dottrina⁸⁴.

Come, del resto, originariamente previsto nel testo del disegno di legge costituzionale approvato dalle Commissioni riunite affari costituzionali e bilancio e come espressamente evidenziato nel parere reso, su iniziativa del Presidente della Corte dei conti, dalle Sezioni riunite in sede consultiva il 13 dicembre 2011, n. 3, laddove si sottolinea come i compiti istituzionali e la natura tipicamente magistratuale dell'attività della Corte ne fanno “il naturale giudice remittente alla Corte costituzionale” delle questioni riferite al rispetto, da parte sia del legislatore statale sia di quelli regionali, dell'equilibrio di bilancio, essendo l'organo davanti al quale più frequentemente emergono situazioni di mancato rispetto dell'art. 81 Cost.: e ciò non solo in sede di controllo preventivo di legittimità e di giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato, ma anche – con opportuni accorgimenti di natura organizzativa e procedimentale, da definire in sede di legge rinforzata – “in sede di controllo successivo sulla gestione, nell'esercizio dell'attività di monitoraggio della legislazione di spesa”⁸⁵.

In definitiva, con riferimento all'innovativo principio dell'equilibrio di bilancio, il rapporto Corte dei conti – Corte costituzionale appare indispensabile per assicurare l'effettiva chiusura del sistema dei controlli: non ci si può, infatti, limitare a prevedere un sistema, anche raffinato, “di analisi, verifica e valutazione ... senza individuare un indispensabile momento di una procedura di chiusura davanti alla Corte costituzionale, su iniziativa dell'unica magistratura competente”, la Corte dei conti⁸⁶, il cui coinvolgimento in un sistema efficace di controlli a presidio del nuovo art. 81 Cost. può senz'altro “fornire un contributo assai importante anche alla valutazione delle politiche pubbliche”⁸⁷, dal momento che il controllo di gestione svolto dalla Corte dei conti costituisce proprio la base di una siffatta valutazione⁸⁸.

reggio”, per porre “un ragionevole freno all'indebitamento” sarebbe necessario riscoprire le “virtù antiche”, ma ancora attuali, “della partecipazione politica e del controllo democratico”.

⁸³ V., per tutti, I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, cit., 21.

⁸⁴ Cfr. A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2011 del 28 settembre 2011.

⁸⁵ Cfr. G. D'AURIA, *Sull'ingresso in Costituzione del principio del “pareggio di bilancio” (a proposito di un recente parere delle sezioni riunite della Corte dei conti)*, in *Foro It.*, 2012, n. 1.

⁸⁶ Così M. MELONI, *Intervento programmato al 58° Convegno di Studi amministrativi “Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità”*, cit.

⁸⁷ N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, cit., 122.

⁸⁸ Cfr. sul punto V. LIPPOLIS, *Il rapporto tra Corte dei conti e Parlamento e le prospettive della “valutazione delle politiche pubbliche”*, cit.

Questo è l'auspicio, anche se oggi “non è facile comprendere in quale direzione sia orientato il sistema dei controlli” in Italia, nel momento in cui a livello normativo vengono rimessi in discussione alcuni punti fermi ormai dati per acquisiti, escludendo, ad esempio, o peggio ancora ignorando “il ruolo della Corte dei conti quale organo generale di controllo esterno”⁸⁹.

Proprio come accade con la legge costituzionale n. 1 del 2012 – una legge approvata in tempi *record*, in condizione d'emergenza, anche se si tratta di un'emergenza del “provvedere” ancor più che del “provvedimento”, dal momento che le relative disposizioni costituzionali si applicheranno a decorrere dall'esercizio finanziario 2014⁹⁰ – che nel novellare l'art. 81 Cost. trascura inspiegabilmente la Corte dei conti, “piuttosto curiosamente neppure citata”⁹¹, nonostante le sue funzioni godano pure di una specifica copertura costituzionale, facendo calare su di essa un silenzio assordante.

Il che apre, peraltro, un'infinità di problemi per la perimetrazione delle attribuzioni della Corte dei conti, si torna a ripetere costituzionalmente garantite, rispetto a quelle dei nuovi organi di razionalizzazione della spesa pubblica⁹² ed, in particolare, di quelle dell'istituendo organismo indipendente “di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio”⁹³, operante “presso ed al servizio delle Camere”, chiamato ad un compito che se, da un lato, può fornire utili elementi di valutazione alla stessa Corte dei conti, dall'altro “non deve dar luogo ad estensioni interpretative che potrebbero collidere con le attribuzioni, costituzionalmente sancite, della Corte dei conti”⁹⁴.

⁸⁹ G. D'AURIA, *I controlli e la Corte dei conti alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2010, n. 5, 235, per il quale occorrerebbe finalmente “affrontare i nodi problematici che congiurano per la moltiplicazione delle sedi e dei modi di controllo, avviando ... un'opera di razionalizzazione, fondata su pochi ma essenziali criteri direttivi”.

⁹⁰ Come rileva efficacemente P. CARNEVALE, *La revisione costituzionale nella prassi del terzo millennio. Una rassegna problematica* – Relazione alla giornata di studio in onore di Stefano M. Cicconetti in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2013 del 15 marzo 2013.

⁹¹ Così N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, cit., 137.

⁹² Cfr. sul punto G. RIVOCCHI, *Nuove misure di controllo della spesa pubblica. Profili organizzativi e procedurali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 10, che analizza gli organi e le procedure di controllo della spesa pubblica previsti dal decreto legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, che ha istituito due nuovi organi: il Comitato interministeriale per la revisione della spesa pubblica (art. 1) ed il Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisti di beni e servizi (artt. 2, 3, 5 e 6), che potrebbero dar luogo a non pochi problemi di coordinamento con gli altri soggetti potenzialmente in grado di svolgere analoghe funzioni di controllo, a partire proprio dalla stessa Corte dei conti.

⁹³ La cui istituzione è prevista dall'art. 5, lett. f) della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1.

⁹⁴ M. MELONI, *Intervento programmato*, cit. Sul punto v. altresì G. GUZZETTA, *Il circuito Parlamento-Governo-Corte dei conti dopo la riforma dell'art. 81 Cost. ed il ruolo del Fiscal Council*, cit., il quale rileva come la disciplina costituzionale sull'organismo indipendente istituito presso il Parlamento presenti non pochi aspetti problematici, soprattutto con riferimento “ai profili di competenza ed ai possibili conflitti tra attribuzioni relativamente alla magistratura contabile ...”, la cui eventualità

E questo proprio nel momento in cui la crisi economica internazionale ha accresciuto l'interesse e l'attenzione per il ruolo dei *controlli amministrativi*, intesi come "fattore di garanzia circa la serietà e la coerenza degli svolgimenti che i Governi nazionali debbono dare alle decisioni comuni di drastica ristrutturazione delle finanze nazionali"; controlli che proprio per questo, "per essere ritenuti soddisfacenti ed attendibili dall'Unione europea, non possono che essere terzi ed indipendenti da ciascun Governo"⁹⁵.

Di qui l'importanza del ruolo che la Corte dei conti è in grado di svolgere quale "luogo istituzionale, a livello centrale e decentrato, della verifica competente, indipendente e neutrale della quantità e qualità della spesa pubblica"⁹⁶ e, conseguentemente, quale "mallevadore presso gli organismi comunitari ed internazionali del rispetto nazionale delle regole di sana gestione finanziaria", trattandosi, fino a prova contraria, dell'*unica* "autorità di controllo ad autonomia costituzionalmente garantita" (art. 100, comma 3, Cost.) prevista nel nostro ordinamento, la sola in grado di fornire "il suo contributo di analisi e di valutazione indipendente" (a livello sia giuridico-istituzionale sia economico-finanziario) quale "consigliere e monitore ... del Parlamento e del Governo nella ricerca dei percorsi e delle misure più congruenti alla realizzazione degli obiettivi generali di equilibrio e solidità delle finanze pubbliche"⁹⁷.

sarebbe preferibile evitare già in questa fase di elaborazione della disciplina di attuazione della riforma costituzionale".

⁹⁵ Così L. GIAMPAOLINO, *Relazione orale del Presidente della Corte dei conti all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2012*, cit., che evidenzia come i controlli nazionali poggiano sempre di più su di una base comunitaria.

⁹⁶ B. CARAVITA DI TORITTO, *Sulla vocazione del nostro tempo per una riforma della Corte dei conti e la ricostruzione unitaria delle sue funzioni*, cit., secondo cui attorno a questo compito fondamentale possono e debbono essere ridisegnati la struttura ed i compiti della Corte dei conti, attraverso una riforma che operi in primo luogo "il recupero di una nozione *unitaria* della natura della Corte", in cui controllo e giurisdizione "dialoghino strettamente in funzione della finalità del controllo della quantità e qualità della spesa pubblica".

⁹⁷ Cfr. ancora L. GIAMPAOLINO, *Relazione orale del Presidente della Corte dei conti all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2012*, cit., per il quale la Corte dei conti viene sempre più a caratterizzarsi per questo profilo in parte inedito, quale "organo non solo di controllo sui risultati delle pubbliche gestioni, ma anche di avviso e segnalazione di probabili o possibili disfunzioni o anomalie del sistema amministrativo e finanziario".

RECENSIONI

VOLTI E MASCHERE DELLA PENA.
OPG E CARCERE DURO, MURI DELLA PENA E GIUSTIZIA RIPARATIVA
A CURA DI F. CORLEONE, A. PUGIOTTO
Ediesse 2013

Giuseppe Ugo Rescigno

Il libro nasce da una iniziativa che ripete nel 2012 una precedente iniziativa, sempre presso l'Università di Ferrara, pubblica le relazioni e gli interventi delle quattro giornate di incontri dedicati alla discussione di quattro libri tutti gravitanti intorno alla pena ed al carcere, come i precedenti, e quindi ha la stessa struttura del libro precedente (*Il delitto della pena – Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, 2012).

È doveroso anche in questa recensione darne una informazione accurata.

Vi è una corposa, informata, appassionata introduzione di Franco Corleone e Andrea Pugiotto intitolata *Non solo sovraffollamento carcerario*.

Segue una parte prima intitolata "I muri della pena", nella quale si discute intorno al libro a cura di Stefano Anastasia, Franco Corleone, Luca Zevi, *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Ediesse 2011; Roberto Bin è l'autore della

relazione introduttiva sul libro, alla quale seguono due interventi, uno di Alessandro Massarente (*Carcere e architettura: alcune voci dal coro*), l'altro di Andrea Pugiotto (*Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto*), e infine viene data la parola ad uno degli autori (per la cronaca a Franco Corleone).

La seconda parte è dedicata agli Ospedali psichiatrici giudiziari. Stefano Caracciolo presenta il libro di Maria Antonietta Farina Coscioni, *Matti in libertà. L'inganno della «legge Basaglia»*, Editori Internazionali Riuniti, 2011; seguono gli interventi di Andrea Pugiotto (*La follia giuridica dell'internamento nei manicomi criminali*) e di Mario Sacco (*Bollettino dalla trincea dei servizi psichiatrici territoriali*), e infine come sempre la parola dell'Autrice.

La terza parte è dedicata al tema del c.d. "carcere duro" previsto dall'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario; Daniele Negri presenta il libro *Ricatto allo Stato. Il «41-bis», le stragi mafiose, la tratta-*

tiva fra Cosa Nostra e le istituzioni, di Sebastiano Ardita, Sperling e Kupfer, 2011; intervengono Mauro Palma (*Il regime del 41-bis visto da Strasburgo (e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura)*) e Andrea Pugiotto (*Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*); chiude questa parte l'autore del libro presentato e discusso.

La quarta parte si intitola "La pena insensata: verso una giustizia riparativa e conciliativa?" e in essa viene presentato e discusso il libro di Gherardo Colombo, *Il perdono responsabile. Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Ponte alle grazie, 2011; Paolo Veronesi presenta il libro; ne discutono Desi Bruno (*Dalla realtà della detenzione all'ipotesi della giustizia riparativa*) e Andrea Pugiotto («Preferirei di no». *Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*); segue la replica dell'autore, e una postilla di Nils Christie (*La riparazione dopo le atrocità. È possibile?*).

In Appendice viene pubblicato un documento di Andrea Pugiotto intitolato *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, un secondo allegato che ipotizza un atto di promoviamento davanti alla Corte costituzionale appunto intorno alla asserita incostituzionalità della pena dell'ergastolo, e infine la riproduzione della locandina originale che presenta i quattro incontri.

È del tutto ovvio che è impossibile entrare nel merito dei molti temi affrontati ed è del pari impossibile cercare un solo tema unitario che costituisca in ipotesi il perno e la tesi centrale di esso (volutamente è un libro su quattro libri accomunati dal solo fatto che la materia nella quale sono immersi è comune). Mi limito dunque ad alcune mie reazioni che penso potrebbero essere proprie anche di altri lettori e aumentare il loro interesse per il libro (che comunque merita di essere letto al di là e indipendentemente dalle mie povere e poche considerazioni).

Nella introduzione di Corleone e Pugiotto non vengono risparmiate severe critiche al Presidente della Repubblica Napolitano che, nel momento in cui la introduzione fu scritta, non aveva emanato il messaggio alle Camere a favore di una legge di amnistia e indulto che pure gli autori a suo tempo, illustrando una mozione che aveva ricevuto molte e qualificate adesioni, avevano richiesto allo stesso Presidente un anno prima. Dopo che il libro era stato pubblicato il Presidente della Repubblica ha inviato il messaggio (8 ottobre 2013) ed ha ottenuto, proprio come aveva tristemente e rassegnatamente previsto rispondendo un anno prima alla sollecitazione di Pugiotto e Corleone, un insolente e infastidito mancato accoglimento da parte delle

principali forze politiche (ma va anche detto che né quotidiani né televisioni si sono date da fare per sostenere il messaggio, che comunque veniva dal Capo dello Stato rappresentante dell'unità nazionale, ed in generale non mi pare che l'opinione pubblica abbia dato segni significativi di reazione a livello di massa). Questi sono gli sciagurati e incivili tempi nei quali ci tocca vivere, impotenti e amareggiati.

La cosa appare tanto più grave e drammatica quando si riflette che manca ormai molto poco al termine del maggio 2014 che la Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, 8 gennaio 2013, caso Torregiani e altri) ha imposto alla Repubblica italiana per porre rimedio al sovraffollamento delle carceri. Quest'ultima vicenda ci dice almeno due cose importanti: 1) che ormai, di fronte alla deriva reazionaria e incivile del nostro Paese, l'unica limitata speranza di resistenza sta nei trattati internazionali sui diritti umani e nei giudici quando essi vi sono e sono agibili; 2) che questa limitata difesa oggi al più conduce a condanne pecuniarie della Repubblica italiana ed a risarcimenti dei danni, ma non è in grado di mettere in moto un effettivo processo di realizzazione materiale e pratica di quanto secondo diritto sarebbe necessario.

Una risposta adeguata a questa seconda notazione comunque esiste e viene già praticata in Germania ed in California (come informa il libro

qui recensito): la sospensione della pena carceraria fino a che non è disponibile una carcerazione conforme agli standard (quantitativamente stabiliti, vale la pena di notare: ad es. il numero minimo di metri quadri per condannato nelle celle). Se la legge italiana non arriverà a prevedere almeno questo semplice ma efficace meccanismo (che consente comunque di dare la precedenza ai condannati per reati gravi pericolosi per l'incolumità delle persone, quali omicidi e rapine, lasciando la possibile sospensione ai reati minori non pericolosi, che sono oltretutto la maggioranza), penso che non mancheranno buone ragioni, fondate sui trattati sui diritti umani che l'Italia ha recepito, per giustificare che siano i giudici direttamente, caso per caso, ad adottare un simile provvedimento.

Resta per me inspiegabile, nonostante i molti tentativi di spiegazione che ho letto, perché esistano leggi assurde che provocano esse stesse, senza ragione seria, il c.d. sovraffollamento delle carceri: a) la repressione penale delle tossicodipendenze (ma in generale la inammissibilità, per chiunque sia coerentemente liberale, della punizione anche non penale di chi assume sostanze stupefacenti, salva la doverosa tutela dei diritti degli altri); 2) le norme che puniscono col carcere le persone che entrano clandestinamente nel territorio italiano, 3) l'abnorme numero delle carcerazioni

preventive. Con queste leggi qualunque aumento del numero delle carceri e della loro capienza (che comunque costituisce un costo enorme per la collettività) porterà, come ha già portato negli ultimi anni, ad un aumento ancora maggiore dei condannati, fino a raggiungere il livello record degli Stati Uniti.

Il 1° aprile 2014 dovrebbero chiudere definitivamente gli ospedali psichiatrici giudiziari, giudicati da tutti coloro che hanno conosciuto le cose un obbrobrio intollerabile. Non credo che il termine sarà rispettato e comunque temo che, se anche la sedicente abolizione avverrà, al suo posto *non* sarà costruita una pratica civile, adeguata alle necessità oggettive (a p. 149 Mario Sacco ci ricorda che comunque il 5% di alcune gravi patologie sono irriducibili). Leggendo questa parte del libro ed in particolare la replica dell'autrice (in particolare p. 156) mi colpisce la ridottissima entità del fenomeno in termini numerici rispetto alla popolazione italiana, e di nuovo faccio fatica a capire come è possibile che un Paese che per quanto in crisi economica ha pur sempre notevoli risorse non sia in grado di risolvere un problema in fondo molto piccolo (o forse la spiegazione c'è, ma la conclusione diventa tragica e sconsolante).

L'analisi del modo concreto con

il quale viene attuato l'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario (c.d. carcere duro: il nome convenzionale dice chiaramente di che cosa si tratta, al di là delle dichiarazioni ufficiali) mostra anzitutto quante vessazioni e durezza vengono imposte che non hanno alcuna utilità al fine di prevenire rapporti penalmente illeciti tra i detenuti e gli affiliati fuori del carcere, e conferma quanto ebbi già a sottolineare nella recensione del libro precedente, e cioè che spesso le cose più importanti si nascondono nelle cose apparentemente piccole e secondarie, e che rappresentanti seri e consapevoli del popolo non dovrebbero demandare alle autorità amministrative la creazione di regole che comunque limitano le libertà e i diritti umani (ad es. anche decidere il numero di ore c.d. d'aria deve essere stabilito con legge, ed in ogni caso dal giudice di sorveglianza sulla base di chiari criteri contenuti nella legge).

La quarta parte del libro si occupa di un tema che solo recentemente ha cominciato ad essere presente nell'opinione pubblica italiana (anche se in cerchie molto limitate), sulla base della esperienza, ormai divenuta mitica, praticata in Sud Africa: il tema della possibile giustizia riparativa e conciliativa, aggiuntiva o addirittura sostitutiva di quella punitiva. Leggendo questa parte mi è tornata in mente una vicenda

che, per quanto riesco a ricordare intorno a notizie che allora lessi sui quotidiani, mi colpì profondamente. In un anno a ridosso del '68 alcuni giovani di estrema sinistra aggredirono un giovane fascista (mi pare avesse 17 anni) e lo picchiarono fino a determinarne la morte. I colpevoli furono individuati qualche anno dopo e condannati. La madre di questo ragazzo volle conoscerli, perché voleva capire come giovani come il suo sfortunato figlio avessero potuto uccidere e quale era divenuta la loro vita dopo quel tragico fatto. Le cronache raccontano che l'incontro o gli incontri avvennero e che i giovani condannati chiesero e ottennero perdono, e la madre trovò, sembra, un poco di conforto nell'aver ridato un poco di speranza e di sollievo a giovani come il suo figlio morto.

Sono certo, come viene sostenu-

to nel libro, che meccanismi del genere non possono in alcun caso sostituire il processo penale basato sulla assunzione collettiva della responsabilità di accusare e se del caso punire il reo, e che in ogni caso, se vittime o parenti delle vittime e colpevoli vogliono incontrarsi, questo deve avvenire su base rigorosamente volontaria e senza alterare il significato della cosa con promesse di premi o punizioni (quale ad es. la promessa di una riduzione della pena se la vittima o i parenti della vittima concedono il perdono). Ma dopo aver ribadito questi punti di principio irrinunciabili, a me pare che favorire nell'opinione pubblica e nella pratica questi tentativi volontari di superare con una qualche forma di riconciliazione le terribili ferite inferte da alcuni tipi di reato sia una cosa da auspicare e sostenere.

RECENSIONI

UNA LETTURA CRITICA DI DAVID GARLAND,
LA PENA DI MORTE IN AMERICA.
UN'ANOMALIA NELL'ERA DELL'ABOLIZIONISMO
il Saggiatore, Milano 2013

Andrea Pugiotto

1. 250 anni dopo Beccaria. Prepariamoci nel 2014 a celebrare un anniversario di assoluto rilievo per la battaglia di scopo contro la pena di morte: i 250 anni dalla pubblicazione del saggio di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, la cui prima edizione venne data alle stampe, anonima, a Livorno presso la tipografia Coltellini nel 1764. Lo si dovrà fare con il fasto che merita «una lezione di civiltà intorno al diritto penale (e al diritto penitenziario) che non ha perso [...] uno iota della sua forza. Né ha perso – a giudicare dallo stato presente delle nostre carceri – uno iota della sua attualità»¹. L'editoria si sta attrezzando adeguatamente all'evento², dopo una felice rincorsa iniziata da alcuni mesi³. Ma è già da qualche anno che il tema della pena di morte ha riguadagnato l'attenzione della riflessione giuridica (e non solo), testimoniata dalla pubblicazione di numerosi contributi monografici in argomento. Alcuni guardano alla longevità della pena capitale, attraverso le lenti del diritto

internazionale, della storia e della filosofia del diritto. Così nell'opera collettanea curata da Pietro Costa, *Il diritto di uccidere* (Feltrinelli, Milano, 2010), dove s'indaga l'enigma di una pena di morte che resiste capillarmente nel tempo e nello spazio e che accomuna contesti culturali e istituzionali profondamente eterogenei, facendo saltare – con la sua persistente presenza – la simmetria altrimenti istintiva tra democrazia, modernità, secolarizzazione e abolizionismo⁴. La prospettiva del diritto comparato è assunta anche da Paolo Passaglia, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée* (Mnemosyne, Pisa, 2012), che studia l'ampiezza del fenomeno abolizionista su scala mondiale, nella sua diacronia e nella sua geografia, con una originale attenzione alle sue connotazioni giuridiche: il detonatore ordinamentale della messa al bando della pena capitale, il relativo vettore (normativo o giurisprudenziale), il suo oscillare tra abolizionismo di fatto, retenzionismo, abolizionismo totale⁵.

Altri recenti contributi sono caratterizzati da un approccio di diritto positivo o di teoria generale del diritto, interessati soprattutto a far risaltare la molteplicità delle concretissime conseguenze ordinamentali derivanti da una scelta integralmente abolizionista. È il caso degli studi monografici di Antonio Marchesi, *La pena di morte. Una questione di principio* (Laterza, Roma-Bari, 2004), di Davide Galliani, *La più politica delle pene* (Cittadella Editrice, Assisi, 2012) e di Pasquale Troncone, *Il diritto dello Stato di punire con la morte* (Aracne, Roma, 2012). All'interno del medesimo filone si collocano anche sezioni preziose di altre recenti pubblicazioni: il Capitolo III della monografia di Attilio Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali* (Milano, Giuffrè, 2012), come pure l'intera Parte Prima del volume che io stesso ho curato con Franco Corleone, *Il delitto della pena* (Ediesse, Roma, 2012)⁶.

Un approccio squisitamente in chiave storica al tema della pena capitale – impreziosito da un gioco frequente di rimandi tra passato e presente – caratterizza invece i due libri di Eva Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma* (ripubblicato, in una nuova edizione rivista, da Feltrinelli, Milano, 2011) e *Il ritorno della vendetta* (Rizzoli, Milano, 2007). Come pure la quanto mai opportuna riedizione del pam-

phlet di Italo Mereu, *La morte come pena* (Donzelli, Roma, 2007), che gli studenti di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara (ed io tra loro) dovevano studiare quale parte monografica per sostenere il suo esame di Storia del diritto italiano. Quella storica è una pista d'indagine percorsa ora anche da Adriano Prospero, *Delitto e perdono* (Einaudi, Torino, 2013), interessato soprattutto al fenomeno della cristianizzazione della morte come pena compiutasi in Europa tra il XIV e il XVIII secolo.

Esiste, infine, un recente filone editoriale che mette in campo un enorme lavoro di scavo sulle origini e la metamorfosi della pena di morte, guardando al problema dal punto prospettico privilegiato di un dato ordinamento statale. Della vicenda francese, ad esempio, conosciamo tutto grazie ai tre volumi ad essa dedicati da Robert Batinder, tutti editi in Italia dalla casa editrice Spirali: *Contro la pena di morte* (2007), *L'esecuzione* (2008), *L'abolizione* (2009). Non è un caso: da ministro di Giustizia, l'Autore ha avuto un ruolo decisivo nella scelta abolizionista cui la Francia è approdata solamente il 9 ottobre 1981. La complessa e problematica vicenda statunitense è, invece, oggetto dell'analisi penetrante di Franklin E. Zimring, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano* (il Mulino, Bologna, 2009).

Sugli scaffali già pieni di questa

moderna libreria trova spazio, da qualche mese, anche il poderoso tomo di David Garland, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo* (il Saggiatore, Milano, 2013). Il volume si colloca esattamente all'interno dell'ultimo filone bibliografico illustrato, con alcune indubbie peculiarità che vorrei evidenziare e, se necessario, contestare (come si dovrà fare).

2. In dissenso, nel metodo e nel merito. Posso motivare il mio dissenso di fondo con una ragione di metodo ed una di merito.

Quanto alla prima, personalmente sono convinto che il confronto non reticente sia il solo modo di onorare l'interlocutore e che, proprio per questo, sia doveroso criticarlo, anche quando si corre il rischio di avere torto. Ho capito (invero non subito ma col tempo) che s'impara solo dialogando con chi non la pensa come te. Condividere una tesi, infatti, produce un effetto riflesso, come davanti allo specchio: gratificante, ma sterile. Il nuovo, invece, nasce soltanto dall'atto del concepimento, che non è mai solitario e che implica sempre la diversità.

Quanto alla ragione di merito, ha a che fare con la storia del mio Ateneo e della mia Facoltà di Giurisprudenza. È a Ferrara che venne istituita la prima cattedra in Europa di Diritto costituzionale, assegnata a Giuseppe Compagnoni che la rese dal 1796 al 1799. Ed è il ferrare-

se Compagnoni (e non il milanese Beccaria) il primo in Italia a sostenere, nei suoi *Elementi di diritto costituzionale democratico* (Venezia, 1797)⁷, la tesi del ripudio assoluto della pena capitale. Quell'insegnamento universitario cessò di esistere quando il suo libro venne dato alle fiamme, il 23 maggio 1799, dinanzi «all'infame albero della libertà» alla presenza dell'intero corpo accademico⁸. Garland conosce, ovviamente, l'opera *Dei delitti e delle pene*. Si avvede (p. 105) che quella di Beccaria – che pure definiva la pena di morte non giusta, non necessaria, non utile – è una posizione ritenzionista, e non integralmente abolizionista⁹. Mostra, però, di non conoscere Compagnoni e la sua riflessione incondizionatamente contraria alla pena capitale: mi sembra allora doveroso che chi – come me – è oggi chiamato a tenere nell'Ateneo estense quel medesimo insegnamento accademico lo ricordi, restandovi fedele per convinzione.

3. Né pro né contra la pena di morte. L'approccio di Garland al tema è quello del sociologo della pena. È un approccio che lo stesso Autore, in altra occasione, ha così descritto: «La sociologia della pena analizza le istituzioni penali dall'esterno, nel tentativo di comprenderne il ruolo in una prospettiva più vasta, quale forma espressiva dei mutamenti sociali»¹⁰. Lo scopo perseguito è di misurare lo scarto tra ideologia (la

giustificazione assiologica e funzionale della pena) e realtà delle cose (la pena nella sua effettività). Il suo è sempre uno sguardo lungo, capace di cogliere il ruolo della pena ben al di là della dimensione statica normativa, essendo molto più interessato alla proiezione dinamica delle sue implicazioni sociali, storiche, culturali, finanche – come vedremo – psicanalitiche.

Questa opzione metodologica viene ora applicata allo studio della pena capitale, e si accompagna a un'assenza di presa di posizione, *pro* o *contra* l'istituzione oggetto d'analisi. È una scelta dichiarata programmaticamente nell'introduzione all'edizione italiana del suo libro¹¹. È una scelta che trova conferma nella lettura integrale del volume, dove (nelle ben 444 pagine complessive di cui si compone l'edizione italiana) la sola affermazione critica nei confronti della pena di morte si legge a p. 347, e si tratta – alla lettera – di due righe¹². È, infine, una scelta motivata metodologicamente, in nome della necessità di aderire «ai valori della scienza e dello studio imparziale», nella convinzione che «per la pena di morte americana nella sua attuale configurazione, è proprio un'analisi basata sui fatti a rappresentare la più potente accusa morale immaginabile» (p. 28).

Nasce da qui il mio primo rilievo critico. Scriveva Albert Camus nelle sue *Riflessioni sulla pena di mor-*

*te*¹³ che «quando il silenzio, o le astuzie del linguaggio, contribuiscono a perpetuare un abuso che deve essere riformato [...], non esiste altra soluzione che parlar chiaro, e svelare l'oscenità che si cela sotto il manto delle parole». Sottoscrivo, con alcune ulteriori osservazioni a sostegno.

La prima attiene al falso mito della verità dell'indagine scientifica. Vale per le scienze naturali, dove il criterio di verità si dà solamente in termini statisticamente probabili, e dove, anzi, è un assunto epistemologico condiviso quello di una "verità" solo allo stato delle conoscenze, perché non se ne può escludere una futura falsificazione, sempre possibile. *A fortiori*, il falso mito della verità è tale per le scienze convenzionali (qual è, al pari del diritto, la sociologia), che solo possono avanzare ipotesi ricostruttive più o meno persuasive: anche quando ammantano di oggettività la propria indagine, al motto del *post hoc propter hoc*.

Aggiungo che la presa di posizione, se apertamente dichiarata, illumina (invece di inquinare) l'indagine condotta, perché mette sull'avviso il lettore, lo dota di un elemento di giudizio in più nella sua valutazione delle pagine che sta leggendo. L'esempio pertinente che mi sovviene è proprio il volume – citato in precedenza – curato da Pietro Costa sull'enigma della pena di morte: la circostanza per cui tutti i contri-

buti ospitati muovano da una condivisa opzione abolizionista, non ne intacca minimamente la pregevole qualità scientifica.

Da ultimo – come è stato scritto con penna felice¹⁴ – «la pena di morte va bandita *assolutamente*. La sua cancellazione dev'essere un tabù morale, non un divieto giuridico dettato dalla convenienza sociale o dalla precauzione di fronte all'errore giudiziario. Per questo occorre dire francamente che *della pena di morte bisogna rifiutarsi di discutere*». Il ripudio della pena capitale, in altri termini, rappresenta «un caso, uno fra pochi, in cui una verità non dipende dal prevalere di alcune ragioni su altre, da una decisione relativa, ma basta a se stessa, ed è offesa dalla falsa tolleranza delle “discussioni” e dalla falsa “democrazia dei sondaggi”»¹⁵.

Non è difficile leggere questo apriori dietro la scelta – compiuta in Italia con legge di revisione costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1¹⁶ – di iscrivere il divieto della pena di morte all'interno di carte costituzionali rigide. Il principio per cui la morte non è una pena che lo Stato possa infliggere ai suoi cittadini viene così messo in sicurezza, al riparo dal moto pendolare del populismo penale cui è preclusa sia la strada di una sua modifica legislativa ordinaria che la sua abrogazione per via referendaria popolare.

Si può dire anche così: la pena di morte non si mette ai voti, mai. Do-

vrebbe tenerne conto chi ne fa oggetto di dotte e sapienti narrazioni culturali, le quali – come riconosce lo stesso Garland – sono pur sempre «un atto politicamente significativo» (p. 89). Tanto più che in molti Paesi la messa al bando della pena di morte rappresenta una scelta ancora acerba, o solo di fatto, comunque reversibile: dovrebbe nascere anche da qui «la necessità di mantenere un atteggiamento vigile sulle ragioni che fondano la scelta dell'abolizionismo»¹⁷.

4. Eccezionalismo americano?

L'indagine di Garland è interamente attraversata dal tentativo di escludere che la vicenda statunitense della pena di morte sia rappresentabile come un'eccezione rispetto a quanto accaduto nell'occidente abolizionista, perché «la storia della pena capitale americana è, nello schema e nell'orientamento complessivi, molto simile a quella delle altre nazioni europee» (p. 142). L'Autore rifiuta espressioni come «anacronismo» o «eccezionalismo americano», perché «per buona parte degli ultimi duecento anni, l'America e le altre nazioni occidentali hanno marciato al passo, limitando sempre di più, perfezionando e riducendo l'uso della pena di morte» (p. 142).

Questa tesi di fondo viene supportata ricorrendo a diversi argomenti. Ricordando (p. 148) che tra le prime nazioni abolizioniste vi

sono Stati americani come il Michigan, il Wisconsin, il Rhode Island. Rammentando che comune è il processo – di qua e di là dall’Atlantico – che approda ad una progressiva limitazione nell’uso della pena capitale: riducendo i reati puniti con la morte e escludendola come pena per i minori, i malati di mente, gli stupratori di bambini che non hanno ucciso le loro vittime (p. 134); civilizzandone – se così si può dire – le forme attraverso una graduale diminuzione del dolore e della degradazione del giustiziato, medicalizzandone e burocratizzandone l’esecuzione (p. 138-139); delocalizzando l’esecuzione rispetto al luogo dove il reato è stato commesso, e assecondando un nascondimento dell’inflizione della pena capitale rispetto all’originaria spettacolarizzazione dell’evento (p. 144-145).

C’è stata addirittura una fase in cui – nel Vecchio e nel Nuovo Continente – spirava il medesimo vento abolizionista. Successe negli anni ’60 quando – osserva Garland – «a fronte di una diminuzione delle esecuzioni, di una moratoria *de facto* in tutto il Paese, di obiezioni contro la legalità della pena di morte e di un’opinione pubblica e politica contro tale sanzione, l’America sembrava sul punto di abbracciare l’abolizione a livello nazionale. In quel momento, come del resto per i passati duecento anni, nessuno avrebbe guardato agli Stati Uniti come a un’eccezione allo schema

generale di sviluppo occidentale» (p. 149). Il punto di massima convergenza si registrerà nel 1972, quando la Corte Suprema – pronunciandosi nel caso *Furman c. Georgia* – dichiara con sentenza l’illegittimità costituzionale delle leggi capitali nazionali all’epoca vigenti. Un abolizionismo – spiega Garland nella sua indagine – che, per gli argomenti addotti e per l’organo che lo decretò, finirà poi per rivelarsi illusorio e provvisorio.

Dunque, fino a un certo momento, l’Occidente si muove in piena sincronia. Naturalmente, Garland ha cura di evidenziare (p. 149-150) le profonde divergenze che oggi, invece, isolano gli Stati Uniti dalla riforma abolizionista compiutasi in tutta Europa: [1] il persistente utilizzo della pena capitale; [2] il predominio esercitato dalle comunità locali rispetto al controllo statale e federale nella decisione di mantenere e ricorrere alla pena di morte; [3] le significative differenze regionali tra Stati americani del Nord e del Sud nello sviluppo della pena di morte; [4] il *continuum* sostanziale, anche se non più formale, tra l’esecuzione capitale e i linciaggi come forma di tortura pubblica, concentrati negli Stati americani del Sud e organizzati su base razziale. Sono divergenze che forniscono preziosi indizi sulle dinamiche (istituzionali, storiche, geografiche, sociali, culturali) in grado di spiegare la persistenza della pena di morte in Ame-

rica. E che il libro ha il grande merito di indagare accuratamente.

5. Come la moglie di Lot (guardare anche al *poi* e non solo al *prima*).

La mia impressione è che – per amor di tesi, volendo dimostrare come erronea la diffusa convinzione di un eccezionalismo americano – la prospettiva di Garland sia troppo rigidamente retrospettiva. Il suo è uno sguardo ingessato, di chi guarda ma non vede: come accade alla moglie di Lot (*Genesis*, XIX, 26) che, disobbedendo al comando divino, si volge indietro trasformandosi per questo in una statua di sale. Mostrando così la sorte di coloro che, restando fissi sul passato, si chiudono al futuro e a quanto in esso accade. Infatti, l'anomalia americana nell'era dell'abolizionismo – cui fa espresso riferimento il sottotitolo del libro di Garland – si registra esattamente da quanto è *poi* accaduto in Europa: sarà il caso, allora, di illuminarlo a giorno.

L'abolizione della pena di morte, oggi, è condizione necessaria per l'appartenenza e per l'adesione di nuovi Stati all'Unione Europea. Tanto più all'indomani dell'approvazione della Carta di Nizza (cui ora, dopo il trattato di Lisbona, va riconosciuto lo stesso valore del diritto convenzionale), che al suo art. 2, 2° comma, recita così: «Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato».

Anche il Consiglio d'Europa im-

pone agli Stati parte una moratoria immediata della pena capitale e la ratifica in tempi brevi (almeno) del 6° Protocollo addizionale alla CEDU (che vieta il ricorso alla pena di morte, salvo che «per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra» tassativamente previsti dalla legislazione nazionale). Nel tempo, l'asticella si collocherà ancora più in alto: infatti, una volta accettati da tutti gli Stati parte, i più stringenti obblighi scaturenti dal 13° Protocollo addizionale alla CEDU (che abolisce la pena di morte «in ogni circostanza») rappresenteranno la nuova frontiera del Consiglio d'Europa in materia, ponendosi essi stessi quale cruna d'ago attraverso la quale nuovi Paesi dovranno passare per esservi ammessi.

Quanto accade in ambito UE e CEDU è particolarmente significativo e innovativo: la scelta abolizionista assume in entrambi gli ordinamenti un inedito rilievo identitario, configurandone un aspetto essenziale per lo sviluppo dei relativi processi di unificazione. Per noi europei, ormai, l'avversione alla pena di morte rappresenta una tradizione costituzionale comune, tale da indurci a forzare l'idea stessa di sovranità nazionale.

Garland lo sa, e registra con asettica oggettività (p. 141) questo traguardo ben diverso dall'attuale punto d'arrivo statunitense. Salvo poi ridimensionarne il significato di

fondo, spingendosi ad affermare che «questo processo di trasformazione di lungo termine non deve essere confuso con un progresso morale e politico. Il declino della pena di morte non rappresenta necessariamente il segno di una diminuzione della punizione o la fine della violenza statale, neanche nelle democrazie occidentali. Non rappresenta nemmeno il racconto dell'incessante declino della pena di morte» (p. 100). Non sono d'accordo. La scelta identitaria europea non resta tra le mura di casa, chiusa a chiave. Essa impone una nuova grammatica nelle relazioni internazionali, che eleva la questione della pena di morte e della sua abolizione a vero e proprio *standard* giuridico.

Lo si vede, ad esempio, nel campo della cooperazione giudiziaria. L'extradizione verso Paesi dove l'estradando rischi la condanna a morte è vietata. Analogo divieto deve valere per l'allontanamento del non cittadino extracomunitario verso Paesi dove possa essere giustiziato. La stessa regolamentazione del c.d. mandato di cattura europeo, di fronte a «un serio pericolo» che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, prevede il rifiuto o la sospensione della consegna ad altro Stato membro.

Oltre il nostro continente è rintracciabile un eguale orizzonte di senso nell'esclusione della minaccia (prima ancora della sua inflizione e della sua esecuzione) della pena ca-

pitale dal novero delle sanzioni contemplate negli statuti dei Tribunali penali internazionali, per quanto indicibile sia il crimine commesso dal condannato. Ciò vale per le Corti penali *ad hoc* istituite per i crimini commessi in Ruanda e nella ex Jugoslavia. Ciò vale anche per lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale (cui, non a caso, gli Stati Uniti non hanno aderito né riconoscono la giurisdizione). Guardata in campo lungo, si tratta di un'indubbia evoluzione rispetto alle pregresse esperienze dei Tribunali internazionali *post* bellici: sia lo statuto del Tribunale di Norimberga (1945), sia quello del Tribunale di Tokyo (1946), per i crimini su cui avevano giurisdizione, contemplavano la pena di morte, che venne altresì irrogata ed eseguita.

Come un compasso, la messa al bando della pena di morte traccia cerchi concentrici sempre più ampi, includendo così inediti campi d'azione. Tra questi, le uccisioni mirate mediante aerei privi di pilota (i c.d. *droni*), di problematica classificazione eppure non dissimili da vere e proprie esecuzioni extragiudiziarie, decise da autorità statali statunitensi, ora estese anche a civili americani residenti all'estero, «cittadini che in patria avrebbero invece tutte le garanzie possibili, anche quelle che sono previste dal sistema arcaico della pena capitale»¹⁸.

Garland non si avvede di tutto ciò. Sembra più interessato al pas-

sato quando insiste nel dire che, «se considerata da un punto di vista comparatistico di lungo termine, la pena di morte rappresenta la regola e non l'eccezione», e che dunque «il fenomeno da spiegare non è tanto la scelta americana di mantenere questa sanzione, ma piuttosto la sua trasformazione, avvenuta in ogni nazione occidentale, inclusa l'America» (p. 102). Davvero questo è l'interrogativo cruciale? Ne siamo veramente sicuri?

6. Il tentativo statunitense di universalizzare la propria singolarità.

Qui è il punto. Il fatto che gli Stati Uniti si collochino tra i Paesi dove si muore ancora di pena capitale è un problema serio: lo è per gli Stati Uniti ma anche per tutte le nazioni abolizioniste. Lo dimostra, in modo esemplare, quanto accaduto all'ONU e di cui il libro di Garland – salvo mio errore di lettura – non fa menzione alcuna.

Il 2° Protocollo facoltativo al Patto internazionale dei diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 dicembre 1989, vieta l'applicazione di condanne a morte e obbliga i Paesi aderenti ad adottare le misure necessarie per abolire la pena capitale dalla propria giurisdizione. Gli Stati Uniti, ovviamente, non vi hanno aderito.

Così come hanno sempre remato contro la battaglia per una moratoria universale delle esecuzioni capi-

tali, di cui l'Italia detiene una riconosciuta *leadership* internazionale. Dopo due tentativi falliti, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato negli ultimi sei anni quattro risoluzioni miranti all'introduzione di una sospensione della pena di morte, nella prospettiva della sua definitiva abolizione: è accaduto nel 2007, nel 2008, nel 2010 e – da ultima – il 18 dicembre 2012 (ma una quinta è già calendarizzata al Palazzo di Vetro nel dicembre 2014). Di risoluzione in risoluzione, sono sempre cresciuti sia i Paesi abolizionisti che quelli astensionisti: nel dicembre 2012, sono stati 111 i voti a favore (+3 rispetto al 2010), 34 le astensioni (+2 rispetto al 2010), 41 contro (come nel 2010), 7 assenti al momento del voto (come nel 2010). Dunque, la pena di morte non è (più) un «universale culturale», per usare l'espressione ricorrente nel libro di Garland¹⁹.

Gli Stati Uniti, inizialmente, si sono adoperati per l'inammissibilità delle risoluzioni proposte. Uscendo sconfitti: la legittimità della presentazione e della discussione di tali risoluzioni, infatti, revoca definitivamente l'argomento – spesso adoperato dal fronte non abolizionista – secondo cui la pena di morte rappresenterebbe un problema di giurisdizione domestica, estraneo alla dimensione internazionale dei diritti umani. Successivamente, gli Stati Uniti hanno sempre votato contro la moratoria internazionale: condi-

videndo così la stessa posizione di paesi come la Cina, la Corea del Nord, l'Iran, l'Arabia Saudita²⁰.

Scriva Garland, dopo aver dottamente smontato e ricostruito pezzo per pezzo la genealogia della pena di morte in America, che essa «non è "eccezionale", ma è certamente "caratteristica"» (p. 144). Eppure, in nome di questa singolarità, gli Stati Uniti hanno sempre fatto mancare il proprio appoggio a risoluzioni che prevedono per gli Stati aderenti alle Nazioni Unite il seguente lungo elenco di impegni: assicurare *standard* minimi di garanzia nei processi capitali. Rendere disponibili i dati sulle condanne a morte e sulle relative esecuzioni (favorendo così elementi di conoscenza fondamentali per trasparenti e informati dibattiti nazionali sul mantenimento della pena capitale). Fornire tutte le informazioni al riguardo al Segretario Generale delle Nazioni Unite (tenuto a riferire all'Assemblea Generale sullo stato di attuazione della risoluzione e delle raccomandazioni in essa contenute). Limitare progressivamente l'uso della pena di morte e ridurre il numero dei reati per i quali può essere comminata. Chiedere ai Paesi non abolizionisti di stabilire una moratoria delle esecuzioni, mentre ai Paesi abolizionisti si chiede di non reintrodurre la pena di morte (invitandoli a condividere la loro esperienza sulla questione).

L'approvazione e l'implementa-

zione di tali risoluzioni si è tradotta, dal 2007 a oggi, nella mancata fucilazione, impiccagione, uccisione per iniezione letale di migliaia di condannati a morte. Dunque, anche solo facendosi pietra d'inciampo alla politica della moratoria in nome della propria peculiarità, gli Stati Uniti in realtà tendono a universalizzarla, la pena capitale. Come è già accaduto alla bulimia retribuzionista che, in questi ultimi vent'anni, ha prodotto una vera e propria incarcerazione di massa (*mass incarceration*), sulla scia di parole d'ordine che, nate in America, hanno attraversato l'Atlantico giungendo fino al continente europeo, ed anche nella nostra penisola: «tolleranza zero», «guerra alla droga», «tre colpi e sei fuori» (*three strike and you're out*), secondo la formula in uso nel gioco del baseball²¹.

7. Paradigma vittimario e pena di morte. Il libro di Garland riassume in cinque metafore la narrazione americana della pena di morte (cfr. p. 89 ss.). Da alcune di esse possiamo trarre utili insegnamenti domestici.

A sostegno dell'istituto in esame per i suoi moderni significati dominanti giocano le due metafore «dell'ordine e dell'equilibrio» e della «pena di morte come guarigione». Stando alla prima, «la morte dell'assassino è interpretata come un mezzo necessario per ristabilire l'equili-

brio; un modo per onorare la vittima disonorata; una rivendicazione dei diritti violati» (p. 93). Quanto alla seconda, la pena di morte è «un modo per ripristinare il benessere collettivo e fornire una chiusura psicologica alle vittime traumatizzate» (p. 94-95).

Entrambe le strutture narrative sono ascrivibili ad una sorta di paradigma vittimario, miracoloso lavacro per una pena capitale che voglia affrancarsi dalla pessima fama di linciaggio legale, di vendetta privata per mano pubblica. Non si tratta di mere suggestioni. Una loro traduzione procedurale, infatti, è presente in molti Stati americani nella forma della c.d. *victim impact presentation*, fase eventuale nei processi per omicidio dove è consentito presentare in aula informazioni sulla natura e sul grado del danno patito sia dalla vittima che dai suoi congiunti: con quale influenza sulla formazione della volontà di una giuria popolare, è inutile dire.

Questa moderna metamorfosi della pena capitale, assunta come chiave interpretativa privilegiata nella già citata indagine di Zimring²², è relegata invece da Garland tra le concause dell'anomalia americana. Sia come sia, vale la pena sottolinearne l'insidiosità. Muovendosi sul piano deontico, per di più alimentato dal senso di colpa e di immedesimazione, il paradigma vittimario si sottrae a qualsiasi contestazione empirica: «alla luce del-

l'insistente retorica di questa prospettiva, la comunità è *obbligata*, l'omicidio *lo richiede*, il dovere *deve essere adempiuto*» (p. 94), perché «l'uccisione è diventata parte del processo di guarigione» per i parenti della vittima (p. 95).

Così, attraverso la bacchetta magica dell'empatia con la vittima e nel nome del bisogno per i suoi familiari di elaborare (*closure*) il lutto, la pena di morte si trasforma d'incanto in una procedura medica, una moderna terapia di sostegno. Si converte, cioè, esattamente nell'opposto di ciò che in realtà è: in un «trattamento umano» (p. 95), addirittura.

Il paradossale approdo segnala che la tesi, suadente, si fonda su un pretesto terapeutico falso, più ancora che artificiale²³. Segnamocelo, e mettiamolo da parte. Tornerà certamente utile nell'analisi critica degli argomenti copiosamente spesi in dottrina, a favore di un assetto paritario tra i ruoli dell'imputato, dell'accusa pubblica e della vittima: dal momento della produzione normativa di fattispecie penali, all'accertamento processuale della responsabilità, fino al momento dell'esecuzione penale (e della sua possibile estinzione anticipata).

8. Assolutismo democratico vs. costituzionalismo liberale. C'è un'altra riassuntiva metafora della pena di morte, illustrata nel libro di Garland, che mi appare decisiva: quella

della «volontà del popolo». Sta qui, molto probabilmente, la falda più profonda che spacca l'Occidente sul tema della morte come pena. Secondo questa struttura narrativa – spiega l'Autore – «le condanne a morte esprimono la volontà del popolo, eseguita diligentemente dai suoi rappresentanti. È la pena capitale rappresentata come democrazia in atto» (p. 96). Si tratta di un espediente retorico bene esemplificato dalle parole di un procuratore del Texas: «Nessun procuratore infligge la pena di morte, solo il popolo lo fa» (p. 96).

È il vero argomento vincente in America. Perché s'intreccia al localismo americano, responsabile di un federalismo costituzionale che ha edificato un debole Stato centrale. Perché rappresenta la versione elegante e spendibile del linciaggio nelle contee e negli Stati del Sud, da cui la pena di morte americana discende. Perché esprime il consenso di cui i politici e i funzionari pubblici elettivi non possono fare a meno, e che li porta a lisciare il pelo alla bestia feroce che dimora nell'America più profonda. Perché, infine, esprime lo spirito anti-elitario americano, che ha avuto la meglio sul tentativo abortito della Corte

Suprema di abolire la pena di morte, tentativo non riuscito – secondo Garland – proprio perché messo in atto da un organo contromaggioritario e privo di legittimazione democratica diretta.

Si può dire che l'anomalia americana della pena di morte ci parla di un assolutismo democratico: «*decide il popolo*». L'abolizionismo della pena di morte, già compiutosi in Europa ma che tende ormai ad allargarsi progressivamente, ci parla invece di una declinazione liberale del principio democratico: «*decide il popolo, nelle forme e nei limiti*» di una trama costituzionale, ora inclusiva anche degli obblighi internazionali pattizi, a cominciare dalle Carte dei diritti e delle libertà fondamentali.

Difficile negare – come invece fa Garland – che, nel passaggio dall'una all'altra prospettiva, si registri un processo di civilizzazione nel campo della legislazione e dell'esecuzione penale. Almeno per chi crede nel diritto come violenza domata, dove è ammessa la forza ma non la violenza, specialmente degli apparati statali che della forza detengono il monopolio legittimo. È una regola costituzionale che deve valere per tutti, anche per il peggior pendaglio da forca.

NOTE

¹ S. LUZZATTO, *Dei delitti e delle pene*, inserto domenicale de *Il Sole-24 Ore*, 29 dicembre 2013.

² È prevista l'uscita, all'inizio dell'anno, del volume di M. PORRET, *Beccaria*, Bologna 2014, recensito in anteprima da P. MIELI, *Per Beccaria vittoria a metà su tortura e pena di morte*, ne *il Corriere della Sera*, 23 dicembre 2013.

³ Cfr. M. PISANI, *Cesare Beccaria e l'Index Librorum Prohibitorum*, Napoli 2013, sul quale vedi le interessanti note a margine di L. EUSEBI, *Beccaria, la Chiesa cattolica e la pena di morte*, in *Jus*, 2013, 249 ss. (ma anche in *DPC*, 16 dicembre 2013)

⁴ Il volume curato da Pietro Costa è accuratamente analizzato da S. CANESTRARI, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 773 ss., e da P. VERONESI, in *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma 2012, 35 ss.

⁵ La monografia di Paolo Passaglia è recensita da S. DONDI in *Dir. e Soc.*, 2013, 375 ss.

⁶ La rilevanza di tale sezione tematica non è sfuggita ad alcuni suoi attenti lettori: cfr. G.U. RE-SCIGNO, in *Dir. e Soc.*, 2012, 601 ss.; G.M. FLICK, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 1; E. COTTU, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 354 ss.

⁷ Ripubblicati a cura di Italo Mereu e Daniela Barbon per l'editore Analisi, Bologna, 1985.

⁸ L'episodio è rammentato da I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 111.

⁹ «La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando, anche privo di libertà, egli abbia ancor tali relazioni e tal potenza, che interessi la sicurezza della nazione: quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. [...] Io non veggo necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti: secondo motivo per cui può crearsi giusta e necessaria la pena di morte» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVIII).

¹⁰ D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1990, 48.

¹¹ Dove l'Autore si detta le seguenti linee guida: «Sospendere il giudizio normativo [...]. Evitare, per quanto possibile, di prendere posizione normativa a favore o contro l'istituzione» della pena capitale (p. 28).

¹² Queste: dopo aver parlato della dimensione dichiarativa e discorsiva della pena capitale, Garland concede che non per questo è «da considerarsi meno letale per gli oltre duecento uomini e donne messi a morte da quando le esecuzioni sono riapparse tre decenni fa» in America. Tutto qui.

¹³ Pubblicate nel 1957, si possono leggere in edizione italiana grazie ai tipi SE, Milano 1993 (la citazione è a p. 13).

¹⁴ A. SOFRI, *Le prigioni degli altri*, Palermo 1993, 172-173.

¹⁵ *Ivi*, 175.

¹⁶ Riforma costituzionale epocale, cui si deve l'attuale formulazione dell'art. 27, 4° comma, della nostra Costituzione («Non è ammessa la pena di morte»), eppure sottovalutata dalla dottrina giurispubblicistica: cfr. A. PUGIOTTO, *L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali*, in *Quad. Cost.*, 2011, 573 ss. (ora anche in *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, a cura di G. Arangio-Ruiz, F. Salerno, C. Fioravanti, Napoli 2013, 229 ss.).

¹⁷ S. DONDI, *op. cit.*, 376.

¹⁸ S. D'ELIA, *Relazione di apertura al V Congresso di Nessuno tocchi Caino*, Casa di reclusione di Padova, 19-20 dicembre 2013, consultabile in www.nessunotocchicaino.it. Come spesso accade, è la letteratura, meglio del diritto, ad offrirci lo scenario che abbiamo davanti: «Barack Obama viene interpellato ogni volta che un drone decide di ammazzare un bersaglio (con l'eventualità di ammazzare anche altri, che non sono bersagli): ogni volta deve dire sì o no, questo sì, questo no. Può essere più o meno scrupoloso, dubbioso, vile, coraggioso, trascinato, indipendente, demagogo, impopolare – è comunque affar suo, incubo suo, e di una cerchia, in un grado decrescente. Sta nelle sue regole d'ingaggio, direbbe Machiavelli se conoscesse la neolingua» (A. SOFRI, *Machiavelli, Tupac e la Principessa*, Palermo 2013, 59).

¹⁹ Espressione che si giustifica ancor meno allargando lo spettro d'osservazione della pena di morte nel mondo (al 30 giugno 2013): 100 Paesi abolizionisti; 7 Paesi abolizionisti per crimini ordinari; 46 Paesi abolizionisti di fatto (che, cioè, non eseguono sentenze capitali da almeno 10 anni o, comunque, vincolate a livello internazionale a non applicare la pena di morte); 5 Paesi che attuano una moratoria delle esecuzioni; 40 Paesi mantenitori [Fonte: banca dati in www.nessunotocchicaino.it].

²⁰ Se fino al 2011 erano soltanto due le democrazie liberali a mantenere la pena di morte (Stati Uniti, Taiwan), nel 2012 sono salite a 5 (con Botswana, Giappone, India) per diventare 6 nel 2013 (con l'aggiunta dell'Indonesia, che ha ripreso le esecuzioni capitali). cfr. S. D'ELIA, *Relazione*, cit.

²¹ Sulle politiche securitarie statunitensi, i loro effetti (anche quantitativi) e la loro espansione oltre Atlantico, si vedano le riflessioni di ampio respiro di L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari 2006; E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo 2007; S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma 2013.

²² F.E. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., 79-111.

²³ Come ho cercato di argomentare altrove: A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in *Il delitto della pena*, cit., 173-174. Ulteriori sviluppi, egualmente critici nei confronti del c.d. paradigma vittimario, si possono leggere – volendo – in ID., «Preferirei di no». *Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa*, in *Volti e maschere della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma 2013, 253 ss.

ABSTRACT

Marco Olivetti, *Il dilemma del prigioniero. Riflessioni critiche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di limitazione del diritto di voto a seguito di una condanna penale*

Il saggio analizza la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto di voto dei detenuti e in particolare sulla compatibilità con l'art. 3 del I protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo delle disposizioni che sospendono il diritto di voto in seguito ad una condanna penale definitiva.

Tale giurisprudenza viene collocata nel quadro dei problemi posti dall'interpretazione del diritto di voto elaborata dalla Corte e nel contesto della giurisprudenza di varie Corti supreme e costituzionali sul *prisoners' disenfranchisement*. Particolare attenzione è dedicata ai casi *Hirst* (2004-2005), *Frodl* (2010), *Scoppola* (2011-2012), *Anchugov and Gladkov* (2013) e *Söyler* (2013), nel tentativo di mettere in evidenza gli elementi di continuità e le variazioni interne alla giurisprudenza di Strasburgo.

Nella seconda parte del saggio si procede ad una critica di alcuni passaggi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia in ragione della mancata considerazione del rilievo del diritto costituzionale degli Stati membri nell'interpretazione dei diritti garantiti dalla Convenzione, sia per le sue argomentazioni relative alla natura del diritto di voto e alle ragioni per cui di esso non potrebbero essere privati i detenuti condannati in via definitiva.

The Prisoner's Dilemma. Critical Remarks on the Case-Law of the European Court of Human Rights Concerning the Disenfranchisement of Convicted Prisoners

This essay analyses the case-law of the European Court of Human Rights concerning the prisoners' voting rights and specially the relation between art. 3 of the I Additional Protocol to the European Convention on Human Rights and the provisions that suspend the right to vote as a consequence of a criminal conviction.

This case-law is placed in the framework of the problems generated by the interpretation of the right to vote elaborated by the Court and in the context of the case-law of other Supreme and Constitutional Courts on prisoners' disenfranchisement. A special attention is reserved to the cases of *Hirst* (2004-2005), *Frodl* (2010), *Scoppola* (2011-2012), *Anchugov and Gladkov* (2013) and *Söyler* (2013), with the aim of highlighting the elements of continuity and the internal variations in the case law of the Strasbourg Court.

In the second part of the essay some arguments of the case-law of the European Court of Human rights are analysed and criticized, because of two set of reasons. The first is the lack of consideration of the importance of Member States' constitutional law in the interpretation of the rights granted by the Convention. The second are the arguments of the Court on the nature of the right to vote and on the reasons for which convicted prisoners should not be deprived of it.

Giovanni Serges, *Soppressione delle Province e "temporanea" ridefinizione della loro posizione nel sistema degli enti locali*

Il lavoro analizza criticamente i recenti interventi legislativi che hanno interessato la Provincia. In particolare, si sofferma sui profili di legittimità costituzionale del più recente disegno di legge diretto a ridurre sensibilmente il ruolo della Provincia, nonché sugli aspetti problematici di una riforma costituzionale che si proponga come finalità quella della eliminazione della Provincia e della definizione di un nuovo assetto del sistema autonomistico.

Abolition of the Provinces and "Temporary" Redefinition of their Position in the System of Local Authorities

This work is a critical analysis of recent legislation concerning the Provinces. In particular, it considers the aspects of constitutional legitimacy in the recent parliamentary bill aimed at significantly reducing the role of the Provinces, as well as the problematic features of a constitutional reform whose end is to eliminate the Provinces and to reorganize the system of local self-government.

Filippo Donati, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di internet*

Il dibattito sul pluralismo informativo per lungo tempo si è concentrato sui media tradizionali (stampa, radio e televisione). La rivoluzione digitale, però, ha trasformato velocemente e in profondità la società dell'informazione. Come garantire la libertà e il pluralismo delle informazioni nel mondo di internet? In particolare, è possibile estendere le regole dettate per i media tradizionali, oppure la tutela del pluralismo nella rete richiede altri tipi di regole? L'articolo cerca di offrire una risposta a questi interrogativi.

The Principle of Pluralism of Information in the Internet Age

The debate on pluralism of information has focused on traditional media (newspapers, radio and television). The digital revolution, however, has deeply

changed the information society. How should the freedom and pluralism of information be granted and promoted in the web? In particular, the rules set down for traditional media can be simply extended to the internet, or a new regulation should be introduced to promote pluralism in the web? This article tries to offer an answer to such questions.

Roberto Mastroianni, *La libertà di informazione ed il pluralismo dei media nel diritto dell'Unione europea: verso una "iniziativa dei cittadini"?*

Nell'ambito dei principi fondamentali del patrimonio costituzionale europeo rientrano senz'altro la libertà ed il pluralismo dei media. Il presente saggio intende dimostrare l'insufficienza delle norme antitrust e dell'attuale quadro regolatorio europeo per far fronte a fenomeni di grave violazione di detti principi, evidenziando la necessità di un intervento di armonizzazione delle discipline nazionali in tema di divieto di posizioni dominanti, indipendenza delle autorità chiamate ad occuparsi di media e "conflitto di interessi". Nonostante le reiterate richieste del Parlamento europeo, sinora la Commissione, titolare del monopolio dell'iniziativa legislativa, non ha ritenuto di presentare una formale proposta di direttiva. Una "iniziativa dei cittadini", lanciata nell'agosto del 2013 ai sensi del Regolamento n. 211 del 2011, potrebbe dare una spinta decisiva in questa direzione.

Freedom of Information and Media Pluralism in EU Law: Towards a "Citizen Initiative"?

Freedom of information and media pluralism represent fundamental principles in the context of the European constitutional heritage. On the premise of the insufficiency of the actual European rules, the aim of the present work is to highlight the necessity (rather, the urgency) of an ad hoc intervention of the European institutions with a new legislative framework harmonizing national legislations on media ownership, independence of national regulatory authorities and "conflict of interests". Notwithstanding numerous calls from the European Parliament, the European Commission has not yet decided to take the step of presenting a formal legislative proposal in this field. A new "Citizen initiative", launched in August 2013, could represent a decisive step forward.

Francesco Posteraro, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*

Nell'esplorare la legittimazione della fonte regolamentare a dettare disposizioni attuative della normativa primaria per la tutela del diritto d'autore on line, l'A. rileva che essa non incontra limiti in riserve di legge di carattere assoluto.

Ciò premesso, mette in risalto le basi giuridiche della competenza dell'Agcom, individuandole nella legge sul diritto d'autore e nel decreto legislativo n. 70/2003, in virtù dei quali l'Agcom stessa ha il potere di esigere, in qualità di autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza, che i prestatori di servizi della società dell'informazione impediscano le violazioni o vi pongano fine. L'A. sottolinea quindi la conformità allo stesso decreto legislativo e al diritto dell'Unione europea dei provvedimenti che possono essere adottati a conclusione del procedimento dinanzi all'Agcom. Illustra infine il contenuto del regolamento, soffermandosi sia sugli strumenti volti a favorire lo sviluppo dell'offerta legale delle opere digitali e a promuovere l'educazione degli utenti alla legalità, sia sulle procedure di enforcement, che mirano a coniugare efficienza dell'intervento e garanzia dei diritti dei soggetti interessati.

Copyright Protection on Electronic Communication Networks

While exploring the legitimacy of secondary regulations to implement primary provisions on copyright protection on line, the A. notes that there are no restrictions due to absolute reservations of law. The A. then deepens the legal basis of Agcom's competence and finds them in the copyright law and in the e-commerce decree no. 70/2003. On these premises, Agcom has the power, in its capacity of administrative monitoring body, to order information society service providers to prevent or end violations. The A. underlines that the orders that may be adopted pursuant to Agcom's proceeding are compliant with the e-commerce decree and European law. Finally, the A. describes the main features of the regulation: the instruments to encourage the development of legal offers of digital content and to promote education of the users; the enforcement procedures aiming at ensuring the efficiency of the intervention together with the guarantees of the rights of the participants to the proceeding.

Manuel Gros, *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese*

Il giudice amministrativo può annullare un atto per contrasto diretto con il principio di precauzione? E a quale categoria di vizi dell'atto rientrerebbe tale contrasto? Sono questioni che con sempre più vigore si pongono, in generale, negli ordinamenti dei Paesi membri dell'Unione Europea e, specialmente, in Francia, dove il Legislatore costituzionale ha annesso alla Costituzione una "Carta dell'ambiente", di tal guisa che, nel caso in esame, legalità amministrativa e legalità costituzionale si trovino in una posizione di profonda interazione. Le risposte a tali domande risultano particolarmente complesse almeno per due ragioni. In primo luogo, perché il principio di precauzione si trova, spesso, ad essere in conflitto con altri diritti del cittadino che rivestono eguale valore costituzionale, come, ad esempio, il fondamentale diritto di proprietà. In secondo

luogo, perché il principio in esame risulta essere connotato da una certa ambiguità semantica: se da un lato, il legislatore francese ne ha fornito diverse definizioni, talvolta contrastanti tra di loro, dall'altro, alle definizioni del legislatore francese si contrappongono sia una ulteriore, diversa, definizione emersa in ambito europeo, sia una generale imprecisione della nozione di "precauzione" in sé, i cui tratti distintivi sembrano sovente confondersi con quelli della "prevenzione". Il saggio analizza tali problematiche, cercando una risposta ai quesiti iniziali e proponendo al lettore italiano – che si trova oggi a dover affrontare problemi in qualche misura analoghi – alcune risposte interlocutorie.

The Precautionary Principle before the French Administrative Courts

Can the Administrative Judge void an act because it is in direct conflict with the precautionary principle? In which category of "fault of the act" does this case fall into? These are questions that are becoming more and more pressing in each country of the European Union and particularly in France, where the Constitutional Legislator has annexed a "Chart of the Environment" to the constitution. This was done in such a way that, in the before-mentioned case, administrative legality and constitutional legality are profoundly interconnected. The answers to these questions are particularly complex for at least two reasons. The first problem is that the precautionary principle is often in conflict with other rights of the citizen that have equal constitutional value, like the fundamental right of property. The second problem is that this principle has always been characterized by a sort of semantic ambiguity: on the one hand, French legislation has given multiple definitions, sometimes conflicting with each other, while, on the other, there are conflicts between the definitions of the Legislator and a definition that was created in the European framework, and problems related to the general vagueness of the notion of "precaution" itself, which is often confused with the concept of "prevention". This essay analyzes these problems, trying to find answers to the questions stated at the outset, while offering some possible answer to the Italian reader who has to deal with similar situations.

Giovanni Pitruzzella, *Trasparenza, concorrenza e regolazione del mercato: una strada possibile per il rilancio dell'economia*

Obiettivo del lavoro è di analizzare i complessi e articolati rapporti che intercorrono tra trasparenza, concorrenza e regolazione con particolare attenzione ai riflessi che essi producono sulla crescita economica.

L'analisi condotta fa emergere una fitta rete di relazioni virtuose tra la trasparenza e la concorrenza, soprattutto con riferimento alla materia degli abusi di posizione dominante e alla regolazione cosiddetta pro-concorrenziale; mentre evidenzia come la trasparenza artificialmente indotta dalle imprese possa essere controproducente sotto il profilo delle intese. In questo ambito la condivisione

di conoscenza potrebbe, infatti, tradursi in pericolosi scambi di informazioni sensibili vietati ai sensi degli articoli 2 della legge n. 287/90 e 101 del Tfu.

Ma non è solo con riferimento agli illeciti *antitrust* e alla regolazione che la trasparenza entra in gioco. Sono anche le relazioni tra imprese e consumatori ad essere toccate dalla necessità di un'informazione chiara e intellegibile. La trasparenza è una condizione essenziale affinché il consumatore possa assumere decisioni commerciali consapevoli e possa, attraverso la comparazione delle diverse offerte, operare come stimolo alla "concorrenza sui meriti".

L'indagine si conclude rilevando come la concorrenza indotta dalla trasparenza delle condotte delle imprese e dalla regolazione trasparente dei mercati produca effetti positivi in termini di sviluppo di nuovi mercati e di aumento della produttività, rappresentando un importante strumento per la crescita.

Transparency, Competition and Market Regulation: A Potential Way to Boost the Economy

The aim of this paper is to study the complex relationships between transparency, competition and regulation, with particular attention to the impact that they have on economic growth. The analysis draws attention to the existence of a dense network of desirable connections between transparency and competition, most notably in the matters of abuses of dominant position and pro-competitive regulation. On the other hand, the study highlights the potential dangers of artificial transparency as a practice facilitating collusion, especially when it amounts to the sharing of commercially sensitive information contrary to article 2 of law n. 287/90 and article 101 TFUE.

But transparency does not only matter for antitrust infringements and regulation. Clear and intelligible information is also important for establishing a healthy relationship between firms and consumers. In fact, transparency is an essential condition for consumers to take informed decisions and, by comparing different offers, to promote a real competition on the merits.

The paper concludes pointing out how competition fostered by transparent market behavior and transparent market regulation is an important stimulus for the development of new markets and the increase of productivity, and therefore for economic growth.

Carlo Colapietro, *Le funzioni della Corte dei conti nella giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento alla funzione di controllo*

Il saggio si propone di indagare la posizione istituzionale assunta oggi dalla Corte dei conti – soprattutto quale organo di controllo – sulla base della chiave di lettura offerta dalla ricca e consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, che le riconosce il ruolo di organo di controllo posto al servizio dello Stato-comunità e di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario dell'in-

tero settore pubblico. In tal senso, appare necessario un coinvolgimento della Corte dei conti in un sistema efficace di controlli a presidio del nuovo art. 81 Cost., attribuendole la legittimazione – in ragione delle ben note difficoltà di accesso al controllo di costituzionalità sull’art. 81 Cost. – ad adire direttamente la Corte costituzionale contro le leggi incidenti sugli equilibri finanziari. In definitiva, nonostante la legge costituzionale n. 1 del 2012 trascuri inspiegabilmente la Corte dei conti, è proprio con riferimento all’innovativo principio dell’equilibrio di bilancio che il rapporto Corte dei conti–Corte costituzionale appare indispensabile per assicurare un’effettiva chiusura del sistema dei controlli

The Functions of the Court of Auditors in Constitutional Jurisprudence, with Special Reference to the Function of Control

This essay examines the current institutional position of the Court of Auditors – particularly as an organ of control – on the basis of the interpretation provided by the extensive and well-established jurisprudence of the Constitutional Court, which recognizes its role as an organ of control in the service of the State-community and as an impartial watchdog for the economic-financial equilibrium of the whole public sector. In this sense, given the well-known difficulty of access to the constitutional control of the new art. 81 of the Constitution, it seems necessary to involve the Court of Auditors as the legitimate body for defending it, with powers of direct recourse to the Constitutional Court against the laws affecting financial budgets. In conclusion, although constitutional law no. 1 of 2012 inexplicably ignores the Court of Auditors, it is precisely in this innovative principle of budgetary equilibrium of that the relation between the Court of Auditors and the Constitutional Court seems indispensable for ensuring the effectiveness of the system of controls.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARCO OLIVETTI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Foggia

GIOVANNI SERGES, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Roma Tre

FILIPPO DONATI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Firenze

ROBERTO MASTROIANNI, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"

FRANCESCO POSTERARO, Componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, già Vice segretario generale della Camera dei deputati

MANUEL GROS, Professore ordinario di Diritto pubblico, Università di Lille 2; Preside onorario della Facoltà Alexis de Tocqueville

GIOVANNI PITRUZZELLA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Palermo

CARLO COLAPIETRO, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Roma Tre

GIUSEPPE UGO RESCIGNO, Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico, "Sapienza" Università di Roma

ANDREA PUGIOTTO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

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.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Donati, Gros, Mastroianni, Olivetti, Posteraro, Serges.

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 aprile 2014
da *La Buona Stampa* – Napoli