

SOMMARIO 1/2012

editoriale

Antonio D'Atena III

saggi

Francesco Belvisi, *I diritti fondamentali nella società multiculturale* 1

Paolo Veronesi, *Diritti costituzionali e multiculturalismo* 19

Daniele Chinni, *La decretazione d'urgenza tra abusi e controlli. Qualche considerazione quindici anni dopo la sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale* 55

Fabio Merusi, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia* 93

osservatorio

Paolo Carnevale, *Abrogare il già abrogato ovvero l'abrogazione al quadrato. Considerazioni sul d.lgs. n. 212 del 2010 di abrogazione espressa cumulativa di leggi statali* 119

Giampietro Ferri, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma* 151

attualità

Giovanni Maria Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale* 187

EDITORIALE

Con questo fascicolo s'inaugura la terza serie di "Diritto e società". E continua, quindi, il cammino iniziato quasi quarant'anni or sono, per impulso dei tre fondatori: Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli.

Nel tempo trascorso dall'inizio dell'impresa, il nostro Paese e il contesto internazionale in cui s'inserisce hanno registrato trasformazioni di una profondità allora inimmaginabile. Basti pensare al superamento del sistema di equilibri disegnato a Yalta alla fine del secondo conflitto mondiale, alle profonde trasformazioni subite dal quadro istituzionale europeo di cui l'Italia è parte, al terremoto che ha sconvolto un sistema di partiti politici che aveva scritto il primo cinquantennio di storia repubblicana, alle rivoluzionarie riforme da cui è stato interessato il nostro testo costituzionale, alle novità che si sono registrate a livello di costituzione vivente ...

Per avere un'idea della distanza che separa la stagione attuale da quella in cui la Rivista ha visto la luce, è sufficiente ricordare le tematiche allora sul tappeto, quali risultano dall'indice della prima annata: l'applicazione dello statuto dei lavoratori agli enti pubblici, la prima attuazione del (primo) regionalismo, il referendum sul divorzio, la legge sui ricorsi amministrativi, i primi dibattiti sulle riforme istituzionali, la riforma della radiotelevisione e la problematica dell'accesso, il d.d.l. sul fermo di polizia, la prima relazione sulla situazione ambientale del paese, il nuovo processo del lavoro, il rapporto Vedel ...

Da allora "Diritto e società" ha accompagnato costantemente le dinamiche istituzionali sviluppantisi nel paese, senza perdere mai di vista il contesto europeo ed internazionale che ad esse faceva da sfondo ed affiancando, all'attenzione ai processi in atto, riflessioni di portata meno contingente (ad esempio: in materia di metodo, di teoria delle fonti, di forme di governo, di "decodificazione" ...). Il tutto con occhio attento alle esperienze che andavano contemporaneamente maturando nell'ordinamento di altri paesi.

Nel quarantennio trascorso, la Rivista ha cambiato due editori. La prima serie (1973-1975) è stata edita dalla Sansoni di Firenze, mentre della

seconda, dopo due anni di forzato silenzio, si è data carico la CEDAM di Padova, che – come si legge nell'editoriale che apre il primo fascicolo del 1978 – “fedele a una sua regola di sodalità con la cultura giuridica”, accolse la sollecitazione rivoltale dalla Rivista, nella persona di Aldo M. Sandulli.

Le leggi che governano la condizione umana portarono anche ad un cambio nella direzione di “Diritto e società”. Alla scomparsa degli indimenticabili fondatori, avvenuta tra il 1984 e il 1989, la responsabilità principale venne assunta da Leopoldo Mazzarolli, chiamato da Crisafulli nel 1984, dopo la morte improvvisa di Aldo M. Sandulli. Mazzarolli, che non possiamo non ringraziare per la sua continua e appassionata dedizione alla Rivista e per i suoi raffinati suggerimenti, è stato successivamente affiancato da Maria Alessandra Sandulli, la quale già si occupava della Rivista come coordinatrice della redazione. Negli stessi anni, il comitato scientifico e di direzione si è venuto arricchendo di nuove sensibilità e competenze disciplinari.

Tanti cambiamenti, dunque: degli oggetti d'indagine, degli editori, degli studiosi, a vario titolo, impegnati in “Diritto e società”. Il tutto, in continuità ideale con la scelta degli inizi: con l'orgogliosa rivendicazione di una ricerca scientifica caratterizzata “dall'assenza di condizionamenti esterni”, dall'impiego di “un metodo critico sempre ispirantesi alla ‘legge del dialogo’”, dalla “feconda dialettica dei diversi e contrastanti punti di vista”, per riprendere le parole contenute nella “Presentazione” al primo fascicolo della prima serie.

Onde l'impegno che “Diritto e società” seguiti ad essere, nella sua terza incarnazione, ciò che è sempre stata: “sede di libertà” e “luogo di difesa – nel suo ambito specifico – della libertà della cultura” (per dirla ancora con la “Presentazione” appena citata).

Con questo spirito, uniti nel ricordo di Maestri dei quali, nei limiti delle nostre forze, cercheremo di continuare l'opera, ringraziando la CEDAM per un sodalizio durato più di trent'anni e il nuovo editore – l'Editoriale Scientifica di Napoli – che, in tempi difficili, raccoglie la sfida e scommette sulla cultura, intraprendiamo il nuovo tratto di strada.

Antonio D'Atena

Francesco Belvisi

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLA SOCIETÀ MULTICULTURALE*

SOMMARIO: 1. Società multiculturale, pluralismo e integrazione sociale. – 2. Una concezione pragmatica dei principi. – 3. Non discriminazione, dignità umana e identità personale. – 4. La pietra dello scandalo: il matrimonio islamico.

1. *Società multiculturale, pluralismo e integrazione sociale*

La società multiculturale può essere intesa come una società pluralista, regolata da un ordinamento democratico-costituzionale, poiché solo questo tipo di assetto giuridico-istituzionale può essere in grado di garantire ai membri delle differenti culture, che vivono nella società, di poter manifestare le proprie pretese di riconoscimento della loro identità culturale, senza correre il rischio di essere perseguitati. Inoltre, per quanto la società multiculturale sia una società conflittuale per definizione¹, il suo sistema politico e giuridico permette di trattare *pacificamente*

* Il testo riproduce l'intervento, leggermente ampliato e corredato di note, svolto in un dialogo con Paolo Veronesi nel corso dell'incontro su «*Diritti costituzionali e società multiculturale*», organizzato da Gladio Gemma per il Circolo Culturale «*Nuovo Formiggini*», a Modena, il 14 aprile 2011. L'intervento di Veronesi è pubblicato in questo fascicolo della *Rivista*, 19 ss. Ringrazio: il Professor Antonio D'Atena, il quale, con le sue considerazioni sul presente articolo, ha stimolato in me un'ulteriore riflessione a proposito sia della differenza tra principi e valori, sia del significato del bilanciamento; e il Professor Baldassare Pastore, con il quale ho, da tempo, un dialogo/confronto sui temi trattati e che, in questa occasione mi ha anche fornito un prezioso *feed back* critico in merito all'approfondimento svolto.

¹ Per una trattazione più ampia del significato di «società multiculturale», v. F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti costituzione*, Bologna 2000, 136-142.

i conflitti sorgenti da pretese culturali, che trovano la loro giustificazione in specifici ordinamenti normativi, come il diritto, la morale, la religione, le tradizioni, e si concretizzano in istituzioni e pratiche sociali.

Uno dei principali problemi della società multiculturale è quello della sua integrazione, cioè della sua coesione, a fronte delle numerose tensioni che la percorrono. Per questo motivo, intendo trattare della questione concernente il ruolo che i diritti fondamentali, contenuti nella nostra Costituzione, possono svolgere nel tenere unita la società odierna.

Prima, però, è opportuno fare una considerazione preliminare: se si definisce la società come multiculturale, si riconosce alla *cultura*, prima, ed alla *pluralità delle culture*, poi, un ruolo decisivo per la vita sociale. Tutto ciò sembra banale, ma può avere delle conseguenze assai rilevanti.

Innanzitutto, è il caso di fornire una definizione di cultura: in senso generale, essa può essere intesa come l'insieme delle reti di significato che l'uomo ha tessuto e che orientano l'agire sociale², come «una cornice fondatrice di senso, all'interno della quale gli uomini vivono e danno forma alle loro convinzioni, solidarietà e al loro sé, e come una forza regolatrice in fatto di questioni di convivenza umana»³. Più specificamente, in considerazione del tema in oggetto, posso sintetizzare il concetto, enfatizzando il suo aspetto normativo, per cui, per «cultura» si può intendere la pratica di un'insieme di regole della più diversa natura – regole culinarie, estetiche, giuridiche, morali, religiose, tecniche, ecc. – la cui applicazione, secondo un senso socialmente condiviso, fornisce un significato dotato di valore alle nostre azioni.

Inoltre, si pensi al fatto che, secondo Arnold Gehlen, la cultura costituisce la *vera* natura dell'uomo, poiché essa gli ha permesso di dominare su tutti gli altri animali, nonostante le sue carenze fisiche ed istintuali⁴. Ma, contemporaneamente, è opportuno considerare che – sempre secondo il filosofo tedesco – «ogni cultura esperisce le norme e le conformazioni culturali da lei elaborate, per esempio il suo pensiero giuridico, le sue forme di matrimonio, la sua scala di interessi, passioni e sentimenti, come le sole naturali e secondo natura. Essa di regola esperisce le norme di un'altra cultura o società come curiose, comiche, particolari, per lo più però come innaturali, anormali, contro natura, o addirittura,

² Cfr. C. GEERTZ, *Interpretazione di culture* (1973), Bologna 1998, 11 e 22.

³ ID., *Mondo globale, mondi locali*, Bologna 1999, 53.

⁴ Vedi A. GEHLEN, *L'Uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo* (1950⁵), Milano 1990, 64-65; ID., *Prospettive antropologiche* (1961), Bologna 1987, 107-115.

procedendo oltre, come peccaminose e riprovevoli»⁵. Da qui diviene comprensibile come «noi» conferiamo alla *nostra* cultura un significato esistenziale, mentre, troppo spesso, non siamo disposti ad attribuire lo stesso significato alla cultura degli altri. Perciò, i comportamenti che noi adottiamo in conformità della nostra cultura forniscono un significato positivo, di valore, alla nostra vita, e pretendiamo – allo stesso tempo – che gli appartenenti ad altre culture condividano e adottino le nostre forme di vita, rinnegando le proprie in quanto, appunto, per noi irragionevoli, prive di valore e sbagliate.

A questo proposito, sviluppo il mio argomento, prendendo ad esempio il matrimonio islamico poligamico, cioè un’istituzione scandalosa, che massimamente viene ritenuta essere incompatibile con la nostra cultura, in quanto – per riprendere le parole di Gehlen – «peccaminosa e riprovevole», poiché non rispetta, per lo meno, la dignità della donna e l’eguaglianza dei coniugi.

Il significato del carattere pluralistico della nostra società non può essere ridotto semplicemente al suo senso quantitativo: alla semplice pluralità di valori, norme e istituzioni. Piuttosto, ai singoli elementi della pluralità va collegato un carattere qualitativo, valoriale. In forza del significato esistenziale che la cultura riveste per l’essere umano, dobbiamo concepire – almeno «presuntivamente»⁶ – come fornite di valore (*valuable*) le istituzioni elaborate all’interno di una certa cultura, in quanto selezioni delle modalità di comportamento corretto e socialmente condiviso. La società pluralista prospetta ai propri membri numerose opzioni di comportamento *valuable* che concernono uno stesso ambito di agire. Ad esempio, per quanto riguarda il regime alimentare, al modo occidentale di macellare gli animali, si affiancano la macellazione *halal* e quella *kosher*, che rappresentano altrettante opzioni significative per chi le pratica, per quanto queste ultime siano radicalmente differenti dal nostro modello di macellazione.

⁵ A. GEHLEN, *Prospettive antropologiche*, cit., 109.

⁶ Si può estendere alle istituzioni ciò che CH. TAYLOR, *Multiculturalismo*, Milano 1993, 94-103, postula con la tesi della «presunzione di eguale valore» delle culture: è necessario giudicare le culture «che hanno animato intere società per un lasso di tempo considerevole» con «ammirazione e rispetto», ovvero senza eccessiva «arroganza» (102-103), poiché non disponiamo, in partenza, di un principio etico che ci permetta di compiere un giudizio di valore (97): esso può essere espresso, invece, solo mediante un’ermeneutica «fusione degli orizzonti» (95).

Certo, nel pluralismo, già il numero stesso può essere inteso come valore, poiché più opzioni istituzionali ci sono e maggiore è la libertà che si ha nella scelta. Ma, come ha argomentato Gianfrancesco Zanetti⁷, il pluralismo acquisisce un significato tanto più liberale, quanto più le opzioni fornite di valore, tra cui gli individui possono scegliere, sono differenti, fino al limite dell'incompatibilità. In effetti, un conto è poter scegliere – ad esempio – tra diverse gradazioni di rosso, un altro è poter scegliere tra i differenti colori primari. Analogamente, sarà più ricco di significato poter decidere tra istituzioni, anche radicalmente differenti: la scelta di aderire ad una religione sarà tanto più significativa, quanto più ricca sarà l'offerta di culti in una società. Ciò che qui rileva e dà maggiore senso alla scelta è il grado di incompatibilità prospettato dalle diverse forme istituzionali oggetto di selezione.

Fatta questa precisazione, posso già anticipare una prima risposta alla questione della coesione sociale: nella società multiculturale la costituzione può svolgere con successo la sua funzione integrativa solo se è capace di includere nella sfera di ciò che è lecito nuovi comportamenti ed istituzioni, anche se non sono conformi alla cultura maggioritaria o ufficiale della società. Secondo quanto sostiene Gustavo Zagrebelsky: «Le società pluraliste (...) assegnano alla costituzione il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune, *non* il compito di realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune»⁸. In questo senso, la costituzione configura una «proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, cioè un 'compromesso delle possibilità'»⁹.

Nel contesto della società multiculturale, allora, la costituzione deve essere intesa non più come un «ordine di integrarsi», ma come una «offerta di integrazione». Di conseguenza, la funzione integrativa dei diritti costituzionali dovrebbe consistere nel fornire dei motivi per cui le persone – cittadini e stranieri – si possano *identificare* nella società pluralista e nelle istituzioni politiche e giuridiche che la governano.

Rispetto allo stesso problema, ma inteso in senso più generale, Bal-

⁷ Vedi, G. ZANETTI, *Le coppie di fatto tra diritto e morale*, in ID. (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Roma 2003, 147-160, 149-154; e ID., *Introduzione al pensiero normativo*, Reggio Emilia 2004, cap. 3.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 9. Concorda con questa concezione E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, 109-136, 115, 129 e 134-136.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 10.

dassare Pastore ha affermato che, nelle società multiculturali, il diritto «può creare la cornice normativa idonea a facilitare l'interazione e la comunicazione sociale, combattendo le discriminazioni e salvaguardando, nello stesso tempo, le specificità distintive (...), anche al fine di evitare forme di conflittualità intollerabili per la tenuta della società, nonché pericolosi fenomeni di disgregazione sociale»¹⁰. Poiché l'affermazione di Pastore è del tutto condivisibile e può valere anche in relazione ai diritti fondamentali, diviene interessante vedere fino a che punto i diritti possano e debbano fungere da «regole di compatibilità tra culture e valori»¹¹ con riferimento al matrimonio poligamico: la nostra pietra dello scandalo.

2. Una concezione pragmatica dei principi

Per quanto sul piano teorico giuristi e filosofi del diritto si spingano molto avanti nella considerazione del ruolo che la costituzione può avere nell'integrazione della società pluralista, tuttavia, essi dimostrano una certa *ritrosia* a trarre fino in fondo le conseguenze della loro analisi per quanto concerne, sul piano pragmatico, l'applicazione dei diritti nei casi giuridici difficili, che «rappresentano» i problemi di integrazione. Nei confronti dei diritti si verifica esattamente ciò che Niklas Luhmann sosteneva a proposito dei valori: che, cioè, costituiscono dei «punti di arresto della riflessione»¹². Quando chi argomenta evoca i valori – o i di-

¹⁰ B. PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in ID., L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino 2008, 5-61, 15. V. anche ID., *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, Roma 2007, 55-57 e 59-60, su ciò che J. BOHMAN, *Deliberative Toleration*, in *Political Theory* 2003, n. 6, 757-779, in part. 759-770, definisce «conflitti profondi». La via per evitarli non consiste nel relativizzare le proprie convinzioni, ma nel limitare la loro efficacia pratica: v. B. PASTORE, *op. ult. cit.*, 59.

¹¹ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari 1992, 127, 159 e 161, da cui è tratta la citazione. Una cosa, però, deve risultare chiara: il diritto deve rendere compatibile – paradossalmente – ciò che compatibile non è. Infatti, nella società multiculturale non si ha a che fare con manifestazioni di identità compatibili con i valori dell'ordinamento giuridico, ma si tratta «di valutare, inquadrare e risolvere l'inevitabile conflitto di manifestazioni di identità che esprimono valori (...) a volte addirittura configgenti» con quelli espressi dall'ordinamento: v. L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all'identità culturale*, in *Familia* 2004, n. 1, 57-105, 67.

¹² N. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 19.

ritti fondamentali intesi come valori – pretende di aver raggiunto il punto conclusivo del discorso, che – in questo modo – diviene pienamente compiuto e razionalmente condiviso o, almeno, condivisibile. Oltre non si può, né ha senso, andare.

In questa sede, intendo «prendere sul serio» le indicazioni prospettate da filosofi del diritto e giuristi, cercando, però, di forzare il blocco costituito dai valori e proseguire nella riflessione, in vista di proporre delle soluzioni «compatibili con le differenze». Di conseguenza, è opportuno tracciare una distinzione *operativa* tra principi e valori¹³, per in-

¹³ Come afferma giustamente A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, 3° ed., Torino 2012, cap. II, 15, «la ricorrente formula 'principi e valori costituzionali' viene sempre più spesso intesa come un'endiadi». L'A., però, concepisce i principi come «strutture prescrittive» e quindi «parenti delle norme in senso stretto» (*ibidem*, 16), per cui la «differenza che tali norme presentano rispetto alle comuni norme è di ordine eminentemente quantitativo» (*ibidem*, 20). I valori, invece, «di per sé, non esprimono un dover essere giuridico» (*ibidem*, 21). Per quanto riguarda i principi, l'analisi concettuale, che considera queste entità dal semplice punto di vista sistematico o strutturale (v. anche R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 27-44, 37-38), non è in grado di cogliere la specificità dei principi, che consiste nella loro *funzione*. Da questo punto di vista, e nonostante tutte le critiche, hanno senz'altro ragione: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), nuova ed. a cura di N. Muffato, 2010, 48: i principi costituiscono «un requisito di giustizia o equità o di qualche altra dimensione della morale»; e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149: i principi «ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente». V. anche F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano 2000, 85-113, 92-100. Assimilandoli riduttivamente alle norme (*rectius*: regole o prescrizioni), la concezione sistematica dei principi cerca di rimuovere il problema della crisi della certezza del diritto nell'ordinamento giuridico costituzionale: esemplare R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1996, n. 2, 513-525. Di conseguenza, non stupisce che l'A. finisca per enfatizzare «i punti di intersezione tra principi di diritto e discrezionalità giudiziale»: v. ID., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico* 1998, n. 3, 641-660. Lamentare la perdita di certezza e l'espansione della discrezionalità dei giudici, non affronta, ma aggira il problema di fondo: con la trasformazione del sistema del diritto in ordinamento giuridico-costituzionale (o con il superamento dello Stato di diritto da parte dello Stato democratico-costituzionale), sono andati in crisi i fondamenti del positivismo giuridico: pertanto v. G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, 144-159. La questione incertezza del diritto-indeterminatezza dei principi, è affrontata da B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino 2003, 137-143, attraverso l'integrazione principi-valori nel caso concreto (v. 141-142). Riassuntivamente, v.: M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino 2005, 137-150; G. PINO, *Diritti e interpre-*

tendere poi l'applicazione dei diritti fondamentali non più come realizzazione di valori, ma come un'operazione improntata a principi¹⁴.

Valori e principi hanno *uno stesso* substrato materiale ed una stessa pretesa di universalità: libertà, giustizia, solidarietà, possono essere intesi sia come valori, sia come principi¹⁵. Però, l'orientamento ai principi e l'orientamento ai valori designano due modalità di realizzazione dello stesso ideale assiologico. Ciò che differenzia i valori dai principi è la loro «natura» o, meglio, la loro *logica*: assolutista e «tirannica» quella dei valori¹⁶, pragmatica quella dei principi. Come ha insegnato Max Weber, tra i valori si innesca sempre «una lotta mortale senza possibilità di conciliazione»¹⁷. L'etica che si genera dai valori è la *Gesinnungsethik*, l'etica fondamentalista di chi aderisce ad una concezione della vita e del mondo che deve essere realizzata *per principio*, incondizionatamente¹⁸, secondo il criterio irresponsabile del «*fiat justitia et pereat mundus*». Nel discorso politico-giuridico il riferimento ai valori serve a fondare il diritto e lo Stato come un «ordinamento concreto» di una comunità politica omogenea, che condivide il *sensu oggettivo* dei valori e chi non lo condivide

tazione, Bologna 2010, cap. 3, e 98-99; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 1999, 366-408.

¹⁴ Nel presente contesto per «principi» intendo, soprattutto, quelli presenti nella, o deducibili dalla, primissima parte della nostra Costituzione intitolata: «principi fondamentali». Tra gli altri, si possono annoverare quelli di libertà, eguaglianza, non discriminazione, dignità, tolleranza, laicità dello Stato, pluralismo.

¹⁵ La dottrina giuridica, invece, cerca, da un lato, di concepire i valori come entità extragiuridiche e non prescrittive, che acquisiscono rilevanza giuridica solo attraverso i principi (v., ad es., A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, cit., 21-22), oppure come entità pregiuridiche e metapositive, che, anche in questo caso – però – trovano concretizzazione attraverso i principi (v., ad es., F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 113; v. anche ID., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, 51-81, 55): in entrambi i casi, i principi sarebbero dei *minus habens* rispetto ai valori e rivestirebbero un ruolo servente, strumentale. Per una ricostruzione ben più articolata di questa mia, v. A. LONGO, *Valori, principi e costituzione*, in *Diritto e società* 2002, n. 1, 75-149, in part. 112-122.

¹⁶ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1959), a cura di P. Becchi, Brescia 2008, 54: «Chi parla di valore intende farlo valere e imporlo (...) i valori si pongono e si impongono». «Il valore non è, ma vale (...) Ma il valere implica (...) un'esigenza di realizzazione ancora più forte. Il valore anela proprio alla sua attuazione. Non è reale, ma totalmente orientato alla realtà e attende con impazienza la sua attuazione ed esecuzione»: *ibidem*, 48-49.

¹⁷ M. WEBER, *Il significato della «avalutatività» delle scienze sociologiche ed economiche* (1917), in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milano 1980, 309-375, 332.

¹⁸ Vedi ID., *Il lavoro intellettuale come professione* (1919), Torino 1948, 106-109.

è escluso, discriminato, osteggiato¹⁹. E così, giunta ai valori – per definizione – «non negoziabili», la riflessione si arresta, ma su una base incerta, poiché è minata dall'interpretazione del loro significato, che risulta essere – necessariamente – soggettiva: *arbitraria*.

Al contrario, la logica dei principi, dicevo, è «pragmatica», nel senso che essi acquisiscono un significato non in assoluto, oggettivamente, ma all'interno di un contesto sociale e in relazione a un caso concreto, rispetto al quale «prendiamo posizione»²⁰ in vista di dargli una soluzione adeguata ed equa. L'etica che si genera dai principi è quella della «responsabilità», attenta alle «conseguenze (prevedibili)»²¹. Diversamente dai valori, i principi non ubbidiscono alla logica del «o tutto o niente», ma si lasciano bilanciare²² e si realizzano *per approssimazione*, in modo

¹⁹ Per una concezione differente, che può correggere gli aspetti più radicali della posizione appena espressa, v. J. RAZ, *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di F. Belvisi, Reggio Emilia 2003, in part. capp. I e IV, per cui i valori, nonostante la tensione alla realizzazione assoluta, si possono affermare grazie all'attaccamento (all'adesione) delle persone, che – però – in una società pluralista devono anche rispettare i differenti valori degli altri.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149.

²¹ Vedi M. WEBER, *Il lavoro intellettuale*, cit., 109.

²² Nel dibattito teorico-giuridico le nozioni di «bilanciamento» e «ponderazione» si usano, per lo più, come sinonimi (v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. 7) e, talvolta, si opta – correttamente, rispetto al significato attribuito – per il secondo termine (v., ad es., R. GUASTINI, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion Pratica* 2006, n. 26, 151-159). Io preferisco, invece, dare alle due nozioni un significato diverso e etimologicamente più corretto. Per «ponderazione» intendo quell'operazione in cui si pesano i principi in conflitto in un caso concreto e si decide, mediante l'istituzione di una «gerarchia assiologia mobile», quale debba essere applicato (v. R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., 654-655). Per «bilanciamento», invece, intendo un'operazione di adeguamento e mediazione, attraverso cui si cerca un compromesso e un equilibrio, una «pratica concordanza» tra principi, per cui quelli in conflitto vengono applicati per approssimazione. Così, mentre la ponderazione è un'operazione di natura dissipativa, che mira a negare – per quanto solo momentaneamente – «valore» o, meglio, «rilevanza» al principio che «soccombe», quella di bilanciare è un'operazione di natura conservativa (della rilevanza assiologia dei principi), ma allo stesso tempo critica, poiché mira a correggere gli aspetti radicali dell'applicazione di un principio mediante l'applicazione dell'altro (contemperamento): v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 13-14, 170-171 e 203. Questa comprensione della nozione di «bilanciamento» è esclusa da R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 655. Per una posizione più articolata, v.: A. D'ATENA, *I principi ed i valori costituzionali*, cit., 35-40; e G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica* 2007, n. 28, 219-276, 252-255. Per gli antecedenti teorici della mia posizione, v. G. ZANETTI, *Introduzione al pensiero normativo*, cit., capp. 1 e 2. Analogamente, fonte d'ispirazione è il principio dell'«indivisibilità dei diritti»: v. Preambolo, 2. prop., Carta dei diritti fondamentali UE.

weberianamente «comprendente». Nel discorso politico-giuridico il riferimento ai principi conduce a concepire l'ordinamento giuridico-istituzionale di una società pluralista, poiché, nonostante la connotazione universale dei principi, proprio per il loro necessario riferimento al caso concreto, ammettono un'interpretazione di volta in volta differente, adeguata al caso. Di conseguenza, la loro applicazione risulta essere accomodante, prudentiale²³ e può condurre ad un «aggiustamento ragionevole»²⁴. L'uso pragmatico dei principi porta ad includere le diversità, a conferire loro «eguale considerazione e rispetto» o, quanto meno, a tollerarle. In questo caso, l'interpretazione soggettiva, discrezionale, dei principi lungi dal rappresentare un punto di debolezza, designa il momento di forza della «mitezza»²⁵. Nonostante questo carattere mite, rispettoso, tollerante, la concezione pragmatica dei principi non configura una posizione imbecille, assolutamente relativista, incapace di valutare e criticare quelle stesse istituzioni che – rispettosamente – riconosce: ma la sua non è una critica distruttiva, ma *correttiva*.

Per contro, in ossequio alla c.d. «teoria materiale dei valori»²⁶ la giurisprudenza dominante utilizza i diritti fondamentali come valori e la Corte di Cassazione, ad esempio, ha elaborato la dottrina dello «sbarramento invalicabile»²⁷. Eppure, anche una diversa concezione, di natura pragmatica, è possibile e si ritrova *in nuce* presso i giuristi internazionalprivatisti europei, che in diversi paesi (Belgio, Francia, Germania) hanno elaborato tecniche di applicazione del diritto che permettono di «trovare un compromesso tra valori contrastanti», al fine di «riconoscere un diritto della persona alla protezione della sua identità culturale»²⁸ e di ov-

²³ Vedi G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 203-205.

²⁴ J. RINGELHEIM, *Diritto e diversità culturale. La scienza giuridica di fronte alla sfida del pluralismo*, in *Ragion Pratica* 2011, n. 36, 95-128, 110-111.

²⁵ Vedi G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, in part. 11 e cap. VII. La mitezza «lascia essere l'altro quello che è»: N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano 1994, 25, ma v. anche 20, e 27-28.

²⁶ Su ciò rinvio al mio *Società multiculturale, diritti, costituzione*, cit., 87-94.

²⁷ Vedi F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 50 (2007), n. 4, 1296-1345, 1335-1336; e *Id.*, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano 2010, 168-170.

²⁸ Si tratta della «teoria dei due stadi» (v. E. JAYME, *Diritto di famiglia: Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1993, n. 2, 295-304, 301-304, da cui sono tratte le citazioni nel testo); della dottrina dell'«ordine pubblico attenuato» (v. F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista*

viare alle conseguenze spiacevoli che, talvolta, il puro rigetto degli istituti stranieri, in contrasto con i «valori fondamentali» dell'ordinamento giuridico costituzionale, comporta proprio per i soggetti più vulnerabili.

3. *Non discriminazione, dignità umana e identità personale*

Il principio basilare a cui si orientano le riflessioni che seguono, è quello della non discriminazione (art. 3, c. 1 Cost.), che – combinato assieme all'eguaglianza di fronte alla legge – genera altre garanzie personali, rilevanti per il nostro tema.

In senso positivo, il divieto di discriminare gli esseri umani può essere espresso nel principio dell'«eguale considerazione e rispetto»²⁹, ed implica immediatamente il diritto all'identità culturale³⁰, ovvero il diritto alla differenza. Infatti, questo divieto intende tutelare gli individui per quelle caratteristiche – come sesso, razza, lingua, religione, convinzioni politiche o morali, ecc. – che li rendono unici, contribuendo a formare la loro identità.

Questo insieme concatenato di diritti e garanzie, però, non vale illimitatamente, poiché i diritti fondamentali, che garantiscono la dignità individuale, fungono *anche* da limite al riconoscimento delle pretese identitarie dell'altro, che divengono intollerabili, quando violano i diritti di terzi, danneggiandoli³¹. Come sostiene Fabio Basile, «in nome dell'ade-

di diritto internazionale 1993, n. 1, 73-117, 91-98; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario*, in S. BARTOLE *et al.* (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova 1998, 189-224, 204-208; della tecnica degli «accomodamenti reciproci» (v. J. RINGELHEIM, *Diritto e diversità culturale*, cit., 126). Su ciò v. anche L. MORMILE, *Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo*, cit., 71-78.

²⁹ R. DWORKIN, *Perché l'eguaglianza dovrebbe essere importante per i liberali*, in ID., *Questioni di principio* (1985), Milano 1990, 250-260; ID., *Constitutionalism and Democracy*, *European Journal of Philosophy* 1995, n. 1, 2-11, 5.

³⁰ A rigore, l'attributo «culturale» riferito al termine identità è ridondante, poiché qualsiasi identità ha sempre natura culturale! Vedi F. JULLIEN, *L'universale e il comune. Il dialogo tra le culture* (2008), Roma-Bari 2010, 157: «La cultura non è infatti qualcosa che si può possedere *in più* (oltre alla natura e alla vita). La cultura non è un rivestimento supplementare, pellicolare, che viene aggiunto al soggetto trascendentale: il fattore culturale non è né isolabile (come settore specifico di attività), né stabilizzabile (poiché in continua trasformazione), né tantomeno separabile (dai soggetti cui si riferisce). Se è vero che la cultura viene tradizionalmente considerata come un elemento acquisito, va però riconosciuto che questa acquisizione interviene sin dall'origine».

³¹ A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto*, Roma-Bari 2010, 148-149.

sione al modello multiculturalista, non possono essere tollerati comportamenti i quali, pur radicandosi in una data cultura, attentano ai diritti fondamentali dell'individuo»³².

Nuovamente: il «problema diventa, allora, quello di individuare, nei casi dubbi, dove si collochino precisamente tali limiti»³³, senza correre il rischio di cadere in quella forma di *paternalismo*, che fa sostenere – ad esempio a Enrico Grosso – che «i diritti fondamentali servono a proteggere il più debole (...) anche contro la sua volontà»³⁴. Tale paternalismo consiste nell'imporre, *per il bene della persona*³⁵, valori e diritti che essa può non conoscere e/o non condividere, in contrasto sia con il principio della dignità umana, sia con quello di non discriminazione. Infatti, una persona viene discriminata, lesa nella sua dignità ed *umiliata*³⁶, se l'ordinamento giuridico non le permette di esperire una forma di vita istituzionale da lei scelta, magari in contrasto con determinati diritti, ma che rispecchia un progetto di vita conforme ai propri valori religiosi, morali, tradizionali.

Per evitare il rischio del paternalismo, nel porre i limiti rappresentati dai diritti costituzionali bisogna tenere presente ciò che deriva dal principio positivo dell'*eguale considerazione e rispetto*: nella società retta da un sistema democratico-costituzionale, il pluralismo non si limita ad essere un mero «fatto», ma costituisce un vero e proprio *diritto*, che può essere legittimamente preteso da tutti i suoi membri: cittadini e stranieri. Di conseguenza, per riformulare la risposta data in precedenza: i diritti fondamentali possono svolgere con successo la loro funzione integrativa solo se «riconoscono e garantiscono» il pluralismo non solo dei principi e dei valori, ma anche delle istituzioni che improntano l'agire individua-

³² F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., 1319.

³³ *Ibidem*, 1320.

³⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali*, cit., 133.

³⁵ Il classico dell'antipaternalismo è J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), Milano 1993, in part. cap. IV: *Dei limiti all'autorità della società sull'individuo*, 105-129. Da ultimo, sul tema v. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2011, n. 1, 133-159.

³⁶ Sul concetto di «umiliazione», v. per tutti: A. MARGALIT, *La società decente*, Milano 1998; e R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna 2004. Sul significato che fornisco al concetto di «dignità» v. F. BELVISI, *Per una concezione giuridica della dignità umana: diritti fondamentali e riconoscimento*, in L. FOFFANI, M.C. FREGNI, R. LAMBERTINI (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano 2011, 29-47.

le, poiché esse strutturano delle esperienze fornite di valore, almeno dal punto di vista della persona che le vive. Come afferma Ronald Dworkin, «nessuna persona che abbia rispetto di sé e ritenga che un particolare modo di vivere abbia maggior valore per lei può accettare che questo modo di vivere sia indegno o degradante»³⁷.

Allora, per ovviare ai rischi del paternalismo e sfruttare le potenzialità integrative dei diritti, essi dovrebbero essere applicati in modo «comprendente», cioè mirando a cogliere il senso dell'agire delle persone e mostrando una certa sensibilità rispetto *alle* culture³⁸: «Per arrivare ad essere veramente universali i diritti dell'uomo costruiti nella storia occidentale devono confrontarsi con altre culture e *adattarsi* ad altri uomini. Il loro contenuto dovrà in alcuni casi staccarsi dalle formulazioni tradizionali, passando attraverso un lavoro di reinterpretazione e riformulazione di principi e norme che tenga conto del sistema di relazioni in cui l'individuo si colloca e non si riferisca a un uomo astratto»³⁹.

L'applicazione comprendente dei principi, però, deve realizzarsi attraverso un doppio e reciproco processo di «conciliazione» che avviene sia da parte dei comportamenti *eterogenei*, che vengono «corretti» in riferimento ai principi, sia da parte degli stessi principi, che adattano alle situazioni istituzionali in questione la loro valenza pragmatica. Il rispetto dell'identità della persona richiede che «restino inalterati i presupposti fondamentali dell'esistenza individuale e sociale dell'uomo», che si rispetti la sua «biografia», che si riconosca il valore del singolo «nella sua unicità individuale e nella sua molteplice diversità»⁴⁰. Di conseguenza, il «fiorire» dell'identità della persona può avvenire in modo che il rispetto si concretizzi come liceità di agire e comportarsi *anche* secondo le *proprie* istituzioni e norme, e i propri valori. La realizzazione dell'identità è resa possibile dal fatto che l'individuo possa compiere delle scelte e sia in grado di decidere della propria vita. L'autonomia deve essere presunta in tutti gli individui capaci⁴¹, fino a prova contraria: nessuno può arrogarsi *per principio* (cioè, dogmaticamente sulla base di valori che si reputano

³⁷ R. DWORKIN, *Perché l'eguaglianza*, cit., 251.

³⁸ Si badi, a tutte le culture: a quelle diverse dalla nostra, ma anche alla nostra.

³⁹ A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari 2001, 34, ma v. anche 102 e 153.

⁴⁰ K. SEELMANN, *Filosofia del diritto*, Napoli 2006, 255-256.

⁴¹ Su alcune condizioni per il raggiungimento dell'autonomia v. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, cit., 136-149.

veri, assoluti, irrinunciabili, non negoziabili) l'autorità di giudicare le scelte individuali, soprattutto quelle che non corrispondono alle scelte che avremmo effettuato noi, se fossimo stati al posto dell'interessato. Diversamente ci troveremmo di fronte ad una forma di paternalismo dei diritti umani⁴², ad una pregiudiziale condanna delle istituzioni a noi estranee e ad un passo dall'imposizione della – nostra – morale mediante il diritto⁴³.

Da un punto di vista laico, la dignità umana risulta dall'insieme dei diritti di cui la persona gode e dei doveri a cui ottempera: diritti e doveri che costituiscono, quindi, l'essenza della dignità⁴⁴. Questo vale, naturalmente anche per l'«altro», il non identico a me/noi, lo straniero, l'immigrato, che è *semplicemente* un altro titolare di diritti e di doveri, fornito di una dignità pari alla nostra, ma nel suo caso – in virtù dell'atteggiamento comprendente – tali diritti e doveri possono essere declinati in modo diverso dal nostro. Ciò fornisce allo straniero la possibilità di agire in conformità alle regole di comportamento dettate dalla propria cultura, e all'ordinamento giuridico-costituzionale di conferirgli una dignità che sia corrispondente al rispetto della sua identità. In questo modo, di fronte a comportamenti eterodossi – lungi dall'attentare all'integrità e all'invulnerabilità dei diritti umani, permettendo pericolose lesioni della dignità, definite secondo una peculiare «immagine dell'uomo» – si prende sul serio la dignità e se ne amplia lo spazio, rispettando le scelte *valuable* compiute dall'individuo nel percorso verso lo «sviluppo della propria personalità». Inoltre, così facendo, vengono *inclusi* nella società i membri delle «altre» culture e si rende possibile la loro identificazione con la società pluralista: processo, questo, che garantisce l'integrazione sociale.

4. *La pietra dello scandalo: il matrimonio islamico*

La società multiculturale è una società pluralista, dove coesistono più

⁴² Per quanto concerne la nostra tematica, ma in una prospettiva assai diversa, v. E. GARZÓN VALDÉS, *I limiti del diritto a sbagliare: multiculturalismo, paternalismo e tolleranza*, in *Ragion pratica* 2005, n. 24, 81-98, in part. 96-98. Sui limiti della dottrina dell'autonomia, a cui accenno nel testo, v. E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, *Ragion pratica* 2005, n. 24, 99-118, 112-118.

⁴³ Per una ricostruzione del problema v. G. ZANETTI, *Moralità*, in M. LA TORRE, G. ZANETTI, *Seminari di Filosofia del diritto*, Soveria Mannelli 2000, 127-149, 133-143.

istituzioni che organizzano gli stessi ambiti di azione: ad esempio, il matrimonio inteso come legittima convivenza tra coniugi allo scopo di procreare e curare la prole. In Italia, questa pratica è regolata da diverse istituzioni: il matrimonio civile, quello cattolico, quelli legati ad altre forme religiose riconosciute dallo Stato. A queste istituzioni si affianca la cd. convivenza *more uxorio* delle coppie di fatto. Tra le istituzioni matrimoniali di tipo religioso si colloca anche il matrimonio islamico che, tra le sue caratteristiche, presenta anche la poligamia.

Nella cultura islamica, il matrimonio poligamico (*rectius*: poliginico⁴⁵) è una forma di unione che riguarda fasce sociali relativamente benestanti, in quanto impone al marito di garantire un mantenimento paritario delle mogli e comunque adeguato alla sua (e loro) condizione sociale. Perciò, già dal solo punto di vista economico la poligamia configura un tipo di matrimonio particolarmente oneroso ed interessa una porzione assai limitata delle unioni matrimoniali (circa il 2-6% a seconda dei paesi)⁴⁶. Inoltre, essa non è ammessa in tutti gli Stati la cui maggioranza della popolazione è di fede islamica (non lo è in Tunisia e Turchia), mentre in altri è limitata e ridotta a bigamia (Libia), o a causa di divorzio (Algeria, Egitto, Iraq, Marocco), oppure può essere sottoposta a clausole di accettazione da parte della prima moglie (Algeria, Egitto, Marocco).

Come istituzione risalente e fondata su basi religiose, il matrimonio islamico possiede un significato peculiare – esistenziale – per i membri della cultura musulmana. Perciò – in un’ottica multiculturale – deve essere riconosciuto e rispettato: non può essere semplicemente rifiutato, adducendo il motivo per cui alcuni suoi aspetti (tra cui la poligamia) sarebbero contrari ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, ovvero a quelli dell’ordine pubblico. Altrimenti, con l’andar del

⁴⁴ Diversa è la concezione della dignità presente in alcuni documenti internazionali (v., ad esempio, il Preambolo dei Patti internazionali sui diritti civili e politici, e sui diritti economici, sociali e culturali, del 1966), e nella Legge Fondamentale tedesca (art. 1), dove la dignità configura l’antecedente logico dei diritti umani.

⁴⁵ Su ciò, diffusamente, J. ATTALI (in collaborazione con S. BONVICINI), *Amori. Storia del rapporto uomo donna*, Roma 2008, capp. 4 e 5.

⁴⁶ Vedi C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’Occidente europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1990, n. 4, 853-908, 854. In India tra i musulmani la percentuale è del 5,7%, e tra gli indù del 5,8%, pur essendo la poligamia vietata: v. M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna 2001, 290.

tempo, si corre il rischio che si riproduca la situazione venutasi a creare in Inghilterra con il divieto dei matrimoni poligamici. A partire dagli anni 70 del secolo scorso, si è prodotto «un ‘sottosuolo giuridico’ in cui viene perpetrata la poligamia» per cui gli stessi studiosi riconoscono, che «sarebbe opportuno cercare di bilanciare le richieste provenienti dall’ambito giuridico collegato alla cultura e la resistenza politica dello Stato (e) comunque, sarebbe meglio raggiungere un minore ‘etnocentrismo legislativo’»⁴⁷.

Un’ulteriore considerazione riguarda il grado di effettiva alterità della cultura islamica rispetto alla nostra, in relazione alla poligamia. Anche la nostra società è affetta da forme di *plural partnership*, che noi facilmente tolleriamo e talvolta pratichiamo personalmente. Di conseguenza è d’uopo adottare una certa cautela di giudizio rispetto a comportamenti e «pratiche che non ci sono familiari», ma che non sono così distanti da comportamenti analoghi ed interni alla nostra cultura⁴⁸: a questo proposito, Bonnie Honig – in riferimento alla poligamia – invita a «defamiliarizzare i nostri assetti istituzionali e a riflettere più criticamente su di loro»⁴⁹.

In effetti, la situazione poligamica non è «l’assolutamente altro da noi», cioè non è così diversa ed estranea rispetto ad alcune forme di relazione affettiva extraconiugale che sono *socialmente* ben tollerate. Anzi, da un punto di vista strettamente sociologico, rispetto alle relazioni extraconiugali la poligamia istituzionalizza e regola le forme di

⁴⁷ F. SONA, *Polygamy in Britain*, relazione per l’Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose (OLIR), 2005, visibile al sito http://www.olir.it/areetematiche/104/documents/Sona_Polygamy_in_Britain.pdf, 1-21, 16. Sulla giurisdizione delle corti arbitrali islamiche nel Regno Unito, v. C. RICCI, *Shari’a Courts in Gran Bretagna: riflessioni sulle forme di giustizia interna alla comunità islamica inglese*, in *I diritti dell’uomo* 2009, n. 2, 25-42. Questa Autrice, di fronte alla massiccia pluralità culturale presente nell’Unione europea, riconosce che «i valori radicati nell’esperienza europea (...) non possono essere considerati come gli unici parametri di riferimento per affrontare la diversità che gli immigrati portano con sé» e, tuttavia, ritiene che il fenomeno storico in corso debba avvenire «apponendo dei limiti (...) alla tolleranza implicita nell’adesione al modello multiculturalista, per scongiurare la pericolosa legittimazione di un vulnus ai diritti unanimemente condivisi» (*ibidem*, 42).

⁴⁸ J. ATTALI, *Amori*, cit., cap. 8 e Scenari.

⁴⁹ B. HONIG, *Complicating Culture*, in *Boston Review*, 22 (1997), n. 5, visibile al sito <http://www.bostonreview.net/BR22.5/honig.html>, ora in S. MOLLER OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, a cura di A. Besussi, A. Facchi, Milano 2007. Sulla poligamia presso i mormoni v. M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience. In Defence of America’s Tradition of Religious Equality*, New York 2008, 184-198.

vita analoghe e fornisce – in un contesto culturale maschilista come quello islamico – un minimo di tutela alla donna⁵⁰, che comunque è subordinata all'uomo.

Infine, dobbiamo tener presente che non solo la poligamia è un'istituzione motivata e legittimata su base religiosa, ma anche il principio monogamico che fonda la «nostra» famiglia è motivato religiosamente: pertanto, da un punto di vista laico, le due forme istituzionali del matrimonio devono essere riconosciute e rispettate allo *stesso* modo. Secondo il principio della laicità dello Stato non si possono giocare uno contro l'altro i due principi religiosi: monogamia e poligamia (per quanto la monogamia, almeno in astratto, è conforme alla nostra morale).

Da una prospettiva laica e femminista, Amy Gutmann sostiene che vi sono dei «casi di conflitto morale nei quali nessun parametro sostantivo può legittimamente rivendicare il monopolio della ragionevolezza. (...) Su un'ampia gamma di questioni come (...) l'obbligo giuridico alla monogamia non possiamo negare che la ragione offra soluzioni contrastanti e almeno in parte dipendenti dalle nostre convinzioni di origine culturale e dalle nostre predisposizioni, esse stesse conciliabili facendo ricorso alla ragione»⁵¹.

Come si vede, almeno da un punto di vista laico, non è possibile negare qualsiasi giustificazione etica al matrimonio islamico. Piuttosto, l'argomentazione deve essere sviluppata in relazione a principi riguardanti sia il piano individuale, sia l'ambito socio-culturale. Sotto il primo aspetto, si impongono all'attenzione i principi di dignità e libertà umana e il diritto ad essere trattati con eguale considerazione e rispetto; sotto il secondo aspetto, il principio del riconoscimento e del trattamento rispettoso delle forme culturali diverse dalla propria. Perciò, se da un lato dobbiamo rispettare, in particolare, l'istituzione del matrimonio poligamico e ammetterla nella sfera del lecito, dall'altro, poiché essa si insedia in un contesto culturale che tende a trattare uomo e donna «come eguali», l'argomentazione condotta sul piano costituzionale mira a *correggere* tale istituzione e a delimitarla per tutelare la donna come soggetto debole.

I diritti di libertà e di eguaglianza si prospettano, in questo modo,

⁵⁰ G. VERCELLIN, *Donne, islam(s), istituzioni e interculturalità*, in *Africa e Mediterraneo* 2000, n. 34, 39-46, 45.

⁵¹ A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica* 1993, n. 3, 3-40, 24-25; v., in prospettiva storica e comparatista, M.C. NUSSBAUM, *Liberty of conscience*, cit., 188.

come *limiti del riconoscimento e della tollerabilità* dell'istituzione «qui da noi». Secondo il criterio della tolleranza ciò che si può opporre alla poligamia è l'esigenza del *bilanciamento* dei diritti dei coniugi, mediante l'applicazione ragionevole dei principi costituzionali fondamentali⁵².

Innanzitutto, però, a garanzia della dignità umana e del relativo valore dell'autodeterminazione personale, deve essere salvaguardato il fondamento volontario della scelta culturale e il conseguente diritto di cambiare appartenenza culturale (diritto di *exit*): il «diritto all'infelicità»⁵³ costituisce un corollario dei principi della dignità e della libertà umana, posto a fondamento del diritto alla diversità. L'individuo, la donna in particolare, è libero di *non* integrarsi compiutamente: e questo nei due sensi per cui, se 1) in relazione all'integrazione individuale nella società ospitante, non possiamo biasimare ed umiliare chi si vuole conformare alla pratica istituzionale, 2) in relazione all'integrazione parziale nel gruppo minoritario, dobbiamo tutelare ugualmente chi non intende seguire la forma di vita tradizionale, scegliendo altre opzioni istituzionali.

Inoltre, in conformità al diritto di *exit*, bisogna lasciare la libertà di scegliere l'ordinamento normativo (italiano o islamico) a cui si vuole fare riferimento: tuttavia, anche quando la persona abbia accettato di celebrare il matrimonio islamico, la poligamia non è legittima, né si impone al soggetto, una volta per tutte. Comunque, essa deve essere sottoposta al diritto della donna di rifiutarla, sia *ab ovo*, mediante l'inserzione della clausola di monogamia nel contratto matrimoniale, sia in sede giudiziale, dove la poligamia può essere causa di risoluzione del contratto matrimoniale. Infatti, a nessuno – e quindi neppure alla donna in questi casi – e per nessun motivo – tanto meno culturale – si può negare il livello di protezione garantito dall'ordinamento giuridico dello Stato in cui la persona vive (principio, questo, analogo all'*equal protection clause*, espressa dal XIV em. Cost. USA).

Per quanto poste secondo criteri culturali esterni ed estranei, le limitazioni al riconoscimento e quindi, la critica dell'istituzione matrimoniale islamica sono tanto più legittime, in quanto l'istituzione non è esente da critica all'interno della *stessa* cultura musulmana che le ha dato origine. Infatti, non solo cautela e *critica* nei confronti dell'istituzione è presente nel Corano stesso, nella «*sura delle donne*», al versetto dove si rac-

⁵² L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario*, cit., 219-221.

⁵³ G. ZANETTI, *Amicizia, felicità, diritto*, Roma 1998, 63-74.

comanda di sposare una sola donna quando sorgano dubbi circa la giustizia del trattamento delle mogli (IV, 3). Letta insieme al versetto IV, 129, che afferma la pratica impossibilità di essere giusti con tutte le mogli («Anche se lo desiderate non potrete agire con equità con le vostre mogli»), alcuni interpreti ne ricavano un giudizio sfavorevole se non addirittura un divieto indiretto della poligamia⁵⁴. Inoltre, come abbiamo visto, il diritto dei Paesi di cultura islamica recepisce e regola l'istituzione nei modi più diversi ed esistono delle legislazioni che non la ammettono. Infine vi sono organizzazioni femminili e movimenti di opinione interni a quella stessa cultura che si battono per riformare o estirpare l'istituzione in questione.

Però, la critica interna all'Islam relativa al matrimonio poligamico può essere usata come argomento, non per negare (valore al)l'istituzione stessa⁵⁵, ma per legittimare la nostra critica ad essa e la sua correzione sulla base dei principi fondamentali della nostra cultura costituzionale.

⁵⁴ R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia*, cit., 5.

⁵⁵ Se si vuole che abbia successo, il compito di abbandonare le istituzioni sgradite pertiene sempre ai membri della cultura in questione.

Paolo Veronesi

DIRITTI COSTITUZIONALI E MULTICULTURALISMO*

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Costituzione (materiale), diritti della persona e pluralismo. – 3. *Segue*. Da dove sgorgano i principi personalista e pluralista? – 4. Multiculturalismo e pluralismo: due facce della stessa medaglia. – 5. *Segue*. Tra assimilazionismo, separatismo e interazione. – 6. Nel nucleo duro della tutela: la poligamia (*rectius*: poliginia). – 7. *Segue*. Le mutilazioni genitali femminili (m.g.f.). – 8. La “zona grigia” e i veli islamici. – 9. L’area dell’indifferente (o quasi). – 10. Il multiculturalismo nel processo penale. – 11. Una sintesi (molto parziale).

1. *Una premessa*

Una premessa è d’obbligo. L’espressione “multiculturalismo” è intuitivamente comprensiva di una molteplicità di significati. Ad esempio, essa è utilizzata come generico richiamo a un tutelato pluralismo culturale, oppure – all’opposto – per designare quello specifico modello relazionale che «al limite implica la conquista, da parte di una cultura, di spazi politici differenziati – in forme che vanno dall’autonomia alla secessione – rispetto a quelli di altre culture»¹. Tra tali estremi si colloca un

* Il testo riproduce l’intervento, ampliato e corredato di note, svolto in un dialogo con Francesco Belvisi nel corso dell’incontro su “*Diritti costituzionali e società multiculturali*”, organizzato da Gladio Gemma per il Circolo Culturale “*Nuovo Formiggini*”, a Modena, il 14 aprile 2011. L’intervento di Belvisi è pubblicato in questo fascicolo della *Rivista*, 1 ss.

¹ C. GALLI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Bologna 2006, 8. Sui problemi di “balcanizzazione culturale” che l’ultima impostazione richiamata nel testo potrebbe provocare («divisione aggressiva... identificazione di un “noi” fonte di intolleranza... esclusione... conflitti devastanti») v. B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, Milano 2007, 20.

ampio ventaglio di definizioni del fenomeno, sempre in bilico tra la strenua protezione di un'identità "dura e pura" o la tendenziale spinta alla coesistenza e alla collaborazione tra realtà culturali variamente "diverse" e da tutelare².

Del resto, è lo stesso concetto di "cultura" ad apparire (contemporaneamente) comprensibile e inafferrabile, se è vero che la stessa antropologia ne avrebbe isolati addirittura 634 significati³; il rischio è dunque quello della classica "babele", in cui fenomeni davvero culturali non vengono affatto reputati tali mentre comportamenti semplicemente illeciti finiscono per essere giustificati, in modo più o meno accondiscendente, in ragione della loro (magari fittizia) matrice identitaria.

Nelle pagine che seguono – collocandoci nel solco di altre trattazioni – si affronterà tale fenomeno *sub specie* della necessità di perseguire, nel quadro di uno Stato costituzional-democratico, la pacifica convivenza tra appartenenti a culture molto diverse e spesso in conflitto nella definizione di talune vicende proprie del vivere comune⁴. In linea di principio, si muoverà dunque dall'idea della pari dignità costituzionale da riconoscersi alle espressioni culturali dei singoli e dei gruppi che convivono in una società democratica; dall'idea, cioè, che ciascuna persona ha comunque il diritto di crescere e realizzarsi all'interno della propria cultura di nascita o d'elezione, non essendo quindi forzata ad adeguarsi a quella maggioritaria, ma neppure a quella, minoritaria, in cui si trovasse occasionalmente situata⁵.

2. *Costituzione (materiale), diritti della persona e pluralismo*

Per affrontare i temi del multiculturalismo seguendo un taglio di diritto costituzionale "positivo" – e non già quello rappresentato dagli uti-

² Per una rassegna degli assai diversi modelli di relazione multiculturale praticati in varie realtà statuali v. E. CECCHERINI, voce *Multiculturalismo (dir. comp.)*, in *Dig. disc. pubbl.* Agg. 2008, Torino 2008, 486 ss.

³ Lo sottolinea I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali nella giurisprudenza italiana e comparata*, in *Quad. cost.* 2010, 532.

⁴ Ci si collocherà, dunque, nella stessa prospettiva adottata da F. BELVISI, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*, in questo fascicolo della *Rivista*, 1 ss., pur allontanandosi su taluni fronti.

⁵ A. FERRARA, voce *Multiculturalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 2004, 599.

lissimi ma più fluidi confini della filosofia o della sociologia – è forse opportuno muovere dal noto concetto mortatiano di “Costituzione materiale”⁶. Molto sinteticamente, secondo tale teoria – non disdegnata, peraltro, dalla stessa giurisprudenza⁷ – in ogni Costituzione rigida qual è la nostra esiste un sistema di principi, valori e interessi, il cui “nucleo essenziale” è proibito intaccare non soltanto mediante leggi ordinarie, ma neppure attraverso il ben più complesso procedimento di revisione⁸. Questo “blocco” costituisce il frutto dell’accordo tra le forze dominanti che hanno assolto al compito di ordinare quella particolare società, dotandola perciò di una Carta costituzionale. Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, tali principi costituiscono insomma – potremmo dire – il patrimonio genetico del nostro sistema nonché il fondamento della sua validità: un vero e proprio “punto di non ritorno”. Nel loro “contenuto di base” (e non nei “dettagli”, che possono invece essere rimodulati mediante la revisione costituzionale) tali principi devono quindi venire strenuamente difesi, a pena di alterare profondamente la fonte della stessa legittimità del nostro ordinamento. Ciò darebbe infatti vita a una vera propria “frattura”, scaturendone perciò il conio di un ordinamento tutt’affatto diverso, poggiante su altre fondamenta.

Prendendo a modello la Costituzione italiana, che cosa ritroviamo dunque nel suo nucleo essenziale e imm modificabile? Ai peculiari fini del tema in discorso interessano soprattutto alcuni degli elementi collocati in questo cuore incandescente della sua trama.

In primo luogo viene in rilievo il cosiddetto principio personalista⁹. Esso traduce infatti in norma giuridica vincolante uno dei più significativi approdi della più recente cultura occidentale; in base alle sue coordinate la persona va sempre assunta come fine e mai come mero strumento dell’agire umano altrui. Com’è peraltro noto, tale principio, sebbene generalmente accolto, conosce poi assai diverse declinazioni in concreto, spesso radicalmente in contrasto le une con le altre; nella sua

⁶ Il richiamo è ovviamente al noto studio di C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940, *passim*.

⁷ Ne costituiscono taluni esempi le sentenze costituzionali n. 18/1982 (punto 5 del *Considerato in diritto*) e n. 1146/1988 (punto 2.1 del *Considerato in diritto*).

⁸ V., per tutti, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, 160.

⁹ Sulla centralità del principio personalista nella nostra Costituzione v., specialmente, N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità delle posizioni*, Milano 1988, *passim* e, da ultimo, A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino 2011, 274 ss.

essenza (e in astratto) esso è tuttavia posto alla base di ogni ragionamento giuridico che voglia evidenziare o ammantarsi di uno spessore davvero democratico. Attraverso l'art. 2 della Costituzione (in cui tale idea già viene profilata in via generale), e quindi mediante le singole libertà poi disciplinate nel dettaglio in altri luoghi della Carta, i diritti fondamentali vengono perciò riconosciuti «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹⁰, italiani o stranieri che siano¹¹. Non è quindi, innanzi tutto, possibile che gli apparati pubblici (o qualsivoglia soggetto privato) discriminino taluni soggetti in ragione del loro sesso, della razza, della lingua, della religione, del gruppo o della formazione sociale cui appartengono (e così via): questo è il fondamentale (e conseguente) portato del principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 Cost. La saldatura tra tale previsione e la prospettiva personalista è del resto addirittura esplicitato dal secondo comma dell'art. 3¹². Ma non è neppure ammesso il “comunitarismo” senza se e senza ma, ossia l'idea che i diritti dei singoli vadano filtrati dai (e in prima battuta riconosciuti ai) rispettivi gruppi di appartenenza, i quali potrebbero così conculcarli, ove ciò fosse funzionale alla loro identità¹³. «Qui risulta evidente il rischio dell'oppressione degli individui, posto che le libertà personali verrebbero sacrificate a favore del gruppo», congelandosi poi «ogni gruppo in una configurazione statica, inibendo... il confronto e il dialogo interculturale»¹⁴.

Anche per i singoli diritti previsti in Costituzione – tesi appunto a implementare nel dettaglio questi primi principi fondamentali – vale poi quanto appena affermato con riguardo all'idea di Costituzione materiale; tanto è vero che proprio i diritti costituiscono – per comune consenso – l'ingrediente essenziale di quest'ultima. Così, ricorrendo a un'immagine alquanto istruttiva, si è affermato che la disciplina dei diritti è sostanzialmente equiparabile a un ombrello; vi è una posizione in cui la

¹⁰ Così nella sentenza costituzionale n. 105/2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Sulle varie strategie argomentative utilizzate per riconoscere e garantire anche agli stranieri i diritti costituzionali fondamentali v., per tutti, A. PUGIOTTO, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in questa *Rivista*, 2009, 485 ss. e ivi ulteriore bibliografia.

¹² Ove si legge che obiettivo della «Repubblica» dev'essere «il pieno sviluppo della persona umana».

¹³ Su tale tema v., ad esempio, molto chiaramente, A. RENAUT, A. TOURAINE, *Un dibattito sulla laicità*, Roma 2007, 105 ss.

¹⁴ B. PASTORE, *Pluralismo*, cit., 51.

protezione dei diritti è massima; tuttavia, man mano che ci si allontana dal centro della copertura, maggiori saranno i rischi di venire bagnati dalla pioggia¹⁵. Fuor di metafora: al di là di un suo nucleo duro, il quale va protetto con fermezza, vi sono poi margini per l'adattamento (e il bilanciamento) del singolo diritto in rapporto alla portata degli altri diritti coinvolti nelle varie fattispecie di volta in volta sotto la lente¹⁶. E ciò vale per ogni situazione soggettiva, anche la più essenziale: si pensi, per esempio, al diritto alla vita¹⁷.

Tali principi (personalista e di uguaglianza) implicano e al contempo forgianno, però, un'altra fondamentale traiettoria disegnata dalla nostra Costituzione materiale: il principio pluralista. Nell'architettura della Carta anch'esso è perciò tutelato – non a caso – proprio a partire dall'art. 2 Cost. Il riconoscimento delle libertà e dei diritti, nonché l'obiettivo della sempre più perfezionata realizzazione personale, implicano infatti che l'ordinamento tuteli l'inevitabile conseguenza per cui i vari soggetti (singoli o associati) useranno assai diversamente quelle stesse libertà in concreto. Il principio pluralista è così declinato e protetto in vari modi e in molti luoghi della nostra Costituzione, permeandola nel profondo. Quasi in una morsa a tenaglia, esso è inoltre esplicitato all'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si prescrive che l'Unione deve rispettare «la diversità culturale, religiosa e linguistica»; ancora ai sensi di due disposizioni costituzionali (gli artt. 11 e 117 Cost.), e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche tale norma è infatti ormai costituzionalmente vincolante per l'Italia. E in questo passaggio testuale il pluralismo è chiaramente accolto anche nella sua stessa dimensione multi-culturale. Ciò valga per chi avesse avuto o abbia ancora dubbi.

¹⁵ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica* 2000, 17.

¹⁶ Non diverso – ma in prospettiva assai più ampia, e con diversi obiettivi – è ragionare di valori universali minimi (una sorta di minimo comune denominatore) i quali definirebbero il nucleo indefettibile dei diritti da riconoscere a ogni uomo; «tanto più ci si discosta da questo livello elementare e minimale, tanto più ci si addentra nelle specificità culturali e ci si allontana dall'universale»: M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.* 2009, 559.

¹⁷ Bilanciato in più occasioni, anche all'interno della Carta o attraverso sue specifiche applicazioni operate dalla Corte costituzionale. Si pensi solo alla nota sentenza n. 27/1975 (che tra il diritto alla vita del nascituro e il diritto alla salute della donna in gravidanza privilegia quest'ultimo) o all'art. 32, comma 2, Cost. (che tutela, nella lettura prevalente, il diritto del malato a rifiutare qualsiasi trattamento sanitario, anche salvavita).

3. Segue. *Da dove sgorgano i principi personalista e pluralista?*

Tutti i principi sinora evocati – assieme ad altri che ora non ci interessano – costituiscono senza dubbio il precipitato delle tragiche esperienze maturate nel nostro passato. Perché (anche) gli ordinamenti giuridici dell'Occidente contemporaneo sorgono da dissidi culturali laceranti – spesso superati o sopiti solo di recente – i quali, però, talvolta rialzano la testa. Si pensi, ad esempio, ai devastanti conflitti che, in Europa, hanno dato luogo alla progressiva separazione tra potere temporale e spirituale, plasmando così il prima inesistente diritto di libertà religiosa. Ma si pensi altresì al rimontante antisemitismo, eco (per ora pallida) della rivoltante persecuzione senza quartiere messa in atto nella prima metà del secolo scorso; oppure si pensi agli scontri di stampo nazionalista, razziale e religioso che hanno infiammato lo sfaldarsi della ex Jugoslavia. Si rifletta inoltre sui radicali conflitti ideologici che hanno dato il via alla Seconda Guerra mondiale e poi alla c.d. “Guerra fredda”; sulle trasformazioni (non da tutti gradite) della struttura sociale; sui conflitti interni ai rapporti familiari (ancora in corso di assestamento). “Piccoli” e “grandi” sommovimenti che presentano tuttavia sempre il rischio – almeno in alcune loro versioni – di venire dimenticati o accantonati, avendo così modo di replicarsi e attualizzarsi¹⁸.

Insomma, se rinnegassimo i principi di cui s'è detto rifiuteremmo, al contempo, la nostra stessa civiltà nonché il frutto degli insegnamenti tratti dalle vicende storiche che abbiamo drammaticamente vissuto e poi voluto (anche giuridicamente) esorcizzare. Ne risulterebbe che, non usando alcun tipo di coazione su chi rifiuta il nucleo essenziale di questi approdi, faremmo della nostra cultura (e delle nostre esperienze storiche) un uso suicida¹⁹; diventeremmo insomma “suicidi per correttezza”²⁰. D'altro canto, è senz'altro vero che questo stesso “nucleo duro” possiede un certo margine di elasticità; le sue spesso imprevedibili sfaccettature emergono così proprio al contatto con realtà effettuali del tutto nuove²¹.

¹⁸ Sul fatto (per certi versi fisiologico) in base al quale gli ordinamenti, nel lungo termine, perdono la memoria degli scontri originari da cui scaturiscono i loro equilibri v. S. CECCANTI, S. MANCINI, *Come reagiscono gli ordinamenti giuridici alle culture altre?*, in C. GALLI (a cura di), *Multiculturalismo*, cit., 168.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *I diritti dell'uomo – Cronache e battaglie* 2007, n. 2, 9.

²⁰ Così titolava, significativamente, una pagina de *Il Sole 24 Ore* (17 maggio 2009).

²¹ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., 562 ss., afferma perciò che è os-

4. *Multiculturalismo e pluralismo: due facce della stessa medaglia*

La vera questione consiste peraltro nello stabilire come concretamente si atteggino e vadano applicati questi irrinunciabili principi del nostro patrimonio costituzionale al contatto con i problemi generati da una nuova forma di multiculturalismo, provocata dal confronto con culture che conoscono tassi di secolarizzazione molto meno pronunciati dei nostri. In particolar modo, le difficoltà emergono allorché taluni comportamenti vengono valutati in modo profondamente diverso dall'ordinamento italiano (forgiato dai principi che già evocavo) e da taluni soggetti e gruppi di più recente ingresso (*in primis*, gli immigrati aventi altre ascendenze etniche, religiose, politiche e culturali). Persone e gruppi che talvolta adottano atteggiamenti non soltanto in contrasto con norme di legge o con comportamenti sedimentati presso gli autoctoni, ma che parrebbero addirittura aggredire e voler ribaltare lo stesso nucleo costituzionale di cui ragionavamo.

Pare comunque possibile affrontare i problemi posti da tale versione del multiculturalismo assumendo quest'ultimo come una forma particolare di pluralismo²²; utilizzando e adattando, cioè, gli strumenti che le Costituzioni contemporanee (e la nostra stessa Costituzione) – pur pensando a fenomeni ben diversi – hanno individuato a questo specifico scopo. Anche perché – come si diceva – tali “utensili giuridici” sono stati forgiati proprio per risolvere una serie di dirimenti questioni che anche l'Occidente ha dovuto affrontare (e talvolta ancora affronta) all'interno delle sue stesse coordinate culturali. Si pensi, ad esempio, all'attualità della rivendicazione di “valori non negoziabili” da parte delle gerarchie cattoliche o da taluni gruppi di credenti; una pretesa che rimanda a uno scontro tra culture e civiltà, escludendo a priori ogni dialogo con chi sostiene tesi diverse, anche se non massimaliste. Il dibattito sull'aborto, sulla procreazione assistita, sulle coppie di fatto, sulla famiglia omosessuale e sul “fine vita” rende bene l'idea di queste perduranti lacerazioni interne al nostro stesso tessuto culturale; mettere a fuoco tali questioni

servando gli uomini nelle loro interrelazioni, a una data latitudine e in un dato contesto, nell'incontro e nel confronto tra le culture, oltre che attraverso l'esame critico delle tradizioni, che è possibile identificare la “soglia elementare universale” dei diritti.

²² E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano 2006, 114 ss. Sul tema v. anche B. PASTORE, *Pluralismo*, cit., 55 ss., che ragiona di un “pluralismo comprensivo” e di una “concezione integrazionistica” della Costituzione.

evidenzia altresì come sia spesso necessario – nella pratica e nella giurisdizione – che queste fratture vadano comunque ricomposte, dando ad esse una soluzione giuridica conforme ai principi (benché non da tutti accettata)²³.

Si pensi inoltre alla delicatissima *querelle* circa l'esposizione del crocifisso sulle pareti delle scuole pubbliche o dei tribunali, la quale appare prevalentemente interna alla nostra società ed esprime – almeno in alcune sue versioni – la sempre latente contrapposizione “multiculturale” fra istanze liberali e confessionali²⁴. Una questione complessa, quest'ultima, non affrontabile qui in tutte le sue pieghe, la quale conosce ricostruzioni e prese di posizione assai diverse tra loro (e, talvolta, modulate ben al di là della netta antitesi tra favorevoli e contrari all'affissione)²⁵. Tale scontro si è quindi e inevitabilmente trasfuso in una serie di pronunce giurisprudenziali di segno decisamente contraddittorio²⁶; sino a giungere – in definitiva – alla plastica contrapposizione tra la pronuncia della seconda sezione della Corte di Strasburgo (che ha sancito l'illegittimità dell'esposizione del crocifisso nelle scuole italiane) e quella della Grande Camera (che ha invece motivato e concluso in modo esattamente contrario, ribaltando quindi gli approdi del primo grado)²⁷.

²³ Si pensi al già citato caso dell'aborto, cui la Corte ha comunque dovuto fornire risposta, anticipando l'intervento del legislatore (sent. cost. n. 27/1975), oppure alle note vicende che hanno interessato Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro (in cui sono stati soprattutto i giudici ordinari – ma non solo – a doversi esprimere).

²⁴ E. GROSSO, *Multiculturalismo*, cit., 116.

²⁵ Si v. la nota proposta avanzata, tra gli altri, da S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in AA.VV., *La laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 21, la quale – ispirandosi, appunto, alla soluzione bavarese – auspica scelte calibrate sulle realtà dei singoli casi nonché sulle esigenze dialogicamente manifestate dai diretti interessati.

²⁶ Per averne un saggio si v., ad esempio, l'ord. 23 ottobre 2003 del G.u.p. presso il Tribunale dell'Aquila, la sentenza della Cass. pen., sez. IV, 1° marzo 2000, n. 439 e l'ordinanza di rimessione del T.A.R. Veneto del 14 gennaio 2004, n. 56 (tutte orientate nel segno dell'illegittimità costituzionale dell'esposizione) nonché, di contro, la sentenza 17 marzo 2005, n. 1110 dello stesso T.A.R. e la sentenza del Consiglio di Stato n. 556/2005 (che hanno invece concluso per la piena legittimità dell'esposizione). Nel mezzo vi è stata altresì una decisione d'inammissibilità della Corte costituzionale (ord. n. 389/2004), sollecitata dalla citata rimessione del T.A.R. Veneto.

²⁷ Per approfondimenti su queste due ultime decisioni cfr. P. TANZARELLA, *Le decisioni Lautsi c. Italia: due pesi due misure* e J. WITTE JR., *Lift High the Cross? Il caso Lautsi c. Italia nella prospettiva americana*, entrambi in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna 2011, 81 ss. e 95 ss. Si v. altresì C. PINELLI, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Giur. cost.* 2011, 947 ss.

5. Segue. *Tra assimilazionismo, separatismo e interazione*

In rapporto alle realtà multiculturali, l'operare congiunto dei principi personalista e pluralista esclude così, innanzi tutto, una prospettiva di tipo rigorosamente *assimilazionista*, la quale mirasse, cioè, a cancellare sempre e comunque l'alterità, imponendo un unico modello esistenziale. Si tratterebbe peraltro di una tesi autocontraddittoria, in quanto l'uniformità coatta verrebbe predicata e praticata da un ordinamento che invece legittima – nei suoi stessi principi fondanti – il diritto alla differenza²⁸. Insomma, a un eventuale fondamentalismo si risponderebbe così con un altro (e per di più illegittimo) fondamentalismo²⁹.

Analoghe conclusioni valgono per la spesso (inopinatamente) sbandierata idea della *reciprocità*, ossia per la pretesa di subordinare il riconoscimento dei diritti “dell'altro” alla condizione che il suo Paese di provenienza riconosca analoghi diritti “a noi”³⁰. Per il segmento di soggetti coinvolti da tale impostazione, il nostro ordinamento dovrebbe perciò ritenersi *in toto* assimilabile a un sistema razzista e autoritario; né si comprenderebbero – in quest'ottica – l'universale riconoscimento dei diritti sancito dall'art. 2 Cost. (e da molte altre norme costituzionali), né gli effetti prodotti dal c.d. principio internazionalista, abbracciato sin da subito dalla nostra Costituzione e ulteriormente irrobustito dalla revisione dell'art. 117, comma 1, Cost.³¹. E neppure avrebbe senso la previsione sul diritto d'asilo, predisposta, in termini così ampi, dall'art. 10, comma 3, Cost.

D'altro canto, la vigenza dei principi di cui s'è detto esclude altresì il *separatismo*, ossia la distinzione asfittica e per “compartimenti stagni” tra i gruppi di diversa ispirazione, ciascuno in sé autonomo e impenetrabile

²⁸ F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione: com'è possibile l'integrazione sociale? Riflessioni sociologico-giuridiche*, in *Dir. imm. citt.* 2002, n. 4, 17.

²⁹ C. GALLI, *Introduzione*, cit., 16.

³⁰ Cfr. F. RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Dir. pubbl.* 2006, n. 2, 345 s.: «chi invoca la superiorità delle democrazie sulle teocrazie dovrebbe poi mantenere ancora più ferma la loro differenza proprio su questi punti critici». Sulla circostanza per cui la “reciprocità” finisce «per rovesciare la prospettiva costituzionale personalista in un pericoloso organicismo di ritorno, riducendo le persone e la loro individualità in soldatini di piombo nelle mani delle sovranità statali», v. A. PUGIOTTO, “*Purché se ne vadano*”, cit., 486 (che cita al proposito la sentenza cost. n. 11/1968).

³¹ Come ora si ricava a chiare lettere dalla recenti sentenze cost. n. 348-349/2007 e n. 80/2011, che “fanno il punto” sulla questione.

(soprattutto in uscita)³². Tra l'altro, si tratta con ciò di evitare i rischi della c.d. "polarizzazione di gruppo", ossia il pericolo che le cerchia chiuse e impermeabili al diverso debordino verso l'estremismo, il conflitto e l'ostilità preconcepita, come avviene per chi si confronta solo con soggetti che sostengono tesi analoghe alle proprie³³. Le recenti prese di posizione dei capi del governo tedesco e inglese hanno del resto attestato il fallimento politico di un simile modello separatista³⁴. È invece tipico della democrazia pluralista – e a mo' di antidoto – far sì che le persone e le stesse istituzioni debbano sempre confrontarsi con chi è portatore di prospettive diverse. In altri termini, la dialettica multiculturale «ha come fulcro l'affermazione della propria identità insieme alla... disponibilità a riconoscere gli altri»³⁵.

Rimane quindi l'*interazione*³⁶, ovvero, com'è stato efficacemente detto, la strada di una «rispettosa integrazione»³⁷ o di «un'unità differenziata»³⁸. Ciò comporta il necessario riconoscimento del reciproco diritto di ciascuna tendenza culturale di svolgere la propria opera senza l'uso di mezzi violenti o coercitivi (rifiuto dell'assimilazionismo), lasciando però sempre bene aperti i varchi tra l'uno e l'altro gruppo, e dunque tutelando il diritto fondamentale dei singoli di affrancarsi in tutto o in parte dalla comunità d'appartenenza, esercitando con ciò le libertà ad essi riconosciute (rifiuto del separatismo asfittico)³⁹. Si vuole quindi evitare (tutela del personalismo) che il soggetto venga irrimediabilmente assoggettato ad altri (o a gruppi) ovvero ponga se stesso nella totale disponibilità di altri (o di gruppi). L'idea è quella di consentire l'effettiva «ibri-

³² Si darebbe con ciò luogo a «una co-esistenza senza con-vivenza», secondo il modello del "separati ma uguali", che per almeno un secolo ha regolato il rapporto tra bianchi e neri negli Stati Uniti: G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, cit., 10.

³³ Molto chiaro nel descrivere questo fenomeno, e a definirne le ripercussioni sul piano costituzionale, è C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni?*, Bologna 2009, 17 ss.

³⁴ Cfr. S. ANGELETTI, *Il discorso di David Cameron riaccende il dibattito sul multiculturalismo*, in *www.federalismi.it* (n. 5/2011).

³⁵ B. PASTORE, *Pluralismo*, cit., 31.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, cit., 10.

³⁷ C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna 2007, 504.

³⁸ F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione*, cit., 12.

³⁹ Ciascuna parte deve dunque riconoscere le altre «come competitori-collaboratori nella ricerca di verità autentiche»: G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, cit., 11.

dazione di culture depotenziate della loro rispettiva ostilità e private della loro pretesa di esclusività»⁴⁰.

L'autodifesa della società pluralista – anche attraverso l'uso del diritto – deve dunque attivarsi per proteggere questo suo nucleo duro, essenziale alla sua stessa sopravvivenza e alla tutela di tutti, singoli o gruppi che siano⁴¹: esso si traduce nella rinuncia alla violenza in vista dell'affermazione della propria identità e nel riconoscimento di un pluralismo maturo quale condizione della libertà di tutti⁴². L'obiettivo è dunque quello di rendere possibile la pacifica convivenza di persone e gruppi portatori di valori diversi (e, talvolta, divergenti): in ciò sta del resto il succo dei sistemi istituzionali democratici, pluralisti e secolarizzati, che in tal modo concretamente reagiscono all'esperienza delle forme di Stato totalitarie o teocratiche, le quali a tutt'altro obiettivo puntavano e mirano. Si tratterà quindi (e spesso) non già di convogliare forzatamente le regole comportamentali verso l'omogenea condivisione di determinati contenuti, assunti come validi *erga omnes*⁴³, bensì – all'inverso – d'interrogarsi circa il nucleo intangibile e gli effettivi confini dei singoli principi di volta in volta in evidenza o in conflitto, la cui interpretazione consolidata può essere messa in discussione proprio dall'incontro con la "novità". Quanto progressivamente si allontana da questo cuore pulsante del sistema – il quale, come si è detto, offre comunque taluni margini all'interpretazione – dev'essere invece variamente e gradatamente tutelato, sin quando non si giunga sul terreno di quanto deve restare del tutto indifferente, anche se magari nient'affatto gradito ai più (in quanto anomalo, bizzarro, fastidioso o addirittura impressionante). Va insomma dato ormai per acquisito che non esistono più le comunità monoetiche di un tempo, agglutinate dalla condivisione di una sola idea di "bene" da parte di tutti i loro membri (ammesso e nient'affatto concesso che simili società siano mai effettivamente esistite in questi termini). La nuova realtà con cui fare i conti è invece quella della società multietica, abitata anche da "stranieri morali"; la sfida, in questo quadro, è dunque quella

⁴⁰ C. GALLI, *Introduzione*, cit., 12.

⁴¹ Il modello pluralista deve dunque certo «tutelare la totalità delle istanze presenti sulla scena politica, impedendo» però «la prevaricazione di alcuna sulle altre», e reagendo quindi in vario modo nei confronti di coloro «che programmaticamente rifiutino i presupposti stessi del confronto»: F. RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione*, cit., 367 s.

⁴² C. GALLI, *Introduzione*, cit., 13.

⁴³ Così, quasi testualmente, F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione*, cit., 20.

di accettare il venir meno di un universo morale omogeneo (od omogeneizzante) senza accogliere, al contempo, gli esiti dei relativismi radicali, per i quali non esisterebbero paletti distintivi tra l'ammissibile e l'inammissibile, mentre tutto sarebbe consentito a priori⁴⁴. Il pluralismo ci indica dunque una «prospettiva moderatamente relativista»⁴⁵, ovvero il tracciato di un «relativo relativismo»⁴⁶.

È ancora – se volete – la “metafora dell’ombrello” a guidarci; benché – come appare chiaro non appena si cominci a riflettere sui casi – le “mani” che impugnano tale attrezzo, pur astrattamente concordi, possono invece distinguersi quando si tratti di decidere l’inclinazione da fargli assumere nelle varie circostanze.

6. *Nel nucleo duro della tutela: la poligamia (rectius: poliginia)*

Sulla scorta di quanto appena sostenuto vanno quindi impostate giuridicamente talune particolari fattispecie che celano altrettanti conflitti culturali; operazione quanto mai delicata proprio perché i modelli astrattamente cristallini – e all’apparenza condivisi – entrano poi in evidente frizione proprio sul piano della pratica. Spesso risulterà inoltre opportuno distinguere, pur all’interno della stessa famiglia di casi, quelli che presentano fisionomie conformi a Costituzione, quelli che si collocano al confine dei suoi recinti e quelli che invece si trascinano del tutto all’esterno di esso; vanno insomma evitate le approssimazioni. Comportamenti simili (ma nient’affatto uguali) potranno così essere variamente collocati nell’area di ciò che davvero contrasta con il nucleo essenziale della Costituzione o, addirittura, nella sfera dell’indifferente. Lo si risconterrà ragionando di molte fattispecie.

Nel “nucleo duro” della tutela approntata dalla nostra Costituzione materiale parrebbe così collocarsi il grande tema della poligamia⁴⁷, ammessa in taluni Paesi islamici ma limitata, quando non addirittura vietata,

⁴⁴ R. PRODOMO, *Lineamenti di una bioetica liberale*, Bologna 2003, 15. Come scrive G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 203, «non l’assolutismo di una sola ragione e nemmeno il relativismo rispetto alle tante ragioni (una o l’altra, pari sono)».

⁴⁵ F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione*, cit., 19.

⁴⁶ R. PRODOMO, *Lineamenti*, cit., 48, citando Michael Walzer.

⁴⁷ Una materia che da tempo è discussa: si v. le osservazioni “possibiliste” di J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano 2002 (1858), 105 ss.

in altri⁴⁸. Va peraltro precisato che la materia non coinvolge solo l'Islam "d'importazione" bensì anche realtà sorte e ben conosciute nello stesso Occidente: si pensi al caso dei Mormoni negli Stati Uniti, ove la sua ufficiale messa al bando pare non abbia però sradicato del tutto il fenomeno⁴⁹. *Rebus sic stantibus*, si tratta di una pratica che – a prescindere dal suo esplicito e vigente divieto penale (art. 556) – non potrebbe considerarsi legittima in Italia neppure invocando peculiari tradizioni religiose (e quindi agganciandola agli artt. 8 e 19 Cost.). *Prima facie* essa presuppone infatti non solo un evidente discriminazione tra le classi sociali (in materia che ha peraltro a che fare con il principio di uguaglianza), bensì anche un rapporto familiare inequivocabilmente fondato sulla supremazia gerarchica dell'uomo sulla donna. Tale realtà risulta dunque incompatibile con il "nocciolo duro" del principio d'uguaglianza, sancito, proprio con riguardo al rapporto tra i sessi, addirittura in due disposizioni costituzionali: l'art. 3, comma 1 (ove si tutela, appunto, il principio di uguaglianza senza discriminazioni di sesso) e l'art. 29, comma 2 (in puntuale riferimento proprio alle relazioni familiari). Non è quindi sufficiente invocare l'eventuale *consenso della donna* a entrare (consapevolmente) nella famiglia poligamica, ovvero l'accettazione della nuova moglie da parte delle consorti già inserite nel nucleo familiare⁵⁰. Ciò derogherebbe comunque al nucleo essenziale del principio di uguaglianza nei rapporti tra i generi; evento che la Costituzione intende evitare *in assoluto* per le conseguenze dirette e a catena che ciò produrrebbe nel tessuto sociale⁵¹. Si tratta, del resto, di un principio ribadito in ogni documento internazionale; da ultimo, nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁵².

⁴⁸ Per una rapida panoramica v. F. BELVISI, *Una riflessione normativa per la società multiculturale. L'esempio del matrimonio islamico*, in *Dir. imm. citt.* 2003, n. 4, 43.

⁴⁹ Si calcola, per approssimazione, che siano circa 40.000 i poligami mormoni attualmente esistenti negli Stati Uniti (ovviamente non esistono dati definitivi): cfr. S. NIRENSTEIN, *Lo scrittore David Ebershoff*, in *La Repubblica* del 14 maggio 2011, 44.

⁵⁰ E neppure prevedere una clausola di scioglimento del matrimonio, attivabile in ogni momento dalla consorte che non gradisca l'allargamento della platea delle mogli perseguita dal marito (come suggerito da F. BELVISI, *I diritti fondamentali*, cit., 17): sono troppe le situazioni di fatto che possono coartare la libera espressione della volontà della donna.

⁵¹ A. M. GALOPPINI, *Ricongiungimenti familiari e poligamia*, in *Dir. fam.* 2000, 753, afferma perciò che tale declinazione del principio di uguaglianza non è negoziabile; giungere a un compromesso su questo terreno comporterebbe infatti «un costo politico altissimo».

⁵² Per un significativo panorama di tali documenti cfr. N. COLAIANNI, *Poligamia e principi del diritto europeo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.* 2002, 246 s.

Né pare condivisibile affermare che un simile divieto deborderebbe inevitabilmente verso forme di fastidioso paternalismo, imponendo, «per il bene della persona, valori e diritti che essa può non conoscere e/o condividere», giungendosi così «ad un passo dall'imposizione della morale mediante il diritto»⁵³. Sono infatti molteplici le situazioni in cui l'esistenza del consenso è comunque inidonea a legittimare particolari comportamenti, specie se sussista un'evidente sperequazione delle "forze" in gioco, derivandone appunto la violazione del nucleo duro di un diritto: il consenso non è quindi sufficiente a rendere legittima la vendita di organi tra viventi o la decisione di rendersi schiavo, anche se tali scelte, in qualche frangente, potrebbero persino migliorare le condizioni in cui versa il bisognoso. Si temono infatti le conseguenze *erga omnes* che ciò potrebbe provocare.

Il divieto poligamico di cui si discute tuttavia vale e deve valere con riguardo ai rapporti tra coniugi ma non è affatto detto che esso debba ripercuotersi sui figli nati da una simile unione: ecco, dunque, una ponderazione possibile, collocata oltre la soglia di copertura massima dell'"ombrello" costituzionale. Da questo scaturisce la decisione di taluni giudici (ma non di altri) di concedere il permesso di soggiorno anche alla seconda moglie del musulmano poligamo che abbia partorito in Italia; ciò all'esclusivo scopo di tutelare l'interesse del figlio a godere della vicinanza e del sostegno di entrambi i genitori⁵⁴. Qui siamo infatti all'esterno del nucleo duro di cui ragionavamo, posto che l'interesse del figlio è del tutto indipendente dalla tipologia del rapporto che lega i suoi genitori, come peraltro conferma l'art. 30 Cost.⁵⁵.

La medesima norma costituzionale appena menzionata mette però implicitamente in risalto un altro profilo assai significativo. Il suo terzo comma non vieta infatti, a ben vedere, *rapporti poligamici di fatto* (ossia una contemporanea pluralità di matrimoni intesi come mero "rappor-

⁵³ Così F. BELVISI, *I diritti fondamentali*, cit., 11 e 13.

⁵⁴ Su questo problema, e per il richiamo alla giurisprudenza contrastante sul punto, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e Islam. La soluzione giurisprudenziale dei "conflitti culturali"*, in *Studium iuris* 2002, 872. Ulteriore giurisprudenza (per lo più favorevole al ricongiungimento) è rammentata da L. MIAZZI, *Immigrazione, regole familiari e criteri di giudizio*, in *Quest. giust.* 2005, 773.

⁵⁵ Sulla centralità che l'interesse del bambino deve assumere in tutti i casi in cui il giudice si trovi a fare i conti con realtà familiari plasmate dal fenomeno dell'immigrazione v. L. MIAZZI, *Famiglie straniere e giudici nella società multiculturale*, in *Minorigiustizia* 2006, n. 1, 28 s.

to”)⁵⁶; essa, in realtà, li presuppone (sempre che questi non mettano a rischio «i diritti dei membri della famiglia legittima»). Oltre le apparenze, è del resto noto che simili realtà sono sempre esistite (e forse ancor più spesso esistono oggi) anche tra italiani. Né va taciuto che, dopo l’abolizione del reato d’adulterio e il rapido diffondersi del divorzio, la stessa *monogamia* occidentale ha subito un’evidente torsione. Essa mantiene così un significato giuridico solo in senso sincronico ma non anche diacronico: si può insomma avere un solo coniuge alla volta (stipulando un solo “matrimonio atto”) ma se ne possono avere anche più d’uno, ove tale sequenza rispetti quanto stabilito dalla legge⁵⁷. Né va sottovalutato il sempre più imponente fenomeno delle famiglie allargate o ricomposte. Non preoccupa dunque più di tanto la constatazione per cui, in Inghilterra, il mantenimento del divieto non ha provocato la scomparsa della poligamia, bensì soltanto il suo occultarsi⁵⁸. Da questo punto di vista, la situazione dei cittadini di cultura islamica propensi alla poligamia è del tutto parificata a quella degli inglesi autoctoni: gli uni e gli altri possono infatti praticare gli stessi comportamenti poligamici di fatto; a entrambi è però vietato il riconoscimento giuridico delle situazioni così generate, il quale legittimerebbe un’impossibile violazione del principio di uguaglianza e darebbe luogo a un pericoloso effetto “pedagogico” al contrario. Le stesse conclusioni possono evidentemente estendersi alla situazione italiana e a quella di molti altri Paesi occidentali.

Applicando le coordinate di un non troppo complesso (ma assai serio) test culturale elaborato di recente⁵⁹, ne risulta inoltre che, anche assumendo il matrimonio poligamico come una realtà in tutto e per tutto culturale, si tratta tuttavia di una pratica che – in concreto – risulta assai poco diffusa⁶⁰, interessando una frazione minima delle classi sociali più agiate⁶¹. Essa conosce inoltre discipline anche profondamente diverse

⁵⁶ Sulla possibilità – per i musulmani – di vivere in situazioni di poligamia di fatto anche in Italia v., ad esempio, A.M. GALOPPINI, *Ricongiungimenti familiari*, cit., 755.

⁵⁷ C. SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in AA.VV., *Memoria o futuro della famiglia*, Milano 2000, 125. Analogamente N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit., 232.

⁵⁸ F. BELVISI, *I diritti fondamentali*, cit., 14.

⁵⁹ I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali*, cit., 545 ss.

⁶⁰ Secondo i dati (ufficiali) riportati da V. FEDERICO, *La Francia s’interroga sulla poligamia*, in *Quad. cost.* 2010, 372, nel 2005 esistevano, nel Paese transalpino, tra le 16.000 e le 20.000 famiglie poligamiche, coinvolgendo circa 180.000 persone. Nel complesso, si trattava dello 0,3% della popolazione.

⁶¹ Come ricorda lo stesso F. BELVISI, *I diritti fondamentali*, cit., 14, si tratta di circa il 2% del complessivo numero di unioni matrimoniali.

negli stessi Paesi di tradizione musulmana (compreso, per giunta, il divieto senza sfumature)⁶². Non va neanche sottaciuto che taluni interpreti, cimentandosi sugli stessi versetti del Corano utilizzati da chi l'ammette, estrapolino – al contrario – l'implicito divieto religioso di simili unioni⁶³. Non si tratterebbe quindi (e forse) di un istituto davvero caratterizzante la cultura dell'“altro”, essendo, in aggiunta, in via di probabile estinzione. Anzi, da questo punto di vista, e sul medesimo terreno “familiare”, parrebbe assai più grave l'offesa culturale subita dai cittadini italiani che, uniti in famiglie di fatto, non vedono riconosciuta la loro volontà di dare una qualche veste giuridica alla loro unione. Lo stesso (e ancor di più) dicasi per gli omosessuali, cui è vietato sposarsi in Italia (e non solo) benché sia la loro stessa “natura” a indurli a inseguire una simile possibilità (peraltro inoffensiva per i diritti altrui). Fenomeni, questi ultimi, in rapida ascesa, nei confronti dei quali funziona a meraviglia la “prova del nove” dell'«adottare la prospettiva dell'altro»⁶⁴: in fin dei conti i favorevoli alla poligamia possono pur sempre sposarsi quanto meno una volta, gli omosessuali – in Italia e anche altrove – assolutamente no.

Né vanno sottovalutate una serie di ulteriori conseguenze.

In primo luogo, va da sé che se venisse ammesso il matrimonio poligamico per ragioni culturali risulterebbe poi comunque assai arduo – prescindendo ora dalla sua incostituzionalità – negarlo anche a chi magari non condividesse le medesime tradizioni religiose.

In secondo luogo, neppure aggiungere alla poligamia il riconoscimento della poliandria – così equiparando il ventaglio di “possibilità matrimoniali” concesse agli uomini e alle donne – risolverebbe i problemi cui s'è accennato⁶⁵. A parte che le ben diverse condizioni economiche e sociali in cui versano uomini e donne, anche in Occidente, rivela che, all'atto pratico, permarrebbe comunque un'evidente sperequazione di fatto tra gli uni e le altre, è tuttavia dirimente considerare che, anche negli ipotetici nuclei familiari composti da più mariti, si riscontrerebbe comunque la violazione del fondamentale principio di uguaglianza. A di-

⁶² V. *supra* nota 48.

⁶³ Lo ricordano, tra gli altri, N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit., 228 e F. BELVISI, *I diritti fondamentali*, cit., 17.

⁶⁴ I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali*, cit., 546.

⁶⁵ In questo senso v. invece N. COLAIANNI, *Poligamia*, cit., 247 e F. RIGOTTI, *Poligamia e diritti*, in *www.juragentium.it* (I-2005).

suguaglianza si aggiungerebbe quindi altra disuguaglianza, non già la sua scomparsa.

In terzo luogo, non va sottovalutato che, dal contestuale incrocio tra poligamia e poliandria, scaturirebbe la potenziale deflagrazione dell'istituto familiare, la cui realtà è invece protetta dall'art. 29 Cost.

Forse gli unici bilanciamenti possibili – a parte i casi (già trattati) del ricongiungimento dei minori e della poliginia/poliandria di fatto – vanno individuati, in primo luogo, nell'ammettere una tutela previdenziale e sanitaria per tutti i legittimi coabitanti, ancorandosi essa al c.d. principio della "vivenza a carico"⁶⁶; in aggiunta, e *de iure condendo*, può forse ragionarsi circa la possibilità di prevedere che l'appartenente a un'altra tradizione religiosa possa – sia pur solo in via di principio – concludere certo un matrimonio potenzialmente poligamico, rendendolo però giuridicamente impossibile⁶⁷. Dare effettivamente corso a questa scelta – pur non negata sulla carta – dovrebbe cioè leggersi come espressione della volontà di sciogliere il precedente vincolo matrimoniale (con tutte le conseguenze che ciò comporterà). Pochissima cosa, e decisamente ipocrita, ma – a ben pensare – non molto diversa dalle interpretazioni che – come già ricordato – ritengono che il Corano circonda la poligamia di tali e tante cautele da renderla, di fatto, impraticabile. *Mutatis mutandis*, tale soluzione non è poi neppure dissimile dai tentativi, talvolta auspicati, di tradurre in forma solo simbolica la pratica delle mutilazioni genitali femminili; primo passo – questo – per estirparle del tutto, senza danni fisici per le vittime e senza stigmatizzare oltremisura una pratica che ci appare ed è comunque inaccettabile. È insomma un po' come chiudere una ferita lasciando però visibile – a memento della vicenda che l'ha provocata – la sua cauterizzazione.

Su questi terreni, con questa fisionomia e con tali adattamenti, la poliginia, da istituto confliggente con i principi di base del nostro ordinamento, potrebbe ritenersi – pur se in forma evidentemente sublimata – una realtà addirittura "indifferente".

⁶⁶ Così A.M. GALOPPINI, *Ricongiungimenti familiari*, cit., 755. Sui problemi provocati, in Francia, dalla mancanza della copertura sanitaria per le mogli successive alla prima già riconosciuta, v. V. FEDERICO, *La Francia si interroga*, cit., 375.

⁶⁷ Nell'ottica di un sincretismo sempre più spiccato tra norme religiose tradizionali e norme dell'ordinamento ospitante, praticato nelle stesse comunità musulmane: lo riscontra A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari 2001, 66.

7. Segue. *Le mutilazioni genitali femminili (m.g.f.)*

Anche il divieto delle m.g.f. trae linfa dal cuore stesso della nostra Costituzione materiale.

Gli antropologi hanno spiegato che questo rituale – prevalentemente concentrato in alcune zone africane – costituisce il frutto di un costume assai antico, avente una radice non tanto religiosa bensì culturale⁶⁸. Ciò esclude dunque dal relativo dibattito giuridico-costituzionale ogni richiamo al tema della libertà religiosa (artt. 7, 8, 19 Cost.)⁶⁹. Per inquadrare il fenomeno va invece sottolineato come le m.g.f. portino all'eccesso situazioni e approcci nei confronti del genere femminile da cui neppure la nostra cultura è stata ed è del tutto immune; prova ne sia che anche gli occidentali, in passato, le hanno conosciute e praticate addirittura negli ospedali. Sino agli anni '50 del Novecento si sono così adottate misure di questo genere anche solo per ovviare a talune forme di intemperanza femminile o per pazienti semplicemente *border line*. Dall'Inghilterra – ove pare abbia avuto inizio – la pratica si diffuse poi in Germania e in Francia, dove si registrarono anche episodi di infibulazione. Essa trasmigrò quindi negli Stati Uniti, in cui venne ufficialmente praticata sino al 1958⁷⁰: in sostanza, l'altro ieri.

La contrarietà del nostro ordinamento a tali demolizioni anatomiche va comunque ormai assunta come un dato indiscutibile: queste pratiche consacrano infatti la soggezione irreparabile della donna alla comunità di appartenenza, negando i principi personalista e d'uguaglianza oltre che taluni relevantissimi diritti fondamentali (integrità personale, libertà sessuale, salute). Senza contare il fatto che (praticamente sempre) le vittime sono minori d'età, e quindi soggetti inermi di mutilazioni irreversibili volute da altri sui loro corpi⁷¹. In aggiunta, tali pratiche contrastano con gli

⁶⁸ L'origine delle m.g.f. è antichissima, anche se non esattamente databile. Parrebbe risalire a tradizioni egizie, ma non è escluso che la pratica si sia sviluppata anche prima, in base a usanze fenice, ittite e abissine del VI sec. a.C. Essa fu inoltre ripresa – nella sua versione anche maschile – dai romani, ai quali si deve il termine “infibulazione” (da “fibula”), e che l'applicavano agli schiavi e alle schiave per impedire loro di avere rapporti sessuali e procreare: cfr. G. DEL MISSIER, *Le mutilazioni genitali femminili*, in *Medicina e morale* 2000, 1111.

⁶⁹ G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, Milano 2008, 206.

⁷⁰ C. PASQUINELLI, *Infibulazione: il corpo violato*, Roma 2007, 40.

⁷¹ In astratto, più controverso è invece il caso in cui sia una donna adulta e perfetta-

artt. 1 (dignità umana) e 3 (diritto all'integrità della persona) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché con la Convenzione Onu sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la legge n. 196/1991).

Detto questo, ciò non significa che *ogni* repressione del fenomeno sia idonea e comunque legittima. La legge n. 7/2006 – che ha specificamente e pesantemente sanzionato tali comportamenti – mette anzi in palese evidenza una problematica disparità di trattamento tra le più classiche ipotesi di m.g.f. e altri casi non meno cruenti di lesione, i quali invece continuano a ricadere nell'ambito delle tradizionali lesioni gravissime, più cautamente sanzionate⁷². Peraltro, già prima della legge n. 7, non mancavano affatto le ipotesi d'incriminazione alle quali ricondurre i casi di m.g.f. In particolare, la condotta in oggetto veniva assorbita entro la fattispecie delle *lesioni gravi* (punita con la reclusione da tre a sette anni) o eventualmente *gravissime* (con una pena ricompresa entro la forbice dei sei e i dodici anni di reclusione). Poiché però la prevalente giurisprudenza costruisce tali figure delittuose non già alla stregua di vere e proprie fattispecie autonome, bensì come semplici circostanze aggravanti del reato di lesioni personali (art. 582 c.p.), ciò consentiva di temperarne talune rigidità sanzionatorie ai fini di un'effettiva individualizzazione della pena⁷³ (ad esempio, mediante il richiamo a eventuali attenuanti calibrate sul caso concreto)⁷⁴. Ora, invece, la creazione di una fattispecie penale autonoma (peraltro auspicata in numerosi documenti del Parlamento Europeo) rende tutto questo praticamente impossibile. Già *prima facie* ciò pone dunque in evidenza una problematica disparità di trattamento tra le ipotesi di m.g.f. e altri comportamenti lesivi non meno gravi (ad esempio, l'amputazione dell'organo genitale maschile o l'escissione dell'occhio), che invece continuano a ricadere tra le ipotesi di lesione gravissima.

mente consapevole a decidere di sottoporsi a simili interventi (v. A. FACCHI, *Politiche del diritto, mutilazioni genitali femminili e teorie femministe: alcune osservazioni*, in *Dir. imm. e citt.* 2004, 16 s.); in concreto, simili eventualità sembrano ora vietate dalla legge n. 7/2006. *Contra* v. però G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., 195 s.

⁷² Ad esempio, come si dirà, l'amputazione dell'organo genitale maschile.

⁷³ G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 189.

⁷⁴ Ad esempio: attenuanti generiche dell'incensurato; per la convinzione dell'imputato di agire per il bene della figlia; valutando l'ambiente familiare in cui la vicenda si era consumata; per l'ignoranza della legge italiana o per la solo temporanea presenza in Italia e così via.

Per le m.g.f. si raggiungono così i livelli sanzionatori dell'omicidio preterintenzionale, della rapina a mano armata, della causazione di disastro ferroviario e via dicendo. Ne emerge un *surplus* di rigore che appare ingiustamente punitivo nei confronti delle culture "altre"⁷⁵. Parrebbe insomma che si sia (fors'anche inconsciamente) approfittato della configurazione del reato in discorso per infierire oltre misura su specifiche comunità straniere⁷⁶. Con l'alabarda della sanzione penale si sono così perseguiti rassicuranti scopi di tonante intimidazione, o d'intransigente riaffermazione dei valori della società di accoglienza, piuttosto che preoccuparsi della concreta trasformazione dei costumi sociali (obbiettivamente cruenti) dei gruppi in ingresso⁷⁷. Non si è insomma adeguatamente riflettuto sul fatto che un tale approccio potrebbe paradossalmente nuocere alle stesse vittime, provocando, ad esempio, l'incremento dei casi di mutilazione (al fine di riaffermare il minacciato senso d'appartenenza alla comunità d'origine), la ritrosia a ricorrere ai presidi sanitari in caso di necessità e l'abbandono dei tentativi di reperire, almeno in via transitoria, forme di assestamento simbolico e innocuo del rito (così facilitandone l'emersione, la conversione e lo sradicamento)⁷⁸.

Ad accrescere simili impressioni negative milita altresì il fatto che la legge non è stata preceduta da nessuna seria indagine idonea a raccogliere le informazioni necessarie a elaborare norme veramente efficaci;

⁷⁵ Ciò si è manifestato nella vicenda definita dalla recente sentenza del Trib. di Verona, 14 aprile 2010 – la prima in cui è stata applicata la legge n. 7/2006 – ove è stata assai severamente punita la sunna senza conseguenze (e, quindi, praticamente simbolica) praticata su una bambina nigeriana: v. L. MIAZZI, *Il diverso trattamento giuridico delle modificazioni genitali maschili e femminili, ovvero dai reati culturali ai reati coloniali*, in *Dir. imm. e citt.* 2010, n. 3, 103 ss.

⁷⁶ Mentre invece «è di importanza fondamentale che le leggi repressive non siano percepite come una ingiusta vessazione dai membri del gruppo etnico minoritario, stigmatizzati a causa della loro identità culturale»: G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali*, cit., 209.

⁷⁷ B. PASTORE, *Pluralismo*, cit., 19, nota 19. Come però nota G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili*, cit., 194, «il diritto penale non deve sedimentare valori con la minaccia della spada, ma deve tutelare i valori che già si sono sedimentati con il consenso e con il dialogo».

⁷⁸ Sulla sublimazione del rito come misura transitoria da adottare al fine di una drastica riduzione del danno e in vista della sua completa eliminazione (anche nella sua stessa versione simbolica) v. A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 233 s. e A. FACCHI, *Politiche del diritto*, cit., spec. 21 s. Sottolinea però l'importanza che il processo di sublimazione, per essere davvero efficace, sia proposto in modo tale da essere elaborato e accettato dalle stesse culture cui il rito appartiene anche E. CESQUI, *Le mutilazioni genitali femminili e la legge*, in *Quest. giust.* 2005, 753.

non è stato neppure avviato un aperto confronto con gli esperti e le comunità interessate, in modo da coinvolgerle in un percorso comune, affrontando contemporaneamente altri loro bisogni sul fronte della salute o del dialogo tra tradizioni⁷⁹. Nessuno spazio è stato dunque concesso a metodi (veramente democratici) di carattere dialogico. Il legislatore si è insomma fidato prevalentemente di se stesso e della forza persuasiva di una sanzione iperbolica: più che a un'efficace razionalizzazione del fenomeno, finalizzata a neutralizzarlo, un simile atteggiarsi parrebbe insomma consona a chi si ritiene in grado (e si accontenta) di giudicarlo.

«Siamo dunque di fronte a un uso simbolico del diritto penale»⁸⁰, il quale neppure si preoccupa delle sue conseguenze e dell'effettività del proprio operare, posto che «una sanzione inefficace risulta controproducente nei confronti dello stesso bene» apparentemente tutelato⁸¹.

Il *surplus* di rigore sanzionatorio nel colpire tali pratiche rispetto ad altre eventualità oggettivamente anche più gravi è insomma – come già si accennava – il frutto malato di un'ostilità preconcetta e davvero controproducente. Se ne trae un'ulteriore conferma dal mancato riconoscimento dello *status* di rifugiate o del diritto d'asilo a favore delle donne che, con i loro atti, mostrino di voler effettivamente uscire dal gruppo di provenienza per tutelare, ad esempio, le loro figlie. Una soluzione da agevolare e suggerire, se davvero si volesse contrastare senza indugi la pratica; il silenzio della legge su questo punto si rivela quindi del tutto contraddittorio e colpevole⁸².

8. La “zona grigia” e i veli islamici

Poco oltre lo spazio occupato dai principi (e dai casi) più strenuamente tutelati dall'ordinamento, si colloca una sorta di “zona grigia” in

⁷⁹ V. le considerazioni di G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali*, cit., 215 ss.

⁸⁰ G. BRUNELLI, *La disciplina dell'uso del burqa e delle mutilazioni genitali femminili*, in *www.lex.unict/cde/quadernieuropei*.

⁸¹ M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano 2008, 139 s.

⁸² Cfr. G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali*, cit., 219 ss., la quale – nonostante il silenzio della legge – individua tuttavia dei margini per riconoscere lo *status* di rifugiate alle donne che intendano sottrarsi o sottrarre le figlie al rito in questione. Lo stesso dicasi per l'utilizzo, nel caso, di altri strumenti giuridici (divieto di espulsione o respingimento nonché ulteriori misure di stretto carattere civilistico).

cui le esigenze di protezione conoscono uno spettro di modulazioni assai più ampio di quello ammesso dalle ipotesi appena esaminate (che pure, come si è visto, non sempre escludono i distinguo: si pensi all'esempio della sublimazione simbolica delle m.g.f. o del matrimonio poliginico). In questa sfera risulta insomma pressante distinguere ipotesi da ipotesi, fisionomia del comportamento da ulteriori manifestazioni dello stesso. In taluni casi si potranno pertanto individuare ragioni oggettive per vietare il comportamento in discussione, proprio in virtù di quanto garantito nel nucleo essenziale dalla Carta; in moltissime altre sue versioni esso potrà invece apparire (giuridicamente) del tutto innocuo.

Va probabilmente collocato in quest'ambito il problema della qualificazione giuridico-costituzionale da assegnare all'uso di coprirsi in vario modo il capo e il volto da parte di talune donne di fede islamica; anche in questo caso – come per le m.g.f. – non sorprende peraltro che la nostra stessa cultura (religiosa) auspichi qualcosa di simile, almeno alla lontana⁸³.

Per entrare nello specifico del problema – e per evitare comode semplificazioni – appare innanzi tutto opportuno distinguere “velo da velo”. Ogni tipologia di questo indumento cela infatti un particolare quadro simbolico dei rapporti tra i generi nonché dei legami della donna che l'indossa con la sua religione, con la comunità d'origine, con le altre realtà sociali che in vario modo frequenta e con le istituzioni del Paese in cui vive.

Insomma, il burqa o il niqab non sono affatto equiparabili ad altre forme di copricapo che rendono comunque visibile il volto.

I primi, oltre a manifestare simbolicamente il ribrezzo, l'ostilità e il rifiuto della società circostante⁸⁴ – atteggiamenti comunque ammissibili in una democrazia – possono altresì apparire inadatti o pericolosi (per se stessi e per gli altri) nello svolgimento di alcune attività; essi ostacolano inoltre i movimenti del corpo e rendono comunque impossibile il confronto e la comunicazione *de visu*⁸⁵. Ove la donna rifiuti comunque di

⁸³ Come mettono in luce J. LUTHER, *Il velo scoperto dalla legge: tavole di giurisprudenza costituzionale comparata*, in *www.olir.it* (novembre 2004) e L. ZAGATO, *Il volto conteso: velo islamico e diritto internazionale dei diritti umani*, in *Dir. imm. e citt.* 2007, 64, nota 1, già nella *Prima lettera ai Corinzi* si legge che «ogni donna che prega o profetizza senza velo sul capo, manca di rispetto al proprio capo... L'uomo non deve coprirsi il capo, poiché egli è immagine e gloria di Dio; la donna invece è gloria dell'uomo».

⁸⁴ Così si legge anche nel *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile integral sur le territoire national n. 2262* (26 gennaio 2010) dell'Assemblea Nazionale francese (in *www.olir.it*).

⁸⁵ In quest'ordine d'idee, il *Conseil constitutionnel*, nella decisione 7 ottobre 2010, n.

scoprirsi, anche il suo riconoscimento, in tutte le ipotesi in cui ciò sia obbligatorio o comunque davvero opportuno, ne risulta impedito⁸⁶. Taluno sostiene inoltre – esagerando⁸⁷ – che simili capi d’abbigliamento faciliterebbero i camuffamenti, agevolando altresì il perseguimento di eventuali finalità illecite; *per definizione*, essi comporterebbero perciò rischi (anche solo potenziali) per la pubblica sicurezza⁸⁸. Se imposti alle minori simili oggetti possono poi verosimilmente influire sullo sviluppo delle loro capacità relazionali, sullo svolgimento di talune attività formative e sulla loro libertà di scegliere la religione da praticare o di non manifestare all’esterno quella loro intima predilezione.

Insomma, il burqa (e altro simile indumento “coprente”) comporta precise ripercussioni verso il pubblico dei consociati e per l’assetto di taluni rapporti sociali; riflessi che l’ordinamento potrebbe dunque decidere d’arginare vietandolo *in toto* nello spazio pubblico⁸⁹ ovvero selezionando con cautela i luoghi e le situazioni in cui potrebbe esserne consentito (o vietato) l’utilizzo⁹⁰.

Contro la radicalità della prima opzione milita però la verificata esperienza per cui può essere la stessa donna a decidere d’indossare il burqa o altro analogo indumento⁹¹; essa inoltre non tiene conto che esistono

2010-613DC (riportata per esteso in *www.olir.it*), ha ritenuto giustificabile il divieto legislativo dell’uso del burqa in luogo pubblico, anche in base a talune esigenze minime della vita in società.

⁸⁶ Si pensi alle testimonianze processuali, alle visite mediche, al controllo circa l’effettiva frequenza obbligatoria di taluni corsi ecc. In tal senso, il Consiglio di Stato francese, 7 dicembre 2005, n. 264464, in *www.olir.it*, ha ritenuto legittima la mancata concessione del visto d’ingresso a una donna musulmana che rifiutava di scoprirsi il viso per farsi riconoscere, ritenendo sussistente un giustificato motivo di ordine pubblico. La tesi è stata confermata anche dalla sentenza Cedu, 4 marzo 2008, El Morsli c. Francia, *ivi*.

⁸⁷ T. GARTON ASH, *Il burqa fuorilegge*, in *la Repubblica* del 7 aprile 2011, nota che, nel caso degli attentati di Londra e Madrid, per nascondere le bombe è bastato un semplice, pratico e più anonimo zaino.

⁸⁸ Anche questo profilo è menzionato dal *Conseil constitutionnel* francese, nella decisione già citata.

⁸⁹ Così nel *Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public*, approvato dal Senato francese il 14 settembre 2010 (in *www.olir.it*).

⁹⁰ In questa direzione si muoveva l’inascoltato parere del *Conseil d’Etat*, *Etude relative aux possibilités juridique d’interdiction du port du voile integral* (2010), in *www.juregentium.unifi.it*.

⁹¹ Alquanto significativo è quanto emerso in Francia. A fronte del censimento di circa 1900 donne che indossano il velo integrale, è risultato che la loro stragrande maggioranza è di cittadinanza francese; spesso si tratta inoltre d’immigrate di seconda o addirittura di terza generazione, nonché di donne solo convertite all’Islam. Così nel *Rapport*

numerose situazioni, ormai metabolizzate, in cui anche la nostra cultura ammette o addirittura impone – quasi senza avvedersene – la copertura del volto⁹²: il bilanciamento tradotto in un divieto assoluto potrebbe insomma essere troppo “costoso” per taluni diritti, incidendo altresì sullo stesso principio di uguaglianza che si vorrebbe invece tutelare.

La seconda ipotesi ricalca invece l’attuale situazione italiana, ove nessuna norma – almeno per ora⁹³ – configura un divieto generalizzato in tal senso. È invece punito o variamente proibito, in specifiche circostanze, il rifiuto di farsi riconoscere o il fatto d’indossare abiti inadatti alla particolare bisogna⁹⁴. Tali divieti si stendono peraltro sull’intera popolazione che adottasse comportamenti assimilabili, non marcando quindi un atteggiamento pregiudizialmente ostile all’ostentazione o alla testimonianza simbolica dell’altrui identità. In questo risiede il loro profilo positivo:

dell’Assemblea nazionale (p. 41 s.). Per l’idea che gli unici argomenti condivisibili per giustificare un eventuale divieto siano quelli che fanno leva sull’autodeterminazione della persona e sulle relazioni sociali v. G. BRUNELLI, *La disciplina dell’uso del burqa*, cit.

⁹² Si pensi all’uso d’indossare maschere in particolari ricorrenze, al personale medico o ausiliario, ai vigili del fuoco, ai malati che seguono particolari terapie e devono proteggersi, a talune manifestazioni sportive, al casco per i motociclisti ecc. Anche questo aspetto era valorizzato dall’appena richiamato parere del Consiglio di Stato francese.

⁹³ Risultano infatti giacenti presso il nostro Parlamento almeno cinque proposte di legge aventi ad oggetto la modifica dell’art. 5 della legge n. 152/1975: su di esse v. A. COSIRI, *Francia: il rapporto Gerin-Raoult sul velo islamico riaccende il dibattito*, in *www.fomcostituzionale.it* (5 febbraio 2010).

⁹⁴ L’elenco delle norme italiane in materia, prodotte da fonti di assai diverso grado, si trova in P. NIGLIO, C.M. ARDITA, *L’uso del burqa in Italia: tra esigenze di identificazione e istanze religiose*, in *Lo Stato civ. it.* 2011, n. 2, 21 s.; le autrici analizzano, in particolare, il caso, già affrontato in altri ordinamenti, della donna musulmana che rifiuta di farsi fotografare il volto ai fini del rilascio della carta d’identità, nonché il rifiuto di esibire i documenti e mostrare il viso (anche se la richiesta d’identificazione può avvenire solo in presenza di situazioni di reale pericolo per la vita e l’incolumità pubblica). Tra le norme appena evocate va, *in primis*, menzionato l’art. 5, legge n. 152/1975, il quale vieta – in luogo pubblico o aperto al pubblico – l’uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo teso a rendere difficoltoso il riconoscimento di chi l’indossa, senza che esista un «giustificato motivo» in tal senso. L’utilizzo del burqa per finalità religiose non sarebbe dunque affatto “ingiustificato”, poggiando invece sulla libertà di cui all’art. 19 Cost.: così N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose: un percorso costituzionale*, in *Il Mulino* 2006, 166 ss. In linea con ciò, anche in Francia, prima dell’approvazione della legge del 2010, non sono mancate decisioni che si sono puntualmente espresse sul divieto di usare il velo integrale fuori contesto; così, la Cour d’appel de Paris, 16 marzo 2010, n. 1999/31302, in *www.olir.it*, ha ritenuto legittimo il licenziamento di una dipendente che indossava un simile indumento, in ragione della natura dell’attività cui era destinata (la vendita al pubblico in un grande magazzino).

essere, cioè, proibizioni veramente generali, astratte e razionalmente giustificate. L'uso del burqa non è quindi (attualmente) vietato sempre e comunque, bensì solo in occasione di particolari manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, nonché quando l'indumento sia indossato al fine di ostacolare il doveroso riconoscimento di chi lo espone. Oppure, il divieto può essere stabilito anche in via amministrativa, con riguardo però a particolari luoghi nonché per peculiari (e sempre giustificate) esigenze. In tal senso si è del resto significativamente espresso anche il Consiglio di Stato⁹⁵. Un'eventuale legge potrebbe dunque, ancora in termini generali e astratti, meglio precisare le circostanze e le situazioni in cui giustificatamente (e non arbitrariamente) proibire l'uso di un simile indumento (o altro copricapo), fermo restando il caso in cui la donna sia coartata ad indossarlo (situazione che però già oggi potrebbe essere penalmente punita).

Assai diverso è invece il capitolo riguardante le velature che lasciano pur sempre allo scoperto i tratti del viso. In questi casi, appare decisamente opportuno distinguere sin da subito i casi d'imposizione familiare o comunitaria la cui pregnanza superi la soglia della normale accettabilità⁹⁶, dalle vicende di volontaria e consapevole adesione al simbolo nei suoi vari significati (non necessariamente religiosi)⁹⁷. A quanto pare, per talune donne musulmane non indossare il velo in pubblico equivarrebbe infatti a ritrovarsi seminude in una pubblica piazza; sensazione psicolo-

⁹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3076, sul quale v. A. COSSIRI, *Francia*, cit., che ha confermato T.A.R. Trieste – Friuli Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645: si è così confermata l'illegittimità del provvedimento del Sindaco che vietava di usare il burqa nel territorio del suo Comune, ritenendo perciò legittimo l'annullamento disposto dal Prefetto. In linea v. anche Trib. di Cremona, 27 novembre 2008, che non ritiene configurabile il reato *ex art. 5, legge n. 152*, ove colei che indossa il burqa lo sollevi alla richiesta di identificazione avanzata da un agente di polizia.

⁹⁶ Inutile negarlo: in tutte le famiglie, e in tutte le comunità, sono esistiti ed esistono tassi di autoritarismo e sequenze di comportamenti più o meno aggressivamente imposti, sconsigliati o suggeriti. Ragione per cui sarebbe discriminante che «la richiesta rivolta alle ragazze musulmane» apparisse «più onerosa di quelle a cui sono sottoposti gli altri cittadini», posto che in qualunque famiglia i genitori determinano (o influiscono sul)le scelte dei figli minori: G. BRUNELLI, *Simboli collettivi e segni individuali di appartenenza religiosa: le regole della neutralità*, in AIC, *Annuario 2007, Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova 2008, 289.

⁹⁷ Da qui talune critiche alla legge francese 15 marzo 2004, n. 228, che non prevede queste ulteriori eventualità, offrendo una lettura monodirezionale circa l'uso di questo indumento (nel senso della segregazione della donna): v. S. FERRARI, *Le ragioni del velo*, in *www.olir.it* (novembre 2004).

gica di cui sembra opportuno tenere conto⁹⁸. Ammesso inoltre che sia giustificabile – il velo, come si è detto, non è il burqa – sussiste altresì il rischio che un divieto senza sfumature produca l'espulsione della ragazza dai luoghi in cui può apprendere e confrontarsi con esperienze di emancipazione ove magari è già ben inserita (*in primis*, la scuola). Vietarlo *tout court* alle scolare non spiega poi la tolleranza verso altri simboli religiosi, anche decisamente ostentati, ma, ad esempio, intrinsecamente propri del nostro retaggio culturale (e resi perciò ormai "invisibili"). Di contro, vietarlo alle insegnanti musulmane non spiegherebbe invece, sul piano degli stessi principi, la presenza di altri docenti che indossassero un qualche particolare simbolo d'appartenenza religiosa; ciò che può soprattutto verificarsi allorché l'insegnante stesso sia un prelado⁹⁹. Anche l'ostentazione di questi diversi simboli rivela del resto (o può comunque suggerire) una particolare concezione della vita, della famiglia e dei rapporti tra i generi. Insomma, «quale giustificazione può addurre lo stato liberale della disparità di trattamento riservata a un gruppo religioso e non agli altri?»¹⁰⁰. E come legittimare una simile proibizione senza contraddire e depotenziare la critica spesso mossa all'intolleranza verso l'altro credo religioso manifestata da numerosi Paesi islamici?

Del tutto diverso appare invece modulare il divieto collegandolo a esigenze obbiettive (e non strumentalmente inventate) delle attività cui è chiamata la donna o fosse coinvolto altro soggetto che ostentasse simboli materialmente inopportuni¹⁰¹. Lo stesso può dirsi per altri oggetti di

⁹⁸ I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali*, cit., 548.

⁹⁹ Il Tribunale Costituzionale tedesco ha così accolto il ricorso da parte di un'insegnante della scuola pubblica la cui assunzione era stata rifiutata proprio per la sua indisponibilità a dismettere il velo, riscontrando in ciò la violazione di una libertà individuale: v. la sentenza 29 settembre 2003 e il commento di A. DI MARTINO, *La "decisione sul velo" del Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Si tratta peraltro di un orientamento confermato dalla giurisprudenza di taluni Paesi europei ma recisamente negata da altri: per un'ampia rassegna v. J. LUTHER, *Il velo scoperto dalla legge*, cit.

¹⁰⁰ S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, Bologna 2005, 153.

¹⁰¹ Apparentemente, anche da questo – oltre che da più generali considerazioni sulla peculiare laicità "alla francese", le quali sembrano costituire il vero fulcro delle decisioni – discendono le pronunce della Cedu, 4 dicembre 2008 Kervancy c. Francia e Id., 4 dicembre 2008, Dorgu c. Francia, riportate in www.olir.it. In entrambi i casi, la Corte ha ritenuto legittima l'espulsione da una scuola pubblica di una studentessa musulmana che rifiutava di togliersi il velo durante le lezioni di educazione fisica. Di tenere analogo anche Cedu, 30 giugno 2009, n. 43563, Aktas c. France (per il velo) nonché Id., 30 giugno 2009, n. 14308, Bayrak c. France, e altre quattro pronunce adottate in pari data (aventi tutte a oggetto l'uso del turbante sikh).

analogo significato che possono del resto coinvolgere anche gli uomini; che dire infatti del turbante sikh che impedisca d'indossare il casco protettivo durante lo svolgimento di taluni lavori pericolosi o ponendosi alla guida di un motociclo (nei casi in cui ne sia invece imposto l'utilizzo)¹⁰²? O della catenina recante un crocifisso dalle notevoli dimensioni indossata dall'atleta in competizioni che prevedono il corpo a corpo?

Il vero problema è semmai che l'accertamento della reale volontà delle ragazze d'indossare il velo – specie se minori – potrebbe risultare tutt'altro che agevole; lo stesso vale, comunque, per tante altre manifestazioni identitarie giovanili di segno analogo. Nel nostro caso, peraltro, tale accertamento risulta oltremodo opportuno, tenendo conto del forte approccio maschilista di alcuni componenti della cultura di provenienza di chi espone il velo. Per affrontare tali casi può forse aiutare – almeno ove si presentassero situazioni critiche e conflittuali – il cosiddetto “modello dialogico e deliberativo”, cui si è già avuto modo di accennare. Muovendo dall'idea per cui è comunque importante verificare, in talune circostanze, «che le prassi collettive cui si prende parte possano essere considerate come l'esito di legittimi processi di deliberazione», occorrerà dunque che le autorità variamente coinvolte – specie la scuola – non riducano il comportamento delle ragazze velate (o di altri soggetti) alla stregua di uno stereotipo dall'univoco significato ostile: spesso, infatti, il velo è utilizzato proprio «per dissimulare» (e avere così modo d'incrementare) un'emancipazione già in corso (aggirando le chiusure della comunità d'origine), oppure con significati neppure prevedibili¹⁰³. Ove fosse necessario, le ragazze – assieme ai loro sostenitori – dovrebbero insomma essere indotti a «giustificare le proprie azioni adducendo “buone ragioni nella sfera pubblica”», chiarendo altresì come intendano trattare le credenze religiose altrui, la libertà di espressione, il principio di separazione tra lo Stato e le confessioni religiose, i principi co-

¹⁰² Sia il Comitato dei diritti umani, sia la Cedu hanno costantemente escluso che in tali casi si possa rivendicare la libertà religiosa per sfuggire agli obblighi descritti nel testo: v. L. ZAGATO, *Il velo conteso*, cit., 76, 82, nota 65. Come taluno ha notato, è quindi forse eccessiva la scelta inglese di consentire al sikh di non indossare il casco alla guida della moto, sia perché un eventuale incidente potrebbe tradursi in un significativo costo a carico della collettività, sia perché esistono senz'altro mezzi di trasporto alternativi.

¹⁰³ S. BENHABIB, *La rivendicazione*, cit., 159 s., analizza appunto il caso concreto da cui è deflagrato l'*affaire foulard* in Francia, mettendo in evidenza come il rifiuto delle ragazze coinvolte di togliersi il velo fosse soprattutto dettato non già da esigenze religiose bensì da ragioni di sfida culturale e politica.

stituzionali in genere¹⁰⁴. E la stessa dialettica dovrebbero affrontare i loro avversari. Non è affatto detto che ciò conduca a soluzioni condivise e a superare i conflitti di partenza, ma renderà comunque più chiare le posizioni sul tappeto; porterà in superficie l'imposizione del velo (e di altri simboli) o l'assenza di ogni coartazione; renderà magari palpabili i diversi orientamenti ospitati nell'ambiente condiviso, collocandoli però entro il tessuto comune di un approccio discorsivo, e perciò tendenzialmente democratico. Non è un caso che nel rapporto del Parlamento francese, elaborato in vista dell'approvazione della legge del 2010, si puntasse moltissimo sull'opera di mediazione culturale, di dialogo interreligioso, di potenziamento del ruolo della scuola e degli enti locali in chiave d'integrazione, fino a prevedere il riconoscimento del diritto d'asilo in caso d'imposizione persecutoria del burqa o del velo; non pare però che la nuova disciplina abbia poi dato seguito a queste buone intenzioni¹⁰⁵.

Morale. Al modello francese – che (talvolta) per integrare gli individui pretende di azzerare le differenze – sembra dunque preferibile lo schema pluralista di più genuino stampo liberaldemocratico, che ammette le diversità per consentire a tutti di sentirsi parte del Paese di accoglienza. Distinguere caso da caso, separare le manifestazioni volontarie (anche se non gradite) da coartazioni di stampo comunitarista, nonché limitare le pretese di uniformità soltanto nei casi in cui fossero davvero in gioco esigenze obbiettive del con-vivere sociale (e dei diritti altrui), ne costituiscono i logici e razionali corollari. Perché – salvo prova contraria – «in generale, i segni personali di appartenenza religiosa (capi di abbigliamento o monili) rappresentano espressione di una scelta individuale (e appartengono dunque alla sfera della libertà religiosa e dell'espressione dell'identità personale)», non coartando le scelte altrui. Del tutto diverso è invece il caso dell'esposizione pubblica dei segni religiosi (come il crocifisso nelle aule scolastiche), che – benché negato da talune assai significative pronunce giurisdizionali già richiamate *supra* – parrebbe tradursi in una «richiesta autoritativa di identificazione nei valori re-

¹⁰⁴ I brani virgolettati sono tratti da S. BENHABIB, *La rivendicazione*, cit., 156, 161. Sulla bontà del metodo dialogico o negoziale v. anche S. FERRARI, *Le ragioni del velo*, cit. A quanto pare, criteri molto diversi nell'impostare un simile "dialogo" sono stati usati, in Francia, all'atto dell'applicazione della legge n. 228/2004: v. G. BRUNELLI, *Simboli collettivi*, cit., 290 s., nota 44.

¹⁰⁵ Cfr. A. COSSIRI, *Francia*, cit.

ligiosi proposti» dall'unico simbolo ammesso¹⁰⁶. I due piani del discorso non sono dunque affatto commensurabili.

9. *L'area dell'indifferente (o quasi)*

Proprio al di là del bordo, vagamente sfocato, della “zona grigia” appena descritta, troviamo un'area in cui i comportamenti multiculturali che vi s'insediano, sebbene talvolta sgraditi, risultano costituzionalmente indifferenti o quasi. Trattandosi di un'“area di confine”, molte sono tuttavia le somiglianze tra talune ipotesi qui posizionabili e vicende che abbiamo invece ritenuto opportuno collocare nella citata “zona grigia”. Spesso si tratta inoltre di situazioni che risultano già in parte disciplinate o che potrebbero comunque esserlo – senza eccessiva fatica – magari in futuro, soprattutto in vista di un'estensione analogica di quanto già consentito. Assumendo talune fisionomie, alcuni di questi casi defluiscono peraltro verso la stessa zona grigia di cui s'è già trattato (potendosene perciò, in alcune loro versioni “critiche”, consigliare il divieto). Di norma, invece, benché i comportamenti che vengono qui eventualmente in questione possano anche apparire assurdi all'occhio dell'autoctono, essi non sono di fatto lesivi di beni o d'interessi irrinunciabili, esigendo, spesso, solo innocui assestamenti ordinamentali.

Ad esempio, non si vede perché il riconoscimento di *festività* in giorni diversi da quelli osservati dalla maggioranza della popolazione, già ora praticato con i fedeli di religione ebraica¹⁰⁷, non possa essere esteso anche ad altre comunità, con le eventuali contromisure che risultasse opportuno predisporre. Lo stesso dicasi per la *macellazione rituale*.

Con le dovute cautele e alcuni accorgimenti, tesi a rendere la cosa del tutto inoffensiva, potrebbe anche ammettersi la richiesta d'*indossare abitualmente il pugnale kirpan* da parte dei sikh, il quale, in base alla tradizione, servirebbe ad arginare l'influsso negativo di taluni spiriti¹⁰⁸.

Negli stessi termini può altresì impostarsi il problema dell'esclusione dal *servizio militare obbligatorio* (nei casi in cui questo ancora lo sia) per

¹⁰⁶ G. BRUNELLI, *La disciplina dell'uso del burqa*, cit. Si v. anche *supra* la nota 26.

¹⁰⁷ Cfr. la l. 8 marzo 1989, n. 101.

¹⁰⁸ E. CECCHERINI, voce *Multiculturalismo*, cit., 491, che descrive come la vicenda sia stata così affrontata nella giurisprudenza canadese.

gli adepti di talune confessioni religiose, purché l'appartenenza culturale risulti appunto comprovata e non già dettata da semplice scelte di comodo.

Lo stesso dicasi per numerose ipotesi di *reati senza vittima* motivati su base culturale (ad esempio, il possesso di sostanze stupefacenti destinate a un uso religiosamente giustificato).

Nonostante talune serie perplessità manifestate da più parti¹⁰⁹ (e ora al centro del dibattito anche in altri Paesi europei) mi pare collocabile in quest'area anche la *circoncisione maschile* di tipo rituale; una pratica, dunque, dall'inequivocabile carattere religioso. Allorché sia praticata da personale esperto, essa è non a caso ammessa anche dal Comitato Nazionale di Bioetica¹¹⁰. Qualora correttamente effettuata da personale medico la circoncisione non produce menomazioni o alterazioni nella funzionalità sessuale maschile; essa infatti – secondo l'opinione prevalente – «consiste in un atto di disposizione del corpo che determina sì una sua modificazione irreversibile ma consentita, perché non causa una diminuzione permanente dell'integrità fisica, né appare altrimenti contraria alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume»¹¹¹. Si tratta inoltre d'interventi che risultano statisticamente assai diffusi tra la popolazione maschile per ragioni squisitamente terapeutiche, nonché per agevolare la normale attività sessuale. Per taluni, la circoncisione assolverebbe addirittura a una funzione profilattica verso le malattie veneree e il cancro al pene, aiutando a prevenire l'HIV¹¹². Non si tratta insomma – com'è stato detto – di una pratica assimilabile alle m.g.f.; in realtà, queste ultime sono eventualmente equiparabili alla rimozione non terapeutica del pene (che, ovviamente, continua a essere punita)¹¹³. Al più, risalta la stretta somiglianza tra tali interventi e la sublimazione simbolica delle pratiche di m.g.f. Ragione per cui appare quanto meno sospetto (e culturalmente

¹⁰⁹ V., per tutti, i rilievi di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali – parte generale*, Padova 2003, 97, nota 75 e F. RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione*, cit., 357, nota 51.

¹¹⁰ V. il documento “*La circoncisione: profili bioetici*” (25 settembre 1998).

¹¹¹ Trib. di Padova, sent. 9 novembre – 5 dicembre 2007, n. 2046, sulla quale v. L. MIAZZI, A. VANZAN, *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, in *Dir. imm. e citt.* 2008, n. 2, 74 ss. Più di recente – in senso analogo – v. la sentenza del Trib. di Bari, 21 maggio 2009.

¹¹² Conferme e dubbi al proposito in L. MIAZZI, A. VANZAN, *Circoncisione maschile*, cit., 73.

¹¹³ Così M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Roma-Bari 1998, 88.

ostile) l'atteggiamento di chi recisamente rifiuta le seconde ma da tempo accoglie, senza batter ciglio, i primi¹¹⁴.

10. *Il multiculturalismo nel processo penale*

In tutti i casi in cui il comportamento identitario (o quella sua particolare versione) risulti punibile in sede penale, possono poi eventualmente applicarsi, pur nel quadro di un atteggiamento necessariamente sanzionatorio, alcune mitigazioni di pena. Non devono però mai dimenticarsi i diritti delle vittime, le quali spesso divengono tali proprio in quanto intendono avvalersi dei diritti e dei principi costituzionali della società ospitante¹¹⁵. In caso contrario si finirebbe infatti per legittimare l'esercizio della violenza su soggetti doppiamente deboli (ovvero tali sia nei confronti del gruppo di provenienza, sia rispetto a quello d'arrivo), nonché «per corroborare la loro condizione di subordinazione, di inferiorità, di discriminazione all'interno del gruppo minoritario»¹¹⁶. Ciò significherebbe inoltre dimenticare e abbandonare a se stesso proprio chi tenta di rompere il proprio isolamento.

Quanto appena detto si riscontra allorché – come insegnano soprattutto talune esperienze straniere – si punisce certo il *reato commesso per motivi culturali*, pur adeguando la sanzione alla tipologia dell'offesa, all'effettivo riscontro del movente che ha generato il comportamento offensivo e alla pressione davvero invincibile che la matrice identitaria ha esercitato sulla psicologia del reo¹¹⁷. In questo ennesimo, necessario e delicato bilanciamento risiede quindi «il vero e proprio nodo gordiano dei rapporti tra giustizia penale e società multiculturali»¹¹⁸.

Sia comunque chiaro: occorre sempre e scrupolosamente accertarsi che la pratica sia *in effetti* caratterizzante la cultura di provenienza del

¹¹⁴ D. ZOLO, *Infibulazione e circoncisione*, in www.juregentium.it.

¹¹⁵ Per l'analisi di alcune vicende giudiziarie italiane in cui questo emerge con particolare evidenza v., ad esempio, L. LANZA, *Sistema penale e cultura dell'immigrato: quale ruolo per il giudice*, in B. PASTORE, L. LANZA (a cura di), *Multiculturalismo e giurisprudenza penale*, Torino 2008, 110 ss.

¹¹⁶ B. PASTORE, *Identità culturali, conflitti normativi e processo penale*, in B. PASTORE, L. LANZA (a cura di), *Multiculturalismo*, cit., 31.

¹¹⁷ Per l'esame sintetico di alcuni *leading cases* del diritto comparato v. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *L'Indice penale 2007*, 251 ss.

¹¹⁸ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 267.

colpevole; la sua rivendicazione potrebbe infatti costituire nulla di più che un comodo *escamotage* difensivo, elaborato al solo fine di evitare la pena più severa¹¹⁹. Gli esperti, i mediatori culturali e gli antropologi possono quindi costituire un ausilio fondamentale in questa attività di smascheramento dello stratagemma o di più preciso inquadramento “scientifico” dei fatti. Occorre così attentamente verificare che la tradizione dedotta in processo non sia in realtà del tutto artificiosa e per nulla condivisa dal gruppo d’appartenenza. Analogamente, occorrerà accertarsi che il comportamento incriminato non costituisca il semplice frutto di un movente strettamente personale (pur se magari più diffuso nella società di provenienza del soggetto). Ed è quindi utilissimo discernere se la tradizione dedotta in giudizio si consolidi in una vera e propria norma vincolante per il gruppo – individuando, cioè, una prescrizione rispondente alla ferrea logica binaria del dentro/fuori – oppure se essa sia tale da produrre soltanto un generico condizionamento. Nel senso che occorre stabilire se il comportamento posto in essere sia davvero imposto o vietato dalla cultura d’origine, oppure se l’estrazione dell’autore renda solo meglio comprensibile (ma non giustificabile) la sua reazione a un fatto ritenuto insopportabile¹²⁰. E non è poi del tutto indifferente – anche se non decisivo – che il reo risieda solo da poco nel paese che lo ospita, che abbia iniziato o no un percorso d’integrazione, che non conosca affatto la legge e le tradizioni del luogo e non sia quindi del tutto consapevole delle violazioni che ha generato.

La giurisprudenza occidentale, alle sue varie latitudini, sta così faticosamente elaborando una serie di *tests* utili a inquadrare il carattere effettivamente culturale del crimine, al fine di schivare le eventuali speculazioni difensive e calibrare al meglio le puntuali reazioni dell’ordinamento¹²¹. È comunque ovvio che, in questo delicato “passaggio”, non mancano certo le decisioni di dubbio fondamento razionale, in eccesso o in difetto¹²².

¹¹⁹ Le tappe di questa delicatissima analisi sono, ad esempio, tracciate da B. PASTORE, *Identità*, cit., 34 ss.

¹²⁰ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 250, nota 21.

¹²¹ Per una rassegna dei vari *tests* culturali elaborati in Canada, negli Stati Uniti, dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, dalla Cedu ed embrionalmente anche in Italia v. I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali*, cit., 535 ss.

¹²² Per un caso assai particolare (l’inquadramento, in sede giurisdizionale, della prassi di utilizzare i minori di etnia Rom nell’accontonaggio) v. S. NICCOLAI, I. RUGGIU, *Se un bambino va con la mamma a mendicare: qualche riflessione sull’argomento culturale e le re-*

Comunque sia, modulare la pena, una volta riscontrata la matrice *effettivamente* culturale del reato, non è cosa tanto diversa dall'equo utilizzo della forbice edittale in relazione a tutti gli elementi delle varie fattispecie sotto giudizio. Inoltre, ciò non è dissimile dalla mancata applicazione delle aggravanti o dalla positiva concessione di attenuanti all'autoctono che abbia subito varie forme di condizionamento nel compiere le azioni per cui è incriminato. Questo è insomma il grande tema dell'elemento soggettivo del reato: se tali meccanismi giuridici valgono per i "cittadini", essi devono quindi vigere per tutti ed essere applicati anche a casi nuovi e apparentemente anomali. Senza creare, cioè, "ghetti di logica giudiziaria". Ciò deve avvenire proprio in base – ancora una volta – all'irrinunciabile principio di uguaglianza e all'imprescindibile necessità di personalizzare la pena, favorendone la funzione rieducativa (un'altra esigenza avente una precisa giustificazione costituzionale)¹²³.

Insomma – seguendo la prospettiva sin qui adottata – non si potrà colpire con pene particolarmente severe il reato che sia l'effettivo frutto di un'invincibile identificazione di tipo culturale, e anzi proprio a causa di ciò¹²⁴ (secondo la logica dell'assimilazionismo forzoso antiegalitario)¹²⁵. Né potrà però auspicarsi un opposto atteggiamento d'indifferenza¹²⁶, il quale non prenda, cioè, assolutamente in considerazione la realtà delle culture non dominanti in cui il comportamento è maturato: anche il ponderato inquadramento delle radici culturali del reato è infatti indispensabile per qualificare appieno il fatto da giudicare. Non sarebbe tuttavia giustificabile creare fori separati, gestiti in proprio dalle comunità d'appartenenza, i quali celano, proprio dietro l'angolo, pericolose derive di stampo rigidamente separatista, costituendo altresì l'anticamera di pa-

sponsabilità della giurisdizione, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il Diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, 1459 ss.

¹²³ Sulla necessaria personalizzazione della pena v., ad esempio, la sentenza cost. n. 253/2003 e, da ultimo, la sentenza cost. n. 164/2011.

¹²⁴ Su questi atteggiamenti di malcelata intolleranza v. A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Pol. dir.* 2007, 15 s., 33. Si tratta di assunti che possono poi – in versioni ancora più radicali e propriamente eversive – debordare verso forme di vero e proprio "diritto penale del nemico". Sui profili di questo fenomeno v., ad esempio, F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., 107 ss.

¹²⁵ Se è vero quanto si è detto, ciò si sarebbe evidentemente verificato all'atto dell'approvazione della legge n. 7/2006.

¹²⁶ A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, cit., 8, 32.

lesi violazioni del principio di uguaglianza e dell'individuale diritto di *exit*¹²⁷. Né, va da sé, sarebbe possibile assolvere sempre e comunque il reo culturale, dando così luogo a un diritto derogatorio dalla dubbia efficacia¹²⁸. È ancora l'idea della "rispettosa integrazione" a imporre di tener debitamente conto delle ragioni del reo *ma anche* di quelle della vittima, non rinunciando peraltro a ribadire sempre e comunque il fulcro vitale dell'ordinamento¹²⁹.

Per fare chiarezza, è tuttavia indispensabile precisare che i *maltrattamenti, gli omicidi e il sequestro di persona in famiglia* quasi mai risultano effettivamente attribuibili a una matrice culturale, e men che meno a norme cogenti dell'identità d'appartenenza, bensì a una particolare (e inaccettabile) visione dei rapporti familiari (come opportunamente messo in luce nella definizione processuale di taluni casi italiani assai discussi)¹³⁰. Ad ogni modo, siamo qui al cospetto della violazioni di beni inviolabili, personalissimi e indisponibili da altri, come la vita, l'integrità fisica, la libertà personale e sessuale; si possono e si debbono quindi spiegare, in tutta la loro efficacia, i principi costituzionali di cui discutevamo, proprio perché i comportamenti offensivi coinvolgono, appunto, il "centro nevralgico" del nostro sistema¹³¹. Anche *de iure condendo* ciò non dovrà mai essere dimenticato: non si può insomma giustificare l'omicidio o la violenza per una malintesa "correttezza". Del tutto diverso è invece

¹²⁷ Ciò potrebbe infatti generare «un eccesso di forze centrifughe volte al riconoscimento di ogni particolarismo», favorendo la ghettizzazione e rendendo praticamente impossibile, per ciascun componente delle varie comunità, di scegliere liberamente il modello culturale cui accedere: A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, cit., 18.

¹²⁸ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 272.

¹²⁹ Si tratta cioè «di prevedere la punibilità del reato culturalmente orientato, riconoscendo però un valore attenuante della responsabilità alla circostanza... che l'individuo abbia violato la norma in ragione del condizionamento culturale che egli subisce»: B. PASTORE, *Identità*, cit., 19. Per un esame più dettagliato degli istituti previsti dall'ordinamento italiano che potrebbero concretamente applicarsi in queste circostanze v. C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., 275 ss.

¹³⁰ A tal proposito si v. quanto sancito dalla Cass. pen., sez. I, 12 novembre 2009, n. 6587, pronunciata nel noto caso che ha visto come vittima la ragazza bresciano-pakistana Hina Saleem, ove al padre omicida è stata addirittura applicata l'aggravante dei motivi abietti o futili, distinguendosi opportunamente tra movente culturale e movente strettamente personale dell'agente: cfr. F. PARISI, *I motivi abietti tra consuetudini culturali e mero "possessione parentale": alcune precisazioni sul valore del fattore culturale in sede parentale*, in *Foro it.* 2010, 527 ss. e I. RUGGIU, *Test e argomenti culturali*, cit., 544 s.

¹³¹ B. PASTORE, *Identità*, cit., 33.

il già menzionato fenomeno dei “reati senza vittima”, ove è ben più ampio il margine di manovra concesso all’interprete oltre che al legislatore accorto e informato.

11. *Una sintesi (molto parziale)*

Insomma, caso per caso, applicando tutti i principi di cui s’è detto, occorre offrire risposte il più possibile calibrate (e ragionevoli) che prendano in considerazione l’esatta mappatura di tutti gli interessi in gioco nei vari casi e dettino la giusta reazione (anche punitiva) dell’ordinamento. Sembra questo il primo, doveroso passo verso una *reciproca* educazione alla tolleranza. Doveroso perché – se ben riflettiamo – tante sono le identità che possono risultarci sgradite, spesso sbandierate anche da chi appartiene alla nostra stessa matrice culturale, e tante sono state le nostre identità del passato che ora ci appaiono addirittura crudeli ed estranee. Non è poi forse un caso che molte di queste realtà avessero e talvolta abbiano ancora ad oggetto proprio le donne e la sessualità, ossia il fascio di problemi al centro delle vicende che, a conti fatti, si sono sin qui presi in considerazione¹³². Come a dire, insomma, che sono spesso imprevisti e sotterranei i fili rossi che collegano i fenomeni multiculturali del presente a quelli che, nel passato (ma non sempre nel solo passato), noi stessi abbiamo dovuto risolvere entro il recinto delle nostre coordinate concettuali

Questa doverosa apertura – senza, però, ingiustificate indulgenze – è, in sintesi, il succo del pluralismo. Tale principio costituzionale c’impone giustamente di rispettare l’altro (anche nella sua apparente anomalia o incomprensibile particolarità) fin tanto però che non sia messo in discussione proprio quel nucleo duro di principi che consideriamo, a conti fatti, essenziali per il pluralismo medesimo (e quindi – di risulta – per la nostra stessa convivenza comune). Un pluralismo che insomma impone a ciascuno di noi di cedere qualcosa per ricevere comunque il diritto di

¹³² «Basti pensare a che cosa era il nostro diritto di famiglia prima della riforma realizzata con la legge n. 151 del 1975; alla punizione penale soltanto dell’adulterio della moglie; al delitto d’onore e all’istituto del matrimonio riparatore, che estingueva il reato contro la donna violentata; alla responsabilità penale del marito soltanto per abuso dei mezzi di correzione nei confronti della moglie»: G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali*, cit., 205.

vivere pacificamente le proprie appartenenze culturali. Questa è del resto l'essenza del "patto" fondante ogni Costituzione occidentale, democratica e (appunto) pluralista; essa costituisce quindi il nostro vero "valore non negoziabile". E senza che ciò giustifichi o chiami in causa diritti di primogenitura, di precedenza o di reciprocità. Questa è perciò l'unica base di partenza e la condizione essenziale per gettare "ponti culturali" riconfermando però la vitalità della nostra storia: un lavoro a lungo termine ma – ci piaccia o meno – ormai inevitabile e – soprattutto – conforme alla più profonda identità del nostro ordinamento. Conforme, insomma, alla nostra irriducibile "Costituzione materiale". E con questo siamo idealmente ritornati al nostro punto di partenza.

LA DECRETAZIONE D'URGENZA
TRA ABUSI E CONTROLLI
QUALCHE CONSIDERAZIONE QUINDICI ANNI DOPO
LA SENT. N. 360 DEL 1996 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La reazione alla reiterazione: l'avvicinamento alla sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale. – 2. La fine della reiterazione e gli effetti collaterali della decisione della Corte. – 3. I presupposti del decreto-legge tra Costituzione, prassi ed “evidente mancanza”. – 4. Il procedimento di conversione dei decreti-legge. Per un nuovo controllo sulla decretazione d'urgenza.

1. *La reazione alla reiterazione: l'avvicinamento alla sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*

C'è un *prima* e c'è un *dopo* nella storia costituzionale della decretazione d'urgenza. Una cesura temporale determinata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996¹ che, come è noto, dichiarò l'incostituzionalità della prassi della reiterazione dei decreti-legge.

Negli anni immediatamente precedenti quella pronuncia, la «ipertrofia reiteratoria»² del decreto-legge era giunta ai massimi livelli³, tanto che era una *rarietà* costituzionale non solo la conversione in legge entro i sessanta giorni previsti dall'art. 77 Cost., ma addirittura la chiusura della catena normativa posta in essere attraverso i decreti reiterati. A nulla era

¹ Corte cost. 17 ottobre 1996, n. 360, in *Giur. cost.* 1996, 3147 ss., con osservazioni di F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale* e S.M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*.

² A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano 2003, 257.

³ Nel corso del 1993 si contavano 259 decreti-legge; nel 1994, 327; nel 1995, 296 (fonte: A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, vol. I, Padova 1997, 275 s.).

valso l'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 302 del 1988 della Corte costituzionale⁴, così come scarsi risultati avevano ottenuto tanto la riforma dei regolamenti parlamentari⁵, quanto l'approvazione della legge n. 400 del 1988, il cui art. 15, nel (tentativo di) porre limiti al decreto-legge⁶, stabilisce che con esso il Governo non possa né rinnovare disposizioni di decreti dei quali sia stata negata, con il voto di una delle due Camere, la conversione, né regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Anzi, proprio quest'ultima prescrizione paradossalmente aggravò gli effetti di quella «pratica scandalosa e incostituzionale»⁷ che era la reiterazione. Se è indubbio, difatti, che la disposizione *de qua* intendeva vietare una prassi costituzionalmente illegittima – quella di inserire nel decreto di reitera la sanatoria degli effetti dei precedenti decreti non convertiti⁸ – la “soluzione” da allora in avanti abitualmente seguita, ossia quella di prevedere analoga sanatoria soltanto nel disegno di legge di

⁴ Secondo cui «in via di principio, la reiterazione dei decreti-legge suscita gravi dubbi relativi agli equilibri istituzionali e ai principi costituzionali, tanto più gravi allorché gli effetti sorti in base al decreto reiterato sono praticamente irreversibili [...] o allorché gli effetti sono fatti salvi, nonostante l'intervenuta decadenza, ad opera dei decreti successivamente riprodotti».

⁵ Il riferimento è all'introduzione nel Regolamento della Camera dei Deputati dell'articolo 96-*bis*, che affidava alla Commissione Affari Costituzionali un controllo preliminare sulla sussistenza dei presupposti dei decreti-legge. Analogo controllo veniva introdotto nel marzo 1982 nel Regolamento del Senato della Repubblica. Per un commento v. V. LIPPOLIS, *Il procedimento di esame dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge*, in *Quad. cost.* 1982, 227 ss.; G. BERTOLINI, *Conversione dei decreti-legge e controllo parlamentare al Senato*, in *Quad. cost.* 1982, 449 ss.

⁶ In dottrina, come si sa, è però maggioritario l'orientamento secondo cui quei limiti intanto possono vincolare il Governo in quanto siano ricognitivi di principi costituzionali: in tal senso, tra gli altri, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 2006, 246 s.; A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella L. n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.* 1988, 1489; R. TARCHI, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, ibidem, 958; S.M. CICCONE, *Nuovi elementi in tema di reiterazione di decreti-legge*, ivi 1989, 1485. Nel senso della vincolatività v. invece F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano 1996, 453 ss.; P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *costituzionalismo.it*.

⁷ G.U. RESCIGNO, *Corso*, cit., 245.

⁸ Tanto era evidente l'incostituzionalità di detta prassi che in molte occasioni le Camere avevano provveduto a sopprimere la relativa clausola prevista dai decreti-legge per poi inserirla nel disegno di legge di conversione: v. sul punto V. LIPPOLIS, *La reiterazione dei decreti-legge*, in *Diritto e Società* 1981, 249 ss.

conversione⁹, veniva a determinare «un *buco* nell'efficacia delle disposizioni, tanto più ampio e pernicioso quanto più [era] insistita la reiterazione»¹⁰. Veniva così a determinarsi «una totale anche se transitoria situazione di incertezza del diritto per tutti i soggetti, privati e pubblici, che [avrebbero dovuto] osservare o fare osservare le norme del decreto-legge di volta in volta vigente»¹¹, tanto più insostenibile quanto più a lungo rimaneva aperta la “catena normativa” posta in essere dai decreti reiterati.

In questo quadro di profondo distacco tra la configurazione costituzionale della decretazione d'urgenza e lo sviluppo della prassi, i giudici comuni mettono in atto una vera e propria «ribellione organizzata»¹², adottando numerosissime ordinanze di rimessione aventi a oggetto decreti reiterati, la cui efficacia rispetto ai processi *a quibus* è, così, di fatto sospesa¹³. Questa «reazione ambientale»¹⁴ investe, dunque, la Corte costituzionale e fa sì che «il problema della reiterazione, da questione di costituzionalità, per dir così, *sogettiva*, cioè nell'interesse *concreto* degli attori costituzionali coinvolti (Parlamento e Governo), torn[i] ad essere una questione di costituzionalità *oggettiva*, nell'interesse astratto o, meglio, *pubblico* dell'ordinamento»¹⁵.

Per il giudice delle leggi, tuttavia, sindacare il «meccanismo perverso»¹⁶ della reiterazione era questione tutt'altro che semplice. I tempi del processo costituzionale, infatti, rendono estremamente difficile l'adozione di una decisione su un decreto-legge¹⁷ prima che esso decada o sia convertito¹⁸, di modo che, pur a fronte di lunghe catene nor-

⁹ Ma sulla incostituzionalità pure di questa soluzione già F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e società* 1974, 539 e poi, con argomenti diversi, S.M. CICCONE, *Nuovi elementi*, cit., 1492 ss.

¹⁰ A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 488.

¹¹ S.M. CICCONE, *Nuovi elementi*, cit., 1492.

¹² A. CELOTTO, *Sarà il giudice ordinario a limitare la reiterazione del decreto-legge?*, in *Diritto e società* 1995, 539.

¹³ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 11.

¹⁴ G. Z(AGREBELSKY), *Editoriale*, in *Quad. cost.* 1996, 4.

¹⁵ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 12.

¹⁶ S.M. CICCONE, *La reiterazione dei decreti-legge*, in *Politica del diritto* 1995, 384.

¹⁷ Si è difatti parlato, in proposito, di sindacabilità *teorica* e sindacabilità *pratica* del decreto-legge: cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 249.

¹⁸ Anche se non impossibile, come dimostra Corte cost., 19 giugno 1974, n. 184. Su questi aspetti cfr. A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano

mative di decreti non convertiti ma rinnovati, «sindacare il d.l. era [...] come colpire un bersaglio in movimento o dover scorgere la sagoma di un fantasma che appariva solo per un istante per poi scomparire dalla vista»¹⁹. Il giudizio costituzionale, difatti, non poteva vertere che sul decreto-legge di volta in volta censurato e, pertanto, la decisione di inammissibilità per il venir meno dell'oggetto diveniva inevitabile con la decadenza di quello: volendo riprendere la bella immagine da altri utilizzata, dinanzi alla Corte non si riusciva a proiettare il film della reiterazione, ma venivano portati soltanto i singoli fotogrammi della pellicola cinematografica²⁰.

È in questo contesto che il giudice costituzionale nella sentenza n. 84 del 1996²¹, mercè la distinzione tra disposizione e norma e sulla scia di taluni suggerimenti della dottrina²², viene ad ammettere la possibilità di “trasferire” la questione proposta nei confronti di una disposizione decaduta sulla disposizione di reitera, in vigore al momento della decisione, che esprime una norma identica a quella impugnata²³. Si tratta del primo, importante segnale che la Corte lancia agli organi politici circa l'intenzione di colpire la reiterazione²⁴ e non passa inosservato: è del

2000, 1 ss.; N. VIZIOLI, *I decreti-legge*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 400 ss.

¹⁹ A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli 2006, 59.

²⁰ L'immagine, ad altri fini utilizzata, è di S.M. CICONETTI, *Nuovi elementi*, cit., 1495.

²¹ Corte cost., 21 marzo 1996, n. 84, in *Giur. cost.* 1996, 764 ss., con osservazione di A. SPADARO, *La «norma» o piuttosto la «situazione normativa» quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice*.

²² R. TARCHI, *Incompetenza*, cit., 967; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova 1989, 212; A. PIZZORUSSO, *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente*, in *Politica del diritto* 1995, 379; M. LUCIANI, *Per un efficace controllo di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994*, Milano 1996, 105 ss.

²³ Ma v. P. CARNEVALE, *La Corte riapre un occhio (ma non tutti e due) sull'abuso della decretazione d'urgenza?*, in *Giur. It.* 1996, 11 s. dell'estratto, che avanzava qualche dubbio sull'utilità dell'affermazione della Corte ai fini del controllo di costituzionalità dei decreti reiterati, potendo il requisito della rilevanza della questione di legittimità giocare a sfavore del trasferimento a «catena aperta».

²⁴ Invero, già nel 1995 il giudice delle leggi aveva richiamato l'attenzione sull'abuso, in senso ampio, del decreto-legge: dapprima con la sentenza n. 29, sulla quale torneremo

maggio 1996, infatti, la lettera che il Presidente della Repubblica Scalfaro indirizza al Presidente del Consiglio incaricato Prodi in cui la reiterazione è definita come «una usurpazione delle prerogative del Parlamento [...] e una lesione permanente dei principi fondamentali della ripartizione delle funzioni tra gli organi costituzionali, [tale da] minare lo stesso concetto di divisione tra i poteri»²⁵.

Il secondo segnale, inequivoco, giunge qualche mese dopo con la ordinanza n. 197²⁶, quando la Corte solleva di fronte a se stessa questione di legittimità costituzionale su un decreto-legge di reiteratione per violazione dell'art. 77 Cost.²⁷. L'«ordigno a tempo»²⁸ della dichiarazione di incostituzionalità della reiterazione è innescato e di ciò vengono a prenderne atto anche gli organi politici: il Governo presenta due diversi disegni di legge tesi a sanare gli effetti di oltre trecento decreti-legge decaduti, «tenuto conto che sulla questione si pronuncerà tra breve anche la Corte costituzionale»²⁹.

2. *La fine della reiterazione e gli effetti collaterali della decisione della Corte*

Non è una sorpresa, dunque, se pochi mesi dopo la Corte, dinanzi all'ennesima questione di costituzionalità avente ad oggetto un decreto-legge nel frattempo decaduto e reiterato, trasferisce³⁰ la *quaestio* sulla disposizione di reiteratione, ancora in vigore, e afferma che la riproduzione – nel

più avanti, e poi con una lettera inviata dal Presidente della Corte ai Presidenti delle due Camere (sulla quale v. A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 12).

²⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *La reiterazione dei decreti legge decaduti: una dichiarazione di incostituzionalità con deroga per tutti i decreti in corso (tranne uno)*, in *Foro It.* 1996, I, 3276, che riporta ampi stralci della lettera del Capo dello Stato.

²⁶ Corte cost., 14 giugno 1996, n. 197, in *Giur. cost.* 1996, 1789 ss.

²⁷ Il giudizio di costituzionalità si chiuderà, qualche mese dopo, con una pronuncia d'inammissibilità per irrilevanza in ragione delle modifiche apportate alla disciplina normativa nelle successive reiterazioni: cfr. Corte cost., 30 ottobre 1996, n. 366, in *Giur. cost.* 1996, 3192 ss. con osservazione di A. PIZZORUSSO, *Ai margini della questione della reiterazione dei decreti-legge: osservazioni su alcuni problemi procedurali*.

²⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 501.

²⁹ Così nella relazione governativa ai due disegni di legge, che vennero poi ritirati in seguito alle critiche che l'iniziativa aveva ricevuto durante il dibattito nella I Commissione della Camera dei Deputati. Sul punto ampiamente A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 13 ss.

³⁰ Sul punto v. i rilievi di F. SORRENTINO, *La reiterazione*, cit., 3157 s.

suo complesso o in singole disposizioni³¹ – del contenuto di un decreto-legge non convertito viola sotto più profili l'art. 77 Cost.³².

L'argomentare della Corte è sin troppo noto per ripercorrerlo interamente. Qui si vuole soltanto porre in evidenza come la secca condanna della prassi della reiterazione è mitigata da talune osservazioni della Corte, evidentemente preoccupata dai riflessi potenzialmente devastanti della decisione, numerosi essendo i decreti-legge reiterati.

Innanzitutto, non viene considerata incostituzionale la rinnovazione di un decreto non convertito quando questo abbia contenuto sostanzialmente diverso o risulti fondato su nuovi, autonomi e sopravvenuti motivi di straordinaria necessità e urgenza³³. Poi, si afferma che il vizio da reiterazione è sanato dall'intervento della legge di conversione o da quella di sanatoria *ex art. 77, co. 3, Cost.*, perché «il vizio di costituzionalità derivante dall'iterazione o dalla reiterazione attiene, in senso lato, al procedimento di formazione del decreto-legge in quanto provvedimento provvisorio fondato su presupposti straordinari di necessità ed urgenza». Infine, «deroga nella deroga»³⁴, vengono fatti salvi i decreti-legge reiteranti la cui conversione, al momento della pubblicazione della sentenza, era ancora in corso (tranne uno: quello oggetto del giudizio che, pur potendo ancora essere convertito, viene dichiarato incostituzionale in quanto di reitera!³⁵).

Insomma, la Corte concede a Governo e Parlamento una... *via a tre corsie* per aggirare il divieto di reiterazione³⁶, di fatto attribuendo alla

³¹ Sulla circostanza per cui quale oggetto della reiterazione possono identificarsi l'atto, ovvero le disposizioni in esso contenute ovvero ancora le norme da esse ricavabili, e sulle conseguenze che discendono a seconda della scelta che si compia, v., già prima della decisione della Corte, le lucide osservazioni di S.M. CICCONE, *Nuovi elementi*, cit., 1481 ss., 1498 ss. V. poi, in relazione a quanto affermato sul punto dalla sent. n. 360, F. SORRENTINO, *La reiterazione*, cit., 3160; S.M. CICCONE, *La sent. n. 360*, cit., 3163 s.

³² Che la decisione della Corte non sia certo arrivata a sorpresa è testimoniato, inoltre, dalla circostanza per cui il Presidente della Corte costituzionale aveva anticipato i contenuti della pronuncia in una conferenza stampa e aveva poi ricevuto, il giorno successivo, il Presidente del Consiglio.

³³ Cfr. S.M. CICCONE, *La sent. n. 360*, cit., 3164 s.

³⁴ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 24.

³⁵ R. ROMBOLI, *La reiterazione*, cit., 3273 s.

³⁶ L'immagine è ripresa da N. VIZIOLI, *I decreti-legge*, cit., 410. Sulla circostanza per cui la sanabilità del vizio da reitera potesse lasciare ampi spazi al seguire degli abusi v. anche V. ANGIOLINI, *La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?*, in *Dir. pubbl.* 1997, 116 ss.; R. ROMBOLI, *La reiterazione*, cit., 3273 s.

propria decisione «effetti soprattutto monitori»³⁷. Eppure, nei mesi successivi i soggetti istituzionali «hanno prontamente mostrato di voler prestare effettivo ossequio»³⁸ alla sent. n. 360, il Parlamento è riuscito a chiudere, attraverso la conversione o la sanatoria *ex art. 77, co. 3, Cost.*, le catene normative ancora aperte e, da allora in avanti, il fenomeno della reiterazione è miracolosamente³⁹ scomparso quasi del tutto⁴⁰.

Tuttavia, la fine della reiterazione ha sì drasticamente ridotto la quantità dei decreti-legge ma, a dispetto delle apparenze⁴¹, non ha significato anche «la riconduzione della decretazione d'urgenza nell'area della fisiologia costituzionale»⁴². La decisione della Corte, infatti, ha “solamente” interrotto «il circolo vizioso rappresentato dal loop “decadenza-ri-presentazione-decadenza” dei decreti non convertiti»⁴³, ma non ha avuto un significativo impatto sulla ipertrofia di decreti nuovi, che sono rimasti «la forma attraverso la quale il Governo – in un caso su due – avvia il procedimento legislativo»⁴⁴. Anche la diminuzione del numero dei decreti che indubbiamente v'è stata negli ultimi anni⁴⁵ non deve trarre in inganno, dal momento che parallelamente v'è stata una drastica diminuzione della produzione legislativa parlamentare ordinaria, dominata oramai dalle leggi di conversione e di ratifica⁴⁶, di modo che si è verificata, in ve-

³⁷ A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 507. Sulla valenza *pro futuro* della decisione *de qua v.*, in particolare, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000, 297 ss.

³⁸ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 245.

³⁹ F. MODUGNO, *A mo' di introduzione: considerazioni sulla «crisi» della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, vol. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano 2000, 46.

⁴⁰ Per taluni rari casi di illegittima reiterazione anche dopo la sent. n. 360 del 1996 v. A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 333 s.; N. MACCABIANI, *Le reiterazioni dei decreti-legge successive alla sentenza 360/96 della Corte costituzionale*, in *Rass. Parl.* 2001, 423 ss.

⁴¹ F. MODUGNO, *A mo' di introduzione*, cit., 62.

⁴² A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, a cura di P. Caretti, Torino 2007, 123.

⁴³ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 309.

⁴⁴ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 312.

⁴⁵ Si è passati, infatti, da un numero di decreti-legge *nuovi* pari a circa 4 al mese – un dato tanto costante negli anni da essere qualificato come «tasso strutturale» (A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 308) – ai poco più di due di questa Legislatura (il dato è tratto da A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la “seconda svolta”*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino 2011, 5).

⁴⁶ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del Governo e di altre autorità statali*, in *Os-*

rità, «una crescita notevolissima in termini relativi»⁴⁷ della decretazione d'urgenza.

Il decreto-legge, dunque, continua ad essere una fonte di cui, quale che sia la loro estrazione e composizione politica, i Governi continuano ad abusare⁴⁸, potendosi qualificare ancora oggi, e forse anche più che in passato⁴⁹, come «disegno di legge governativo, rafforzato dalla posizione costituzionale dell'atto che ne consente l'immediata operatività»⁵⁰ e che, inoltre, garantisce certezza dei tempi dell'esame parlamentare⁵¹. In una sorta di «emergenza infinita»⁵², è utilizzato *ordinariamente*, assai spesso nella forma dei c.d decreti *omnibus*, addirittura diventando fonte *tipica* di alcuni settori materiali o svolgendo reiteratamente la medesima funzione⁵³. Anche la prassi più recente, insomma, conferma come oramai convivano due distinti *tipi* di decreto-legge: «da un lato, vi sono i *decreti-legge*, frequentissimi, che operano quali *strumenti dell'«indirizzo politico»* e quindi *mezzi di legislazione divenuta oramai ordinaria*, in quanto parallela a quella parlamentare, e, dall'altro, i *decreti-legge*, assai più rari, *adottati in casi veramente straordinari*, in ossequio al disposto dell'art. 77 Cost.»⁵⁴.

servatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare, a cura di P. Caretti, Torino 2010, 74 s., e la tabella sulla produzione legislativa complessiva, curata e costantemente aggiornata da A. Simoncini e E. Longo in *osservatoriosullefonti.it*.

⁴⁷ A. SIMONCINI, *Dieci anni*, cit., 136.

⁴⁸ G. PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata 2006, 66 s., mette lucidamente in evidenza il quadro contraddittorio degli ultimi anni, ove a fronte di ampie maggioranze parlamentari, di una posizione rafforzata del Governo in Parlamento, di una considerevole crescita dei poteri normativi di quest'ultimo e, infine, del plusvalore politico che l'esecutivo ha in virtù di leggi elettorali tendenzialmente maggioritarie, «la decretazione d'urgenza continua ad avere dimensioni e fisionomia abnormi».

⁴⁹ G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti*, cit., 76.

⁵⁰ La fortunatissima definizione è di A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA, *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano 1975, XV.

⁵¹ R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.* 2010, 65 s.

⁵² A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in *L'emergenza infinita*, cit., 37.

⁵³ Cfr. ampiamente A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 358 ss., che porta gli esempi dei decreti regolanti le missioni militari all'estero, dei decreti dettanti discipline transitorie, dei decreti di differimento di termini.

⁵⁴ F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.* 1994, 3235. V. anche F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie*, cit., 453 ss.; ID., *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova 1998, 62 ss. In termini analoghi già C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1984, 324.

Si può allora affermare senza téma di smentita che la dichiarazione di incostituzionalità della reiterazione non ha chiuso la stagione degli abusi, ma ha solamente colpito la punta dell'*iceberg*. Con effetti collaterali che confermano quanto quella del decreto-legge sia una «storia di paradossi»⁵⁵.

Prima della sent. n. 360, infatti, a fronte degli «opposti abusivismi»⁵⁶ di Governo, che adottava decreti-legge senza soluzione di continuità, e Parlamento, che li faceva oggetto di sfrenata emendazione, rendendo assai complicata la conclusione dell'*iter* parlamentare di conversione entro il termine costituzionalmente imposto⁵⁷, la prassi della reiterazione, che per un verso quegli abusivismi alimentava⁵⁸, dall'altro aveva consentito il raggiungimento di una sorta di «equilibrio nella patologia»⁵⁹. Nei decreti di reitera, infatti, veniva spesso recepito quanto emerso in Parlamento in relazione ai decreti decaduti, di modo che il procedimento di conversione era divenuto uno «strumento di colegislazione, di codeterminazione politica, di negoziato tra governo, maggioranza e opposizione»⁶⁰. Il decreto-legge non era un atto già definito nelle stanze del Governo, che le Camere dovevano ratificare, ma «un semplice *work in progress* o un *ballon d'essai*, cioè un punto di partenza mediante il quale il governo offr[iva] un compromesso precario – poco più che una traccia per la redazione legislativa – predisposto per essere modificato in sede di conversione»⁶¹.

Dopo la decisione della Corte, il recuperato carattere tassativo del termine costituzionale dei sessanta giorni ha reso ancor più delicata la fase della conversione⁶², finendo per sbilanciare il rapporto dialettico tra

⁵⁵ Così A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parl. e di pol. cost.* 1996, 9.

⁵⁶ A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna 2003, 359.

⁵⁷ Sul punto cfr. quanto si dirà *infra* § 4.

⁵⁸ S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Torino 2007, 306, ha rilevato come «il rapporto di causa ed effetto tra abuso e reiterazione divenne di tipo circolare: da un lato il Governo, sapendo di poter reiterare, ebbe sempre meno freni nell'adottare decreti-legge; dall'altro, le Camere, ugualmente contando sulla possibilità della reiterazione, ebbero sempre meno stimoli a deliberare sulla conversione in legge dei decreti nel termine costituzionale di sessanta giorni».

⁵⁹ A. DI GIOVINE, *La decretazione*, cit., 10.

⁶⁰ A. CELOTTO, *Decreto-legge*, postilla di aggiornamento, in *Enc. Giur.*, Roma 2001, 1.

⁶¹ A. DI GIOVINE, *La decretazione*, cit., 10. Le espressioni in corsivo sono, a loro volta, citazioni di G. REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, Bologna 1995, 130 e G.G. FLORIDIA, *La Costituzione*, in *La politica italiana. Dizionario critico 1945-1955*, a cura di G. Pasquino, Bari 1995, 28.

⁶² In questi termini, a proposito della sent. n. 360 del 1996, A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 360.

Governo e Parlamento⁶³, che in quella sede viene posto in essere, tutto a favore del primo. Le Camere non hanno certo rinunciato al potere d'emendamento dei decreti, né ne hanno fatto un uso parco, ma la perentorietà del termine costituzionale per la conversione ha reso non più prorogabili i tempi per la ricerca del consenso delle opposizioni e della stessa maggioranza parlamentare. Così, è diventata sempre più frequente, da parte del Governo, l'apposizione della questione di fiducia sull'articolo unico del disegno di legge di conversione⁶⁴ o la presentazione di maxi-emendamenti⁶⁵, che non sempre recepiscono quanto emerso durante i lavori parlamentari, sui quali anche viene posta la questione di fiducia, con il risultato di un «completo ingessamento della facoltà dispositiva del Parlamento nell'esercizio della sua funzione legislativa di conversione dei decreti»⁶⁶. Senza dire, poi, di nuove prassi abusive che negli ultimi anni si sono fatte strada, quali la conversione «mascherata»⁶⁷ e l'adozione di decreti «a perdere»⁶⁸.

⁶³ Un rapporto, peraltro, già alterato dalla circostanza per cui «nella dinamica maggioritaria “distorta”, o “ipermaggioritaria”, che si è instaurata, non è il Parlamento la fonte della legittimazione-derivazione politica e giuridica del Governo con la concessione a maggioranza della fiducia, bensì il Governo a disporre della “sua” maggioranza in Parlamento» (G. SORRENTI, *Prime considerazioni sull'ambivalenza strategica del ruolo di garanzia del Capo dello Stato*, in *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, a cura di A. Ruggeri, Torino 2011, 487).

⁶⁴ Prassi, questa, sulla quale la dottrina già aveva riflettuto: v., per tutti, S. LABRIOLA, *Questione di fiducia e disegno di legge di conversione: note critiche*, in *Giur. cost.* 1980, 1375 ss. e N. LUPO, *Il “fattore tempo” nella conversione dei decreti-legge*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 3 – Seminario 1992*, Milano 1993, 365 ss.

⁶⁵ Sui maxi-emendamenti cfr., da ultimi, G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova 2008, 259 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, Roma 2007, 411 ss., nonché i contributi in *Maxiemendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo. Atti del Seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1° ottobre 2009*, a cura di N. Lupo, Padova 2010.

⁶⁶ E. GRIGLIO, *La conversione dei decreti-legge nella XIV legislatura: da procedimento duale a procedimento a prevalente connotazione governativa?*, in *Le regole*, cit., 316.

⁶⁷ A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 324 ss., il quale così si riferisce a quei casi in cui venga approvata una legge ordinaria che, pendente la conversione di un decreto-legge, lo abroga, espressamente o tacitamente, ne sana gli effetti prodotti nel periodo di vigenza e ne ripropone le stesse norme per il futuro, il tutto a far data dall'entrata in vigore della legge.

⁶⁸ R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *forumcostituziona-*

D'altro canto, la fase di negoziazione con la maggioranza parlamentare, «numericamente consistent[e], ma tuttora percors[a] da forti tensioni e disomogeneità politica al [suo] interno»⁶⁹, è quasi sempre esperita fuori dal Parlamento, a livello endo-governativo, mentre «le procedure parlamentari – oggi molto più che negli anni '80 – sono sentite nella peggiore delle ipotesi come *lungaggini* e, nella migliore, come momenti di “controllo” della decisione presa dal Governo piuttosto che fasi di reale *decision-making*»⁷⁰.

Il Governo è, allora, il vero *dominus* della decretazione d'urgenza, sia, ovviamente, allorché adotta il decreto, perché ne determina autonomamente il contenuto, ma anche, e soprattutto, quando ne segue l'*iter* di conversione, perché non solo può radicalmente emendarne il testo, direttamente o attraverso la sua maggioranza, ma ha anche gli strumenti per “forzare” la mano alle Camere quando le modifiche da esse apportate non trovino il suo consenso, non siano in linea con gli accordi raggiunti dentro la maggioranza o, infine, se i *tempi* di discussione si fanno eccessivamente lunghi⁷¹. Il che, stando a quanto detto circa la produzione legislativa del Parlamento oggi, è circostanza di non poco momento, perché vuol dire che «le Camere stanno a guardare»⁷² e che il titolare *di fatto* della funzione legislativa è il Governo⁷³.

Lungi dal voler rimpiangere i tempi della reiterazione – prassi incostituzionale comunque responsabile dell'impennata, dal punto di vista

le.it, § 2 ss., i quali così vogliono riferirsi alla prassi invalsa di far decadere decreti-legge il cui contenuto normativo è stato previamente recepito tramite emendamenti ad altro decreto-legge in corso di conversione.

⁶⁹ A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., 10.

⁷⁰ A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 52.

⁷¹ Ha di recente osservato M. CARTABIA, *Il Governo “signora delle fonti”?*, in *Gli atti normativi*, cit., XIII, come negli ultimi anni nel campo delle fonti normative si vada facendo strada «una sorta di “signoria procedurale” del Governo (presunta, supposta o comunque praticata), secondo cui l'esecutivo si ritiene legittimato a infrangere gli argini procedurali, secondo le esigenze e gli obiettivi sostanziali che ritiene di dover raggiungere»

⁷² G. DI COSIMO, *E le Camere stanno a guardare*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, I, 151.

⁷³ Anche chi evidenzia come nel tempo attuale il Governo non possa essere considerato mero esecutore della legge e che, dunque, la *sua* attività normativa è uno degli strumenti di realizzazione del *suo* indirizzo politico, osserva che proprio alla luce di ciò l'intervento delle Camere «non può essere né omesso né ridotto ad un adempimento formale, ma al contrario deve presentare caratteristiche tali da garantire che il *decision making process* si consumi sostanzialmente ed effettivamente in parlamento» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista di diritto costituzionale* 2006, 94).

quantitativo, dei decreti-legge e del loro affollamento in Parlamento, tale da impedire qualsiasi programma dei lavori⁷⁴, aggravare le lentezze della legislazione parlamentare⁷⁵, incidere negativamente sulla produttività delle Camere⁷⁶, rallentare lo stesso procedimento (o, meglio, i procedimenti) di conversione⁷⁷ – le considerazioni sin qui condotte vogliono soltanto mettere in luce come la sentenza n. 360 del 1996, che aveva sanzionato la reiterazione anche perché capace di alterare «i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento», a distanza di quindici anni possa *paradossalmente* essere considerata una decisione che, nel restituire perentorietà al termine per la conversione *ex art. 77 Cost.*, ha finito col favorire i Governi (e le maggioranze parlamentari) a discapito delle Camere (e delle opposizioni).

3. *I presupposti del decreto-legge tra Costituzione, prassi ed "evidente mancanza"*

Il punto è che la prassi della reiterazione era, sì, «l'acme degli abusi»⁷⁸, ma la dichiarazione d'incostituzionalità che l'ha colpita non ha avuto effetto alcuno sul *punctum dolens* della decretazione d'urgenza nel nostro ordinamento, ovvero sull'adozione di decreti-legge sul presupposto di casi straordinari di necessità e di urgenza che ... *straordinari* non sono.

Per quanto quella prevista dal capoverso dell'art. 77 Cost. sia una clausola generale intrinsecamente elastica⁷⁹, a testimonianza dell'impos-

⁷⁴ A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 363.

⁷⁵ S. RODOTÀ, *Fenomenologia dei decreti*, in *Politica del diritto* 1980, 380 s.; A. BALDASSARRE, C. SALVI, *Contro l'irrigidimento autoritario del sistema politico*, ibidem, 388, che mettono in luce come «il ricorso alla decretazione d'urgenza si è dimostrato in concreto un ulteriore intralcio alle capacità decisionali delle Camere, già depotenziate da altre e più strutturali ragioni».

⁷⁶ A. BALDASSARRE, C. SALVI, *La decretazione d'urgenza. Tendenze istituzionali e proposte di riforma*, in *Democrazia e diritto* 1981, 39.

⁷⁷ Nota A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 362 s., come ciò sia accaduto anche perché si è ritenuto opportuno che i disegni di legge di conversione non fossero approvati in commissione.

⁷⁸ A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 1512.

⁷⁹ G. GROTANELLI DE' SANTI, *Usa ed abuso del decreto legge*, in *Diritto e Società* 1978, 246.

sibilità di una predeterminazione aprioristica dei casi in cui può adottarsi un decreto-legge, questo rimane uno «strumento da adottare esclusivamente in ipotesi estreme»⁸⁰, quando, per dare risposte efficaci «a situazioni che si pongono al di fuori del normale ordine delle cose»⁸¹, non sia possibile ricorrere neppure ai «procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza» previsti dall'art. 72 Cost.⁸². Insomma, il grado di discrezionalità di cui gode il Governo nella valutazione delle circostanze concrete che lo legittimano a ricorrere al decreto-legge «non risulta così ampio da rendere l'accertamento stesso totalmente libero»⁸³, se non a costo di svuotare di senso il riferimento della Costituzione alla *straordinarietà* del caso, che sembra doversi intendere «come una qualificazione rafforzativa della “necessità ed urgenza”, nel senso di un particolare tipo o *grado di intensità di esse*»⁸⁴.

È noto però come nella prassi, sulla scia di un'interpretazione della disposizione costituzionale che poneva l'accento sulla *relatività* dei presupposti⁸⁵ – invero stralciata dalla peculiare caratterizzazione del decreto-legge in cui era inserita⁸⁶ – per un verso si sia fatta strada una lettura «superestensiva»⁸⁷ della “necessità ed urgenza”, per l'altro sia stata pre-

⁸⁰ F. CAZZOLA, *Le lentezze dell'urgenza. Legislature, governi e uso del decreto-legge*, in F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA, *Il decreto-legge*, cit., 11.

⁸¹ G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli 1967, 118.

⁸² G. SOLAZZI, *I decreti-legge*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze 1950, 101; L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, 557.

⁸³ M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giur. cost.* 1982, 1448.

⁸⁴ M. RAVERAIRA, *Il problema*, cit., 1445. In termini, L. PALADIN, *In tema*, cit., 555; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 118; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 321. *Contra* A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1977, 262, secondo il quale «il riferimento alla straordinarietà dei “casi” non [ha] neppure essa altra funzione che quella iterativa del concetto espresso»; G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, 9, per il quale la straordinarietà pare essere l'unico presupposto costituzionale che legittima l'adozione di un decreto.

⁸⁵ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, Milano 1960, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano 1992, 194. Ha peraltro rilevato L. PALADIN, *Art. 77*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1979, 58, che «non è facile dire fino a che punto le indulgenti interpretazioni dottrinali abbiano influito sul fenomeno della decretazione governativa d'urgenza, ed in qual misura – invece – siano state esse a risentire della crescente importanza che i decreti-legge hanno assunto di fatto».

⁸⁶ Un'osservazione in tal senso in A. CELOTTO, E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, cit., 1518.

⁸⁷ A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, cit., XV.

termessa quasi del tutto la “straordinarietà” dei casi, di modo che il decreto-legge è stato adottato anche a fronte di casi prevedibili e non certo «fuori del normale e quotidiano svolgersi della vita di una comunità statale»⁸⁸. Omessa qualsivoglia allusione a situazioni eccezionali, intesa la necessità in riferimento anche solo ai fini *ordinari* perseguiti dal governo e l'urgenza quale «situazione che, per valutazioni politiche, consiglia o impone» l'adozione dei provvedimenti governativi per «rispondere rapidamente a domande legislative»⁸⁹, l'«alluvione»⁹⁰ dei decreti che si è riversata sul Parlamento a partire dagli anni Settanta ha realizzato una vera e propria «metamorfosi»⁹¹ dell'istituto.

Poco più di un anno prima della sentenza n. 360 del 1996, la Corte costituzionale sembrava indicare la volontà di abbandonare la cautela con la quale ha sempre affrontato i «gangli nodali del rapporto Parlamento-Governo in tema di fonti»⁹² e, allo stesso tempo, di superare gli ostacoli d'ordine teorico che impedivano un sindacato giurisdizionale sui presupposti del decreto-legge. Con un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 29 del 1995⁹³, il giudice delle leggi innanzitutto rivede il proprio orientamento giurisprudenziale che, sulla scia dell'inquadramento della legge di conversione nei termini d'una *novazione* o *sostituzione* del decreto del Governo⁹⁴, abbracciava la tesi della sanabilità del vizio da mancanza dei presupposti⁹⁵; poi, e soprattutto, afferma che la pre-esistenza

⁸⁸ Così invece V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano 1970, 217, delineava la “straordinarietà” *secundum Constitutionem*.

⁸⁹ Entrambe le citazioni sono di A. PREDIERI, *Il Governo colegislatore*, cit., XVII.

⁹⁰ F. CAZZOLA, M. MORISI, *L'alluvione dei decreti: il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Milano 1981.

⁹¹ Per riprendere l'espressione di V. CRISAFULLI, *Le metamorfosi del decreto-legge*, in *Il Tempo*, 13 novembre 1979.

⁹² A. CELOTTO, *La «storia infinita»: ondivaghi e contraddittori orientamenti sul controllo dei presupposti del decreto-legge*, in *Giur. cost.* 2002, 137.

⁹³ Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 29, in *Giur. It.* 1995, 394 ss., con nota di A. CELOTTO, *Rilevanti aperture della Corte costituzionale sulla sindacabilità dei decreti legge*.

⁹⁴ Cfr., anche con pronunciate diversità d'accenti, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 152 ss.; S. FOIS, *Problemi relativi agli effetti della conversione sull'impugnativa di decreti legge*, in *Giur. cost.* 1968, 171 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 82 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, in *Dir. e società* 1973, 351 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed. a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 105; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 709 s.; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 325 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1990 [rist. 1988], 181.

⁹⁵ Così a partire da Corte cost., 23 aprile 1986, n. 108, in *Giur. cost.* 1986, 582 ss. con osservazione di M. RAVERAIRA, *Necessità ed urgenza dei decreti-legge e legge di conversio-*

del caso straordinario di necessità e di urgenza costituisce un requisito di validità costituzionale del decreto-legge, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di *legittimità costituzionale* del decreto quanto un vizio *in procedendo* della legge di conversione, in quanto tale sindacabile anche dalla Corte⁹⁶, la cui valutazione è diversa da quella, di tipo prettamente politico, compiuta dalle Camere in sede di conversione⁹⁷.

Questa decisione – che pure era stata vista con favore nell'ottica di un primo passo verso un sindacato *pratico* dei vizi del decreto-legge⁹⁸ – si è però nel tempo rivelata una *falsa speranza*, rendendo quell'opera di «accercchiamento della Corte nei confronti dei decreti-legge»⁹⁹, della quale la successiva sentenza n. 360 del 1996 poteva dirsi un'altra tappa¹⁰⁰, un'opera «incompiuta»¹⁰¹. Negli anni successivi, difatti, la giurisprudenza costituzionale si caratterizzerà, da un lato, per la valorizzazione della “evidente mancanza”, formula inventata¹⁰² dalla Corte che ha ri-

ne. In dottrina v. G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 201; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 84 s.; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 333.

⁹⁶ Lo scrutinio della Corte in relazione alla sussistenza dei presupposti, pur con diverse ricostruzioni del rapporto tra decreto-legge e legge di conversione, era ammesso, nei soli casi riconducibili al c.d. eccesso di potere legislativo, da L. PALADIN, *In tema*, cit., 554; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 116; F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale*, cit., 526; G. ZAGREBELSKY, *Manuale*, cit., 178; M. RAVERAIRA, *Il problema*, cit., 1455 ss.; A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA. VV., *I decreti-legge non convertiti*, cit., 45 s. Ricostruiva il sindacato sui presupposti quale attinente alla legittimità e non al merito politico del provvedimento, a dimostrazione di come la distinzione tra necessità relativa e assoluta sia stata estrapolata dalla complessa ricostruzione dell'istituto del decreto-legge proposta, proprio C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 236 s.; 211, testo e, soprattutto, nt. 36.

⁹⁷ In dottrina ritenevano che la legittimità dell'adozione del decreto era valutazione che potesse effettuare il solo Parlamento in sede di conversione A.A. CERVATI, *Interrogativi sulla sindacabilità dell'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.* 1977, 882 s.; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 333; A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto* 1981, 309 ss.

⁹⁸ Ma *contra* L. PALADIN, *Atti legislativi*, cit., 24, per il quale la sentenza n. 29 «chiude le porte della stalla, dopo che i buoi se ne sono già scappati». Spunti critici anche in C. NASI, *La Corte costituzionale fra vizi della legge di conversione e vizi della legge di sanatoria ex art. 77 Cost.*, in *Giur. cost.* 1995, 3682 ss.

⁹⁹ A. RUGGERI, *La Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Rivista di diritto costituzionale* 1996, 251.

¹⁰⁰ Ma non la sola: cfr. Corte cost., 10 maggio 1995, n. 161; Corte cost., 26 luglio 1995, n. 391; Corte cost. 22 luglio 1996, n. 270; Corte cost. 29 luglio 1996, n. 330.

¹⁰¹ N. VIZIOLI, *I decreti-legge*, cit., 406.

¹⁰² Cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quaderni costituzionali* 2011, 368 ss.

dotto «a uno strettissimo pertugio»¹⁰³ la porta aperta dalla sentenza n. 29, e, dall'altro, per gli «ondivaghi e contraddittori»¹⁰⁴ orientamenti circa la sanabilità del vizio da mancanza dei presupposti a seguito della conversione in legge¹⁰⁵. In questo modo l'annullamento di un decreto-legge evidentemente privo dei presupposti è stato a lungo soltanto una possibilità, una eventualità che la Corte si è limitata a «minacciare»¹⁰⁶.

Peraltro, anche le sentenze nn. 171 del 2007¹⁰⁷ e 128 del 2008¹⁰⁸, che per la prima volta dichiarano l'incostituzionalità di disposizioni adottate in evidente mancanza dei presupposti¹⁰⁹, non abbandonano del tutto il

¹⁰³ R. ROMBOLI, *La mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza e la evidente mancanza degli stessi nel decreto legge: come un apparente portone può ridursi ad uno strettissimo pertugio*, in *Foro It.* 2004, I, 3277.

¹⁰⁴ A. CELOTTO, *La «storia infinita»*, cit., 133.

¹⁰⁵ D'altro canto, primi ripensamenti circa il principio stabilito nella sentenza n. 29 erano stati individuati già nelle sentenze nn. 84 e 360 del 1996: cfr. sul punto R. ROMBOLI, *Il controllo dei decreti-legge da parte della Corte costituzionale: un passo avanti e uno indietro*, in *Foro It.* 1996, I, 1116; C. PINELLI, *La regola della novità di contenuto come rimedio all'esercizio fraudolento di potestà normativa*, in *Dir. pubbl.* 1997, 124; A. PIZZORUSSO, *Ai margini*, cit., 3201. La giurisprudenza successiva, peraltro, ha consentito di tenere distinti il vizio da reitera e quello da mancanza dei presupposti: cfr. R. ROMBOLI, *L'efficacia sanante dei vizi formali del decreto legge da parte della legge di conversione: è davvero cancellata la sent. n. 29 del 1995?*, in *Giur. cost.* 1997, 908 ss.; V. ANGIOLINI, *La Corte riapre un occhio sui vizi del decreto-legge convertito?*, ibidem, 2010 ss.; A. CELOTTO, *Spunti ricostruttivi sulla morfologia del vizio da reiterazione di decreti-legge*, ivi 1998, 1559 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato*, cit., 105 ss.

¹⁰⁶ A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 41.

¹⁰⁷ Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171, in *Giur. It.* 2007, 2675, con nota di P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*.

¹⁰⁸ Corte cost., 30 aprile 2008, n. 128, in *Giur. cost.* 2008, 1486 ss., con osservazione di A. CELOTTO, *Carlo Esposito, le «condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti» e il sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in *Giur. cost.* 2008, 1502 ss. Per una lettura congiunta delle due decisioni, P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata, in forumcostituzionale.it*.

¹⁰⁹ Nella sent. n. 171 del 2007 la Corte «in maniera davvero cristallina» (R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro It.* 2007, I, 1988) ha riconosciuto l'esistenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali circa la sanabilità della mancanza dei presupposti da parte della legge di conversione e ha poi optato per la negativa, facendo dunque uso d'uno stile argomentativo che, oltre a essere inusuale nella giurisprudenza costituzionale, accreditava l'autorevolezza della pronuncia la quale «sarà, anche per questo, in futuro più difficilmente sovvertibile o, quantomeno, da considerarsi un precedente particolarmente qualificato» (P. CARNEVALE, *Il vizio di "evidente mancanza"», cit., 2682).*

«canone della *extrema ratio*»¹¹⁰ cui si è ispirata, e si ispira, la giurisprudenza costituzionale in materia.

In quelle decisioni, difatti, l'eterogeneità delle disposizioni censurate rispetto al *corpus* del decreto in cui erano inserite gioca un ruolo significativo ai fini della declaratoria d'incostituzionalità, dal momento che la disomogeneità è utilizzata come figura sintomatica¹¹¹ della violazione dell'art. 77 Cost.¹¹². Ma, appunto, la disomogeneità è solo *sintomo* dell'assenza dei presupposti¹¹³, nulla potendo dire circa l'*oggettiva* sussistenza del caso straordinario¹¹⁴: e ciò vale tanto per il caso in cui si riscontri l'eterogeneità, perché ben potrebbe essere che disposizioni eterogenee rispondano a un caso straordinario di necessità e di urgenza¹¹⁵, quanto per il caso in cui, viceversa, si ritenga sussistente un collegamento formale tra l'oggetto del decreto-legge e le disposizioni censurate, giacché tale circostanza è affatto in grado di escludere la mancanza dei presupposti, che potrebbe affliggere l'intero atto provvisorio, quand'anche omogeneo. In altri termini, l'omogeneità del contenuto del decreto-legge è il *fil rouge* che collega le singole disposizioni e il caso straordinario di necessità e di urgenza evocato dal Governo in sede di adozione del decreto-legge, ma nulla dice circa la reale *straordinarietà* del caso.

Della impossibilità di dare una stretta decisiva all'abuso del decreto-legge facendo leva soltanto su argomentazioni che ruotino attorno alla

¹¹⁰ A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 41.

¹¹¹ Cfr., già prima delle decisioni della Corte, M. RAVERAIRA, *Il problema*, cit., 1462; V. ANGIOLINI, *Attività legislativa*, cit., 228; A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 338 ss.

¹¹² Una lettura diversa delle due decisioni è proposta da Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni «eccentriche» introdotte in sede di conversione*, in *Rass. parl.* 2011, 98, secondo il quale «la Corte riconosce l'estraneità delle censurate disposizioni, introdotte in sede di conversione, in quanto non sorrette dal presupposto di cui all'art. 77 Cost.».

¹¹³ Quella della omogeneità del decreto-legge non essendo «requisito costituzionalmente imposto, seppure opportunamente previsto» (Corte cost. 28 giugno 2004, n. 196). Non si è mancato di rilevare, peraltro, come la stessa Corte successivamente abbia «manipolato» se stessa, affermando che nella sent. n. 171 del 2007 sono stati fatti valere due diversi vizi, quello da evidente carenza dei presupposti e quello da evidente estraneità delle disposizioni censurate (cfr. Corte cost. 18 luglio 2008, n. 294, in *Giur. cost.* 2008, 3247, commentata da S. BOCCALATTE, *La Corte manipola se stessa: la disomogeneità (evidente?) come motivo di illegittimità dei decreti-legge?*, ivi, 3978 ss.).

¹¹⁴ A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibili di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Foro It.* 2007, 2664 ss.

¹¹⁵ A. RUGGERI, *Ancora una stretta*, cit., 2666; A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 456 ss.

omogeneità/disomogeneità dei decreti è sembrata consapevole, d'altro canto, la stessa Corte. Nella sent. n. 128, difatti, il riscontro circa la eterogeneità delle disposizioni censurate rispetto al restante *corpus* normativo pare essere soltanto un «elemento *ad adiuvandum*»¹¹⁶, il giudizio della Corte venendosi ad appuntare anche, forse soprattutto, sui «*profili della congruità e della pertinenza delle disposizioni rispetto al fine*, determinato dal Governo»¹¹⁷. Così, il giudice delle leggi ha percorso i binari di un giudizio di ragionevolezza della norma parametrato non sulla norma in sé¹¹⁸ ma, per l'appunto, sulle finalità che l'Esecutivo riteneva di voler raggiungere con essa, dunque in «una verifica “per linee interne” alla normazione»¹¹⁹, utilizzando quelle logiche del c.d. eccesso di potere legislativo che da tempo si ritengono utilizzabili ai fini del sindacato sui presupposti¹²⁰. Eppure, anche quello che è indubbiamente un passo avanti nel controllo che la Corte può esercitare sulle violazioni dell'art. 77 Cost. lascia il giudice costituzionale lontano dal *fatto* e, pertanto, lontano da valutazioni circa l'*oggettività* della *straordinarietà* del caso, della *necessità* e dell'*urgenza* del provvedimento governativo¹²¹.

Le tecniche di giudizio utilizzate¹²², dunque, per un verso confermano le difficoltà insite nel sindacato *pratico* sui presupposti del decreto-legge – che inevitabilmente corre (e non può non correre) lungo il crinale che separa giuridico e politico, diritto e fatto – e dall'altro dimostrano

¹¹⁶ P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 10. *Contra* A. RUGGERI, “Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge (a margine di Corte cost., n. 128 del 2008), in *Foro It.* 2008, 3048 ss.

¹¹⁷ Così già M. RAVERAIRA, *Il problema*, cit., 1462.

¹¹⁸ Già nella sentenza n. 171 e, poi, anche in quella ora in esame la Corte aveva evidenziato come una disposizione adottata in evidente mancanza dei presupposti non possa essere salvata in ragione della «eventuale constatazione della ragionevolezza della disciplina».

¹¹⁹ P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 10.

¹²⁰ Cfr. gli AA. citati in nt. 96.

¹²¹ D'altra parte, che il compiere valutazioni circa l'*oggettività* dei presupposti non sia nell'intenzione della Corte è testimoniato dal ruolo che nella sent. n. 171 del 2007 è assegnato alla “motivazione” dei presupposti. Non solo, infatti, quest'ultima è ricavabile tanto dal preambolo del d.l. quanto dal contesto normativo e dai lavori parlamentari in sede di conversione, ma ove risulti adeguata fa sì che la Corte «si arrest[i] a questa constatazione senza voler in alcun modo interferire sulla relativa discrezionalità del Parlamento» (F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?*, in *Giur. cost.* 2007, 1679). Ma sul punto v. altresì S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in *federalismi.it*.

¹²² Utilizzate poi anche successivamente: cfr. sentt. nn. 52/2010; 79 e 93/2011.

come la preoccupazione di interferire con valutazioni d'opportunità politica riservate al circuito Governo-Parlamento abbia indotto la Corte a usare particolare prudenza¹²³ anche ora che ha irreversibilmente¹²⁴ abbracciato la tesi della non sanabilità¹²⁵ del vizio da (evidente) mancanza dei presupposti¹²⁶. Insomma, alla tradizionale riluttanza della Corte nel far valere i vizi formali¹²⁷ si affianca una particolare cautela nella verifica relativa alla violazione dell'art. 77 Cost., tale che questa sembra rimanere confinata ai casi di «emergenza costituzionale»¹²⁸, quando appare necessario approntare tutela a diritti individuali dall'abuso messi in pericolo¹²⁹, mentre le *ordinarie* dinamiche della decretazione d'urgenza rimangono improntate ad abusi vecchi e nuovi perchè «il vizio formale non

¹²³ Una prudenza che è *expressis verbis* dichiarata dalla Corte nella sent. n. 171, ladove una volta osservato che «la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi» si rileva come ciò «spieg[hi] perchè questa Corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente».

¹²⁴ P. CARNEVALE, *Il vizio*, cit., 2682; A. RUGGERI, *Ancora una stretta*, cit., 2664; G. MONACO, *Decreto-legge, legge di conversione e legge di sanatoria di fronte al sindacato della Corte costituzionale*, in *Dir. Pubbl.* 2007, 590 s.

¹²⁵ È stato notato come con la nozione di “evidente mancanza” la Corte presupponga, tuttavia, una distinzione tra vizio da carenza dei presupposti sanabile e non sanabile: cfr. R. ROMBOLI, *Una sentenza storica*, cit., 1988; F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti*, cit., 1677.

¹²⁶ Per una critica alla “scelta” della Corte v. R. DICKMANN, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, in *federalismi.it*.

¹²⁷ Cfr., da ultima, M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.* 2008, 835 ss. Sulla necessità del sindacato costituzionale sui vizi formali a fronte della tendenza della giurisprudenza costituzionale a reputarli vizi “deboli”, E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale: vecchie questioni e nuovi profili problematici*, in *Gli atti normativi*, cit., 59 ss.; A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo tra forma di governo e forma di stato*, ivi, 514 ss.

¹²⁸ Così, a commento della sent. n. 29 del 1995, G. PITRUZZELLA, *La straordinaria necessità e urgenza: una «svolta» della giurisprudenza costituzionale o un modo per fronteggiare situazioni di «emergenza» costituzionale?*, in *Le Regioni* 1995, 1100 ss.

¹²⁹ G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro It.* 1970, V, 28 s. e G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano 2009, 320. In riferimento alle decisioni in esame v. F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti*, cit., 1679; R. CRISTIANO, *Il rafforzamento del ruolo della Corte come custode dei diritti nelle recenti sentenze sul decreto-legge*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli 2008, 661 ss.

sanzionato tende a essere riprodotto tutte le volte in cui viene applicata la norma sulla normazione»¹³⁰.

Che l'annullamento di un(a disposizione di un) decreto-legge sia una *extrema ratio* è confermato, peraltro, non tanto dalla *eccezionalità* di quelle due pronunce – che potrebbe ben darsi non abbiano avuto conferme nel triennio successivo per ragioni squisitamente legate al processo costituzionale¹³¹ – quanto dallo scarso (se non nullo) seguito che quelle decisioni hanno avuto in ambito politico¹³², se è vero che i Governi hanno continuato ad adottare decreti-legge interpretando in senso (estremamente) *relativo*¹³³ i presupposti *ex art. 77 Cost.* e le Camere hanno seguito a convertirli senza far valere la mancanza di quelli¹³⁴.

Sotto questo punto di vista, appare di tutta evidenza la differenza rispetto a quanto accadde all'indomani (ma, in verità, anche immediatamente prima) della sentenza n. 360 del 1996. Allora, come abbiamo

¹³⁰ E. FRONTONI, *Il decreto legislativo*, cit., 64.

¹³¹ Ciò perché negli anni successivi, da un lato, la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità che le sono state poste in riferimento alla violazione dell'art. 77 Cost. e, dall'altro, nel giudizio in via principale è rimasto fermo il principio per cui sono ammissibili da parte regionale censure concernenti la violazione di parametri costituzionali non attributivi di competenze solo quando ciò abbia determinato una seppur indiretta incisione delle attribuzioni regionali, il che come è evidente restringe, e di molto, il ventaglio dei "casi" di "evidente mancanza" che possono essere portati all'attenzione della Corte. Sui problemi posti da questo indirizzo giurisprudenziale in riferimento al sindacato sui presupposti sia consentito rinviare a D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52/2010*, in *Giur. It.* 2011, 280 ss. e D. CHINNI, A. DANESI, *Chiamata in sussidiarietà con intesa e rinuncia con decreto legge, in federalismi.it* e in corso di pubblicazione in *Giur. It.*

¹³² D'altro canto, già anni addietro si era acutamente notato come «la riduzione e la quasi eliminazione del sindacato della Corte costituzionale sulla necessità e sull'urgenza comporterebbe la pratica e piena derogabilità da parte delle forze politiche di maggioranza della norma costituzionale che ancora i decreti-legge e le leggi di conversione a quei presupposti» (F. SORRENTINO, *La Corte*, cit., 536).

¹³³ La stessa Corte, d'altro canto, nella sent. n. 128 aveva compiuto un riferimento alla urgenza *relativa*: cfr. P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 14; A. CELOTTO, *Carlo Esposto*, cit., 1503 ss..

¹³⁴ Il che, invero, non può destar sorpresa. Come ha osservato C. CHIMENTI, *Conversione dei decreti legge ed ostruzionismo parlamentare*, in *Studi parl. e di pol. cost.* 1971, 44 «la somma di cautele costituzionali che accompagna l'istituzionalizzazione dei decreti legge appare destinata a vanificarsi, qualora la valutazione dell'urgenza della necessità e della straordinarietà sia rimessa al Governo ed alla maggioranza parlamentare: finché sussiste il rapporto di fiducia, infatti, l'idem sentire fra i due soggetti anzidetti è assicurato e per conseguenza, ammesso pure che quei requisiti si prestino a valutazioni non puramente soggettive, è assicurata via libera alla decretazione governativa al di là delle remore che, invece, sarebbero necessarie ai fini della tutela della vitalità del Parlamento».

visto, Governo e Parlamento rinunziarono immediatamente alla prassi della reiterazione dichiarata costituzionalmente illegittima; oggi, al contrario, il significato profondo delle sentt. nn. 171 e 128 è pressoché ignoto¹³⁵, dal momento che non vi sono indizi di alcun genere circa la volontà di porre rimedio alle disfunzioni che la Corte ha inteso segnalare¹³⁶.

Ora, è certo che una così marcata differenza dell'impatto delle decisioni costituzionali sulle dinamiche della decretazione d'urgenza sia dovuta per lo più all'indubbio carattere *di sistema* della sentenza n. 360¹³⁷, che sanzionava una prassi incostituzionale *senza che venisse in specifico rilievo il singolo decreto*, mentre quello da "evidente mancanza" è vizio che non può che essere contestato all'atto governativo (e alla relativa legge di conversione) *di volta in volta* considerato. L'impressione, tuttavia, è che alle recenti pronunce Governo e Parlamento – ma soprattutto il primo – *non vogliono* prestare ossequio, perché ciò significherebbe rinunciare alla «centralità»¹³⁸ del decreto-legge nel nostro ordinamento, all'istituto per come si è conformato nella prassi. In altri termini, mentre il sistema politico *ha voluto* rinunciare alla reiterazione – perché ciò non impediva l'adozione di decreti-legge nuovi ma, anzi, in certo qual modo ne garantiva la conversione nel termine di 60 giorni – oggi non intende seguire la Corte costituzionale sul piano di una interpretazione dei presupposti costituzionalmente più rispettosa, dal momento che ciò significherebbe una drastica riduzione del ricorso al decreto-legge, che è ancora oggi lo strumento principe attraverso cui i Governi indicano e perseguono il proprio indirizzo politico¹³⁹.

Insomma, il diverso *impatto* che la pronuncia del 1996 e le due più

¹³⁵ Basti pensare ai preamboli dei decreti-legge che sono stati adottati – numerosi – dopo le decisioni della Corte, ove continua ad esservi niente altro che una apodittica enunciazione dei casi straordinari di necessità e di urgenza (addirittura, come nel caso del d.l. n. 180 del 2008 – il c.d. decreto Gelmini – omettendo il riferimento alla *straordinarietà* dei casi!), che nella sent. n. 171 è stato espressamente escluso possa essere sufficiente a sostenere l'utilizzo del decreto-legge (cfr. il punto 6 del *Considerato in diritto*).

¹³⁶ La sentenza n. 360 del 1996, diversamente, indusse il sistema politico non solo a trovare soluzioni per l'immediato ma, pur se con scarsi risultati, per il futuro. In quest'ottica possono leggersi alcune delle riforme realizzate all'indomani della decisione *de qua*: cfr. sul punto A. SIMONCINI, *Le funzioni*, cit., 111 ss.

¹³⁷ Un carattere che, senz'altro, fu accentuato e dai segnali che giunsero prima della sentenza dalla giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, dalle inusuali anticipazioni fornite al Governo dalla Corte circa la decisione che quest'ultima si apprestava ad adottare.

¹³⁸ F. MODUGNO, *Analisi*, cit. 63.

¹³⁹ Cfr., da ultima, A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., spec. 8 ss.

recenti hanno avuto sulla decretazione d'urgenza è da attribuire in massima parte alla *volontà* del circuito Governo-Parlamento, che alla prima si conformò a differenza di quanto fatto nei riguardi delle seconde. Sarebbe errato, dunque, attribuire eccessiva importanza al ruolo giocato al riguardo dalla nozione di “evidente mancanza”: se è vero, infatti, che questa, riflettendo l'elasticità della clausola generale di cui all'art. 77 Cost., lascia al Governo (e al Parlamento) un margine di discrezionalità assai ampio nella valutazione della sussistenza dei “casi straordinari di necessità e di urgenza”, non bisogna però dimenticare che nella sentenza n. 360 il vizio da reiterazione era stato ritenuto sanabile dalla conversione in legge, tanto che si era rilevato come ciò potesse lasciare ampi spazi al seguitare dell'abuso¹⁴⁰. Se negli anni successivi così non è stato lo si deve, appunto, alla volontà di Governo e Parlamento, più che al *decisum* della Corte costituzionale.

4. *Il procedimento di conversione dei decreti-legge. Per un nuovo controllo sulla decretazione d'urgenza*

Studi recenti hanno messo in luce come le dinamiche della decretazione d'urgenza degli ultimi anni vengano a caratterizzarsi per «l'incremento quantitativo che i decreti subiscono nel procedimento di conversione»¹⁴¹, tale che «la lunghezza media degli articoli (computata attraverso un conteggio di commi ed articoli) esplod[e] nel successivo procedimento di conversione»¹⁴². È la plastica dimostrazione di quanto delicata sia diventata negli ultimi anni la fase di conversione in legge dei decreti, sulla quale si innestano pratiche abusive¹⁴³ che, non meno di

¹⁴⁰ V. gli AA. citati in nt. 36. V'è stato anche chi, però, aveva avanzato l'ipotesi che la sanabilità dei decreti-legge reiterati fosse una sanabilità «transitoria», valida per quei decreti-legge ch'erano già stati convertiti o in corso di conversione, ma non per quelli che in futuro presentassero il vizio da reitera: cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione*, cit., 300.

¹⁴¹ A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., 6.

¹⁴² Così la relazione al Comitato per la legislazione del Presidente on. Duilio, 31 dicembre 2009, citata da A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., 6. Sul punto v. anche R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge*, cit., 4 ss.

¹⁴³ Ha efficacemente osservato al riguardo A. GHIRIBELLI, *Il rapporto Governo-Parlamento nella conversione dei decreti-legge davanti alla Corte costituzionale*, in *Rass. parl.* 2008, 683 ss., 689, come si sia passati da «un fenomeno di “iper-produzione” (inflazione normativa) di decreti-legge, dovuto alle continue reiterazioni, [...] ad un fenomeno di “cattiva produzione normativa” (inquinamento normativo)».

un'interpretazione lassista dei presupposti *ex art. 77 Cost.*, allontanano sempre più la decretazione d'urgenza dalla sua configurazione costituzionale.

Quello della conversione entro il breve termine di sessanta giorni, di fatti, può ben considerarsi un freno, d'ordine procedimentale, che la Costituzione intende porre all'adozione di decreti-legge¹⁴⁴. In tal modo, all'atto del Governo, che pure deve essere considerato legittimo sin dalla sua emanazione¹⁴⁵, vengono conferiti la forza e il valore della legge¹⁴⁶ soltanto provvisoriamente¹⁴⁷, per un lasso di tempo predeterminato entro il quale le Camere¹⁴⁸, titolari *in via ordinaria* della funzione legislativa, sono chiamate a pronunciarsi sull'atto normativo posto in essere *in via straordinaria* dal Governo¹⁴⁹. Nella logica costituzionale, pertanto, al decreto-

¹⁴⁴ Ne hanno sottolineato la capacità frenante, tra gli altri, G. SOLAZZI, *I decreti-legge*, cit., 101; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 35; V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 272; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 704 e, pur se solo in riferimento alla decadenza del decreto in caso di mancata conversione, L. PALADIN, *Decreto-legge*, in *Nss. Dig. It.*, Torino 1960, 292.

¹⁴⁵ È noto come, invece, propendano per una interpretazione che vorrebbe il decreto-legge quale atto illegittimo, mera eventualità regolata dalla Costituzione, in quanto tale dotato della sola "forza" di legge, ma non del "valore", C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 183 ss. e, sulla sua scia, F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale*, cit., 506 ss. V., anche F. VARI, *Sulla natura della conversione del decreto-legge e sull'efficacia sanante della stessa*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2011, spec. 21 ss., che, pur escludendo che il decreto-legge sia atto invalido, lo reputa espressione di un «agire di fatto», oggetto di ratifica con la legge di conversione. È stato sostenuto che la giurisprudenza costituzionale che configura l'evidente mancanza dei presupposti come vizio *in procedendo* della legge di conversione deponga in favore della tesi del decreto-legge quale atto illegittimo (così F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti*, cit., 1678, e sul punto già ID., *La Corte costituzionale*, cit., 515 s.): a questo proposito sembra possa sostenersi che quel vizio derivi dalla incostituzionalità del decreto-legge, adottato senza che ne ricorressero i presupposti legittimanti, di modo che la violazione del parametro costituzionale da parte dell'atto governativo si riverbera sull'atto di conversione posto in essere dalle Camere. Insomma, illegittimo, sì, il decreto-legge: ma perché *in quel caso* non v'erano i presupposti per la sua adozione, e non perché il Governo non abbia *in assoluto* il potere d'adottare decreti aventi forza di legge.

¹⁴⁶ O né l'una né l'altra: in ciò risiederebbe, secondo L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 44, il «paradosso dei decreti-legge; [dal quale] derivano, in gran parte, le difficoltà interpretative e ricostruttive dell'articolo [in esame]».

¹⁴⁷ Tanto che si è sostenuto che i decreti «proprio per la loro precarietà e provvisorietà, non hanno capacità abrogativa, ma solo sospensiva»: così, ancora da ultimo, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino 2010, 137.

¹⁴⁸ E, in particolare, le opposizioni: cfr. A. PACE, *Divagazioni*, cit., 41; A. DI GIOVINE, *La decretazione d'urgenza*, cit., 7.

¹⁴⁹ Senza, peraltro, che in capo al Parlamento verta un vero e proprio obbligo di pro-

legge – atto *straordinario* – deve seguire la legge parlamentare – atto *ordinario* – che deve soddisfare l'esigenza di «restaurazione del sistema delle competenze»¹⁵⁰, stabilizzando ed eventualmente protraendo gli effetti della normativa prevista dall'atto provvisorio¹⁵¹.

Ora, il fatto che a riportare in equilibrio le competenze sia una legge parlamentare non sembra essere circostanza sufficiente per concludere che la legge *de qua* sia una legge ordinaria *in tutto e per tutto* come le altre¹⁵². Al contrario, sembra esatto ritenere che «il potere di conversione del Parlamento non è configurato, nel modello costituzionale, come potere legiferante in senso proprio»¹⁵³, di modo che la legge di conversione deve intendersi quale «legge tipica a competenza predeterminata»¹⁵⁴. Depongono in tal senso, infatti, diversi elementi.

Bisogna considerare, in primo luogo, come a seguito dell'emanazione del decreto-legge da parte del Presidente della Repubblica¹⁵⁵ il Governo ha un vero e proprio *obbligo* di presentazione dello stesso alle Camere¹⁵⁶, di modo che, per un verso, il termine entro il quale ciò deve av-

nunciarsi entro il termine. È la stessa Costituzione, difatti, a prevedere i due diversi esiti che possono seguire l'adozione del decreto: la conversione in legge o la sua decadenza.

¹⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 708. Analogamente, da ultimo, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 2000 (rist. 1996), 258.

¹⁵¹ V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 290 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 327; G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 75 ss. e, da ultimo, Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 106.

¹⁵² In tal senso, invece, tra gli altri, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 157; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 84.

¹⁵³ G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Politica del diritto* 1996, 424.

¹⁵⁴ V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 303, cui *adde* A. PACE, *Divagazioni*, cit., 45. V. anche Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 103 ss. Cfr. altresì N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein, Milano 2012, ma già in *www.astrid.eu*: il saggio è largamente in sintonia con quanto si dirà anche più avanti ma non lo si è potuto tenere nella debita considerazione perché pubblicato quando il presente contributo era già in bozze.

¹⁵⁵ Non è possibile, in questa sede, dar conto della questione relativa ai limiti dei poteri del Presidente della Repubblica in sede di emanazione. Sulla questione la dottrina negli ultimi anni è tornata a riflettere con attenzione: cfr., tra i molti, M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Politica del diritto* 2009, 409 ss.; P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine a talune considerazioni svolte da Massimo Luciani, in astrid.eu*; G. SERGES, *Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto legge*, in *Giur. cost.* 2009, 469 ss.

¹⁵⁶ E, difatti, si è parlato a tal proposito di iniziativa riservata – perché il Governo è l'unico soggetto che può presentare alle Camere un disegno di legge di conversione – e

venire – “il giorno stesso”¹⁵⁷ – deve reputarsi perentorio e, per l'altro, il mancato rispetto di questo dovrebbe a rigore determinare la decadenza dell'atto provvisorio¹⁵⁸. Il disegno di legge di conversione, dunque, non è nella disponibilità dell'Esecutivo¹⁵⁹, perché è la Costituzione a imporre che il Parlamento sia messo immediatamente nelle condizioni di prendere conoscenza di un atto *straordinario* di esercizio della funzione legislativa: la differenza che intercorre con gli *ordinari* disegni di legge di iniziativa governativa è palese.

In secondo luogo, il *tempo* della legge di conversione non è il *tempo* della legge ordinaria. Di regola, infatti, le Camere sono padrone dei

vincolata – perché sul Governo grava un dovere assoluto di presentazione: cfr. S.M. CICCONE, *Il potere di ritiro nel procedimento di formazione delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 381 ss. Nel senso di un «obbligo costituzionale» in capo al Governo anche C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 706; G.F. CIAURRO, *Decreto legge*, cit., 11 e, ora, Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 105. Propendono per la «sostituibilità dell'iniziativa governativa con altre succedanee» C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 258; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., 265 s.; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 74.

¹⁵⁷ Salvo poi capire se «il giorno stesso» cui si riferisce la disposizione costituzionale vada riferito alla emanazione del Capo dello Stato o alla pubblicazione del decreto in Gazzetta Ufficiale, essendo del tutto implausibile che l'art. 77 Cost. possa riferirsi al momento della mera adozione del decreto da parte del Consiglio dei Ministri. Per la prima ipotesi propende C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 324, il quale pur riferendosi alla «adozione», sembra ritenere quest'ultima coeva alla «firma presidenziale» e, dunque, alla emanazione. Per la seconda, condivisibilmente, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 161; V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 313 s.; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 706; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 72 s., il quale mette bene in luce come tale interpretazione sia da preferire «perché il 3° comma dell'articolo in esame fa un esplicito riferimento alla pubblicazione, per computare il periodo entro il quale tali atti debbono venire convertiti; ed è abbastanza chiaro che non sarebbe coerente fissare con criteri diversi il momento iniziale e il momento finale del procedimento di conversione».

¹⁵⁸ In tal senso G. F. CIAURRO, *Decreto legge*, cit., 11; A. PACE, *Divagazioni*, cit., 46 s., nt. 66, il quale peraltro ritiene che sul Governo gravi «un onere, da esercitare, a pena di decadenza, entro un termine perentorio». Secondo C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 324 s., dalla mancata presentazione dovrebbe derivare la disapplicazione del decreto da parte del giudice, «trattandosi di circostanz[a] influent[e] sull'efficacia, oltre che sulla validità dell'atto», ma sarebbe pur sempre possibile la presentazione tardiva e, dunque, la conversione. *Contra* C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 255 ss.; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 73; V. DI CIOLO, *Questioni*, cit. 214 s.; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 164; G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 186, per i quali il Governo, se del caso, risponderà politicamente del ritardo con il quale ha presentato il decreto, la cui efficacia e validità non sono però da quello intaccate.

¹⁵⁹ Dal che si è anche dedotto che il Governo non potrebbe esercitare il potere di ritiro del disegno di legge di conversione: così S.M. CICCONE, *Il potere di ritiro*, cit., 397 s.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 273, nt. 106; L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 74. *Contra*, A. PACE, *Divagazioni*, cit., 55 ss.

tempi di esame, discussione e approvazione dei disegni di legge, secondo quanto da loro stesse stabilito. Il disegno di legge di conversione, invece, *s'impone* alle Camere, sovrapponendosi alla programmazione dei lavori già decisa: anche a voler ammettere che «il Parlamento rimane pur sempre libero di valutare più urgente la discussione di altri affari già nel programma piuttosto che la conversione del decreto-legge»¹⁶⁰, resta il fatto che l'approvazione di quest'ultima non può avvenire oltre i sessanta giorni costituzionalmente previsti¹⁶¹, mentre gli ordinari progetti di legge non hanno alcuna *dead line* entro cui essere approvati¹⁶², se non quella della fine della Legislatura¹⁶³. Senza dire, poi, del fatto che in quel breve lasso di tempo debbono pronunciarsi entrambe le Camere e che, dunque, ciascuna di esse gode di un *tempo* inferiore a quello di cui all'art. 77 Cost., tanto più breve, peraltro, quanto più il ramo del Parlamento intervenuto per primo trattenga in esame il decreto¹⁶⁴. In altri termini, la gestione del *tempo* per la conversione è ben altra cosa rispetto a quel che accade nel procedimento legislativo ordinario. Qui, la clessidra vien fatta partire non appena il decreto-legge è pubblicato e la sabbia scorre senza soluzione di continuità; lì, in qualsiasi momento le Camere sono padrone di fermare la clessidra e di farla ripartire (o meno) in un secondo momento.

Infine, la legge di conversione si differenzia dalle altre leggi per il suo contenuto «in quanto presuppone l'esistenza di un decreto da convertire, cui si rifà anche nella propria formulazione testuale»¹⁶⁵: come è noto,

¹⁶⁰ V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 239.

¹⁶¹ Analogamente Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 106.

¹⁶² In tal senso anche A. CONCARO, *Il sindacato*, cit., 90.

¹⁶³ In base al principio della decadenza per fine legislatura di tutti gli atti non definitivamente approvati, sul quale, anche per talune eccezioni, cfr. S.M. CICONETTI, *Le fonti*, cit., 183 ss.

¹⁶⁴ Quest'ultima circostanza verrebbe meno a seguire l'indicazione di C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 254 s., della presentazione per la conversione «in modo contemporaneo e collegato». Rimangono però insuperate le considerazioni al riguardo di L. PALADIN, *In tema*, cit., 254, che osserva come, potendo ambedue i rami del Parlamento emendare il testo del decreto, è preferibile che alla seconda Camera sia presentato «un disegno già compiutamente approvato dalla prima, facendo sì che evidenti motivi di correttezza la inducano ad accogliere o rigettare “in toto” il disegno medesimo, piuttosto che correre il rischio d'una duplice manifestazione di volontà delle Camere, concorde quanto alla conversione del decreto-legge e discorde sugli emendamenti». Su quelli che, tuttavia, sono i limiti alla emendabilità del decreto-legge secondo la logica della Costituzione v. *infra* nel testo.

¹⁶⁵ A. CONCARO, *Il sindacato*, cit., 93. Nel medesimo senso G. PITRUZZELLA, *La legge*,

«in deroga alla disposizione secondo cui ogni legge va approvata articolo per articolo e con votazione finale»¹⁶⁶, non consta di più articoli, ma di uno solo che converte il decreto-legge, il cui testo è allegato al disegno di legge di conversione. Il che è questione di non poca rilevanza, innanzitutto perché in tal modo dalle vicende concernenti il decreto-legge dipendono le sorti del disegno di legge di conversione¹⁶⁷; poi, perché discussione e approvazione avvengono *formalmente* su un unico articolo, appunto quello della legge, ma sostanzialmente sugli articoli del decreto (e sugli eventuali emendamenti ad esso proposti); da ultimo, forse soprattutto, in quanto l'esame parlamentare viene a porsi su «norme già operanti nell'ordinamento giuridico»¹⁶⁸.

Ebbene, gli indicati tratti di *tipicità* del procedimento di conversione portano con sé conseguenze di non poco momento. In particolare, sembra che a venirne non poco influenzato è il regime d'emendabilità del decreto-legge sottoposto a conversione¹⁶⁹. Se, infatti, nella logica della Costituzione decreto e legge di conversione debbono ritenersi «tappe di un'unica sequenza procedimentale»¹⁷⁰ che dovrebbe porsi in essere in «casi straordinari di necessità e di urgenza», con i limiti, non solo temporali, di cui sopra si è detto, è difficile negare che la Costituzione si ri-

cit., 127; V. ANGIOLINI, *Attività legislativa*, cit., 242; Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 105 s.

¹⁶⁶ F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito*, in *Pol. dir.* 1995, 425.

¹⁶⁷ Si pensi al caso, inverosimile ma non per questo impossibile, della dichiarazione di illegittimità costituzionale *medio tempore* del decreto: non avendo più alcunché da convertire, la legge rimarrebbe priva d'oggetto. Oppure a quello del rinvio presidenziale della legge di conversione che determini la decadenza del decreto: anche in questo caso, pur se per ragioni profondamente diverse, la legge rinviata sarebbe oramai priva d'oggetto.

¹⁶⁸ G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, cit., 13.

¹⁶⁹ Analogamente, da ultimi, A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione*, in *Gli atti normativi*, cit., 364 ss.; G. MONACO, «Necessità e urgenza» del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la «storica» sentenza n. 171/2007, ivi, 392 s.

¹⁷⁰ V. ANGIOLINI, *Attività*, cit., 238. Nel senso di un vero e proprio «unico procedimento» è V. DI CIOLO, *Questioni*, cit., 306. A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna 2003, 357 ss., riconduce il procedimento di conversione ai procedimenti legislativi «dualisti», ovvero a quelli caratterizzati «dal concorrere di due centri di autonomia normativa» (340). G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 100, ha fatto riferimento a un «concorso necessario di una fonte legislativa del governo e di una fonte legislativa del parlamento sul medesimo oggetto», collocandolo però in una diversa lettura del decreto-legge, che non sarebbe affatto perturbatore delle competenze del Parlamento ma espressione di ordinarie competenze normative del Governo, pur non pienamente fungibili con quelle delle Camere.

ferisca a un rapporto «che si instaura *tra atti* sul presupposto della *identità di contenuto normativo*»¹⁷¹. Con il che, se non proprio all'idea del «prendere o lasciare»¹⁷², nella logica costituzionale l'emendabilità del decreto-legge sembra essere improntata alla marginalità delle rettifiche, «rese necessarie da aporie e lacune nella disciplina, dovute verosimilmente alla comprensibile fretta nella predisposizione delle norme»¹⁷³, o, al più, a piccole correzioni della normativa posta in essere dall'Esecutivo¹⁷⁴. Del resto, la brevità del termine a disposizione del Parlamento per l'approvazione della legge di conversione pare essere incompatibile con la *ordinaria* navetta che, invece, potrebbe venirsi a instaurare tra le Camere qualora il decreto venisse radicalmente emendato, secondo la logica propria della funzione legislativa *tout court*.

Può osservarsi, inoltre, come la disciplina del procedimento legislativo di cui all'art. 72 Cost., ovviamente da applicarsi anche alle leggi di conversione¹⁷⁵, da un lato veda nelle Camere «il luogo effettivo delle decisioni in ordine al contenuto delle leggi, e non la sede di registrazione di decisioni prese altrove»¹⁷⁶ e, dall'altro, intenda «assicurare quel minimo di approfondimento e di contraddittorio che garantiscano la consapevolezza e l'autonomia delle scelte operate collettivamente dalle Assemblee, rispetto alle proposte, pur tecnicamente argomentate e politicamente autorevoli, provenienti dal Governo»¹⁷⁷. In altri termini, ciò che la Costituzione vuole è che il procedimento di decisione parlamentare sia sede di

¹⁷¹ G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., 425.

¹⁷² Peraltro pure sostenuta, *de iure condito* o *de iure condendo*, in dottrina: cfr. A.M. SANDULLI, *La Costituzione*, 1974, in *Nuova Antologia* 1974, 35; V. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, 1, cit., 106 s.; C. ORLANDO, *L'emendabilità dei decreti-legge*, in *Nuovi studi politici* 1981, 43 ss. Cfr. pure C. ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti-legge*, in *Giur. cost.* 1956, 188 ss., nonché ID., *Decreto-legge*, cit., 234, nt. 63; 268, nt. 102, per il quale, essendo oggetto di conversione l'atto e non le sue disposizioni, gli emendamenti dovrebbero ritenersi inammissibili, di modo che quando il Parlamento li ammetta e li approvi, facendoli altresì valere per il passato, «in realtà non converte il decreto-legge, ma si giova dell'art. 77 ultimo comma e disciplina retroattivamente i rapporti insorti sulla base del decreto non convertito».

¹⁷³ G. SILVESTRI, *Alcuni profili*, cit., 425.

¹⁷⁴ Di emendabilità limitata all'oggetto disciplinato dal decreto-legge discorrono G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 194 e Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 110 ss. Sul punto cfr. quanto si dirà *infra*.

¹⁷⁵ I regolamenti parlamentari, anzi, hanno espressamente previsto che l'esame delle leggi di conversione sia sempre effettuato in sede referente: cfr. art. 96 *bis* Reg. Camera e art. 78 Reg. Senato.

¹⁷⁶ M. MANETTI, *La lunga marcia*, cit., 845.

¹⁷⁷ M. MANETTI, *La lunga marcia*, cit., 845 s.

confronto e discussione, consentendo «la raccolta del ventaglio di opinioni e proposte concretamente esistenti nella Camera»¹⁷⁸.

Orbene, è di tutta evidenza come la ristrettezza dei tempi costituzionalmente previsti per la conversione comprime quelle esigenze, tanto più ove si rifletta sul fatto che ciascuna Camera ha a disposizione per l'esame *ben meno* dei sessanta giorni di cui all'art. 77 Cost., per l'ovvia ragione che entro quell'arco temporale deve compiersi l'intero *iter* legislativo. Ciò che, ovviamente, può trovare giustificazione ove il procedimento di conversione sia all'insegna del "prendere o lasciare" o, al più, di *puntuale* modifiche concernenti la disciplina normativa posta dal decreto, ma che, allo stesso tempo, sembra precludere la possibilità che per mezzo di quel procedimento si faccia *altro*. A venirne inficiata, infatti, sarebbe la consapevolezza legislativa delle Camere, costrette *in fretta e furia* a pronunciarsi sugli oggetti più disparati¹⁷⁹, il che, poi, finirebbe per impedire alle Commissioni competenti per materia di svolgere adeguatamente il previo esame, che pure è uno dei requisiti costituzionalmente imposti dall'art. 72 Cost. al procedimento legislativo¹⁸⁰.

È noto quanto la prassi si sia collocata su una posizione diametralmente opposta, che vuole la legge di conversione affatto diversa da una qualsiasi legge ordinaria, in quella sede venendosi a operare una novazione della fonte che fa sì che le Camere pongano in essere «una funzione attiva, non diversa da quella che svolgono quando operano sui comuni progetti di legge»¹⁸¹. È sulla scia di questa ricostruzione della legge di conversione che si sono innestate prassi (profondamente) distorsive – la reiterazione *in primis*, ma poi maxiemendamenti, conversioni mascherate, decreti a perdere – che, senza dire di questioni teoriche aventi ricadute pratiche affatto irrilevanti¹⁸² e dell'impatto che queste prassi hanno

¹⁷⁸ A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 263.

¹⁷⁹ Appare chiaro come la questione problematica della consapevolezza legislativa delle Camere possa venire in considerazione già *in partenza*, quando cioè sia il decreto-legge stesso a essere disomogeneo. Sul punto v. quanto si dirà *infra* nel testo.

¹⁸⁰ Cfr., da ultimo, S.M. CICONETTI, *Le fonti*, cit., 224 ss.

¹⁸¹ Così, ad esempio, G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 157. V. poi gli AA. citati a nt. 94.

¹⁸² Il riferimento è tanto alla questione se oggetto della conversione sia l'atto *ut sic* o le sue disposizioni, quanto a quella, strettamente connessa (e solo parzialmente risolta, oggi, dalla legge n. 400 del 1988), dell'efficacia degli emendamenti. Cfr., tra gli altri, C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 234, nt. 63; V. DI CIULO, *Questioni*, cit., 373 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Riflessioni*, cit., 351 ss.; S. FOIS, *Problemi*, cit., 171 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sull'efficacia nel tempo degli emendamenti soppressivi inclusi nelle leggi di conversio-*

sulla certezza del diritto oggettivo¹⁸³, hanno trasformato quello di conversione in un vero e proprio «procedimento legislativo alternativo»¹⁸⁴.

Tuttavia, recenti tentativi di un *ritorno alla Costituzione* del procedimento di conversione possono leggersi nel rinvio della legge di conversione del d.l. n. 4 del 2002 da parte del Presidente Ciampi¹⁸⁵ e poi, soprattutto, in numerosi interventi del Presidente Napolitano¹⁸⁶ e, in particolare, in due lettere inviate ai Presidenti delle Camere e del Consiglio dei Ministri, la prima del 22 maggio 2010, in occasione della promulgazione della legge di conversione del c.d. decreto incentivi (d.l. n. 40 del 2010)¹⁸⁷, la seconda del 22 febbraio 2011, prima ancora che si concludesse l'*iter* di conversione del c.d. decreto milleproroghe (d.l. n. 225 del 2010)¹⁸⁸. Di là dalle specificità dei singoli interventi presidenziali, inte-

ne, in *Giur. cost.* 1968, 2547 ss.; G. AMATO, *In tema di conversione di decreti legge*, in *Giur. merito* 1970, 230 s.; F. SORRENTINO, *La Corte*, cit., 530 ss.; ID., *Il decreto legge non convertito*, cit., 426 s. e, da ultima, V. PETRI, *L'efficacia degli emendamenti modificativi del decreto-legge e la certezza del diritto. A margine alla sentenza 367 del 2010*, in *forumcostituzionale.it*.

¹⁸³ A. SIMONCINI, *Il potere legislativo*, cit., 520 s.

¹⁸⁴ G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., 149.

¹⁸⁵ A commento del messaggio di rinvio v., tra i molti, P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.* 2003, 385 ss.; A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso ma...laconico. Linee-guida per una riflessione*, ivi 2002, 810 ss.; S. M. CICONETTI, *Un caso d'inammissibilità del potere presidenziale di rinvio della legge alle Camere*, in *Giur. cost.* 2002, 3097 ss.

¹⁸⁶ Cfr. la nota del 18 maggio 2007, ove si auspicava «l'adozione di criteri rigorosi diretti ad evitare sostanziali modificazioni del contenuto dei decreti-legge [...] indispensabile perché sia garantito, in tutte le fasi del procedimento – dalla iniziale emanazione alla definitiva conversione in legge – il rispetto dei limiti posti dall'art. 77 della Costituzione alla utilizzazione di una fonte normativa connotata da evidenti caratteristiche di straordinarietà e che incide su delicati profili del rapporto Governo-Parlamento e maggioranza-opposizione»; la lettera inviata ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'Economia in sede di promulgazione della legge di conversione del d.l. n. 5 del 2009, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, il cui testo non è stato reso noto integralmente ma solo riassunto in una nota del 17 aprile 2009, ove si rilevava la «necessità che la emendabilità dei decreti-legge nel corso dell'inter di conversione si mantenga rigorosamente nei limiti imposti dalla natura straordinaria della fonte prevista dall'art. 77 della Costituzione e dello stesso procedimento parlamentare di conversione in legge, che deve concludersi nel termine inderogabile di 60 giorni».

¹⁸⁷ Sulla quale v. R. ROMBOLI, *La legge sugli incentivi (l. n. 73 del 2010): una promulgazione con monito*, in *Foro It.* 2010, V, 190 ss.

¹⁸⁸ Sulla quale v. P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per te. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *rivistaaic.it*.

ressa qui svolgere talune brevi riflessioni sui tratti comuni che li caratterizzano.

Entrambi i Presidenti, innanzitutto, hanno lamentato che gli emendamenti parlamentari proposti in sede di conversione erano carenti dei presupposti di necessità e di urgenza. Invero, quelli sono presupposti che caratterizzano la sola adozione del decreto-legge, solo indirettamente rilevando in sede parlamentare, dal momento che il vizio da evidente mancanza che inficia *in procedendo* la legge di conversione «non discende tanto dalla diretta riferibilità ed imputabilità a quest'ultima del vizio originario del decreto-legge, ma è invece il frutto di una trasmissione fondata dalla Corte, non già sulla base di una comunanza di presupposti obiettivi di legittimazione fra legge di conversione e decreto, bensì in forza dell'assunto per cui la legge avrebbe "valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, pertanto, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione"»¹⁸⁹.

D'altro canto, mal si concilia con la (pretesa) sussistenza dei casi straordinari di necessità e di urgenza l'entrata in vigore degli emendamenti al decreto-legge contestualmente all'entrata in vigore della legge di conversione: possono dirsi straordinariamente necessarie e urgenti disposizioni che entreranno in vigore solo all'esito del procedimento legislativo? Disposizioni la cui efficacia, inoltre, potrebbe essere differita *ex art. 15, co. 5, della legge n. 400 del 1988* a un momento ancora successivo? Semmai la mancanza di necessità e di urgenza degli emendamenti potrà fungere da *sintomo* della loro eterogeneità, in certo qual modo capovolgendo il rapporto tra omogeneità del decreto-legge e mancanza dei presupposti rilevato dalla Corte costituzionale¹⁹⁰.

Quella della omogeneità della legge di conversione, d'altra parte, è l'altra questione sulla quale tanto il Presidente Ciampi quanto il Presidente Napolitano si sono soffermati. Gli interventi presidenziali, difatti, hanno chiamato le Camere a un rigoroso rispetto, in sede di conversione dei decreti, del requisito della omogeneità previsto dall'art. 15, co. 3, della legge n. 400 del 1988, facendo leva sul «valore ordinamentale»¹⁹¹ o

¹⁸⁹ P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta*, cit., 11, e ivi il richiamo alla sent. n. 29 del 1995.

¹⁹⁰ Una fuggevole notazione in tal senso in A. CELOTTO, *Un rinvio rigoroso*, cit., 822 s.

¹⁹¹ In questi termini il Presidente Ciampi nel rinvio della legge di conversione del d.l. n. 4 del 2002.

di «attuazione costituzionale»¹⁹² che avrebbe quest'ultima. Quel requisito è però imposto dalla legge *de qua* solamente al decreto-legge, la cui portata solo impropriamente potrebbe estendersi anche alla legge di conversione¹⁹³.

Ciononostante, non crediamo che, di là dal loro ancoraggio formale, i rilievi presidenziali possano ritenersi fuori centro¹⁹⁴, perché, se dalla *tipicità* del procedimento di conversione consegue, come si è detto, una limitata emendabilità dei decreti, l'esigenza d'omogeneità può esser d'aiuto nel delineare i tratti di quei limiti e, inoltre, viene a legarsi con quella di garantire alle Commissioni parlamentari competenti di svolgere l'esame referente *ex art. 72 Cost.*, così come è stato evidenziato anche dal Presidente Napolitano nella lettera del febbraio 2011.

Ciò che conta, invece, è capire *quale* omogeneità debba connotare la legge di conversione, dal momento che quella del decreto-legge, ammesso che di volta in volta ne abbia una¹⁹⁵, è declinabile in diversi sensi: oggettivo, soggettivo, teleologico¹⁹⁶. Al riguardo sembra possa dirsi che la legge di conversione «finisce essenzialmente per riceverla “per riflesso” dall'atto governativo»¹⁹⁷, di modo che «compito (e limite) della legge sarebbe quello di preservare l'originaria unitarietà del decreto-legge, comunque considerata»¹⁹⁸. Ne deriverebbe, conseguentemente, un regime

¹⁹² Così, invece, il Presidente Napolitano nella lettera del 22 febbraio 2011.

¹⁹³ Così A. CELOTTO, *Un rinvio*, cit., 815; P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione*, cit., 413.

¹⁹⁴ A. SIMONCINI, *Una nuova stagione per i controlli sulla decretazione d'urgenza?*, in *Quad. cost.* 2002, 614, commentando il rinvio del Presidente Ciampi osservava come si trattasse di un «forte richiamo ai Presidenti delle Camere ad un uso più incisivo del potere di “filtro” sulla ammissibilità degli emendamenti». Sul diverso regime previsto dai regolamenti di Camera e Senato cfr. le considerazioni critiche di G. PICCIRILLI, *L'emendamento*, cit., 195 ss.

¹⁹⁵ È noto come si discuta se l'omogeneità del decreto-legge possa ritenersi un requisito costituzionalmente imposto. In tal senso G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, cit., 8; A. CELOTTO, *L'«abuso»*, cit., 455 ss.; F. MODUGNO, *Referendum abrogativo e decreto-legge a confronto, oggi*, in *Rass. parl.* 1998, 74 s. e, proprio facendo leva sull'esigenza di garantire alle Commissioni parlamentari competenti l'esame in sede referente, P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta*, cit., 8 ss. In senso contrario, come detto, Corte cost. 28 giugno 2004, n. 196.

¹⁹⁶ P. CARNEVALE, *Mancata promulgazione*, cit., 410. Sulla problematicità della nozione di omogeneità v., da ultima, A. DI CARLO, *Omogeneità e decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi concreti della XVI Legislatura*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2011, 8 ss.

¹⁹⁷ P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta*, cit., 8.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

di emendabilità della legge di conversione più o meno stringente a seconda del *tipo* di *omogeneità* di cui sia portatore il decreto-legge, chiaro essendo che sarà il contenuto di questo a determinare il perimetro entro cui potrà muoversi l'atto parlamentare. Insomma, non una emendabilità *minima*, come ci pare delineata nell'art. 77 Cost., ma neppure una emendabilità *monstre*, come invece si è configurata nella prassi, anche più recente.

Queste prese di posizione degli ultimi due Presidenti della Repubblica, accompagnate da ultimo dall'impegno preso dal Governo e dai Presidenti dei gruppi parlamentari «di attenersi d'ora in avanti al criterio di una sostanziale inemendabilità dei decreti-legge»¹⁹⁹, sembravano peraltro trovare una sponda nelle sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008²⁰⁰. Se, infatti, la legge di conversione *non può* convertire decreti-legge evidentemente mancanti dei presupposti ciò non può voler dire se non che *non è* espressione della *ordinaria* funzione legislativa²⁰¹: la disposizione *de qua* è illegittima non per quel che *dice*, ma perché adottata secondo un procedimento diverso da quello che doveva seguirsi. Una linea di pensiero, questa, ch'era quasi espressamente abbracciata con la sent. n. 128 del 2008, dal momento che è sembrato che la Corte censurasse (anche) un *abuso* del procedimento di conversione, per avere la legge, nell'ambito di quel procedimento, «superato i limiti ad essa consentiti»²⁰². Allora, infatti, l'oggetto della *quaestio legitimitatis* non erano *sic et simpliciter* disposizioni (evidentemente) prive dei presupposti e convertite in legge ma, al contrario, disposizioni che, in sede di conversione, erano state

¹⁹⁹ Così, quasi a mettere nero su bianco una convenzione costituzionale, il Presidente Napolitano nel comunicato che ha chiuso la vicenda del milleproroghe. Sulla prassi parlamentare immediatamente successiva v. però G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla Corte costituzionale: l'«omogeneità» della legge di conversione*, in *Gli atti normativi*, cit., 446 ss.

²⁰⁰ R. ROMBOLI, *La legge sugli incentivi*, cit., 191 s.

²⁰¹ F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti*, cit., 1678; A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in *forumcostituzionale.it*, § 4; M. MANETTI, *La lunga marcia*, cit., 843 ss; A. MELANI, *Considerazioni*, cit., 364; G. MONACO, «Necessità e urgenza», cit., 392 s.; ID., *Decreto-legge*, cit., 599 ss. D'altra parte, nella sent. n. 171 la Corte aveva espressamente affermato che «la legge di conversione è caratterizzata nel suo percorso parlamentare da una situazione tutta particolare».

²⁰² R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in *Foro It.* 2008, I, 3048.

soppresse e poi riprodotte tramite un maxiemendamento governativo: insomma, l'abrogazione e contestuale riproduzione, con efficacia retroattiva, di quelle disposizioni aveva posto in essere una conversione mascherata²⁰³.

Senonché, queste aperture sembrano essere state smentite dalla successiva sent. n. 355 del 2010²⁰⁴. Mutando orientamento rispetto alla sent. n. 391 del 1995²⁰⁵ e valorizzando uno spunto della sent. n. 171 del 2007²⁰⁶ la Corte costituzionale afferma che «la valutazione in termini di necessità e di urgenza deve essere indirettamente effettuata per quelle norme, aggiunte dalla legge di conversione del decreto-legge, che non siano del tutto estranee rispetto al contenuto della decretazione d'urgenza; mentre tale valutazione non è richiesta quando la norma aggiunta sia eterogenea rispetto a tale contenuto». Quel che sembra un ulteriore giro di vite della Corte sulla decretazione d'urgenza, essendo stato esteso il controllo sull'ancoraggio ai «casi straordinari di necessità e di urgenza» anche agli emendamenti al decreto legge *non del tutto estranei*²⁰⁷, finisce per determinare risultati di segno opposto perché, per un verso, pone in essere «non soltanto uno sdoganamento della deprecata prassi della emendazione senza bussola dei decreti-legge in sede parlamentare, ma addirittura un atteggiamento promozionale nei confronti di essa»²⁰⁸ e, per l'altro,

²⁰³ P. CARNEVALE, *Considerazioni*, cit., 4 ss. e, volendo, D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Giur. It.* 2008, 2671 ss.

²⁰⁴ Corte cost., 1° dicembre 2010, n. 355, in *Giur. cost.* 2010, 4991 ss.

²⁰⁵ Corte cost., 26 luglio 1995, n. 391, in *Giur. cost.* 1995, 2824 ss., con osservazione di G. GUZZETTA, *Questioni in tema di entrata in vigore, limiti e sindacabilità (per vizi formali) della legge di conversione*, ibidem, 4493 ss.

²⁰⁶ Ove la Corte rileva che le disposizioni della legge di conversione non possono essere valutate autonomamente da quelle del decreto-legge «nei limiti in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto». Cfr. sul punto A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta*, cit. 6 s.; F. PATERNITI, *Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto legge privo dei presupposti costituzionali: la Corte Costituzionale passa alle vie di fatto*, in *forumcostituzionale.it*, 5 s.

²⁰⁷ Sulla enigmaticità di questa locuzione v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. sentt. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *forumcostituzionale.it*; M. E. BUCALO, *L'«anomala» estensione dei poteri presidenziali a fronte della «ritrosia» della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario*, in *Gli atti normativi*, cit., 261; A. MELANI, *Considerazioni*, cit., 363; G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 441 s.; A. DI CARLO, *Omogeneità*, cit., 5. Sia consentito poi rinviare a P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta*, cit., 13.

²⁰⁸ P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta*, cit., 13.

svilisce quella «integrazione normativa»²⁰⁹ tra decreto-legge e legge di conversione che non solo era stata correttamente valorizzata nelle due decisioni della «seconda svolta»²¹⁰, ma che a noi pare essere costituzionalmente prevista²¹¹.

Vengono in essere, così, orientamenti contraddittori non solamente all'interno della stessa giurisprudenza costituzionale²¹² – sulla falsariga di quanto è a lungo accaduto in riferimento alla sanabilità del vizio da mancanza dei presupposti – ma anche rispetto alle più recenti prese di posizione del Presidente della Repubblica²¹³. Con, peraltro, l'ennesimo *paradosso* della storia della decretazione d'urgenza.

La distonia tra i due custodi²¹⁴, difatti, non è a tutto tondo²¹⁵. Tutta-

²⁰⁹ G. PITRUZZELLA, *La legge*, cit., spec. 139 ss.

²¹⁰ A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit.

²¹¹ Una diversa, e forse benevola, lettura della decisione *de qua* è proposta da Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 99, secondo il quale l'eventuale sussistenza dei presupposti per le disposizioni eterogenee «non farebbe venire meno il dubbio di un illegittimo esercizio del potere parlamentare di conversione del decreto legge».

²¹² Ulteriormente alimentati, poi, dalla sent. n. 79 del 2011: nel percorso argomentativo che la porta ad escludere che le disposizioni censurate fossero state adottate in evidente mancanza dei presupposti, la Corte dapprima afferma che sono omogenee rispetto al titolo del decreto-legge, per poi rilevare che «non sono state inserite nel suddetto atto con forza di legge in sede di conversione parlamentare, ma erano presenti nel testo originario». Sennonché, a seguire quanto affermato dalla sent. n. 355, riscontrata l'omogeneità di tali disposizioni poco cambia che esse siano o meno state inserite in sede di conversione, perchè in ogni modo dovrebbero essere sorrette dai presupposti. Preoccuparsi di segnalare che non erano state inserite lungo l'*iter* di conversione non può che suonare, allora, come una smentita del precedente giurisprudenziale, facendo intendere che ove la loro origine fosse stata parlamentare non sarebbero potute essere oggetto di scrutinio in relazione alla sussistenza dei presupposti, quand'anche omogenee rispetto al *corpus* del decreto-legge.

²¹³ Così, peraltro, sin dai tempi del rinvio del Presidente Ciampi della legge di conversione del decreto-legge n. 4 del 2002: cfr. R. ROMBOLI, *Decreto-legge e giurisprudenza*, cit., 133 s.; A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 83 ss. Sul punto v. anche R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Evoluzione del sistema*, cit., 51 ss., il quale, in più ampie considerazioni circa i rilievi attinenti alla tecnica legislativa mossi negli ultimi anni dal Presidente della Repubblica in sede di controllo delle leggi, pone in luce come le due diverse posizioni possano essere spiegate dalla circostanza per cui sino ad oggi il processo costituzionale si è dimostrato poco appropriato al controllo delle tecniche di normazione.

²¹⁴ Distonia che, peraltro, deve ritenersi nell'ordine delle cose *costituzionali*: cfr. R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte Costituzionale*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani, M. Volpi, Bologna 1996, 265 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica*, in *Foro it.* 2000, V, 26 ss.

²¹⁵ In questo senso, invece, G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 438; M.E. BUCALO, *L'«anomala» estensione*, cit., 266.

via – ecco il paradosso – l'incontro, pur parziale, avviene sul punto che appare meno convincente, quello per cui gli emendamenti in sede di conversione – tutti, secondo il Capo dello Stato; solo quelli *non del tutto estranei*, secondo la Corte – debbono essere sorretti dai presupposti *ex art. 77 Cost.*, mentre sul *thema* che sembra avere un solido fondamento costituzionale, quello relativo ai limiti alla emendabilità del decreto-legge durante l'*iter* di conversione, la divaricazione di orientamenti tra Presidente della Repubblica e giudice delle leggi si fa più marcata.

Eppure, proprio quest'ultimo sembra essere uno spunto teorico di formidabile utilità per colpire e sanzionare prassi di dubbia costituzionalità che vengono poste in essere durante il procedimento di conversione e, così, restituire a quest'ultimo il suo *ruolo* costituzionale.

Non solo. Qualora si riuscisse a impedire alle Camere (e allo stesso Governo *in Parlamento*) di utilizzare l'*iter* di conversione per aggiungere al treno rapido del decreto-legge, secondo una celebre espressione, «tanti vagoni della più svariata mercanzia»²¹⁶, giocoforza le istanze diverse da quelle governative che oggi *gonfiano* i decreti-legge durante la loro conversione dovrebbero seguire l'*iter* ordinario, che invece oggi è sempre più marginalizzato: la *eccezione* piuttosto che la *regola* prevista dalla Costituzione. In altri termini, quel che *prima facie* potrebbe apparire come una sottrazione alle Camere dello strumento che gli consente di esercitare la funzione legislativa a fronte dell'abuso del decreto-legge potrebbe rivelarsi, in verità, un modo per incentivare il Parlamento ad esercitare quella funzione *ex art. 70 Cost.*, recuperando la *regola* costituzionale, invece di approfittare del procedimento posto dall'*art. 77 Cost.*, finalizzato alla conversione, o non, del decreto-legge. Il che, se ci è concessa una vena d'ottimismo, nel determinare una rivitalizzazione del procedimento legislativo ordinario, forse anche inducendo le Camere a una seria rimediazione dei propri regolamenti parlamentari, potrebbe avere indirettamente effetti sulla decretazione d'urgenza: è noto, infatti, come una delle cause dell'abuso del decreto-legge sia comunemente individuata nella scarsa funzionalità del procedimento legislativo ordinario²¹⁷,

²¹⁶ A. MANZELLA, *Il parlamento*, cit., 359.

²¹⁷ Cfr. ad esempio, M. CARTABIA, *Legislazione*, cit., 87. Criticamente sul punto M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *rivistaaic.it*, 4 ss., che evidenzia come anche oggi il procedimento legislativo cerchi di «soddisfare la permanente necessità di legittimazione delle scelte pubbliche attraverso il confronto non solo tra gli interessi, ma tra le diverse istanze ideali e culturali della

di modo che positivi interventi su quest'ultimo potrebbero (dovrebbero) portare a una riduzione dei casi in cui il Governo ritiene d'adottare provvedimenti d'urgenza.

Certo, devono tenersi ben presenti le difficoltà che possono incontrarsi nel far valere la *tipicità ex art. 77 Cost.* del procedimento di conversione e la correlata limitata emendabilità del decreto-legge: da quelle che ruotano attorno alla nozione di omogeneità, la cui definizione è tutt'altro che agevole²¹⁸, a quelle che caratterizzano il sindacato sui vizi formali, che verrebbero a riproporsi poiché le disposizioni eterogenee introdotte in sede di conversione risulterebbero viziate in virtù del procedimento seguito per la loro adozione, non per il loro contenuto normativo²¹⁹. Così come non bisogna nascondersi il rischio di ulteriori effetti paradossali, quali potrebbero essere, da un lato, la "frammentazione" dei decreti-legge²²⁰ e, dall'altro, una crescita della tendenza delle Camere a *chiedere* al Governo l'adozione di provvedimenti *ex art. 77 Cost.*, che diverrebbe mera *occasio* per legiferare su una data materia. Ciononostante, la strada della stretta alla emendabilità dei decreti crediamo valga la pena di esser percorsa: restituisce forza alla Costituzione e ne sottrae alle prassi che della Carta fondamentale sono distorsive*.

società secolarizzata», tale che rimane intatto il suo significato di «*forma qualitativamente superiore di integrazione politica*».

²¹⁸ Tant'è vero che Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge*, cit., 120, estende la "evidente mancanza" anche a questo tipo di sindacato, ritenendo che la Corte potrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale solo di quelle modifiche introdotte in sede di conversione che risultino «palesamente estranee all'oggetto disciplinato».

²¹⁹ Ancorché è il caso d'osservare che solo l'analisi del contenuto normativo delle disposizioni introdotte potrà consentire di valutarne la loro omogeneità o meno rispetto alla disciplina normativa del decreto-legge.

²²⁰ A. SPERTI, *Il decreto-legge*, cit., 34.

* Non si è qui potuto tener conto della sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale che, depositata nelle more della pubblicazione del presente contributo, ha delineato i rapporti tra decreto-legge e legge di conversione in termini non dissimili da quanto proposto nel testo. Con questa decisione, infatti, il giudice delle leggi sembra porre fine alle oscillazioni che hanno caratterizzato la propria giurisprudenza sul punto, affermando che «si deve ritenere che l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario non risponda soltanto ad esigenze di buona tecnica normativa, ma sia imposta dallo stesso art. 77, secondo comma, Cost., che istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario» (Cons. in diritto, 4.2).

LA DISCIPLINA PUBBLICA
DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE
NEI 150 ANNI DELL'UNITÀ D'ITALIA*

SOMMARIO: 1. Gli strumenti giuridici di diritto pubblico utilizzati dal 1861 ad oggi. – 2. I moduli organizzativi: l'ente pubblico; l'azienda organo e l'ente pubblico holding gestore di partecipazioni in società per azioni. L'azionariato pubblico. – 3. I provvedimenti amministrativi di disciplina dell'economia. – 4. I piani e i programmi, generali e settoriali. Gli ordinamenti sezionali e i servizi pubblici in senso oggettivo. – 5. Lo sviluppo nel dopoguerra delle amministrazioni parallele inventate dall'ordinamento fascista. La contraddizione intrinseca alla legge bancaria e il governo della moneta in funzione del c.d. triangolo magico. La lunga guerra fra la Banca centrale e il Tesoro sulla politica della spesa pubblica. – 6. Il ritorno al punto di partenza dopo l'equivoco della conversione della lira in euro. La mancanza di organi comunitari di governo della spesa pubblica e la costruzione imperfetta della BCE. – 7. Da debito a debito. Il ritorno alle origini del dopo Unità d'Italia: la richiesta di conseguire il pareggio di bilancio in tempi rapidi e ... di riscrivere "Il Mulino del Po" ... *mutatis mutandis* ...

1. *Gli strumenti giuridici di diritto pubblico utilizzati dal 1861 ad oggi*

Se dobbiamo rispondere al quesito di quale sia stato il contributo della disciplina pubblica dell'economia nei 150 anni dell'Unità d'Italia non possiamo che tentare di rispondere tenendo conto del contenuto della domanda. Non ci si chiede di riscrivere una storia dei rapporti fra Stato ed economia dal 1861 ad oggi, storia che tra l'altro è già stata scritta da più autori, a più riprese, in generale o con riferimento a singoli settori economici, *in toto* e con riferimento a periodi diversi. Ci si chiede soltanto di indicare quali strumenti giuridici di diritto pubblico siano

* Relazione al Convegno su "Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia" organizzato dalla Seconda Università degli Studi di Napoli, 6 dicembre 2011.

stati usati dallo Stato italiano per interferire con l'economia nei centocinquant'anni di vita dello Stato italiano.

Si cercherà di rispondere cercando di distinguere l'organizzazione dalla funzione secondo la logica degli effetti economici che si sono intesi perseguire con determinati strumenti giuridici.

2. *I moduli organizzativi: l'ente pubblico; l'azienda organo e l'ente pubblico holding gestore di partecipazioni in società per azioni. L'azionariato pubblico*

Da un punto di vista organizzativo i moduli organizzativi utilizzati dal diritto pubblico per gestire direttamente attività economiche sono stati, durante l'arco dei centocinquant'anni dall'Unità nazionale, tre: l'ente pubblico, l'azienda organo dello Stato o di un ente pubblico locale, l'ente pubblico holding gestore di partecipazioni in società per azioni.

Non può invece essere considerato un modello organizzativo di diritto pubblico, bensì, almeno formalmente, di diritto privato, la partecipazione diretta in società per azioni di pubbliche amministrazioni, anche se, a partire dal codice civile del 1942, saranno introdotte nella disciplina privatistica delle società alle quali partecipano pubbliche amministrazioni "deformazioni" pubblicistiche, attraverso norme speciali legislative o statutarie, arrivando perfino a fare dubitare che tali società per azioni, apparentemente private, siano state via via sostituite da una nuova tipologia di società per azioni, "la società legale" dai labili confini con l'ente pubblico.

Ma veniamo ai tre moduli *in toto* certamente pubblici.

L'ente pubblico è, come si esprime la prima legge che ne prevede uno, un ente morale, cioè una persona giuridica direttamente disciplinata dalla legge che può avere poteri pubblicistici, espressamente previsti dalla legge che la disciplina, oppure avere una disciplina pubblicistica soltanto organizzativa, sia interna all'ente, sia riferita ai suoi rapporti con altri soggetti pubblici, di solito il Ministero competente per materia, mentre per quanto riguarda la sua attività opera in regime di diritto privato.

Quasi tutti gli enti pubblici operanti nel settore economico vengono detti economici perché gestiscono una attività imprenditoriale in regime di diritto privato.

Non mancarono gli enti pubblici "misti", dotati di poteri ammini-

strativi, ma esercenti anche attività imprenditoriali, particolarmente diffusi nel periodo della c.d. autarchia economica nella seconda metà degli anni trenta.

Quanto all'origine essi possono dividersi in due tipi: gli enti pubblici economici risultanti dalla trasformazione legislativa di soggetti privati, come nel caso dei primi enti pubblici operanti a mezza strada fra l'impresa economica e l'opera pia, le casse di risparmio, pubblicizzate nel 1888, o come, alla fine della parabola degli enti pubblici economici, l'ENEL frutto della nazionalizzazione delle imprese elettriche private, e all'opposto gli enti pubblici economici creati direttamente dal legislatore per rispondere a determinate esigenze di politica economica, di solito per porre in essere attività che gli imprenditori non svolgevano o svolgevano in maniera insoddisfacente.

Lo sviluppo degli enti pubblici economici, o che comunque avevano qualcosa a che fare con attività economiche, dopo la prova generale dell'ente morale disciplinato dalla legge del 1888, fu progressivo e, a tratti, parossistico, tanto da risultare ad un certo punto incontrollato: per sapere quanti erano gli enti pubblici, e se determinati soggetti erano pubblici o privati, fu necessario, ad un certo punto, fare un censimento. Nessuno sapeva più quanti erano, mentre i giudici erano quotidianamente chiamati a dirimere la questione se un ente fosse una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato soprattutto per stabilire quale fosse il regime giuridico dei loro dipendenti.

Il fenomeno della diffusione degli enti pubblici si verificò in particolare negli anni trenta quando, in base alle tendenze di politica legislativa dell'epoca, si pubblicizzò qualunque soggetto che svolgesse attività di, anche indiretto, interesse collettivo, dai consorzi di bonifica a quasi tutte le banche, e quando fu necessario supplire per motivi economici l'attività dei privati a causa della politica economica "autarchica" determinata dalle sanzioni comminate all'Italia dalla Società delle Nazioni a seguito della conquista dell'Etiopia.

L'altro modello fu quello dell'azienda-organo di una pubblica amministrazione il quale combinava assieme l'organizzazione economica aziendale, e la sua conseguente utilizzazione del diritto privato per la sua normale attività operativa, con il concetto pubblicistico di organo di una pubblica amministrazione: l'azienda veniva inserita nell'organizzazione amministrativa come organo dell'amministrazione al posto della persona fisica, nel ruolo normalmente ricoperto da una persona fisica o da più persone fisiche riunite in collegio.

Il modello fu introdotto ai primi del '900 per risolvere il problema del c.d. socialismo municipale, cioè della creazione di imprese esercenti pubblici servizi da parte dei comuni al di fuori delle previsioni della legge Rattazzi (e dei successivi aggiornamenti che ne hanno rispettato l'impostazione di fondo fino ai giorni nostri) che ne disciplinava le possibili funzioni. L'uso del modulo aziendale aveva, a dire il vero, dei precedenti nell'organizzazione degli Stati assoluti, ma l'originalità consiste nell'aver inserito il modulo aziendale nell'organizzazione amministrativa fondata sul principio di legalità introdotta dalla Rivoluzione francese e dagli Stati napoleonici e poi diventata normale in tutti gli Stati a diritto amministrativo, compreso quello, piemontese prima, e unitario italiano poi.

L'azienda organo passò dalle municipalizzazioni dei servizi pubblici all'organizzazione di un grande servizio pubblico nazionale come accadde per la nazionalizzazione delle ferrovie nel 1905 ed ebbe in seguito qualche altra limitata applicazione nell'ambito dell'Amministrazione statale (l'azienda delle Foreste demaniali e la gestione dei monopoli di Stato, i tabacchi e il sale).

Un fenomeno del tutto originale fu invece rappresentato dalle c.d. partecipazioni statali per lungo tempo indicato come il modello organizzativo ideale di una economia mista in cui il pubblico si incontrava col privato nell'ambito di un mercato.

La storia è nota: per reagire alla grande crisi degli anni trenta, originata, almeno in Italia, dai problemi della riconversione industriale successiva alla prima guerra mondiale, lo Stato italiano rilevò dalle banche le partecipazioni in società industriali, da loro detenute di solito a seguito dell'escussione di garanzie riferite a finanziamenti a lungo termine, in modo da conferire alle banche la liquidità necessaria per riprendere il finanziamento dell'economia reale; le partecipazioni in società per azioni, dopo alcuni passaggi intermedi ai nostri fini irrilevanti, furono concentrate in un ente pubblico appositamente creato, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.), con funzione di holding, cioè di coordinamento ed indirizzo dell'attività di tutte le imprese delle quali detenevano le partecipazioni, poi opportunamente suddivise per materie omogenee attraverso società sub-holding. Inizialmente doveva trattarsi di una soluzione transitoria in attesa di riprivatizzare le partecipazioni acquisite dalle banche. Ma, come spesso accade, la soluzione transitoria diventò definitiva per l'obiettivo impossibilità di trovare sul mercato finanziario acquirenti delle partecipazioni detenute dall'I.R.I.. Nacque così il modello di gestione che combinava assieme la pubblicità dell'ente pubblico

con il diritto privato della gestione di un'impresa attraverso la società per azioni.

Una soluzione ben diversa da quella dell'azionariato diretto da parte di amministrazioni pubbliche in cui il pubblico usa solo ed esclusivamente uno strumento di diritto privato e che sopravvisse in qualche caso al di fuori del provvedimento di costituzione dell'IRI, ad esempio in alcune società "autarchiche" come l'AGIP, finalizzata a svolgere ricerche petrolifere che i privati non svolgevano a causa della aleatorietà dell'investimento.

Ma veniamo all'ente pubblico-holding, all'ente di gestione.

È un modello di combinazione del diritto pubblico con il diritto privato imitato da numerosi ordinamenti nei quali, per i motivi economici più vari, lo Stato era stato indotto ad investire denaro proveniente da bilanci pubblici in attività imprenditoriali e che ebbe ulteriori sviluppi nel secondo dopoguerra quando una società a partecipazione pubblica creata al tempo della politica economica "autarchica" che doveva essere messa in liquidazione ebbe invece uno straordinario sviluppo nel settore energetico, nonché interventi necessitati in imprese industriali in crisi a causa degli eventi bellici, indussero il legislatore a riunire le partecipazioni dirette dello Stato in enti di gestione con funzione di holding sul modello dell'I.R.I. e a sottoporre tutti gli enti di gestione così organizzati alla direzione e alla vigilanza di un apposito Ministero, il Ministero per le Partecipazioni Statali, così impropriamente chiamato perché, in realtà, era il Ministero degli enti di gestione.

Ma le partecipazioni statali non ressero alla prova della democrazia, cioè di un ordinamento costituzionale fondato sui partiti e su di un sistema di governo parlamentare puro.

Il Ministero con atti di indirizzo e il Parlamento con provvedimenti legislativi caricarono le holding pubbliche e le singole società operative di c.d. "oneri impropri", cioè di attività non conformi alla logica delle redditività imprenditoriale da conseguire sul mercato in posizione paritaria con gli imprenditori privati. Gli enti di gestione reagirono a tali interventi pubblicistici non conformi alla logica di mercato, e perciò fonti di passività, negoziando direttamente coi partiti, coi gruppi parlamentari, con o senza il supporto del Ministro competente, aumenti al fondo di dotazione degli enti a carico del bilancio dello Stato. Gli aumenti al fondo di dotazione degli enti di gestione finirono per susseguirsi regolarmente anno dopo anno, variando solo progressivamente ... in aumento.

Il fenomeno, con qualche modifica soltanto procedurale, finì per estendersi anche agli enti pubblici economici che esercitavano direttamente attività imprenditoriali e alle aziende organo, anche degli enti locali. Il ripiano delle perdite a consuntivo diventò un fenomeno generalizzato, così come l'incremento dei fondi di dotazione ove previsti.

Il tutto, gravando direttamente o indirettamente sul bilancio dello Stato, determinò un progressivo aumento del debito pubblico, poiché ovviamente tali interventi non potevano essere finanziati incrementando il gettito fiscale.

Per uscire da questa situazione insostenibile – e ancor oggi foriera di situazioni negative per la mancata o solo parziale estinzione del debito pubblico contratto – lo Stato democratico partitico e parlamentare-assembleare non imboccò la strada del ravvedimento operoso, per tornare all'originario equilibrio dell'economia mista fra pubblico e privato, bensì quella della correzione forzosa ineludibile perché imposta da un'altra Autorità. Al principio di autorità, invece che all'autodeterminazione, un po' come succedeva un tempo quando i principi si rivolgevano al Papa per farsi imporre soluzioni sgradite ai loro sudditi o ai loro vassalli.

L'Italia aveva aderito all'unione sovranazionale denominata Comunità economica europea, anzi ne era stata uno dei promotori.

La Comunità economica europea è fondata sul principio esattamente opposto a quello dell'economia mista: un unico mercato in cui le imprese operano paritariamente in concorrenza fra di loro. Ogni ostacolo all'accesso e alla formazione di un mercato va pertanto rimosso, così come l'eventuale alterazione della *par condicio* del contraente pubblico col concorrente privato. Mercato concorrenziale non limitato ai tradizionali settori economici per i quali è identificabile un mercato rilevante, ma estensibile anche ai servizi pubblici, di solito gestiti in regime di monopolio da imprese pubbliche, nelle più varie configurazioni giuridiche.

È irrilevante accertare se gli aderenti al trattato originario fossero consapevoli del fatto che aderivano ad un ordinamento giuridico del tutto incompatibile con l'assetto giuridico dell'economia c.d. "mista" vigente in Italia. Certo si è che, con la progressiva estensione delle materie alle quali si applicava la disciplina comunitaria a seguito della faticosa, ma continua, integrazione dei Trattati comunitari in senso federale, il contrasto fra l'assetto dell'economia mista italiana e il mercato comune comunitario giunse al punto di rottura. Non tanto perché l'ordinamento comunitario vietasse le imprese pubbliche, ma perché il divieto di aiuti

di Stato per garantire la par condicio delle imprese, qualunque fosse la loro configurazione giuridica soggettiva, rendeva impossibile la pratica del finanziamento di imprese pubbliche a carico del bilancio dello Stato, mentre forme giuridiche soggettive diverse dalla società per azioni, quali l'ente pubblico e l'impresa organo, rendevano tecnicamente impossibile raccogliere finanziamenti sul mercato in conto capitale.

A ciò aggiungasi che la previsione di superare posizioni di monopolio anche nei servizi pubblici imponeva un riassetto anche delle imprese in mano pubblica che esercitavano attività monopolistiche anche nella forma privatistica della società per azioni.

E iniziò così la stagione delle *privatizzazioni*, cioè della trasformazione di enti pubblici economici, di aziende-organo e di enti di gestione in società per azioni, trasformazione apparentemente finalizzata a restituire al capitale privato la titolarità di imprese operanti su di un mercato necessariamente concorrenziale. Privatizzazioni non solo imposte dal progressivo allargamento dell'area comunitaria, ma non di rado sollecitate, nella fase ascendente, di elaborazione della normativa comunitaria (dei Trattati e delle direttive), dalla delegazione italiana per tornare a Roma ed essere ivi "costretta" a liberarsi degli effetti indesiderati (oneri impropri imposti alle imprese pubbliche e lievitazione del debito pubblico) della "gestione politica" delle imprese pubbliche.

Ma si sa, spesso il diritto permette di intorbidare le acque, di non passare necessariamente dal bianco al nero, ma di tendere al nero con varie sfumature di grigio.

È quanto accaduto con le privatizzazioni nell'ambito delle quali, senza la pretesa di essere esaustivi, è possibile elencare i seguenti fenomeni giuridicamente rilevanti:

– differenziazione fra privatizzazioni formali e privatizzazioni sostanziali. Non sempre alla trasformazione in società per azioni di soggetti pubblici, enti o aziende-organo, ha corrisposto la successiva alienazione, in tutto o in parte, delle partecipazioni azionarie ai privati. O perché non si trovava acquirenti, o perché non si voleva perdere il controllo pubblico dell'impresa. Sono così riapparse delle vere partecipazioni statali, cioè partecipazioni dirette dello Stato in società per azioni senza lo schermo dell'ente pubblico holding;

– quando c'è stata privatizzazione effettiva lo Stato, o altro ente pubblico venditore, ha conservato *ex lege*, o in via convenzionale, poteri di ingerenza sull'attività della società, dando luogo ad un contenzioso in sede di giustizia comunitaria sulla legittimità di tali clausole di ingerenza

nella gestione societaria conclusosi quasi sempre nel senso della illegittimità comunitaria per violazione della par condicio concorrenziale;

– una categoria di enti pubblici economici, quelli bancari, sono stati privatizzati con un procedimento del tutto particolare: scorporando l'azienda bancaria dall'ente pubblico per conferirla in una società per azioni, poi l'ente scorporante detentore della partecipazione totalitaria nella società per azioni è stato privatizzato trasformando, con un'altra procedura, l'ente pubblico in fondazione di diritto privato, alla quale è stato fatto divieto di esercitare funzioni di holding nei confronti delle società partecipate, salvo deroghe di diritto o di fatto che hanno reso il quadro assai variegato. Così facendo, mentre le casse di risparmio sono state “restituite” alle loro originarie funzioni di istituti di assistenza e beneficenza e al diritto privato che le regolava prima della “nazionalizzazione” crispina del 1888, per altri enti pubblici bancari, creati con danaro pubblico per esclusive finalità bancarie la trasformazione dell'ente scorporante in una fondazione di diritto privato non ha avuto alcuna giustificazione plausibile se non quella di prevedere lo stesso procedimento di privatizzazione per tutti gli enti pubblici esercitanti un'attività bancaria. Ne è nato così uno strano sistema nel quale quasi sempre i principali azionisti delle società bancarie sono delle fondazioni eredi di originari enti pubblici, le quali, dovendo *ex lege* fare soltanto l'azionista tagliacedole, “fingono” di non occuparsi delle società partecipate;

– la dissociazione fra “demanio” e gestione per creare un mercato concorrenziale della gestione è stata applicata, o è in corso di applicazione, a seguito di direttive comunitarie, a quasi tutti i grandi servizi pubblici nazionali, con la conseguenza che l'originaria impresa pubblica monopolistica in mano pubblica, in qualunque forma giuridica costituita, è stata privatizzata, in alcuni casi effettivamente, come nel caso dei telefoni, in altri soltanto formalmente, come nel caso delle ferrovie e dell'energia elettrica.

Dove invece la privatizzazione dei servizi pubblici ha dato risultati apparentemente paradossali è stato nei servizi pubblici locali.

Qui la privatizzazione formale sembra che sia stata utilizzata per espandere la pubblicizzazione sostanziale. Le aziende organo municipalizzate sono state trasformate in società per azioni, e fin qui sembrerebbe trattarsi del solito fenomeno della privatizzazione “formale”, sennonché, per giustificare l'affidamento di un servizio pubblico a tali società apparentemente private, è stata inventata dalla giurisprudenza comunitaria, per legittimare il fenomeno, non esclusivamente italiano, dal punto

di vista dell'applicabilità della normativa comunitaria, la figura della società *in house*, cioè della società per azioni che, nella sostanza, corrisponde ad un organo dell'ente locale, come era, anche nella forma, la vecchia azienda municipalizzata.

Ma non basta.

Buona parte degli enti locali non si sono limitati a privatizzare formalmente le aziende municipalizzate facendone un loro organo di diritto privato, ma, vista l'utilità della società per azioni sotto vari profili (soprattutto in funzione elusiva di norme di diritto pubblico), ha provveduto ad affidare a società per azioni servizi di ogni genere, conservando all'ente pubblico territoriale soltanto le funzioni per le quali è legislativamente necessario emanare provvedimenti amministrativi. Ne è sortito un nuovo ed imprevisto fenomeno: quello del comune *holding* al centro di un gruppo di società per azioni con i più disparati oggetti sociali. Dalle partecipazioni statali si è così passati alle partecipazioni comunali nelle quali la "socializzazione a freddo" serve, in realtà, per sfuggire al "caldo" della normativa pubblica.

Ma si sa, gli istituti giuridici possono talvolta dare risultati diversi da quelli per i quali sono stati originariamente pensati ...

3. *I provvedimenti amministrativi di disciplina dell'economia*

Sotto il profilo funzionale il diritto amministrativo può incidere sulla economia con singoli provvedimenti o con procedure più articolate e più o meno complesse, limitate a singoli settori o materie oppure di carattere generale, riferite all'intero fenomeno economico.

Così è accaduto anche nell'ordinamento italiano dall'Unità d'Italia fino ai giorni nostri.

Premesso che in generale, come aveva già notato Romagnosi quando "inventò" il diritto amministrativo, ogni atto amministrativo può avere un effetto economico, la tipologia dei provvedimenti amministrativi ad effetti economici dipende dalle finalità di politica economica che si intendono perseguire da parte del legislatore che attribuisce determinati poteri ad organi della pubblica amministrazione.

Il fenomeno più comune è quello dei provvedimenti autorizzatori attraverso i quali si intende limitare attività economiche a determinati soggetti per accertare l'esistenza di determinati requisiti nei soggetti che intendono svolgerla; per limitare la concorrenza che si considera negativa

o, più semplicemente, per favorire determinate categorie di soggetti, espressione di interessi che hanno trovato udienza presso il legislatore.

Nonostante che la terminologia legislativa sia la più varia, i provvedimenti autorizzativi via via utilizzati nel nostro ordinamento possono suddividersi in tre tipi: autorizzazioni rilasciabili a seguito dell'accertamento dell'esistenza di determinati presupposti previsti dalla legge; autorizzazioni rilasciabili dopo accertamento di conformità a provvedimenti di carattere generale precedentemente adottati; autorizzazioni rilasciabili sulla base di valutazioni discrezionali.

Quando il potere discrezionale era particolarmente accentuato si diceva, e quasi sempre lo diceva espressamente il legislatore, che si trattava di una concessione e che l'attività concessa era un servizio pubblico, cioè una attività economica sottratta ai privati e di pertinenza dello Stato (o di altro ente pubblico territoriale), il quale però, anziché esercitarla direttamente, la dava in concessione ad un privato.

Solo nel secondo dopoguerra fu data una giustificazione costituzionale a questa fantasiosa costruzione giuridica in base alla quale determinate attività economiche erano in teoria esercitate da soggetti pubblici, ma sempre da questi discrezionalmente concesse a privati. La giustificazione fu trovata nell'art. 43 della Costituzione che prevedeva la possibilità che il *legislatore* riservasse allo Stato, o ad altri enti pubblici, qualunque attività economica avente caratteristiche di servizio pubblico. Prevedendo una concessione discrezionale il legislatore aveva prima operato un riserva originaria ...

Non c'è bisogno di sottolineare che si trattava di una spiegazione meramente retorica della "riserva" dello Stato di ingerirsi in qualunque settore dell'economia in violazione del principio della libertà di iniziativa economica anche dopo che era stata affermata nell'art. 41 Cost..

Ma sia l'autorizzazione con elementi di discrezionalità, sia la concessione, sono venute a collisione con la logica dell'ordinamento europeo al quale l'Italia ha aderito accettandone la normazione riferita progressivamente, trattato dopo trattato, a quasi tutti i settori economici.

Per garantire l'accesso al mercato degli operatori economici l'autorizzazione è stata limitata all'accertamento dell'esistenza oggettiva di determinati presupposti, eliminando così ogni residuo di discrezionalità soggettiva della P.A.; mentre la discrezionalità delle concessioni di attività costituenti un pubblico servizio, è stata sostituita da procedure concorsuali per permettere a tutti gli operatori economici di concorrere, sia pure periodicamente, non nel mercato, ma per un mercato.

Vere e proprie concessioni e non una forma di disciplina autoritativa di un settore economico, quali sono le concessioni di pubblici servizi, sono invece gli atti di sovvenzione, che possono assumere la forma dello sgravio fiscale, della donazione di denaro pubblico vera e propria, la c.d. sovvenzione in conto capitale, oppure la forma indiretta del credito agevolato, cioè dell'intervento pubblico per diminuire il tasso del credito erogato da istituti bancari.

Nel secondo dopoguerra, oltre al modulo storico della rinuncia ad una imposizione fiscale, sono stati utilizzati, separatamente, o in combinazione fra loro, il finanziamento in conto capitale e l'agevolazione del tasso di credito.

Ad un certo punto il fenomeno assunse una dimensione tale che si parlò di finanziamento dell'impresa privata a spese della collettività.

Con un duplice effetto economico negativo:

– che il finanziamento delle agevolazioni creditizie incideva sulla selettività del credito, e perciò sulla validità delle iniziative imprenditoriali;

– e che il finanziamento statale non poteva che avvenire dilatando il debito pubblico.

Anche in questo caso, quando il sistema cominciò a manifestare segni di rottura, la salvezza, o per meglio dire la soluzione politicamente più indolore, fu vista nell'adesione e nella progressiva dilatazione ordinamentale della Comunità europea: il divieto di aiuti di Stato in un mercato concorrenziale eliminava il finanziamento pubblico dell'impresa privata e le istituzioni che erano state create per soddisfarlo.

Europeisti a Bruxelles, a Maastricht, a Nizza e a Lisbona per essere virtuosi a Roma ed essere così "politicamente corretti" coi propri elettori abituati a richiedere sempre nuove agevolazioni finanziarie

4. *I piani e i programmi, generali e settoriali. Gli ordinamenti sezionali e i servizi pubblici in senso oggettivo*

Ma dietro i singoli provvedimenti amministrativi, di autorizzazione, di concessione, di sovvenzione, di divieti e finanche di ordini di fare ci può essere un disegno di carattere generale, un piano, un programma, condizionante i singoli atti e, a sua volta, giuridicamente qualificabile come un atto normativo, di tipo regolamentare e/o di tipo amministrativo ad effetto generale.

Non è il caso in questa sede di riprendere la problematica, ampiamente dibattuta anche nella dottrina italiana, su di una eventuale differenza fra piano e programma sia per quanto riguarda i contenuti, sia per quanto riguarda gli effetti giuridici, anche perché nel diritto positivo italiano non ha avuto conseguenze di rilievo.

Il piano o il programma può riguardare l'intera economia di un Paese o singoli settori.

In Italia ci sono stati due tentativi di disciplinare l'intero fenomeno economico.

Il primo sul finire dell'esperienza corporativa negli anni Trenta. Il secondo col c.d. piano Pieraccini riferito agli anni 1966-70, approvato con la legge 27 luglio 1967.

Del primo si dice abitualmente che era un mero apparato propagandistico che non entrò mai in azione. Studi recenti hanno dimostrato che non è vero: l'apparato istituzionale dell'ordinamento fascista era un cantiere aperto a realizzazione progressiva. Quando alla fine degli anni Trenta l'apparato corporativo cominciò ad occuparsi di disciplinare l'intero fenomeno economico, dopo l'annuncio di un piano regolatore dell'economia da parte di Mussolini alla appena costituita Camera dei Fasci e delle Corporazioni, e dopo che le corporazioni avevano cominciato ad emanare "norme corporative economiche" ed approvato un piano, quello della siderurgia, sopravvenne l'economia di guerra e con la guerra i successivi avvenimenti che portarono, come è noto, al dissolvimento dell'ordinamento corporativo.

Un'idea dei problemi giuridici determinabili da un indirizzo corporativo dell'intera economia si può ricavare dalla lettura del libro di P. Gasparri, *Le norme corporative economiche*, Padova, 1937.

Il Piano Pieraccini, nonostante il tentativo di dargli una qualche valenza giuridica, rimase un programma di governo in massima parte non seguito da atti applicativi, nonostante che fosse stato creato un organo governativo che avrebbe dovuto realizzarlo, il Comitato interministeriale per la Programmazione economica.

Il Piano Pieraccini veniva da una esperienza diversa da quella del possibile indirizzo corporativo dell'economia: dal tentativo di passare da programmazioni settoriali ad una programmazione generale.

Le programmazioni settoriali erano nate nell'ordinamento fascista parallelamente al fenomeno istituzionale corporativo.

Furono riprese nel dopoguerra nei più disparati settori: dall'intervento pubblico territorialmente differenziato a favore del Mezzogiorno

al commercio con l'estero, tanto da caratterizzare l'intervento pubblico italiano nell'economia nel secondo dopoguerra.

Partendo dal modello della disciplina del credito del 1936/38, si teorizzò che si trattasse di ordinamenti giuridici sezionali, caratterizzati da organi di governo e di normazione (di solito un Comitato interministeriale); da un ente pubblico, o da altro soggetto autonomo rispetto all'apparato ministeriale, di esecuzione (l'ispettorato per il credito e il risparmio affidato alla Banca d'Italia; la Cassa per il Mezzogiorno e simili); da una pluralità di destinatari, i soggetti dell'ordinamento, privati o pubblici che fossero, e, almeno all'inizio, anche da un "potere giudiziario" diversificato (la speciale competenza della Corte d'Appello di Roma in materia di sanzioni bancarie è stata abrogata solo pochi mesi fa dopo alterne vicende e strenue resistenze ...).

La normazione sezionale, che avrebbe realizzato un vero Stato nello Stato sul modello di passate esperienze giuridiche note alla storia del diritto, cedette progressivamente alla generalità del principio di legalità (il caso forse più emblematico fu il conflitto fra le norme in materia di redazione del bilancio delle società per azioni previste nel codice civile e quelle introdotte dal Comitato del credito e del risparmio e dalla Banca d'Italia per le banche); ma la regressione dell'autonomia normativa a potestà amministrativa generale fu compensata dalla tesi che ogni disciplina amministrativa di un settore dell'economia trasformava il settore organicamente disciplinato in un servizio pubblico oggettivo, situazione legittimante per la "collettivizzazione" dell'intera economia, servizio per servizio, ex art. 43 della Costituzione, il quale prevede appunto le nazionalizzazioni, mentre il passaggio dalla disciplina settoriale a quella generale avrebbe permesso il passaggio dai "planula" di settore alla pianificazione generale, tentativo, come abbiamo visto, posto effettivamente in essere con il Piano Pieraccini.

Questa costruzione, che secondo un autorevole protagonista istituzionale dell'epoca sembrava accomunare il nostro Paese ai Paesi del socialismo reale e che continua ad avere seguito da qualche interprete dell'art. 41 Cost. (assieme alla legislazione dalla quale prendeva spunto), crollò ancora una volta con l'adesione alla Comunità Europea e con la progressiva estensione del raggio d'azione di quest'ultima. Gli ordinamenti sezionali e i servizi pubblici oggettivi erano incompatibili con l'economia di mercato e con la concorrenza.

Dagli anni Novanta in poi, in attuazione o in prevenzione di direttive comunitarie, cominciarono ad essere istituite le c.d. Autorità ammini-

strative indipendenti, cioè soggetti autonomi, indipendenti rispetto all'indirizzo politico governativo e parlamentare, aventi l'esclusivo compito di tutelare la concorrenza (l'Autorità antitrust, la Consob) o di crearla, con norme e provvedimenti amministrativi (la c.d. regolazione), quando non c'è (l'Autorità Garante nelle Comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

Al posto degli ordinamenti sezionali, sono così comparsi i mercati rilevanti e gli abusi di posizione dominante; al posto dell'intervento pubblico nell'economia, la tutela e la creazione della concorrenza.

Con qualche cambiamento apparentemente paradossale.

I regolatori e i tutori della concorrenza si possono permettere quel che era proibito ai programmatori e agli interventi nell'economia (almeno secondo l'interpretazione prevalente del dettato dell'art. 41 della Costituzione): dare ordini ai privati e addirittura, in qualche caso, sostituirli nella produzione di negozi giuridici (si pensi a quello che succede nel mercato delle telecomunicazioni col roaming che impone ad una impresa di permettere ad un concorrente di usare i suoi impianti; o colla determinazione del prezzo in un contratto necessariamente stipulato fra operatori concorrenziali nell'ipotesi in cui non si trovino d'accordo). L'art. 41 della Costituzione risulta così abrogato per incompatibilità con la normativa comunitaria, a meno che non si voglia sostenere che "programmi e controlli" sono costituzionalmente legittimi solo se servono a tutelare l'iniziativa imprenditoriale privata che si realizza, in quanto libertà economica, in un mercato concorrenziale ...mistificando così l'originaria volontà dei costituenti.

5. *Lo sviluppo nel dopoguerra delle amministrazioni parallele inventate dall'ordinamento fascista. La contraddizione intrinseca alla legge bancaria e il governo della moneta in funzione del c.d. triangolo magico. La lunga guerra fra la Banca centrale e il Tesoro sulla politica della spesa pubblica*

C'è però da dire che nella disciplina pubblica dell'economia i paradossi, così come i risultati originariamente imprevisi, sono di casa.

Gli ordinamenti sezionali e la loro esasperazione nei servizi pubblici oggettivi costituiscono la completa realizzazione nel dopoguerra repubblicano del dirigismo economico fascista non corporativo. Come se una delle due anime della esperienza istituzionale fascista avesse vinto sull'altra.

Ma il modello di tale dirigismo sezionale, e parallelo rispetto all'organizzazione tradizionale dello Stato, l'ordinamento sezionale del credito, conteneva in sé il germe, la contraddizione mostruosa che avrebbe portato alla distruzione delle pianificazioni di settore e della possibilità, più in generale, di pianificare l'economia con strumenti amministrativi.

Edipo, il futuro uccisore del padre e sposo della madre, era nascosto sotto le vesti di una soluzione transitoria: l'ispettorato per il credito ed il risparmio, concepito come organo esecutivo del Comitato governativo del credito e del risparmio presieduto dal Capo del Governo nelle leggi del 1936/38 era stato affidato provvisoriamente alla Banca centrale, alla Banca d'Italia, perché dotata della necessaria organizzazione tecnica al momento non presente presso il Ministero di riferimento. In attesa cioè che il Ministero del Tesoro, di cui l'Ispettorato era un organo, si dotasse del necessario personale tecnico.

Ma talvolta il transitorio diventa eterno, la seconda guerra di indipendenza è finita da un pezzo, ma la legge Rattazzi che doveva finire con lei, dopo aver attraversato tutti gli ordinamenti succedutisi dalla battaglia di Solferino in poi, è ancora nascosta fra le pieghe del Testo Unico degli enti locali ...

L'Ispettorato per il credito e il risparmio rimase alla Banca d'Italia dopo la conferma dell'ordinamento del credito nel secondo dopoguerra, addirittura con la benedizione dell'Assemblea costituente (con la legge bancaria il fascismo ha fatto un buon ponte ... disse Meuccio Ruini), prima con la formula della delegazione o, secondo altri, dell'ente organo di un ministero e, alla fine, come attribuzione propria col riordinamento della disciplina del credito conseguente ad una direttiva comunitaria.

E fu così che si consumò l'incesto. La Banca centrale si impadronì dell'Ispettorato e subordinò il controllo del credito al governo della moneta. Tanto che alcuni strumenti che avrebbero dovuto dirigere il credito divennero degli strumenti per governare la base monetaria. L'uso distorto della riserva obbligatoria imposta alle banche ne fu l'esempio più palese. I rapporti fra gli organi di quello che continuava ad essere indicato come il modello di ordinamento sezionale si invertirono: l'organo esecutivo, la Banca centrale, diventò l'organo di governo, le deliberazioni del CICR vennero scritte da un suo membro senza diritto di voto, il Governatore della Banca d'Italia, e il CIPE, come già il Comitato corporativo centrale, non inviò mai al CICR alcuna direttiva su come indirizzare i flussi di credito delle banche per dirigere l'intera economia. Si scrissero

solo pamphlets per denunciare che quel che la legge diceva non veniva eseguito ...

Alla pianificazione dell'economia si sostituì il governo della moneta, considerato un *prius* rispetto ad ogni possibile intervento sull'economia reale con strumenti giuridici.

I banchieri centrali dei Paesi occidentali sulla base di esperienze empiriche, più che in esecuzione di teorie economiche, erano infatti giunti alla conclusione che la stabilità dei prezzi, e perciò la stabilità dell'intero fenomeno economico, dipendesse dall'equilibrio dei tre lati di un triangolo definito "magico": la quantità della base monetaria; la spesa pubblica e il rapporto di cambio con le altre monete, in particolare con quella di riferimento negli scambi internazionali, il dollaro.

Nel nostro ordinamento il triangolo magico poteva avere un fondamento costituzionale negli art. 47, 81 e 36, ma va detto che la giustificazione costituzionale fu trovata dopo che la Banca centrale aveva cominciato a cercare l'equilibrio fra moneta e spesa pubblica e con l'opposizione di pressoché tutta la dottrina costituzionalistica che continuava a cercare nell'art. 41 la giustificazione delle più diverse forme di disciplina pubblica dell'economia.

La ricerca dell'equilibrio attraverso il governo della base monetaria portò inevitabilmente allo scontro fra la Banca centrale e il Tesoro, cioè fra la Banca centrale e il governo.

È evidente che se uno dei lati del triangolo da tenere in equilibrio era la spesa pubblica, l'aumento del debito pubblico determinato dal finanziamento delle imprese pubbliche e delle imprese private, oltreché dall'aumento della spesa sociale, alterava l'equilibrio, costringendo a correttivi o sulla base monetaria o nei rapporti di cambio.

Un contenzioso, quello fra Banca centrale e Tesoro dello Stato, che sembrava perso in partenza dalla Banca centrale, perché una legge che risaliva alle origini stesse dello Stato unitario obbligava la Banca centrale a sottoscrivere i titoli del debito pubblico rimasti privi di acquirenti. Mentre la dottrina giuridica, sulla base di queste norme e su quelle della legge bancaria sull'Ispettorato del credito e del risparmio, continuava a classificare la Banca d'Italia fra gli enti pubblici strumentali dello Stato.

La disputa fra la Banca centrale, da un lato, e il Tesoro (in rappresentanza del Governo e del Parlamento) dall'altro, prese peraltro un andamento istituzionale del tutto singolare. Per trovare un precedente per qualche aspetto simile bisogna forse risalire ai tornei medioevali: ogni anno la Banca centrale lanciava il guanto di sfida al Tesoro criticando la

politica economica del Governo e del Parlamento, in particolare con riferimento alla spesa pubblica e alla misura del deficit di bilancio. Ma non si limitava a criticare, indicava anche che cosa Governo e Parlamento avrebbero dovuto per restare nel triangolo magico.

Come in tutti i tornei non mancarono momenti di tensione che raggiunsero il loro acme quando il Tesoro tentò di sostituire il Governatore con un suo uomo presumibilmente più in sintonia col Tesoro sul tema del continuo aumento del debito pubblico. Ma questa volta il diritto venne in soccorso al cavaliere che sembrava senza corazza: la normativa sulla procedura di nomina del Governatore prevedeva un sistema di nomina per autoproduzione condizionata solo in negativo da un possibile veto degli organi governativi.

La Banca centrale insistette per l'autoproduzione e il contesto politico-economico sconsigliò il Tesoro dal frapporre veti per indurre la Banca d'Italia ad aderire alla sua indicazione. Il tentativo del Governo di impadronirsi della banca centrale fallì. Nel 2005 la procedura è stata invertita in pro' del Governo a seguito di problemi che avevano riguardato il Governatore non nella sua veste di banchiere centrale, ma di titolare dell'Ispettorato per il credito e il risparmio, e cioè a causa della persistente confusione fra ruoli diversi.

Ma, tornando al nostro torneo, cioè al confronto fra Banca centrale e Tesoro attraverso la relazione annuale del Governatore, esso si concluse, come spesso si racconta nei romanzi cavallereschi, con la vittoria imprevista del cavaliere senza macchia e senza paura. Le sue buone ragioni economiche convinsero ad accettare quello che sembrava un atto di insubordinazione: il divorzio da Tesoro. La Banca centrale fu liberata dall'obbligo di sottoscrivere i titoli del debito pubblico che non avevano trovato collocazione.

Ma non per questo il problema del perseguimento dell'equilibrio economico aveva trovato soluzione.

Anche dopo il divorzio la spesa pubblica e il connesso deficit continuò a crescere, mentre i titoli del debito pubblico trovarono ben presto una collocazione alternativa rispetto a quella residuale della banca centrale nella progressiva globalizzazione dei mercati finanziari. Oggi infatti quasi tutto il debito pubblico italiano è collocato presso investitori esteri.

La Banca centrale continuò pertanto ad esternare pubblicamente una volta l'anno il suo disaccordo sulla politica della spesa pubblica. Disaccordo ed indicazioni problematiche che si estesero alle modalità e alle

procedure per addivenire ad un graduale rientro del debito pubblico posto in essere dai vari governi succedutisi dal 1992 in poi.

Perdurando l'impossibilità di trovare soluzioni concordate fra di loro, i due contendenti si trovarono d'accordo su di una questione procedurale: demandare ad un terzo la soluzione del problema della ricerca del triangolo magico. L'adesione alla Comunità europea poteva incidere sulla spesa pubblica attraverso la progressiva estensione a sempre nuovi settori del divieto di aiuti di Stato ad imprese sia pubbliche che private; mentre la creazione di un unico mercato europeo implicava la creazione di un'unica moneta e perciò di una Banca centrale europea che governasse la base monetaria.

Dopo una serie di connessioni di cambio necessarie fra le monete dei diversi Paesi della Comunità, dentro a "panieri" e in forma di "serpenti", alla fine, pur con un procedura presa a prestito da qualche teologo bizantino, si arrivò alla creazione dell'Euro e della Banca Centrale Europea.

Smontato il torneo annuale, ormai ridotto ad una conferenza accademica, e montata la dieta imperiale itinerante fra Bruxelles e Francoforte, c'era da aspettarsi che i fogli da dedicare agli anni che ancora mancavano per celebrare il 150° dell'Unità d'Italia rimanessero vuoti o fossero dedicati ai non pochi problemi giuridici generati dalla conversione, spesso ostacolata, e da più parti subito controvoiglia, di una economia amministrata in una economia concorrenziale.

Ma non fu così. E vedremo perché.

6. *Il ritorno al punto di partenza dopo l'equivoco della conversione della lira in euro. La mancanza di organi comunitari di governo della spesa pubblica e la costruzione imperfetta della BCE*

Nel finale di partita, al momento di celebrare il 150° dell'Unità d'Italia siamo ritornati, come nel gioco dell'oca, al punto di partenza: alla necessità di eliminare, o comunque fortemente diminuire, il debito pubblico per conseguire il pareggio di bilancio.

Al momento dell'Unità d'Italia il Regno Sardo risultava fortemente indebitato in seguito alle spese che aveva dovuto affrontare per intraprendere le guerre risorgimentali; non solo, ma, per motivi giuridico istituzionali, oltre che per motivi di psicologia politica, il nuovo Stato decise di sobbarcarsi anche il debito pubblico degli Stati che erano confluiti nel Regno d'Italia.

Il rimedio adottato è storicamente noto: vendita di beni pubblici; inasprimento fiscale e invenzione di nuove imposizioni (basta ricordare la tristemente famosa tassa sul macinato); emigrazione di massa per ridurre la forza lavoro disoccupata o sotto occupata.

Gli effetti della politica della “lesina” di Quintino Sella sono altrettanto noti: una accelerata riduzione di un debito pubblico eccessivo ha effetti recessivi sull’economia reale. Per averne un’idea non è necessario ricorrere a numeri e tabelle, basta leggere il Mulino del Po’ di Bacchelli.

Ma perché 125 anni dopo un altro Ministro dell’economia e delle finanze ha affermato di voler imitare Quintino Sella e di voler pareggiare in maniera accelerata in un futuro assai prossimo il bilancio dello Stato?

Anche questa volta la causa è riconducibile ad un procedimento di unione fra Stati, ma non alle guerre per arrivarci, ma alla maniera imperfetta con la quale ci si è arrivati.

L’incidente non è nuovo per la diplomazia italiana: la nostra adesione alla creazione della moneta unica ha infatti forti analogie con il trattato di Ucciali, il trattato che fu all’origine dei travagliati rapporti dell’Italia con l’Etiopia. I due sottoscrittori erano infatti convinti di aver firmato clausole di significato diverso, se non opposto.

Quando si trattò di passare dal serpente fra monete alla moneta unica, si pose il problema della misura della conversione delle singole monete nell’Euro. Oltre al rapporto di cambio esistente occorreva tener conto dell’entità dell’indebitamento pubblico dei singoli Stati, dei loro disavanzi di bilancio.

Per l’Italia, che aveva un elevato debito pubblico, la soluzione sembrava essere quella di chiedere la prevista moratoria biennale per poter ridurre l’indebitamento e convertire così in misura adeguata la lira in euro.

Nel corso delle trattative, di fronte alla richiesta italiana di aderire da subito all’euro, fu proposto, più per convincere la delegazione italiana a chiedere la moratoria che per convinzione, di “scontare” sulla conversione della lira in euro l’entità del debito pubblico esistente nello Stato italiano in quel momento.

L’Italia, pur di aderire da subito, accolse la proposta e la lira fu convertita a più del doppio del suo presumibile valore di cambio nel “paniere” esistente. Il risultato fu la perdita di circa la metà del potere di acquisto della nostra moneta. Particolare di cui si accorse qualunque cittadino italiano quando andò in un bar a prendere un caffè dopo la conversione della lira in euro.

Naturalmente la conversione del debito con una conversione nel cambio (a parte l'approssimazione con la quale si possono fare operazioni del genere) avrebbe funzionato, nell'interpretazione italiana del trattato omologo del Trattato di Ucciali, se una autorità dell'Unione europea avesse contemporaneamente ereditato l'indebitamento pubblico dei singoli Stati esistente fino a quel momento, o, quantomeno, la sua gestione separata dal bilancio dei singoli Stati.

Ma nulla di tutto questo era avvenuto.

La spesa pubblica era lasciata ai singoli Stati e solo *pro futuro* si cercava di armonizzarla attraverso "patti di stabilità". Per di più la Banca centrale europea, creata per gestire l'euro, era una banca centrale imperfetta, perché, oltre ad avere una architettura bizantina alla quale si è in precedenza accennato, non aveva una delle caratteristiche essenziali delle banche centrali, di essere la banca delle banche, cioè il banchiere di ultima istanza in grado di intervenire direttamente sul mercato bancario e finanziario a difesa del valore dell'euro.

E, se come non bastasse, uno degli Stati appartenenti all'Unione, la Gran Bretagna, non ha aderito all'euro per continuare a permettere lo sviluppo sul suo territorio di un mercato finanziario produttore di succedanei e di multipli della moneta, in grado, per natura, di incidere anche sul valore dell'euro al di fuori delle decisioni della BCE. Una situazione di conflitto di interessi fra due triangoli non sovrapponibili perché manca un lato in comune.

Questo spiega perché, quando l'euro è divenuto oggetto di tensioni speculative, la BCE e le Autorità dell'Unione, non essendo in grado di manovrare la base monetaria dell'euro, non abbiano saputo far di meglio, per ritrovare il triangolo magico, che suggerire agli Stati che hanno un notevole indebitamento di agire sul lato della spesa, perseguendo, "a provvedimenti forzati", il pareggio di bilancio.

7. *Da debito a debito. Il ritorno alle origini del dopo Unità d'Italia: la richiesta di conseguire il pareggio di bilancio in tempi rapidi e ... di riscrivere "Il Mulino del Po" ... mutatis mutandis ...*

E così l'Italia è ritornata alle origini della sua "unione": il perseguimento a tappe forzate del pareggio di bilancio. Questa volta dopo aver già dimezzato il potere d'acquisto della sua moneta e senza la prospettiva di "una nuova Roma" da conquistare al più presto.

E se è vero che nella storia ci sono dei “ritorni ciclici”, temo che ci si debba attendere che qualcun altro riscriva un “Mulino del Po”, *mutatis mutandis* ... e sperando che manchi qualche capitolo ...

I pareggi del bilancio dello Stato a tappe forzate portano di solito recessione e non certamente sviluppo ...

In un altro romanzo si diceva che le tasse le avevano portate i piemontesi con i fili del telegrafo. Adesso ce le hanno spedite per posta elettronica la BCE e gli epigoni di Menelik per conferenza televisiva ...

Naturalmente, come in tutti gli apparenti ritorni, c'è qualcosa che coincide (o sembra coincidere) e qualcosa no.

Fra le apparenti coincidenze va annoverata anche la crisi di fine '800 degli Istituti di emissione che si concluse con la costituzione della Banca d'Italia, cioè con la costituzione di una unica e completa banca centrale.

Non torna invece, come componente della soluzione della crisi economica, l'emigrazione di massa che accompagnò per molti decenni l'unità d'Italia e riapparve, sempre come fenomeno di massa, dopo la seconda guerra mondiale tanto da assumere rilievo giuridico anche nella Costituzione del 1948 all'art. 35 (la Repubblica “... riconosce la libertà di emigrazione ... e tutela il lavoro italiano all'estero ...”).

Di fronte al fenomeno opposto della immigrazione di massa risulta quanto meno problematico pensare ad un “ritorno” dell'emigrazione come componente della soluzione anche della crisi economica in atto al compimento del 150° anniversario dell'Unità d'Italia.

Indicazioni bibliografiche

La letteratura giuridica ed economico-istituzionale sulla disciplina dell'intervento pubblico nell'economia, anche nei limiti dell'esperienza italiana dall'Unità d'Italia ai nostri giorni, è sterminata. Per un'ampia rassegna, ancorché non esaustiva, si rinvia alle indicazioni contenute in calce alla voce *Economia* (intervento pubblico nell') di F. MERUSI e G.C. SPATTINI, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano 2006.

Le indicazioni che seguono si riferiscono soltanto a contributi posteriori al 2006 e/o direttamente connessi con quanto affermato nel testo.

- sulle deformazioni pubblicistiche della società per azioni si rinvia a G.S. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino 2006;

- le vicende che portarono alla creazione del primo ente pubblico economico attraverso la “nazionalizzazione” delle Casse di Risparmio sono narrate da M. CLARICH, *Le Casse di Risparmio. Verso un nuovo modello*, Bologna 1984.

Il censimento degli enti pubblici al quale si fa riferimento nel testo è CIRIEC, *Gli enti pubblici in Italia*, Milano 1972;

- sul modello dell'azienda organo e sul socialismo municipale si rinvia a F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.* 2004, 37 ss.;

- sulle vicende che portano alla creazione dell'IRI e alla diffusione dell'azionariato pubblico fra le due guerre sono essenziali le indicazioni contenute in M. FRANZINELLI e M. MAGNANI, *Beneduce. Il finanziere di Mussolini*, Milano 2009, e le memorie di uno dei protagonisti dell'epoca, F. GUARNERI, *Battaglie economiche fra le due guerre*, Bologna 1988;

Per la situazione bancaria anteriore alla prima guerra mondiale si rinvia a P. HERTNER, *Il capitale tedesco in Italia dall'Unità alla prima guerra mondiale. Banche miste e sviluppo economico italiano*, Bologna 1984;

- le origini dell'Unione Europea, con speciale attenzione alle problematiche giuridiche, sono state di recente narrate da A. GRILLI, *Le origini del diritto dell'Unione Europea*, Bologna 2009.

Per un bilancio del processo di integrazione dopo mezzo secolo v. A. TIZZANO (a cura di), *Il processo di integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino 2008;

- per un quadro delle privatizzazioni realizzate in Italia si rinvia a E. BARUCCI e F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma 2007. Per i poteri pubblicistici conservati nei confronti di società privatizzate al già citato libro di G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*; per le implicazioni comunitarie cfr. in particolare V. GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni. Profili giuridici*, Torino 2006;

- sulla privatizzazione delle banche pubbliche per scorporo di azienda e per i successivi problemi che ne sono derivati cfr., fra le pubblicazioni generali più recenti, G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano 2004 e F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 2005.

Per i problemi della privatizzazione dei servizi pubblici nazionali, da ultimo anche per ulteriori indicazioni problematiche, v. i contributi contenuti in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino 2010.

Lo stato dell'arte più recente della resistenza dei comuni contro la privatizzazione e, soprattutto, la liberalizzazione nei servizi pubblici locali è riassunto in F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus* 2011, 1 ss.

Alcuni degli aspetti degenerativi del comune holding sono descritti in chiave accentratamente umoristica da S. RIZZO, *Rapaci*, Milano 2009, 195 ss;

- la descrizione del finanziamento dell'impresa privata a spese della collettività si trova in M.S. GIANNINI, *Il finanziamento delle imprese con le risorse della collettività*, in AA.VV., *Il finanziamento delle imprese*, Milano 1977;

- per una recente rassegna delle programmazioni economiche superstiti e delle loro problematiche v. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico fra piani e regole*, Bologna 2007.

È il caso di avvertire che il Piano Pieraccini ebbe un seguito che però non fu approvato e rimase pertanto allo stato di progetto, per cui cfr. Ministero del Bilancio e della Programmazione economica, *Progetto 80. Rapporto preliminare e programma economico nazionale 1971-75*, Milano 1969;

- sull'ordinamento corporativo come "cantiere aperto" non giudicabile in base a sin-

goli istituiti o a singoli atti, bensì come procedimento istituzionalmente *in fieri* al momento degli eventi bellici si rinvia a S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010. Per le problematiche giuridiche dell'ordinamento corporativo v., anche per ulteriori indicazioni, G.C. SPATTINI, *Corporativismo e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.* 2010, 1021 ss.;

- le teorie del servizio pubblico oggettivo si possono leggere in U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964 e in E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova 2003.

L'unico effetto giuridicamente rilevante della teoria del servizio pubblico oggettivo fu quello di indurre il giudice penale a considerare esercenti di un pubblico servizio ex art. 358 cod. pen. qualunque amministratore di imprese in qualche modo pubblicistica-mente disciplinate e di indurre la dottrina ad un lungo dibattito sugli elementi distintivi fra la nozione di servizio pubblico penalisticamente rilevante e quella improvvidamente evocata dalla dottrina amministrativistica con la nozione di servizio pubblico oggettivo. Su cui si rinvia alla sintesi di R. VILLATA, *Pubblici servizi*, 4° ed., Milano 2006, 57 ss.;

- l'assimilazione della disciplina dell'economia nell'ordinamento italiano a quella dei Paesi del socialismo reale nel periodo in questione è dovuta a G. CARLI (*Intervista sul capitalismo italiano*, Bari 1977, di recente ripresa da G. BOGNETTI, *La costituzione economica*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena 2011, 167) che trovava una sua coerente teorizzazione dottrinale, ad esempio, in S. D'ALBERGO, *Problemi e prospettive della gestione pubblica dell'economia*, Milano 1969. Più realistica sembra la ricostruzione di G. AMATO riferita ad un regime "spartitorio" fra partiti e gruppi di interesse interni ai partiti delle risorse pubbliche (cfr. *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna 1976);

- sul triangolo "magico" e sulla sua origine si rinvia a F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino 2006, e alla letteratura citata nel capitolo dedicato al governatore Baffi;

- per una descrizione delle Autorità indipendenti al momento esistenti e dei loro poteri si rinvia a F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, 2° ed., Bologna 2011;

- il *pamphlet* al quale si fa riferimento nel testo a proposito della legislazione sul credito e il risparmio è quello di G. TROISI, *Inchiesta sul sistema bancario*, Bari 1970, con presentazione adesiva di A. GIOLITTI;

- per la descrizione dei "tornei" annuali fra il Governatore della Banca d'Italia e il Tesoro sotto il profilo giuridico istituzionale si rinvia a F. MERUSI, *Diritto contro economia*, cit., e per i "tornei" antecedenti a L. GAI, *Le considerazioni finali come strumento di Moral Suasion. La loro incidenza sul contesto normativo ed operativo della attività creditizia*, Torino 1995. Notizie più specificamente orientate verso i profili di politica economica anche contingente in S. LOMBARDINI, *Carli, Banfi, Ciampi: tre governatori ed una economia*, Torino 2005;

- per indicazioni sulla legge per la tutela del risparmio e sulle modificazioni alla disciplina del vertice della Banca d'Italia si rinvia a F. MERUSI, *Diritto contro economia*, cit., cui adde, per un commento alle singole disposizioni di legge F. GALGANO e F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Nuove regole del mercato finanziario*, Padova 2009;

- sul come invertire la tendenza all'indebitamento pubblico e realizzare un progressivo rientro del debito si rinvia, per un quadro dei vari problemi, a Ente Luigi Einaudi (a cura di), *Il disavanzo pubblico in Italia: natura strutturale e politiche di rientro*, Voll. I e II, Bologna 1992; A. MONORCHIO (a cura di), *La finanza pubblica italiana dopo la svolta del 1992*, Bologna 1996. Ma sulla difficoltà di passare dalla teoria alla prassi si rinvia alla testimonianza di G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Bari 1996, al significativo capi-

tolo intitolato *Perché non sono riuscito a piegare il deficit*, p. 421 ss.: “Il mio successore al Ministero del Tesoro ha avuto modo di trovare nei cassetti del ragioniere generale dello Stato una vasta documentazione composta di proposte di legge, definite nei singoli articoli, con le quali si elencano i provvedimenti da prendere per restringere la spesa con effetti immediati e duraturi nel tempo. Sono provvedimenti con i quali la Ragioneria generale suggerisce di abrogare le leggi con le quali si finanziano investimenti, con la contrazione di mutui iscritti nel bilancio pubblico per il concorso dello Stato all’ammortamento: ... Sono provvedimenti con i quali si indicano le linee di riforma della previdenza e della sanità. Con i quali si contiene l’aumento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti e si contrastano i cosiddetti galleggiamenti, ed in ultima istanza si vieta l’assunzione di impegni di spesa sulle leggi vigenti.

Ho provato incessantemente a far uscire quei provvedimenti dal cassetto e presentarli al Consiglio dei ministri. La reazione dei partiti, la reazione di molti ministri è stata furibonda. Il tentativo di varare con decreto legge una buona riforma pensionistica come quella poi presentata dal ministro del Lavoro, Franco Marini, è stato contestato con violenza demagogica dal segretario del Psi, Craxi., al suo vicesegretario, Amato, è stata vissuta come un affronto alle sorti elettorali del partito di maggioranza relativa che mi aveva presentato nelle sue liste senatoriali e poi assunto al ruolo di titolare del dicastero del Tesoro.

Nell’estenuante fase preelettorale, durata due lunghi anni, nessun partito è stato disposto a spiegare la verità: il sistema pensionistico italiano è una stratificazione di privilegi che coesistono con una scarsa attenzione alle fasce meno abbienti e meno importanti a fini elettorali. È un sistema che crea disavanzi per forza inerziale, in quanto è stato costruito sulla base di un tasso di sviluppo dell’economia pari al 5% annuo e sulla base di un tasso di natalità molto superiore a quello attuale. Tale sistema, proiettando nel tempo lo squilibrio finanziario, è un atto di egoismi di una generazione ai danni di quelle successive. La demagogia ha impedito che queste cose venissero dette e spiegate. Voci assordanti si sono levate contro l’inquilino di via Venti Settembre. I sindacati hanno gridato al sacrilegio, sempre pronti a difendere gli interessi dei vecchi occupati ai danni di chi non ha ancora un lavoro.”

Sull’accentuato sviluppo della spesa pubblica dopo il 1960 si rinvia alla rigorosa analisi di D. FRANCO, *L’espansione della spesa pubblica in Italia*, Bologna 1993;

- sulle interconnessioni monetarie che hanno preceduto la realizzazione della moneta unica cfr. F. MERUSI, P.C. PADOAN, F. COLASANTI, G.C. VILELLA, *L’integrazione monetaria dell’Europa. Aspetti economici e politico-istituzionali*, Bologna 1987, e sulla configurazione e i vari profili problematici della Banca Centrale Europea a F. BELLÌ e V. SANTORRO (a cura di), *La banca centrale europea*, Milano 2003, e a C. ZILIOLE e M. SELMAYR, *La banca centrale europea*, Milano 2007;

- sulla situazione del debito pubblico all’indomani dell’Unità d’Italia conviene trascrivere la chiara sintesi di V. ZAMAGNI, *Debito pubblico e creazione di un nuovo apparato fiscale nell’Italia unificata (1861-76)*, in Ente Luigi Einaudi (a cura di), *Il disavanzo pubblico in Italia*, cit., vol. II, 11: “... Tre furono i motivi che gonfiarono il debito pubblico nel primo decennio posto unitario: i deficit strutturali di bilancio, le spese militari straordinarie e l’assunzione dei debiti delle regioni annesse. ... il disavanzo (di cassa) del bilancio dello stato fu negli anni 1862-68 assai rilevante. Si era, infatti, partiti all’unificazione con uno squilibrio tra entrate e spese molto accentuato: le entrate nel 1861 coprivano poco più di metà delle spese! In seguito, mentre le spese militari restavano alte, diffusa, anche se non da tutti condivisa, era l’opinione che il nuovo stato non dovesse lesinare sulle opere pubbli-

che, il che impediva di effettuare consistenti tagli alle spese, le quali, al netto degli interessi, restarono su di un trend stazionario, con le inevitabili oscillazioni annuali, a livello relativo al PIL piuttosto elevato per l'epoca. Fu quindi inevitabile che il riequilibrio di bilancio dovesse provenire quasi interamente dal lato delle entrate, oltre che dalla scomparsa, a partire dal 1871, delle spese militari straordinarie. L'ultimo motivo di aumento del debito pubblico nel decennio considerato – ossia l'assunzione dei debiti delle regioni annesse e il pagamento di indennità varie – era evidentemente contingente a eventi irripetibili, ma non per questo meno oneroso. Si trattò dell'assunzione del debito veneto e pontificio, del pagamento di una indennità di guerra dell'Austria e del riscatto dalla società delle ferrovie dell'Austria meridionale delle linee dell'Alta Italia (1876), per un totale di poco più di 2 miliardi di lire di capitale (nominale) e circa 80 milioni di lire annue di rendita”;

- sugli effetti della conversione della lira in euro si rinvia a F. MERUSI, *Quel che nessuno dice sull'euro ... L'Europa e l'impero dopo la pace di Westfalia*, in *Il dir. dell'ec.* 2007, 221 ss;

- sulle vicende che portarono alla costituzione di una sola banca centrale di emissione dopo l'Unità d'Italia si rinvia alle sintesi di G. NEGRI, *Giolitti e la nascita della Banca d'Italia nel 1893*, e F. BONELLI e E. CERRITO, *Momenti della formazione di una banca centrale in Italia. 1984-1913*, in F. COTULA, M. DE CECCO, G. TONIOLO (a cura di), *La Banca d'Italia. Sintesi della ricerca storica. 1983-1960*, Bari 2003, 59 ss.;

- per l'emigrazione di massa come componente risolutiva di crisi economiche si rinvia, anche per ulteriori indicazioni, a P. BEVILACQUA, A. DE CLEMENTI, E. FRANZINA, *Storia dell'emigrazione italiana*, vol. I, Roma 2001, e A. DE CLEMENTI, *Il prezzo della ricostruzione. L'emigrazione italiana nel secondo dopoguerra*, Bari 2010.

ABROGARE IL GIÀ ABROGATO OVVERO L'ABROGAZIONE AL QUADRATO. CONSIDERAZIONI SUL D.LGS. N. 212 DEL 2010 DI ABROGAZIONE ESPRESSA CUMULATIVA DI LEGGI STATALI*

SOMMARIO: 1. Quadro d'assieme e decreto legislativo n. 212 del 2010. – 2. Questione di termini e decorrenze. – 3. Delega per l'abrogazione espressa: *ratio*, natura, ambiguità. – 4. Il decreto n. 212: il problema dell'abrogazione di disposizioni regolamentari e di quelle ricomprese nelle c.d. categorie escluse dalla clausola taglia-leggi. – 5. Delega per l'abrogazione espressa e art. 76 della Costituzione. – 6. Quella del comma 14 *quater* è un'incostituzionalità che merita di essere sanzionata?

1. *Quadro d'assieme e decreto n. 212 del 2010*

Con l'adozione del decreto legislativo n. 212 del 2010 (“Abrogazione di disposizioni legislative statali, a norma dell’articolo 14, comma 14-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246”), il Governo ha posto in essere un altro tassello di quel complesso ed articolato meccanismo sul quale fa leva l’operazione che va sotto il nome di taglia-leggi, inaugurata dalla legge n. 246 del 2005 di semplificazione per quel medesimo anno.

Come si sa, in seguito alle modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009, nel già ricco reticolo di deleghe previsto nell’art. 14 della legge n. 246 – di cui si dirà fra un attimo – viene inserita una nuova delega finalizzata all’abrogazione espressa di disposizioni legislative statali. Con l’introduzione del comma 14 *quater* si prevede, in particolare, che il «Governo è altresì delegato ad adottare, entro il termine di cui al comma 14-*ter*, uno o più decreti legislativi recanti l’abrogazione espressa, con la medesima decorrenza prevista dal comma 14-*ter*, di disposizioni legisla-

* Questo saggio è destinato agli scritti in onore di Valerio Onida.

tive statali ricadenti fra quelle di cui alle lettere *a*) e *b*) del comma 14, anche se pubblicate successivamente al 1° gennaio 1970».

Sia pur assai schematicamente è qui opportuno ricordare che, nell'impianto originario, la legge n. 246 prevedeva, innanzitutto, una delega c.d. salvifica, rivolta ad individuare «le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, nel rispetto dell'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 2003, n. 131» (art. 14, comma 14). Ad essa si aggiungeva, nel comma seguente, una delega alla semplificazione o al riassetto della normativa «anche al fine di armonizzare le disposizioni mantenute in vigore con quelle pubblicate successivamente alla data del 1° gennaio 1970».

Nel comma successivo (ora *14-ter*) veniva introdotto il vero e proprio strumento di riordino normativo, prescrivendo che, decorso il termine per l'attuazione della delega "salvifica", «tutte le disposizioni legislative statali pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi» – qualora ovviamente non rientranti fra quelle indispensabili o salvate direttamente dalla legge (comma 17) – «sono abrogate». Si tratta di quella che ormai nel linguaggio comune dei giuristi e degli operatori giuridici viene definita clausola "taglia-leggi" o più sinistramente "ghigliottina".

Il quadro si chiudeva con la previsione, al comma diciottesimo, di una delega accessoria che abilitava il Governo ad adottare, nel termine di due anni dalla entrata in vigore dei decreti di attuazione della delega principale (salvifica e di riassetto), nuovi decreti legislativi contenenti "disposizioni integrative o correttive", in ossequio ai medesimi principi e criteri direttivi di quest'ultima, dietro un previo parere espresso da una Commissione parlamentare bicamerale costituita *ad hoc* dalla legge.

Nel corso del tempo, oltre alla delega per l'abrogazione espressa, il legislatore ha aggiunto una nuova delega al riassetto, combinata con quella di integrazione e correzione appena ricordata, e una delega integrativa/correttiva avente ad oggetto i soli decreti legislativi di riassetto¹.

¹ Per una più precisa definizione del quadro complessivo della manovra taglia-leggi con specifico riferimento all'insieme dei meccanismi di delega via via introdotti nel corso del tempo v., di recente, G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi nelle deleghe del processo "taglia-leggi"*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 1/2011, 2 ss.

Sul tortuoso e problematico percorso attuativo della stessa v., in dottrina, fra i molti: R. ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici nell'evoluzione delle fonti normative*, Atti

Chiarito sommariamente il quadro di riferimento torno alla delega qui in esame per qualche brevissima notazione preliminare.

L'oggetto della delega è costituito – come detto – dalle disposizioni indicate alle lettere *a*) e *b*) del comma 14, vale a dire dalle previsioni legislative statali «oggetto di abrogazione tacita o implicita [ovvero] che abbiano esaurito la loro funzione o siano prive di effettivo contenuto normativo o siano comunque obsolete». In quest'ultimo disposto esse costituiscono l'oggetto di un principio di esclusione, in forza del quale risultano sottratte alla delega salvifica e, quindi, destinate altrimenti a cadere sotto il maglio della clausola ghigliottina di cui al comma 14-ter.

dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia, Luiss di Roma, Roma, Camera dei deputati, 2008, con gli interventi di: G.C. De Martin, A. Zimatore, A. Pastore, A. Pajno, R. Perna, M. Cecchetti, N. Lupo, C. Decaro, P. Carnevale, F. Sorrentino; SENATO DELLA REPUBBLICA (a cura di), *Attuazione del procedimento "taglia-leggi". Problemi, proposte e prospettive*, Roma 2009; M. CECCHETTI, *Problemi e prospettive di attuazione della delega "taglialeggi"*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, Torino 2009, 264 e ss.; E. LENZI, *Tra poche luci e molte ombre, il legislatore continua sulla via della semplificazione: le recenti innovazioni introdotte dalla legge n. 69/09*, consultabile all'interno della sezione dedicata alla Semplificazione normativa della rivista on-line *www.federalismi.it*, 22/2009; N. LUPO, *Dalla delega ai decreti-legge "taglia-leggi": continuità o rottura?*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 708 ss.; R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il contributo del Parlamento nel processo di semplificazione normativa mediante abrogazione nella XVI Legislatura*, in *Giur. Cost.* 2009, 4085 e ss.; M. CECCHETTI, *L'attuazione della delega "salva-leggi" mediante il d.lgs. n. 179 del 2009 e qualche possibile scenario futuro*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 1/2010; N. LUPO, B. MATTARELLA, *La codificazione e il taglia-leggi a livello statale: immagine o sostanza?*, in *Astrid Rassegna* 101/2009, in *www.astrid-on-line.it*; G. D'ELIA, L. PANZERI, *Sulla illegittimità costituzionale dei decreti-legge "taglia-leggi"*, in *Giur. Cost.* 2009; M. CECCHETTI, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d'urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse*, in corso di pubblicazione in S. PAJNO, G. VERDE (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto*, I, Milano 2010, 95; P. SCARLATTI, *La politica legislativa di semplificazione tra metodi differenti di abrogazione delle norme*, in *www.rivistaaic.it* n. 00/2010; P. CARNEVALE, *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione: il caso del meccanismo c.d. taglia-leggi*, in A. CERRI, P. HÄBERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma 2010, 411; ID., *Il Paradiso può attendere. Riflessioni a margine dell'attuazione della delega "salva-leggi"*, in *www.federalismi.it*, 9/2010; M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate negli esiti più recenti delle operazioni "taglia-leggi" previste dall'art. 14 della legge n. 246 del 2005*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, 697 (e già in *www.federalismi.it* 1/2011); E. LENZI, *L'intreccio tra il ruolo delle fonti secondarie nella politica di semplificazione e le vicende del meccanismo "taglia-leggi"*, *ivi*, 6/2011; C. MEOLI, *Sulla valenza ricognitiva del decreto "salva-leggi" (prime riflessioni a margine di corte cost., ord. 1 dicembre 2010, n. 346)*, in *www.federalismi.it*, 5/2011.

Al precetto del comma 14-*ter* la delega per l'abrogazione espressa si richiama esplicitamente per individuare, sia il termine per l'attuazione della stessa, sia il *dies a quo* di decorrenza dell'effetto abrogativo, supponendo evidentemente o una attuazione anticipata della delega medesima o, al limite, nel caso dell'adozione *in extremis* del decreto attuativo, l'inserimento in quest'ultimo della clausola di immediata entrata in vigore, onde evitare una eventuale efficacia retroattiva nel caso di entrata in vigore posteriore al termine di efficacia delle abrogazioni espresse, se ed in quanto ribadito nel decreto attuativo come ancorato a quello della clausola taglia-leggi.

Ciò evidentemente per allineare temporalmente la produzione dell'effetto abrogativo generalizzato della ghigliottina e quello dell'abrogazione espressa disposto dal decreto attuativo della delega qui in considerazione, reputandosi per converso la circostanza di un impatto "non in sincrono" foriera di possibili incertezze². Allineamento che si conferma, peraltro, anche sul piano oggettuale, stante il fatto che, nonostante la delega non contenesse una simile restrizione, il decreto n. 212 si limita ad intervenire sulla legislazione statale antecedente il 1970, parificando il proprio ambito di azione a quello della clausola abrogativa generalizzata di cui al comma 14-*ter*.

Ed in effetti il decreto legislativo n. 212 reca la data del 13 dicembre 2010, viene pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 15 dicembre 2010 e, grazie alla clausola di immediata efficacia di cui all'art. 2, entra in vigore il giorno successivo, in piena e totale corrispondenza di tempi con la abrogazione generalizzata disposta dal comma 14-*ter* e con quanto conformemente disposto all'art. 1 dello stesso decreto: «A decorrere dal 16 dicembre 2010, le disposizioni legislative elencate nell'allegato al presente decreto sono o restano abrogate ai sensi dell'articolo 14, comma 14-*quater*, della legge 28 novembre 2005, n. 246».

² Si noti, in proposito, che – secondo quanto attentamente rilevato in dottrina (cfr. M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., § 4) – nell'attuazione della delega per l'abrogazione espressa il legislatore delegato avrebbe potuto usufruire della proroga di novanta giorni dalla scadenza originaria, secondo il meccanismo previsto dal comma 22 dell'art. 14, sul quale mi soffermerò nel prossimo paragrafo. Ciò in quanto lo schema del decreto attuativo è stato presentato alla Commissione parlamentare bicamerale il 4 novembre 2010, onde il termine finale per rendere il parere – il 4 dicembre – è caduto nel lasso di tempo di trenta giorni dalla scadenza per l'attuazione: fatto che, alla stregua del ricordato disposto legislativo, è idoneo a determinare lo slittamento in avanti di un trimestre del *dies ad quem* dello *spatium temporis* per l'attuazione della delega.

2. *Questione di termini e decorrenze*

Sennonché, a turbare tale simmetria temporale è l'ipotesi di slittamento dei termini contemplata dall'art. 14, comma 22, l. n. 246 – con riferimento alla competenza consultiva della Commissione parlamentare bicamerale per la semplificazione sugli schemi di decreti legislativi adottati in attuazione delle deleghe di cui ai commi 14, 14-*quater*, 15, 18, 18-*bis*, da esercitarsi nel termine di un mese dalla loro trasmissione – alla cui stregua si prevede che, laddove «il termine previsto per il parere della Commissione scada nei trenta giorni che precedono la scadenza di uno dei termini previsti dai commi 14, 14-*quater*, 15, 18 e 18-*bis*, la scadenza medesima è prorogata di novanta giorni»³.

Ora, dato il complesso intreccio dei termini in parola – ed in particolare che il termine di scadenza per l'attuazione della delega salva-leggi si identificava in origine nello spirare del quarto anno dall'entrata in vigore della legge n. 246, il 16 dicembre 2009; che ad esso era stata ancorata anche la decorrenza dell'effetto abrogativo della clausola taglia-leggi, poi procrastinata di un anno, a far tempo da quella data; e che a quest'ultimo termine, come visto, si legava altresì il *dies ad quem* del lasso di tempo per l'attuazione della delega per l'abrogazione espressa e per il dispiegarsi dell'abrogazione medesima – l'eventuale ulteriore scorrimento di novanta giorni del primo termine – dal 16 dicembre 2009 al 16 marzo 2010 – avrebbe comportato “a catena”⁴ il parallelo spostamento in avanti anche del termine per l'attuazione della delega per l'abrogazione espressa e, correlativamente, del prodursi dell'effetto abrogativo recato dal decreto attuativo.

Di tale possibilità di proroga, con esplicito avallo, sia del Consiglio di Stato⁵, che della Commissione bicamerale per la semplifica-

³ Sulla questione generale dei termini temporali per l'espressione dei pareri parlamentari torna, da ultimo, E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti alla legge*, Milano 2010, 217 ss., cui si rinvia anche per ulteriori ragguagli. Sul problema specifico del meccanismo di slittamento di cui al comma 22 dell'art. 14 l. n. 246, v. le attente e condivisibili considerazioni svolte da G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi*, cit., 10 ss.

⁴ O, come dice, G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi*, cit., 11 «a cascata».

⁵ Nel parere sullo schema del codice dell'ordinamento militare reso dal Consiglio di Stato, comm. spec. difesa, nell'adunanza del 10 febbraio 2010 si legge che, in ordine alla questione della «scadenza della delega in concreto esercitata con lo schema in esame, il Consiglio ritiene che sia fissata alla data del 16 marzo 2010. Tanto emerge dall'esame del

zione⁶, si è avvalso il Governo per l'adozione del d. lgs. 15 marzo 2010, n. 66 ("Codice dell'ordinamento militare") che, come risulta *per tabulas* dal preambolo, si presenta come atto di esercizio, sia della delega salvifica ex art. 14, comma 14, della legge n. 246 – laddove, in particolare, all'art. 2270 incrementa di alcune unità l'elenco degli atti da sottrarre all'abrogazione presuntiva generalizzata della ghigliottina, allegato al d. lgs. 179 del 2009 – sia ancor di più della delega al riassetto prevista dal comma 15 del medesimo art. 14. Esercizio possibile solo mercé lo slittamento temporale previsto dal comma 22 (ancora una volta) dell'art. 14 (non a caso anch'esso espressamente richiamato nel preambolo), essendo ormai spirato al 16 dicembre 2009 il tempo originariamente ed ordinariamente previsto per l'attuazione di entrambe le deleghe.

Come è stato osservato da attenta dottrina, ne risulterebbe accreditata, per quanto qui più direttamente rileva, «l'ipotesi di un esercizio frazionato della delega "salva-leggi" avvenuto per il tramite di due interventi: il primo, con il d.lgs. n. 179 del 2009, entro il termine "naturale" di scadenza della delega fissato al 16 dicembre 2009; il secondo, con l'art. 2270 del d.lgs. n. 66 del 2010, entro il termine "prorogato" di novanta giorni e dunque fissato al 16 marzo 2010». Di talché, risulta «più che lecito porsi il dubbio che lo scorrimento del termine della delega di cui al comma 14, provocato dal secondo intervento, abbia determinato, per espresso disposto del comma 14-ter, anche lo scorrimento della data di decorrenza del termine di efficacia della "ghigliottina", da considerare pertanto non più fissato al 16 dicembre 2010 bensì al 16 marzo 2011».

Ebbene, se così fosse, si provocherebbe uno iato temporale fra decorrenza dell'effetto di abrogazione espressa discendente dal decreto n. 212 – fissata dallo stesso al 16 dicembre 2010 – e decorrenza dell'effetto abrogativo presuntivo della clausola ghigliottina – procrastinata al 16 marzo 2011. Con quali conseguenze? Forse, da un punto di vista prati-

tenore testuale del combinato disposto dei commi 12, 14, 14 *quater*, 15, e 22, dell'art. 14, l. n. 246 cit. Infatti, nell'ipotesi in cui il Governo abbia deciso (come nel caso di specie), di esercitare congiuntamente sia la delega di mera abrogazione espressa e salvaguardia delle fonti antecedenti il 1970 (co. 14), che quella di riassetto sostanziale (co. 15), il termine di scadenza della delega risulta espressamente fissato al 16 dicembre 2009 (co. 14), ma prorogato di 90 giorni nel caso in cui la trasmissione dello schema alla Commissione parlamentare per la semplificazione sia avvenuto (come nel caso di specie), nei trenta giorni che "...precedono la scadenza di uno dei termini previsti dai commi 14, 14-quater, 15, 18, 18-bis ..." (co. 22)» (punto 6.1).

⁶ V. Commissione parlamentare per la semplificazione, seduta del 24 febbraio 2010, res. sten., p. 176, in *www.camera.it*.

co, ben poche, trattandosi di disposizioni e di atti – quelli colpiti dal decreto n. 212 – in buona misura già privati di efficacia e tutti potenzialmente rientranti nell’ambito di azione dell’abrogazione generalizzata di cui al comma 14-ter.

La cosa, tuttavia, non può essere liquidata in questo modo.

Ciò, in quanto la distinzione dei *dies a quibus* che si sarebbe determinata avrebbe violato il principio di “solidarietà delle decorrenze” prescritto dall’art. 14-*quater*, in base al quale – come visto – il rinvio al termine della clausola ghigliottina riguarda non semplicemente l’esercizio della delega, ma anche l’entrata in vigore dell’effetto abrogativo esplicito disposto dal decreto attuativo della stessa. Ed allora il decreto n. 212, nel fissare al 16 dicembre 2010 (e non al 16 marzo 2011) il termine iniziale di efficacia delle abrogazioni espresse ivi disposte (art. 1), si sarebbe posto in contrasto con la normativa di delega, discendendone così per esso una singolare ipotesi di incostituzionalità *ratione temporis*, non per superamento del termine di esercizio della potestà legislativa delegata, bensì per *vulnus* apportato al termine iniziale di efficacia del decreto delegato imposto dalla legge di delega. Insomma, una incostituzionalità per anticipata abrogazione.

Il fatto è però – e ciò mi ha indotto ad usare sin qui il condizionale – che non è assolutamente chiara la sussistenza del presupposto in base al quale, sia il Governo, che il Consiglio di Stato, nonché la Commissione parlamentare sulla semplificazione, hanno ritenuto pacificamente scattato il meccanismo del differimento dei termini previsto dal comma 22 dell’art. 14. Ciò che contribuisce ad immergere la vicenda in un’atmosfera densa di opacità.

Invero, la condizione materiale idonea a giustificare la proroga è che la Commissione parlamentare per la semplificazione veda ricadere il termine di scadenza per rendere il proprio parere su di un provvedimento attuativo di ciascuna delle deleghe indicate, nei trenta giorni dalla scadenza di quest’ultime. Ma è proprio di questo fatto che non è dato trovare traccia idonea negli *itinerari* procedurali implicati.

Ebbene, delle due deleghe coinvolte (o, come preferisco pensare, della unica delega bifunzionale)⁷, per la salvezza delle leggi anteriori al

⁷ Delle ragioni per cui la lettura unitaria, ancorché funzionalmente distinta, della delega salvifica e della delega al riassetto sia preferibile rispetto a quella separatista ho dato conto nel mio, *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione: il caso del meccanismo c.d. taglia-leggi*, cit., § 3. Sulla questione

1970 – art. 14, comma 14 – e per il riassetto della normativa legislativa di settore – art. 14, comma 15 – la prima (delega o funzione) ha trovato, come noto, attuazione nei termini con l’emanazione del d. lgs. n. 179 del 2009. Sennonché, il parere della Commissione parlamentare sullo schema del provvedimento risulta reso in data 4 novembre 2009, cioè a dire a 12 giorni dallo spirare del termine mensile per la resa del parere (22 ottobre), ben al di qua dei trenta giorni dalla scadenza della delega, di cui al comma 22. Per quanto riguarda, invece, la delega al riassetto, essa è rimasta inattuata nei termini da parte del legislatore delegato, cui tuttavia risulta essere rimasta aperta la via per procedere al riassetto in conseguenza della nuova delega all’uopo introdotta con la novella del comma 18 dell’art. 14 della legge n. 246 ad opera dell’art. 13 della legge n. 69 del 2009⁸.

Ed allora? Su quale base si è ritenuto possibile procedere all’esercizio della potestà legislativa delegata usufruendo della proroga del termine di scadenza?

Bisogna, in proposito, osservare che lo schema di decreto legislativo contenente il codice dell’ordinamento militare è stato presentato alla Commissione parlamentare per la semplificazione in data 15 dicembre 2009, vale a dire un giorno prima della scadenza del termine per l’attuazione delle deleghe di cui ai commi 14 e 15, di cui esso stesso, seppur *pro parte*, si presenta come provvedimento di attuazione, con la conseguenza di portare la scadenza del termine al 14 gennaio 2010⁹. Si può dire che quella presentazione, sia pure *in extremis*, possa aver creato la condizione prescritta dal comma 22? Non mi sembra proprio¹⁰.

torna, da ultimo, G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi nelle deleghe del processo “taglia-leggi”*, cit., 3, parlando, in proposito, di delega «autonoma, ancorché parallela o “accessoria”».

⁸ Il quale – come già accennato in apertura – ha aggiunto, accanto alla già prevista delega integrativa e correttiva dei decreti legislativi salva-leggi, una nuova delega al riassetto «esclusivamente nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al comma 15 e previo parere della Commissione di cui al comma 19».

⁹ Termine, quest’ultimo, procrastinato di venti giorni, a mente della previsione di cui al comma 23 dell’art. 14 l. n. 246, secondo la quale: «La Commissione può chiedere una sola volta ai Presidenti delle Camere una proroga di venti giorni per l’adozione del parere, qualora ciò si renda necessario per la complessità della materia o per il numero di schemi trasmessi nello stesso periodo all’esame della Commissione».

¹⁰ Si può rilevare, in proposito, come nel dossier di documentazione redatto dall’Ufficio studi della Camera dei deputati, evidentemente nella consapevolezza dell’inapplicabilità del meccanismo del differimento di cui al comma 22, si tenti di far riferimento alla prassi riguardante le leggi comunitarie di prevedere «*in genere un analogo meccanismo di*

Invero, la *ratio* della previsione della proroga del comma 22, a me pare vada individuata, da un verso, nella esigenza di assicurare alla Commissione bicamerale il tempo necessario ad esprimere il parere, senza dover costringere quest'ultima a sacrificarlo onde evitare il rischio di un eccessivo approssimarsi della scadenza della delega e, dall'altro, soprattutto nel bisogno di garantire al Governo un tempo sufficiente a render possibile un adeguamento del provvedimento ai rilievi avanzati dalla Commissione¹¹.

Del resto, la lettera del ricordato comma 22 è estremamente chiara: non la *presentazione* dello schema di decreto alla Commissione, ma la *scadenza* del termine per l'espressione del parere deve cadere nel lasso dei trenta giorni precedenti lo spirare del termine per l'attuazione della delega.

La chiamata in causa della Commissione parlamentare il giorno pre-

scorrimento anche qualora il termine per l'espressione del parere scada successivamente al termine per l'esercizio della delega», segnalando altresì che «da ultimo, l'articolo 6, comma 2, lettera d) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, ha novellato l'articolo 6, comma 3 della legge n. 42/2009 all'esclusivo fine di prevedere che il meccanismo di scorrimento del termine di delega scatti anche qualora il termine per l'espressione del parere scada successivamente al termine per l'esercizio della delega» (corsivo ed enfasi nel testo, reperibile in <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/OR0206.htm>).

Peraltro, e a tacer d'altro, proprio il caso da ultimo ricordato della delega relativa al c.d. federalismo fiscale dimostrerebbe l'impossibilità di una interpretazione correttiva di stampo analogico del disposto in esame, come forse adombrato nel testo appena richiamato.

¹¹ Secondo G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri*, cit., 13, l'unica virtualità funzionale attribuibile ad un simile meccanismo di differimento sarebbe quella di «garantire unicamente che il Governo abbia un tempo idoneo a recepire (o, eventualmente, a motivare la mancata ricezione delle) indicazioni provenienti dal parere parlamentare, [...] con questo abbreviando di fatto il tempo per la predisposizione dello schema di decreto legislativo da presentare alle Camere». Ciò in quanto, laddove si fosse voluto proteggere lo *spatium temporis* del potere di consulenza parlamentare si sarebbe dovuto far leva non sul «termine per l'espressione del parere parlamentare», bensì [sul]la data di presentazione alle Camere del relativo schema di decreto legislativo». Il rilievo in sé è condivisibile, tuttavia non può non riconoscersi anche un riflesso positivo sull'attività della Commissione parlamentare del meccanismo di slittamento in parola, giacché, seppur è vero che non mette al riparo da ipotesi di comunicazione dello schema di decreto nell'imminenza assoluta della scadenza della delega – e che per questo sarebbe preferibile la previsione di uno scorrimento «qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare cada anche successivamente» a quella scadenza – tuttavia, in caso di invio a ridosso, ma non nella stretta prossimità di quella scadenza, solleva comunque la Commissione dalla tentazione di una contrazione dei tempi per la preoccupazione di dare al Governo la possibilità di apportare le eventuali modifiche consequenziali.

cedente la scadenza della delega, pertanto, non può atteggiarsi a fattispecie concreta della previsione in parola, sia alla stregua della lettera, che dello spirito della stessa e, quindi, non può costituire fatto idoneo ad innescare il meccanismo di slittamento ivi previsto.

Ma allora, se così è, a fronte della ricomposta sincronia *quoad effectum* fra abrogazione espressa e clausola ghigliottina, che rimarrebbero ambo ancorate al *dies* del 16 dicembre 2010 – problema da cui s’era partiti – bisogna arrivare a prefigurare la ben più grave conseguenza dell’illegittimità costituzionale dell’intero codice dell’ordinamento militare, in ragione dell’esercizio fuori termine della potestà legislativa delegata di cui ai commi 14 e 15 dell’art. 14 della legge n. 246¹².

3. *Delega per l’abrogazione espressa: ratio, natura, ambiguità*

Venendo al merito del provvedimento in esame, bisogna innanzitutto partire dalla individuazione dell’esigenza che ha ispirato la delega di cui al comma 14-*quater*. Trattandosi di un’operazione di abrogazione espressa cumulativa di disposizioni o già implicitamente abrogate o, per lo più, ormai prive di efficacia, l’intento che ha mosso il legislatore non può certo essere quello propriamente abrogativo, cioè di circoscrivere temporalmente l’efficacia di precetti che quell’efficacia han già, in buona misura, perduto. Si tratterebbe di un’“abrogazione del già abrogato” che parrebbe risolversi in una vera e propria superfetazione.

Piuttosto, la *ratio fundamentalis* della delega andrebbe ricercata nell’intento di chiarificazione dello stato del diritto oggettivo, mercé l’indicazione esplicita e nominativa della sua parte già caducata o comunque inefficace. Che questa condizione sia già un fatto che *qua talis* non abbisogna di essere riprodotto, non rileva, in questo caso, come obiezione, perché la finalità va appunto identificata non nel *produrre*, ma nel *certi-*

¹² Tale conclusione sembrerebbe corroborata dalla recente vicenda di conversione del d.l. n. 225 del 2010 c.d. mille proroghe, nel corso della quale è stato approvato un emendamento che, per evitare gli effetti dell’abrogazione espressa di alcune leggi ad opera del d. lgs. n. 212, ha disposto l’eliminazione delle stesse dall’elenco allegato a quest’ultimo con effetto retroattivo *a far tempo dal 16 dicembre 2010* (per ulteriori specificazioni v. *infra* § 5).

Di irrimediabile vizio del codice dell’ordinamento militare parla pure G. PICCIRILLI, *op. ult. cit.*, 12, il quale peraltro fornisce ulteriori prove a sostegno della tesi sostenuta nel testo (*ivi*, 12-13).

ficare quel fatto o, meglio, nel farlo emergere in superficie per renderlo certo e visibile ad ognuno. Alla stregua di ciò, il Governo avrebbe dovuto essere delegato ad adottare decreti aventi natura dichiarativa, predisponendo una sorta di testo unico compilativo delle disposizioni legislative statali abrogate¹³.

Sennonché, la formulazione letterale della previsione del comma 14-*quater* pare deporre in senso opposto, là ove si dice che il «Governo è delegato ad adottare [...] uno o più decreti legislativi *recanti l'abrogazione espressa*» (*corsivo mio*). L'espressione utilizzata, infatti, fa pensare più ad un disporre l'abrogazione che ad un certificarla: quel *recare* si avvicina assai di più all'idea del cagionare, del produrre, anziché a quella del meramente rappresentare¹⁴.

È, tuttavia, lo stesso decreto legislativo n. 212 a cercare di *quodammodo* conciliare questa sorta di intima contraddizione fra spirito e lettera della delega in questione, ricorrendo all'utilizzo dell'ancipite locuzione "sono o restano abrogate" con riferimento alle disposizioni legislative oggetto dell'intervento del legislatore delegato. Se, infatti, il *sono* indica il disporre e il *restano*, invece, il mero dichiarare, ne consegue che la duplice virtualità funzionale della delega in parola risulta così rappresentata e riassunta, salvo poi a restare del tutto impregiudicata la questione del "quando l'uno" e "quando l'altro", non prevedendo l'allegato al decreto n. 212 che un unico e non differenziato elenco di atti legislativi (e disposizioni), la cui abrogazione non è dato sapere se sia prescritta o descritta.

La formula, si sa, è fortunatissima e già utilizzata nell'arco temporale del lungo percorso attuativo della delega salva-leggi dai due decreti-legge nn. 112 e 200 del 2008 (cc.dd. taglia-leggi) con i quali si è disposta (o me-

¹³ Si può dire che il decreto n. 212 paia così idealmente collocarsi nel solco della ricca ed articolata *querelle* sulla natura, normativa o non normativa, dei provvedimenti legislativi richiesti dalla delega salva-leggi. In merito a tale vessata questione, v., in senso complessivamente favorevole al riconoscimento della natura propriamente normativa, gli interventi di Federico Sorrentino, Antonio D'Atena, Beniamino Caravita, Franco Modugno, Paolo Ridola, in SENATO DELLA REPUBBLICA (a cura di), *Attuazione del procedimento "taglia-leggi"*, cit., risp., 13, 20, 31, 46 ss., 73-74 (i cui testi, peraltro, sono consultabili in www.federalismi.it, sezione dedicata alla semplificazione normativa). *Contra*, decisamente sul punto M. CECCHETTI, *L'attuazione delle delega "salva-leggi"*, cit., 4 ss. V. pure a riguardo, se vuoi, P. CARNEVALE, *La legge di delega*, cit., §§ 5 e 6.

¹⁴ Cfr., in questo senso, la recisa affermazione di M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., 725.

ramente accertata) l'abrogazione espressa di circa 30.000 atti normativi¹⁵. La sua natura perplessa induce ad esprimere una duplice considerazione.

Per un verso, si potrebbe osservare che la locuzione ambiversa potrebbe spiegarsi con la duplicità dell'oggetto della delega, costituito, secondo quanto rilevato dal Consiglio di Stato, in parte da disposizioni abrogate – quelle di cui alla lettera *a*) – e in parte da disposizioni che, «pur avendo perso ragione del loro mantenimento», non sarebbero alle prime del tutto assimilabili e per le quali l'effetto ablatorio «sarebbe un po' più penetrante non essendo del tutto scomparse dall'ordinamento»¹⁶ – quelle di cui alla lettera *b*).

Sarebbe, tuttavia, da precisare che una netta distinzione fra disposizioni raccolte sotto la lettera *a*) e sotto la lettera *b*) non sembra possibile, solo che si tenga conto che di abrogazione si può parlare non soltanto ove ricorra una delle tre forme dell'art. 15 delle *Preleggi*, ma anche in altre ipotesi come quella della caducazione della norma per presupposizione (c.d. abrogazione indiretta) o, laddove distinguibile dalla precedente, per dissolvimento dell'oggetto. È a queste figure che potrebbe, forse, riferirsi la situazione della normativa che abbia «esaurito la propria funzione» o che sia divenuta «priva di contenuto normativo»¹⁷.

¹⁵ Su di essa v., ad esempio, N. LUPO, B. MATTARELLA, *La codificazione e il taglia-leggi a livello statale: immagine o sostanza?*, in *www.astrid.eu*, 14 ed *ivi* richiami, i quali opportunamente ricordano trattarsi di formula non sia di nuovo conio, vantando già una certa diffusione soprattutto nella legislazione regionale; nonché, se vuoi, le considerazioni svolte in P. CARNEVALE, *Il Paradiso può attendere*, cit., § 2.3.

¹⁶ Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, adunanza del 22 luglio 2010, parere n. 3264/2010, p. 8, reperito in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁷ Se è vero che alla prima figura potrebbe ricondursi l'abrogazione per presupposizione, quale residua esplicazione del vecchio canone "*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*", sarebbe riferibile al venir meno di istituti «dei quali le disposizioni di un codice non sono che svolgimenti o conseguenze particolari: ad es. le norme del codice civile, che contemplano il matrimonio del re e della famiglia reale, nonché le norme corporative devono considerarsi abrogate perché presuppongono istituti soppressi» (così R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale [artt. 10-15]*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1974, 343); mentre alla seconda potrebbe ricollegarsi l'eventualità della caducazione di una norma in conseguenza dell'abrogazione di altra norma che pure ne costituiva l'oggetto, come ad esempio nel caso del venir meno di una disposizione legislativa interpretata autenticamente da cui far discendere la cessazione di efficacia di quella interpretante. Per la distinzione fra abrogazione per presupposizione e caducazione per scomparsa dell'oggetto v., ad esempio, A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie*, in F. MODUGNO (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000, 187-188; di

Senza, poi, dire che, così come nel caso dell'abrogazione tacita, anche nelle eventualità appena ricordate si registra, ad ogni modo, una circostanza di avvenuta cessazione di efficacia del precetto legislativo, per cui la sua abrogazione espressa, in quanto volta a giuridicamente far venir meno quell'efficacia *pro futuro*, nulla aggiungerebbe, da un punto di vista strettamente giuridico, a quanto già si è realizzato. Ne deriverebbe che l'intervento ablatorio potrebbe reclamare, ancora nell'una come nelle altre ipotesi, solo un'utilità di svelamento e di notorietà della condizione di inefficacia e, quindi, assumere una valenza essenzialmente dichiarativa.

Diverso potrebbe essere, invece, il caso dell'obsolescenza, ultima fra le ipotesi riportate sotto la lettera *b*) del comma 14. Infatti, se e nella misura in cui non si risolve in una condizione di sopraggiunta inoperatività del disposto normativo, l'obsolescenza può dar luogo ad una situazione di inadeguatezza sopravvenuta a regolare una determinata fattispecie, causa l'evoluzione ordinamentale o, ancor di più, del contesto socio-economico-scientifico-storico, che, piuttosto che incidere sulla sua efficacia, potrebbe semmai revocare in dubbio la sua perdurante ragionevolezza, agendo così sulla sua validità, causa il prefigurarsi di un vizio di anacronismo¹⁸. Onde, la normativa colpita da obsolescenza, pur se minata nella sua validità, continuerebbe a spiegare i suoi effetti sino alla declaratoria di illegittimità e, perciò, nelle more di questo accertamento, il suo *status* non potrebbe effettivamente assimilarsi a quello delle disposizioni abrogate.

Tornando, perciò, al problema da cui eravamo partiti, la supposta distinzione interna all'oggetto della delega per l'abrogazione espressa, anziché alla partizione operata dalle lettere *a*) e *b*) del comma 14, andreb-

abrogazione per scomparsa dell'oggetto – sia pure con riguardo alla dimensione solo fisico-materiale e non propriamente giuridica di quest'ultimo – parla, invece, proprio con riguardo all'ablazione per presupposizione, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 111.

¹⁸ Inteso, questo, come fenomeno riguardante quei casi in cui la norma «non trova più giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale» (così Corte cost., sent. n. 140 del 1979, punto 3 del *cons. in dir.*) in conseguenza del mutamento dei presupposti fattuali sussistenti all'atto della sua adozione causato dall'evolversi del costume sociale, della tecnologia o della stessa legislazione (cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2009, 492-493). In dottrina, v. sul punto, A. CERRI, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale. Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni* 1981, 733 ss. e G. SERGES, *Anacronismo legislativo eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.* 2000, 684 ss.

be invece prefigurata, separando, da una parte, la categoria delle disposizioni sostanzialmente abrogate o assimilabili *quoad effectum*, cui risulta riconducibile la maggioranza delle ipotesi formulate nelle lettere a) e b), e, dall'altra, la classe delle disposizioni obsolete, che, pur nell'assoluta indeterminatezza della sua definizione, potrebbe raccogliere in sé anche disposti normativi non ancora privi di efficacia.

Il fatto è, però, che, pur così ripermetrata, l'osservazione del Consiglio di Stato, relativa alla possibilità di recuperare un significato alla formula «sono e restano abrogate» e, quindi, alla doppia valenza costitutiva e dichiarativa ch'essa esprime, finirebbe svuotata di rilievo pratico dalla circostanza della mancanza di alcun tipo di differenziazione fra le *species* normative colpite nell'elenco di atti legislativi oggetto di abrogazione espressa allegato al decreto n. 212. Per dirla con una celebre espressione polemica, nella “notte in cui tutte le vacche sono nere” nulla è dato sapere in merito al movente che ha spinto il Governo a prescegliere gli atti e le disposizioni da abrogare e, conseguentemente, si rivela impossibile ogni operazione di misurazione *ex ante e ratione obiecti* del senso effettivo e della portata della ancipite clausola ablatoria riferita a “singola voce”.

A quanto detto, può per altro verso aggiungersi una seconda considerazione attinente all'indirizzo politico in materia di semplificazione normativa.

A me pare che il legame fra il presente provvedimento e i due ricordati decreti-legge taglia-leggi non vada soltanto individuato sul piano delle formule utilizzate, bensì più ancora su quello della strategia delle politiche di semplificazione. Invero, sia l'uno – il d. lgs. 212 – che gli altri – i dd.ll. nn. 112 e 200 – accompagnando in parallelo, ma per moto contrario, l'attuazione della delega principale della legge n. 246 e del meccanismo taglia-leggi ivi previsto, paiono essere espressione di una logica fondamentalmente permeata di sfiducia e di evidente diffidenza verso quella delega e quel meccanismo. La stessa relazione illustrativa del decreto n. 212 non manca di metterlo in risalto¹⁹. Insomma, quello stesso

¹⁹ Là ove si afferma che il provvedimento in parola, «nell'abrogare espressamente 71.063 atti di rango primario, riduce gli *inconvenienti di una abrogazione “al buio”*, coerentemente all'obiettivo di garantire una maggiore certezza del quadro legislativo vigente» (cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante “abrogazione di disposizioni legislative statali ai sensi dell'art. 14, comma 14-*quater* della legge 28 novembre 2005, n. 246”, *corsivo mio*). Del resto analoga posizione era stata espressa dallo stesso Ministro per la semplificazione, con riferimento ai decreti legge nn. 112 e 200,

Esecutivo che è stato chiamato a gestire l'attuazione della delega salva-leggi, pur volendo procedere su quella strada, ha finito nei fatti per arruolarsi anche fra le fila dei suoi detrattori. Appare credente e, assieme, scettico; promuove e, al contempo, prende le distanze, quasi a far emergere dal disegno complessivo delle politiche di semplificazione normativa di quest'ultimo quinquennio una sorta di deriva schizofrenica, un *odi et amo* in grado di generare un certo disorientamento²⁰.

Se, poi, l'*odi* è strettamente legato alla indeterminatezza che affligge l'abrogazione presuntiva generalizzata della clausola taglia-leggi, cui si aggiunge per sovrammercato l'incertezza che caratterizza la definizione delle categorie normative sottratte *ope legis* a quell'effetto, in contrapposizione alla certezza dispensata dall'intervento caducatorio per dichiarazione espressa del legislatore, allora il rischio dell'equivoco è evidente. Ferma, infatti, quell'indeterminatezza, a me sembra (se non proprio mal riposta) forse un po' troppo scontata o, comunque, eccessiva la fiducia nutrita nei riguardi della *vis veritatis* sprigionata dall'intervento *ex decreto* n. 212.

Vero è che quest'ultimo è in grado di offrire all'operatore una certezza granitica ed assoluta: che, cioè, le disposizioni o gli atti da esso indicati non sono più suscettibili di applicazione *pro futuro*, cioè a far tempo dalla sua entrata in vigore. Ma, a parte il fatto che il carattere (anche molto) risalente di buona parte della normativa abrogata ridimensiona assai il valore di questo risultato, per il resto non pochi né lievi sono i dubbi che attanagliano l'operatore giuridico che abbia a confrontarsi con esso, causa peculiarmente la disinvoltura con la quale l'Esecutivo ha inteso strutturare il maxi-intervento di abrogazione espressa.

Secondo quanto già in precedenza osservato, il decreto n. 212 dispone l'abrogazione espressa di una serie di atti o disposizioni di rango legislativo indicati cumulativamente in un elenco allegato al decreto medesi-

nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo "Disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970 di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, ai sensi dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246", consultabile sul sito www.federalismi.it, nella sezione dedicata alla semplificazione e qualità della regolazione, 2. Sottolineano criticamente questo punto, sia pure con specifico riferimento alla relazione illustrativa del ddl di conversione del d.l. n. 200, G. D'ELIA, L. PANZERI, *Sulla illegittimità costituzionale dei decreti-legge "taglia-leggi"*, cit., 497.

²⁰ In proposito, v. da ultimo, le considerazioni di P. SCARLATTI, *La politica legislativa di semplificazione tra metodi differenti di abrogazione delle norme*, cit. Tornerò sul punto in chiusura del presente scritto.

mo, senza che questa indicazione sia accompagnata da importanti notazioni accessorie, quali, ad esempio, l'appartenenza del singolo atto ad una delle classi individuate alle lettere *a)* e *b)* dell'art. 14, comma 14, l. n. 246; nonché pure delle ragioni specifiche della collocazione in una classe piuttosto che un'altra²¹.

Non solo, ancor più rilevante è la mancata distinzione fra atti abrogati *ex se* dal d. lgs. n. 212 e atti già abrogati in precedenza e, quindi, fra abrogazioni operanti a partire dal 16 dicembre 2010 e abrogazioni più risalenti. A causa di ciò, dinanzi a ciascuna voce dell'elenco l'interprete si dovrà porre il problema se si tratta di normativa la cui cessazione di efficacia discende direttamente dall'inserimento in quell'elenco o rimonta a fatto diverso e antecedente, facendo così assumere a quel medesimo inserimento una valenza semplicemente dichiarativa. E per fare questo egli dovrà accertare *se* e *quando* si sia generata incompatibilità, in tutto od in parte, con altra disciplina successiva e *se*, nel caso, la qualifica in termini di specialità possa metterla al riparo da conseguenze ablatorie; oppure *se* e *quando* vi sia stata caducazione per nuova regolazione della materia; ovvero *se* e *quando* sia venuta meno la disciplina presupposta; ed ancora *se* e *quando* la sopraggiunta carenza di *ratio* si sia risolta in causa di cessazione di efficacia, ecc.

Insomma – come già mi è capitato di osservare – «l'onere per l'operatore giuridico non pare granché alleggerito, essendo comunque chiamato [...] ad indagare lo stato del diritto oggettivo in modo non troppo diverso da quanto ordinariamente egli fa, con l'unica (e, comunque, non trascurabile) eccezione dei rapporti giuridici sorti dopo l'entrata in vigore delle clausole abrogative [...] in esame»²².

Se questa è prestazione di certezza, si tratta senz'altro di operazione di livello non elevato.

²¹ Si rammarica della mancata individuazione dei «presupposti sostanziali che la norma di delega imponeva di porre a fondamento dell'abrogazione espressa, ossia le ragioni per le quali dovesse ritenersi “verificata” – e, possibilmente, a partire da quale data – l'avvenuta *abrogazione tacita o implicita*, *l'esaurimento della funzione* o *la perdita del contenuto normativo* o *l'obsolescenza* degli atti o delle disposizioni indicate nell'allegato», M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., 728.

²² Cfr., analogamente, P. BILANCIA, *Una situazione complessa: le leggi tra tagli e salvataggi*, in *www.federalismi.it*, 22/2009, 5.

4. *Il decreto n. 212: il problema dell'abrogazione di disposizioni regolamentari e di quelle ricomprese nelle c. d. categorie escluse dalla clausola taglia-leggi*

Di alcune altre questioni emerse nel corso del procedimento di gestazione del decreto n. 212 devo a questo punto dar conto.

Un primo quesito, attentamente segnalato dal Consiglio di Stato e dalla Commissione parlamentare bicamerale, riguarda la possibilità di inserire nell'elenco degli atti oggetto dell'intervento del decreto in parola anche quelli privi di forza di legge. Sia nel primo (interlocutorio) che nel secondo (definitivo) parere della sezione consultiva sugli atti normativi del supremo organo di consulenza, si sottolinea l'indebito inserimento nell'elenco degli atti da abrogare di «moltissimi regi decreti, di cui sembra debba escludersi la natura legislativa», a molti dei quali anzi non era possibile riconoscere neppure «contenuto normativo, trattandosi di meri atti amministrativi»²³. Inserimento che non può trovare giustificazione alcuna nell'incerta qualificazione degli stessi, trattandosi di atti la cui natura non legislativa è palese²⁴.

Orbene, limitando qui il discorso alla sola ipotesi di coinvolgimento di atti e disposizioni di livello secondario, il problema non è tanto quello – di natura prevalentemente teorica – della ipotizzabilità del ricorso all'istituto dell'abrogazione anche in caso di antinomie fra norme poste da fonti gerarchicamente non pariordinate, in deroga alla posizione più rigorosa che vuole invece circoscritto quel ricorso solo nel caso di conflitti coinvolgenti fonti dello stesso tipo od omogenee (oltre che ugualmente competenti)²⁵. Si tratta piuttosto di una faccenda di stretto diritto positivo. Difatti, la delimitazione alle sole disposizioni legislative statali dell'abrogazione espressa ad opera del d. lgs. n. 212 discende, come già per il d. lgs. n. 179 del 2009, direttamente dalla normativa di delega, essendo espressamente prescritta nel comma 14-*quater* dell'art. 14 della legge n. 246, onde la mancata corrispondente depurazione dell'elenco degli atti abrogandi avrebbe fatto incorrere il decreto stesso in un sicuro vizio di «eccesso di delega»²⁶. Bene ha fatto quindi il Governo ad ade-

²³ Cons. Stato, parere n. 3264, cit. p. 9.

²⁴ Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, adunanza del 20 settembre 2010, parere n. 4668/2010, § 4, reperito in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ Sulla questione v. per tutti F. MODUGNO, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur.* 1988, 3.

²⁶ Cons. Stato, parere n. 4668/2010, cit. È ovvio che rispetto al suddetto rilievo non

guarsi ai rilievi avanzati e a revisionare l'elenco di cui all'allegato al decreto n. 212, arrivando quasi a dimezzarne le voci.

Non sembra, invece, in alcun modo condivisibile – e, se e nella misura in cui fosse stata praticata, a mio parere sarebbe decisamente censurabile – la soluzione proposta dallo stesso Consiglio di Stato del mantenimento in elenco degli atti di incerta qualificazione primaria. Certo, bisogna dar atto «dell'estrema di difficoltà di una verifica contenutistica [...] per atti così risalenti nel tempo ed espressione di un sistema delle fonti profondamente diverso» e dei conseguenti «larghi margini di errore»²⁷. Tuttavia, ricavarne la conseguenza per cui sia «preferibile correre il rischio di una abrogazione con una fonte di rango superiore piuttosto che quello inverso di abrogazione di una norma primaria con una fonte secondaria» mi sembra davvero indebito. Vero è che nella seconda ipotesi, in caso di errore, all'incostituzionalità per violazione della delega si aggiungerebbe l'illegittimità per violazione della subordinazione gerarchica del regolamento alla legge *ex art. 4 disp. prel. cod. civ.*; nondimeno nel primo caso si perverrebbe comunque all'esito dell'incostituzionalità²⁸.

Ebbene ci si deve chiedere se la scelta fra “due mali” (e la conseguente opzione per il “male minore”) fosse davvero conseguenza di un'alternativa secca che non ammette altre possibilità. A me non pare.

Ragionando, infatti, in termini di preferibilità e di “male minore”, a prediligersi avrebbe dovuto essere una terza via: quella di rilasciare la soluzione del problema all'interprete, cui attribuire il compito, ove necessario, di sciogliere il dubbio, dovendosi peraltro misurare in proposito con la questione della perimetrazione della clausola ghigliottina. Imporre, invece, una decisione ermeneutica di tipo autoritativo non suffragata da sufficiente certezza, oltre che fare incorrere il Governo in una sorta di millantato credito, rischia di risultare foriera di un effetto fuorviante, per dir così, *erga omnes*.

Una seconda *querelle* è sorta intorno alla questione della possibile

può avere nessun pregio la giustificazione addotta dal Ministro per la semplificazione, secondo la quale «un metodo analogo sarebbe stato seguito nella predisposizione del decreto legge 23 aprile 2008, n. 200 convertito con modificazioni dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9» (*ivi*). Peraltro, se è lecito cercare un apparentamento, quanto a regime giuridico, ad altro atto legislativo, il decreto n. 212 sembra assimilabile al *referendum* abrogativo, ugualmente costretto ad operare al solo livello legislativo primario dalla previsione dell'art. 75 al. Cost.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ In questo senso, M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., 721, in nt. (41).

estensione dell'area di intervento del decreto n. 212 agli atti e alle disposizioni legislative riconducibili alle c.d. categorie escluse di cui al comma 17 dell'art. 14 della legge n. 246²⁹. All'orientamento favorevole del Ministro per la semplificazione che, nella relazione accompagnatoria dichiarava di averne inseriti diversi, si sono opposti decisamente, ancora una volta, sia il Consiglio di Stato che la Commissione bicamerale.

L'argomento utilizzato, in questo caso, non mi pare da condividere. Il supremo consesso, infatti, ritiene che il rinvio alle disposizioni indicate alle lettere *a)* e *b)* dell'art. 14, comma 14 – la cui esclusione costituisce un duplice principio e criterio direttivo della delega salvifica – contenuto nella normativa relativa alla delega per l'abrogazione espressa, vada interpretato come riferibile anche alle materie investite dalla delega del comma 14; materie da cui è estromesso l'elenco dei c.d. settori normativi esclusi individuati dal comma 17. Ciò che, peraltro, troverebbe conferma in una considerazione di carattere topografico, relativa alla «collocazione della disposizione [art. 14, comma 17. *N.d.r.*] dopo la delega in questione [art. 14, comma 14-*quater*. *N.d.r.*]»³⁰. Se ne deduce, pertanto, che «nei settori esclusi – in assenza di specifiche deleghe in proposito – la decisione in ordine alla permanenza in vigore delle disposizioni legislative debba essere in ogni caso demandata all'interprete»³¹.

Senonché, a ben ricostruire i rapporti fra delega salvifica e delega per l'abrogazione espressa, non pare proprio che si possa accreditare l'opi-

²⁹ Art. 14, comma 17: «Rimangono in vigore: a) le disposizioni contenute nel codice civile, nel codice penale, nel codice di procedura civile, nel codice di procedura penale, nel codice della navigazione, comprese le disposizioni preliminari e di attuazione, e in ogni altro testo normativo che rechi nell'epigrafe la denominazione codice ovvero testo unico; b) le disposizioni che disciplinano l'ordinamento degli organi costituzionali e degli organi aventi rilevanza costituzionale, nonché le disposizioni relative all'ordinamento delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato e al riparto della giurisdizione; c) le disposizioni tributarie e di bilancio e quelle concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco; d) le disposizioni che costituiscono adempimenti imposti dalla normativa comunitaria e quelle occorrenti per la ratifica e l'esecuzione di trattati internazionali; e) le disposizioni in materia previdenziale e assistenziale». Su questa previsione e sul suo alto grado di problematicità nell'economia complessiva dell'operazione taglia-leggi, rilevata anzitempo da F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *www.astrid-on-line.it*, 67-68, v., per tutti, M. CECCHETTI, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d'urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse*, cit., §, 2.4, cui si rinvia anche per i molteplici richiami di dottrina.

³⁰ Cons. Stato, parere n. 4668, cit., § 6.

³¹ Cons. Stato, parere n. 3624, cit., p. 9.

nione della identità del rispettivo ambito di intervento. Anche ad abbracciare una chiave di lettura di tipo sinergico e a valorizzare il comune (e finale) obiettivo della razionalizzazione normativa, cui risulta ordinata l'intera operazione avviata dalla legge di semplificazione per il 2005 e, quindi, ciascuna delle deleghe lì contemplata³², il dato positivo non vale a corroborare la tesi qui avversata. A parte lo scarso rilievo che nell'esegesi ha tradizionalmente l'argomento della *sedes materiae* e a parte pure la (probante) considerazione del carattere di «disposizione di “immediata applicazione” e non [...] di delega»³³ del comma 17, ciò che sembra assolutamente chiaro è che il richiamo alle lettere *a)* e *b)* del comma 14, effettuato dal comma 14-*quater*, altro non serve che ad identificare l'ambito oggettuale dell'abrogazione espressa cumulativa da disporsi da parte del legislatore delegato e non certamente a comportare, neppure allo specifico fine qui in considerazione, l'identificazione della sfera di intervento con la delega salvifica. Prova ne sia, da un verso, che le disposizioni indicate nelle lettere *de quibus*, per l'una costituiscono il campo specifico di azione, per l'altra sono esplicitamente sottratte al suo ambito d'intervento; dall'altro, che la sfera di operatività della delega salvifica non risulta in alcun modo incisa dalla previsione dei settori esclusi, la quale si atteggia invece ad argine nei confronti della clausola abrogativa generalizzata del comma 14-*ter*. Per cui è ben possibile che fra le leggi statali oggetto della delega salvifica vengano a rientrare anche quelle appartenenti ai settori esclusi³⁴. E così la lettura in parallelo dei commi 14 e 14-*quater* finirebbe per comprovare l'abrogabilità delle leggi rientranti nelle categorie protette, piuttosto che opporvisi.

³² In tal senso, v. specialmente G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi*, cit., 2 e 4 ss.

³³ M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., 16.

³⁴ In proposito, v. E. LENZI, *Tra poche luci*, cit. 15. La soluzione era stata per tempo prefigurata già dalla *Relazione concernente la ricognizione della legislazione statale vigente* (c.d. Relazione Pajno), Atti parl., XV legisl., doc. XXVII, n. 7, 29, consultabile sul sito www.camera.it, che ha chiuso la prima fase ricognitiva della legislazione primaria vigente, prevista dal comma 12 dell'art. 14 l. n. 246. In dottrina v., sul punto, quanto per tempo osservato da N. LUPO, *Le materie escluse e i decreti legislativi “correttivi”*, 51 ss. cui adde anche M. CECCHETTI, *Problemi e prospettive*, cit., 277-278.

5. *Delega per l'abrogazione espressa e art. 76 della Costituzione*

C'è, poi, la questione della conformità della delega per l'abrogazione espressa al modello disegnato dall'art. 76 della Costituzione. L'art. 14-*quater* si presenta, a dire il vero, anche sotto questo profilo assai deficitario.

Innanzitutto, manca una qualsiasi, anche generica e sinanco allusiva, indicazione di principi e criteri direttivi. Quel che il legislatore parlamentare chiede al Governo è di procedere a disporre abrogazioni espresse, senza nessuna definizione di indirizzi e linee-guida.

Ora, si sa quanto lo strumento della legge di delega abbia, nella prassi, incarnato l'esempio principe di figura strutturalmente e funzionalmente assai flessibile, anzi più propriamente elastica³⁵. Elasticità cui s'è, nel tempo, accompagnato un atteggiamento sin troppo disinvolto del legislatore parlamentare nell'interpretazione dei vari fattori, costituenti il contenuto minimo essenziale del figurino costituzionale della legge di delega tracciato dall'art. 76. Così che, alla forte pluralizzazione del modello scaturente dalla molteplicità di usi cui risulta essersi prestato, si è aggiunto l'effetto di una sensibile attenuazione dell'ancoraggio costituzionale. A quest'ultimo proposito, non può non registrarsi una certa qual complicità degli organi di controllo, ivi compresa la Corte costituzionale, la cui corrieva giurisprudenza ha complessivamente avallato questo processo di progressiva eterodossia costituzionale della delega legislativa, elaborando un ampio corredo di canoni di scrutinio assai comprensivi nei confronti del legislatore³⁶.

Ebbene, anche attingendo a questo ricco armamentario di criteri salvifici, la riconduzione della delega in esame sotto l'ombrello dell'art. 76 Cost. appare come un'operazione veramente ardua³⁷.

³⁵ Cfr. S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello di delega*, Napoli 1990, *passim*. Per un quadro complessivo della prassi v. compendiosamente M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, *Art. 76*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, spec. 1493 ss., nonché pure, più diffusamente, G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in CORTE COSTITUZIONALE, *La delega legislativa*, Atti del seminario di studi svoltosi presso la Corte costituzionale, Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano 2009, 93 ss., nonché R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi, ivi*, 333 ss.

³⁶ V., in proposito, di recente A. ANZON DEMMIG, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in CORTE COSTITUZIONALE, *La delega*, cit., 3 ss.

³⁷ Lo riconosce anche chi, soprattutto alla luce degli indirizzi della giurisprudenza

Ad esempio, il carattere non solo ricognitivo, ma anche propriamente normativo della stessa, testimoniato dal carattere bifido delle formula abrogativa adottata dal d. lgs. n. 212, non consente di appigliarsi a quell'indirizzo giurisprudenziale per cui la conformità a Costituzione di deleghe difettose sarebbe possibile interpretandoli come meramente compilative e prive di capacità innovativa dell'ordinamento (c.d. *minimalizzazione*)³⁸.

Né sarebbe possibile far leva su quell'orientamento che consente la ricavabilità *aliunde* dei principi e criteri direttivi della delega, facendo riferimento al «dato normativo esistente». Giacché, a parte il fatto che una simile strategia ermeneutica è praticata al fine di *integrare* il complesso dei principi e criteri indicati dalla legge di delegazione – allo scopo di offrire copertura a scelte del legislatore delegato altrimenti eccedenti la delega – e non per *rimediare alla loro assoluta mancanza*, nel caso che ci occupa essa non sarebbe praticabile. Ciò per la semplice ragione per cui il contesto normativo al quale fare riferimento, onde ricavare principi e criteri direttivi, non sarebbe in alcun modo individuabile, stante il fatto che la delega in parola non interviene su di un settore ordinamentale, su di una determinata sfera materiale di rapporti, ma sull'intero ordinamento legislativo senza alcuna delimitazione.

costituzionale, tende invece ad assolvere da vizi di costituzionalità le altre deleghe della operazione taglia-leggi (cfr. G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi*, cit., 15-16, che ammette trattarsi dell'ipotesi su cui «sembrando addensarsi le criticità di più difficile soluzione»).

³⁸ Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi soprattutto a partire dalla nota a sentenza n. 280 del 2004 sulla delega ex art. 1, comma 4, l. n. 131 del 2003 (c.d. legge La Loggia), sul quale cfr., in particolare, G. DI COSIMO, *Deleghe e argomenti*, in *Le Regioni* 2005, 287 ss.; G. SERGES, *Riassetto normativo mediante delega legislativa e determinazione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente*, in *Le Regioni* 2006, 83 ss.; E. FRONTONI, *Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 2007: verso un maggiore rigore nel sindacato sull'eccesso di delega*, in *Giur. it.* 2008, 1105 ss.

Per l'inapplicabilità mi sono già espresso in P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in G. COCCO (a cura di), *L'economia e la legge*, Milano 2007, 126 (posizione successivamente ribadita in *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa*, cit. § 6). *Contra*, sul punto, M. CECCHETTI, *L'attuazione della delega "salva-leggi" mediante il d.lgs. n. 179 del 2009 e qualche possibile scenario futuro*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2010, § 3.1, sulla scorta dell'opinione di F. MODUGNO, *Procedimento Taglia-leggi: profili problematici*, in *www.federalismi.it*, 8/2009, 9. Per un tentativo di replica sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Il Paradiso può attendere*, cit., § 2.1, in nt. (14).

Se, poi, al dato normativo esistente si volesse sostituire, secondo un altro *topos* argomentativo della Corte costituzionale, la *ratio* della delega, il risultato non cambierebbe sostanzialmente, laddove quest'ultima fosse individuata nella funzione stessa dell'abrogare. Ci si troverebbe, infatti, di fronte all'alternativa fra incappare in un esito chiaramente tautologico – quale sarebbe quello che risolvesse nella funzione abrogativa il principio guida della delega ad abrogare – e indulgere all'assunto dogmatico – come quello per cui la natura meramente deregolatoria della stessa assorbirebbe in sé l'esigenza di orientamento da parte delle Camere.

Rimanendo su questo piano, forse un maggiore aiuto potrebbe venire dal richiamo a quella che ho sopra definito *ratio fundamentalis*, vale a dire all'esigenza di emersione e di visibilità del dato normativo già implicitamente (o non esplicitamente) cessato dal punto di vista della capacità di produrre effetti. Ed allora, incrociando piano dell'oggetto e piano funzionale, l'interprete potrebbe ritrovare, per il potere legislativo delegato, una, sia pur embrionale, bussola. Certo, tenuto conto del margine di apprezzamento governativo nell'individuare le categorie indicate alle lettere *a)* e *b)* della delega salvifica *ex* art. 14, comma 14 l. n. 246 – si pensi al caso davvero eclatante delle disposizioni obsolete – si avrebbe probabilmente ragione a qualificare tale bussola come assai insufficiente.

Neppure, infine, il tentativo di rileggere la delega in parola alla luce della «finalità generale della semplificazione normativa alla quale sono indirizzati tutti gli strumenti previsti dall'art. 14» può sortire l'effetto di evitare che essa risulti «priva di principi e criteri direttivi in violazione dell'art. 76 della Costituzione»³⁹. Secondo quanto già osservato, anche a voler valorizzare il comune orientamento funzionale delle diverse deleghe previste dall'art. 14 della legge n. 246 e il congiunto cospirare al riordino del sistema normativo, la delega per l'abrogazione espressa mantiene una sua autonomia, sia formale che sostanziale, la quale impedisce la chiamata in causa di principi e criteri fissati per le altre, specie con riguardo alla delega “madre” salva-leggi⁴⁰. A quest'ultimo proposito, non vale tanto il rilievo per cui «non tutti i criteri di delega del comma 14 sono riferibili a quella in questione»⁴¹, ma la considerazione generale se-

³⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, adunanza del 20 settembre 2010, parere n. 3243/2010, punto 2.

⁴⁰ Critico, in proposito, anche G. PICCIRILLI, *Oggetto, termine, principi e criteri direttivi*, cit., 15.

⁴¹ Consiglio di Stato, parere n. 3243/2010, cit., punto 2.

condo la quale i medesimi principi e criteri non possono contemporaneamente sorreggere un'operazione volta a *salvare atti e disposizioni dall'abrogazione* e un intervento che invece *a quell'abrogazione mira*, pena la dimostrazione inconfutabile dell'assoluta inconsistenza di quegli stessi principi e criteri⁴².

Senza, poi, dire che, anche sotto il profilo dell'“oggetto definito” la delega *de qua* si presenta fortemente deficitaria, essendo rivolta a[] (disporre/dichiarare) l'abrogazione di normative legislative assolutamente prive fra loro di un minimo nesso materiale, appartenenti – come sono – ad ogni possibile settore dell'ordinamento e quindi «all'*intera* produzione legislativa statale dell'ordinamento italiano postunitario», senza neppure quel tenue perimetro rappresentato dal discrimine temporale della pubblicazione entro il 31 dicembre 1969 di cui alla delega salva-leggi⁴³.

6. *Quella del comma 14 quater è un'incostituzionalità che merita di essere sanzionata?*

Certo – si dirà – quale interesse vi potrà mai essere a far venir meno un atto che dispone l'abrogazione di atti e disposizioni, in buona misura, già abrogati o insuscettibili di produrre effetti, la cui condizione giuridica, quindi, non subirebbe alcun apprezzabile mutamento sostanziale a causa di quel venir meno? Vi sarà pure l'illegittimità costituzionale del d. lgs. n. 212, ma non v'è dubbio che si tratterebbe, nella maggioranza dei casi, d'una ipotesi di incostituzionalità assolutamente innocua e deprivata di qualsivoglia conseguenza concreta. Ed allora, è così importante dichia-

⁴² Il rilievo è il medesimo di quello formulato in origine con riferimento alla potestà legislativa delegata “integrativa e correttiva” dei decreti legislativi salvifici, prevista dal comma 18 del medesimo articolo, laddove orientata a correggere nel senso della “eliminazione” di prescrizioni legislative dagli elenchi delle disposizioni salvate in prima battuta, ma successivamente (ri)valutate non indispensabili (sia consentito qui il rinvio a P. CARNEVALE, *La legge di delega come strumento per la semplificazione normativa e la qualità della normazione*, cit., § 5).

⁴³ Come è stato esattamente osservato, il fatto che che il d.lgs. n. 212 disponga «esclusivamente l'abrogazione di disposizioni pubblicate in data anteriore al 1970, con ciò “delimitando” in qualche modo, con una scelta a priori, il proprio ambito oggettivo di intervento», non rileva in alcun modo, trattandosi «di una sorta di “autolimitazione” che il legislatore delegato ha del tutto liberamente imposto a se stesso, oppure di una vera e propria ipotesi di esercizio “parziale” della delega; il che non può certo valere a rendere legittima ex post una norma di delegazione legislativa che si ritenga difforme dal modello costituzionale» (così M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., § 4.2).

larla? E i costi di questa dichiarazione – in termini, ad esempio, di ritardata retribuzione di giustizia – a fronte degli inesistenti benefici per coloro che sarebbero chiamati a pagarli, chi vorrà sostenerli? Quale parte presenterà mai istanza al giudice per sollevare una simile questione di legittimità costituzionale? E quale giudice, anche in via officiosa, lo farà? E anche intendesse farlo, la questione supererebbe il vaglio della rilevanza?

Nondimeno, se ci si astraie per un momento dalla logica dell'immediatezza e delle evidenze apparenti, ci si accorge che un interesse da presidiare ci sarebbe e che la prefigurata incostituzionalità non si presenterebbe come semplicemente "a perdere". La posta in gioco, infatti, è rappresentata dal *rispetto delle metaregole*, della normazione sulla normazione e, quindi, in definitiva, del valore dell'ordinata nomodinamica che, si sa, è essenziale nella vita dell'ordinamento e che, pur se celato dietro una vicenda a somma zero, non perde il suo significato. Insomma, una incostituzionalità che mi sentirei di definire teleologicamente prospettica perché protesa a garantire più che l'ordinamento e il diritto oggettivo nel loro assetto attuale, gli stessi nella loro dimensione futura, ispirata – se così si può dire – ad un *dover essere* trasformato soprattutto in un *dovrà* (continuare ad) *essere*⁴⁴.

Del resto, nel caso che ci occupa mancherebbe una delle principali ragioni di *self-restraint* nel sindacato di costituzionalità che vengono tradizionalmente invocate per giustificare l'atteggiamento assai prudente della Corte costituzionale nel rilevare il vizio formale: l'*horror vacui* e il timore di generare conseguenze di maggiore incostituzionalità sul piano sostanziale. Ora, ove pure si voglia accedere all'impostazione secondo la quale, la sanzione del vizio formale per violazione dell'art. 76 Cost. debba essere, per lo più, assistita dalla presenza del pregiudizio di un interesse costituzionale sostantivo⁴⁵, in mancanza del quale, dinanzi a de-

⁴⁴ Come è stato ben detto recentemente, se «è vero [...] che col tempo la percezione del vizio formale tende ad attenuarsi, è anche vero che quest'ultimo finisce per essere un vizio più "pervasivo", che non rimane confinato al singolo atto, ma incide sul "modo" della produzione normativa. Come la prassi in tema di delegazione ha dimostrato, il vizio formale non sanzionato tende ad essere riprodotto tutte le volte in cui viene applicata la norma sulla normazione» (così E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale: vecchie questioni e nuovi profili problematici*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Carabita, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino 2011, 64).

⁴⁵ Così sostanzialmente Giuseppe Branca nella celebre nota *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro it.* 1970, V, 28-29.

nunzie di vizi formali, la Corte esita, se posta «di fronte all'eventualità di un annullamento di norme dal contenuto apprezzabile, tanto più se apprezzabile rispetto a qualche valore sostanziale di natura costituzionale»⁴⁶, nella circostanza in esame simili osservazioni non risulterebbero calzanti. Ciò in ragione del fatto che l'assenza, in linea di massima, di conseguenze sul piano normativo al venir meno della delega in esame e del relativo decreto legislativo attuativo dovrebbe liberare da timori sul "seguito" nell'ordinamento di una pronuncia di annullamento che si presenterebbe, dal punto di vista sostanziale, per lo più innocua o, meglio, incapace di offendere.

Obiettare, facendo leva sul pregiudizio che alla esigenza di certezza del diritto discenderebbe dalla declaratoria di «incostituzionalità della delega di cui al comma 14-*quater* (e, eventualmente, del conseguente decreto legislativo 212/10)», la quale produrrebbe il risultato di «aumentare il grado di incertezza riguardo all'effettivo dispiegarsi dell'effetto abrogativo del comma 14-*ter*, almeno a riguardo delle norme che potrebbero ricadere nei settori esclusi dal comma 17», significa, a mio parere, non tener conto di due aspetti importanti.

Da un verso, che evocare la certezza del diritto rischia di essere un vero e proprio *boomerang*, ove si consideri che essa si atteggia (anche) ad esigenza tutelata dal necessario rispetto da assicurare alle norme sulla normazione⁴⁷. E il ricorrente "maltrattamento" subito nel percorso di elaborazione e svolgimento delle politiche di semplificazione, in generale⁴⁸, e della complessiva manovra delineata nell'art. 14 della legge n. 246

⁴⁶ Così G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in CORTE COSTITUZIONALE, *La delega legislativa*, cit., 320.

⁴⁷ Come è stato autorevolmente osservato, dalla «"certezza del diritto" [...] deriva – vorrei qui aggiungere e sottolineare – non solo la doverosa chiarezza degli enunciati normativi, ma, a ben vedere, anche la legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti» (così A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, in M. RUOTOLLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli 2008, 96).

⁴⁸ Si pensi, per stare ad alcuni fenomeni più eclatanti, all'uso della fonte regolamentare negli interventi di delegificazione e alla forte devianza registrata rispetto al modello di cui all'art. 17, secondo comma, l. n. 400 del 1988; oppure alla irresoluta ed irrimediabilmente ambigua figura del testo unico misto, foriera di non pochi problemi qualificatori; penso ancora a taluni eccessi di omologazione di regime giuridico fra fonti diverse nel programma di codificazione/riassetto delineato nella legge n. 229 del 2003 e all'irrazionalità assoluta dell'ivi previsto codice della normazione, sino ad arrivare alle singolarità costituzionali dei decreti taglia-leggi.

del 2005, in specie⁴⁹, potrebbe a ragione reclamare una qualche reazione⁵⁰.

Dall'altro, che la dispensa di certezza ascritta alla delega per l'abrogazione espressa va un po' ridimensionata, quantomeno da un punto di vista pratico. Sia l'età risalente di buona parte del materiale normativo oggetto dell'intervento, sia soprattutto l'indeterminatezza della formula "sono o restano abrogate", mi sembra debbano indurre ad evitare sopravvalutazioni.

Non solo, quando si parla di certezza del diritto, quantomeno con riguardo alla sicurezza dispensata all'operatore giuridico circa la fruibilità e leggibilità del diritto oggettivo, bisogna tener presente, non soltanto del piano (sincronico) del rapporto fra norme sulle produzione e norme di produzione, ma anche di quello (diacronico) delle politiche e delle strategie di azione del legislatore. A quest'ultimo proposito, invero, non può mancare di rilevare un certo qual disordine nelle dinamiche di sviluppo ed implementazione dei processi e nelle politiche di semplificazione riconducibili all'operazione taglia-leggi. Disordine, non di rado, in grado di generare non poco disorientamento per l'interprete⁵¹.

⁴⁹ Come già detto in principio, anche attraverso le novelle legislative intervenute nel tempo, quell'articolo si è via via arricchito di una serie di deleghe legislative, in vario modo intrecciate fra loro, costituenti una sorta di "reticolo" o, meglio, "ragnatela" che, oltre ad invischiare chi vi si imbatte, si presenta come un singolare concentrato delle possibili violazioni al modello costituzionale dell'art. 76. In via di (breve) sintesi, si va dal problema "comune" dell'indeterminatezza dell'oggetto, a quello dell'inadeguatezza dei principi e criteri della delega al riassetto originaria (comma 15), per poi arrivare alla questione della illogicità di quelli della delega salvifica (comma 14), se rivolti ad orientare la delega integrativa e correttiva (comma 18) nelle due opposte direzioni di una modifica per togliere che per aggiungere, della loro assoluta assenza nel caso della delega per l'abrogazione espressa, e, infine, della diversità dei principi e criteri della delega correttiva (comma 18 *bis*) rispetto a quella principale (comma 14). Per un esame più dettagliato dei diversi profili di illegittimità delle deleghe *de quibus* sia consentito rinviare a P. CARNEVALE, *La legge di delega come strumento di semplificazione*, cit., *passim* e ID., *Il Paradiso può attendere*, cit., § 3.

⁵⁰ Del resto, neppure ritengo possibile, né profittevole, che il macro-fine della certezza, trasparenza, snellezza delle regole giuridiche attorno al quale si condensa la *quæstio* della qualità della regolazione e della semplificazione normativa – al cui perseguimento sono strettamente legate le esigenze di quel mondo dell'economia che soffre in maniera particolarmente pesante, in termini di ostacolo alla competitività, lo scarso pregio del prodotto legislativo – possa essere raggiunto seminando incertezza e disordine nel campo delle meta-regole.

⁵¹ Anche a questo riguardo, a titolo di indicazione esemplare, mi viene da sottolineare il ricorso contemporaneo a vie parallele, ma specularmente opposte, per il perse-

Proprio con riferimento alla delega qui in esame, voglio a questo proposito concludere riportando una vicenda che a me pare particolarmente significativa, anzi direi emblematica, dello stato confusionale in cui versa il nostro legislatore-semplificatore.

In occasione della conversione in legge del d.l. n. 225 del 2010 (c.d. decreto milleproroghe), assurta all'attenzione generale per essere stata al centro dei rilievi critici espressi dal Presidente della Repubblica con la lettera del 22 febbraio 2011⁵², si registra l'approvazione di un emendamento, poi rifluito nel comma 50 (*sic!*) dell'art. 2 del decreto-legge in parola, dal seguente tenore: «Con effetto dal 16 dicembre 2010, viene meno l'efficacia abrogativa già disposta per le disposizioni di legge di cui alle voci 69844 (legge 13 marzo 1950, n. 114), 69920 (legge 2 aprile 1951, n. 302), 70139 (legge 11 aprile 1955, n. 379) e 70772 (legge 26 luglio 1965, n. 965), che si intendono soppresse nell'Allegato 1 al decreto legislativo 13 dicembre 2010, n. 212. Ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma, la legge n. 114 del 1950, limitatamente agli articoli 1 e 4, e la legge n. 302 del 1951, citate nel presente comma, sono incluse nell'Allegato 1 al decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, con effetto dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo».

In sostanza, viene parzialmente abrogato il decreto n. 212, limitatamente alle voci dell'allegato corrispondenti alle quattro leggi surrichiamate, evidentemente repute *ex post* erroneamente inserite. Trattandosi, tuttavia, di leggi già abrogate a far tempo dall'entrata in vigore dello stesso decreto n. 212, l'abrogazione *pro futuro* di quest'ultimo non avrebbe conseguito l'effetto voluto di mantenerle in vigore e, quindi, si ricorre alla *fictio* della retroattività, disponendo che quell'abrogazione decorra dall'entrata in vigore del decreto, cioè a partire dal 16 dicembre 2010.

guimento del medesimo risultato – si pensi all'uso dei decreti taglia-leggi (nn. 112 e 200 del 2008) in pendenza della delega salva-leggi – oppure il succedersi di continui interventi correttivi, resi possibili dall'impiego del meccanismo della postergazione degli effetti – il riferimento è al costante ricorso a clausole di differimento dell'efficacia abrogativa, come nei decreti-legge appena richiamati e nel disposto relativo alla abrogazione generalizzata di cui al comma 14 *ter* – od anche l'uso di formule ancipiti connotate da forte indeterminatezza – il pensiero qui corre alla formula “sono o restano abrogate” ricorrente ancora una volta nei decreti taglia-leggi già richiamati, oltre che, come s'è avuto modo di vedere, nel caso che qui ci occupa.

⁵² Su cui sia consentito richiamare quanto osservato in P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per te. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai presidenti delle camere ed al presidente del consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *www.rivistaaic.it*.

Di modo che, ad essere – per dir così – abrogato è il fatto stesso della loro abrogazione e tutto si risolve, dal punto di vista strettamente giuridico-normativo, in un *tamquam non esset*.

Ma non basta.

Invero, l'intervento non sarebbe stato sufficiente allo scopo, giacché la riacquisita vigenza delle leggi *de quibus* sarebbe stata del tutto apparente, stante il fatto che l'esclusione dall'abrogazione espressa *ex decreto* n. 212 non le avrebbe messe a riparo dall'abrogazione presuntiva generalizzata ad opera della clausola taglia-leggi, provvista – come sappiamo – della medesima decorrenza, giusta la previsione di cui all'art. 14, comma 14-*ter*, della legge n. 246. “Dalla padella alla brace”, verrebbe da dire.

Ecco allora che congiuntamente viene disposta, sempre con la medesima portata retroattiva, l'inserzione nell'allegato al decreto legislativo n. 179 del 2009 (c.d. decreto salva-leggi), contenente le disposizioni legislative incluse in leggi pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, da sottrarre all'abrogazione della “ghigliottina” del comma 14-*ter*, in quanto il loro mantenimento in vigore si presenti come indispensabile. Indispensabilità, sfuggita nel corso del procedimento per l'adozione del decreto salva-leggi, e scoperta solo *a posteriori*, facendo leva su di un atto di decretazione d'urgenza, nonostante l'avvenuto (ma, a causa della portata retroattiva della l. n. 10 del 2011, in realtà contemporaneo⁵³) esercizio del

⁵³ Tale, sia pur artificiosa, contemporaneità potrebbe pure portare ad affermare che, all'atto dell'entrata in vigore della legge di conversione, quella delega integrativa e correttiva sia stata singolarmente revocata dal legislatore parlamentare, secondo un'opinione che trova autorevoli avalli in dottrina (cfr., a riguardo, fra gli altri: A.A. CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. del dir.* XXIII, 1973, 945; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 771; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoia e G. Branca, Bologna-Roma 1977, 299; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 205, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino 2005, 50, S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, 275). Ad evitare una simile interferenza funzionale, la legge n. 10 avrebbe potuto disporre, piuttosto che direttamente la modifica del decreto 179, la correzione della sua correzione, intervenendo sul decreto n. 213. Ma non sarebbe stata una soluzione.

L'estrema problematicità che ha caratterizzato, sin dall'origine, la delega integrativa e correttiva dei decreti attuativi della delega di cui ai commi 14 e 15 dell'art. 14 – si vedano, ad esempio, i rilievi critici avanzati già a partire dalla *Relazione Pajno*, cit., § 11, ove si segnala, tra l'altro, il possibile pregiudizio all'esigenza di stabilità ordinamentale e alla certezza del diritto che dal suo esercizio può discendere, per il fatto di mettere a repentaglio proprio «quei valori [...] che il meccanismo “taglia-leggi” si propone di tutelare» – sino alla più recente modifica al comma 18 introdotta dall'art. 13 della legge n. 15 del

potere legislativo delegato di integrazione e correzione, di cui al comma 18, mercé l'adozione del (coevo al decreto n. 212) d. lgs. n. 213⁵⁴.

Il fatto, poi, che l'inserzione nell'allegato al d. lgs. 179 riguardi solo due delle quattro leggi espunte dall'allegato al d. lgs. 212, si deve verosimilmente alla circostanza per cui le leggi non inserite riguardano la materia previdenziale e, quindi, appartengono ad uno dei settori esclusi dalla operatività dell'abrogazione generalizzata, giusta la previsione del comma 17 dell'art. 14 l. n. 246.

Insomma, volendo tirare le fila di questa kafkiana vicenda, si può sinteticamente osservare: ci sono state quattro leggi dichiarate esplicitamente abrogate e che in tale condizione hanno trascorso un paio di mesi. Poi, ci si è accorti che quell'abrogazione era stata un errore e si è voluto cancellare lo sbaglio, cancellando l'abrogazione stessa di quelle leggi, al fine di recuperare l'efficacia, *medio tempore* perduta. Per far questo però, è stato necessario accumunare in un'identica *damnatio memoriae* i fatti e le norme, la storia e il diritto, attraverso la prefigurazione di un rocambolesco viaggio nel tempo guidato da un orologio del diritto chiamato a correre a ritroso rispetto a quello della storia, per cambiare "ora per allora" la dinamica degli accadimenti, in un primo momento avvertiti e poi rimossi *ab origine*.

Mi astengo da qualsiasi commento.

Solo una considerazione: se – come comunemente si ritiene – la certezza del diritto si presenta come esigenza che anima e dà scopo alle politiche di semplificazione, in generale, e all'operazione taglia-leggi, in particolare, atteggiandosi ad una sorta di macro-obiettivo cui direttamente od indirettamente tendere⁵⁵; se ciò vale ancor di più per il decreto n. 212

2009, che ne ha sancito verosimilmente la definitiva impraticabilità – su tutto questo sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *La legge di delega come strumento di semplificazione*, cit., § 5 e ID., *Il Paradiso*, cit., § 3 (ma v. anche la nt. successiva) – ne fa, infatti, una fra le deleghe del reticolo della l. n. 246 più dubbia e controversa.

Così che, c'è il serio rischio che quella operata "in via diretta" dalla l. n. 10 sia l'unica modifica correttiva al d. lgs. n. 179 destinata a rimanere nel tempo.

⁵⁴ Su quest'ultimo, v. le penetranti e condivisibili osservazioni svolte di recente da M. CECCHETTI, *Vizi reali e virtù mancate*, cit., 709 ss. e 715 ss.

⁵⁵ L'affermazione è assolutamente pacifica e largamente diffusa in dottrina e in giurisprudenza. V., fra i molti, A. CELOTTO, C. MEOLI, voce *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Dig. Disc. pubbl.* Agg. 2008, 7, che affermano recisamente che *ratio* «della semplificazione, sia essa normativa o amministrativa, è innanzitutto la certezza del diritto»; nonché, da ultimo, della semplificazione normativa come politica avente «il fine ultimo e sostanziale della certezza del diritto» si parla in M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N.

oggetto di queste riflessioni, stante il carattere assolutamente assorbente del fine di certificazione dell'intervento di abrogazione espressa di disposizioni già abrogate o sostanzialmente prive di efficacia (fatte salve soltanto quelle obsolete ancora in grado di produrre effetti); allora a me pare che il pericolo per la certezza si annidi assai di più nell'operare del legislatore che non nelle conseguenze di un eventuale *contrarius actus* sanzionatorio delle scelte legislative.

Ed è allora legittimo chiedersi, se non vi sia il rischio concreto che ad andare in fumo, assieme alle cataste di fogli di *Gazzetta Ufficiale* contenenti leggi, cui il Ministro per la semplificazione ha inteso dar fuoco alcuni mesi fa a plastica dimostrazione dell'ingente riduzione dello *stock* normativo prodotta, sia proprio la certezza del diritto, trasformata da obiettivo da perseguire (o necessità quantomeno da salvaguardare) a fine sacrificato sull'altare della scarsa razionalità del legiferare.

Insomma, una vera e propria eterogenesi del fine.

RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna 2011, 43. Con più specifico riguardo al meccanismo taglia-leggi *ex lege* n. 246, v., ad esempio: Cons. Stato, parere del 9 luglio 2007, n. 2024/2007, punto 2.2. c), consultabile in www.giustizia_amministrativa.it; *Relazione Pajno*, cit., 33, nonché in dottrina N. LUPO, *Relazione*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Aspetti problematici*, cit., 103, che parla di «obiettivo di certezza perseguito dal legislatore».

Giampietro Ferri

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA*

SOMMARIO: 1. La responsabilità civile dei magistrati secondo il testo originario del vigente codice di procedura civile: le ipotesi di responsabilità per i giudici. – 2. *Segue*. Le ipotesi di responsabilità per i magistrati del pubblico ministero. – 3. *Segue*. La condizione prevista per proporre la domanda volta all'accertamento della responsabilità: l'autorizzazione del Ministro della Giustizia. – 4. *Segue*. I dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina normativa: in particolare, l'esclusione della responsabilità per colpa grave e l'irresponsabilità di fatto dei magistrati. – 5. La disciplina della responsabilità civile dei magistrati introdotta dalla legge n. 117 del 1988: l'azione diretta verso lo Stato e l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato. – 6. *Segue*. Il problema della mancata previsione dell'azione diretta contro il magistrato alla luce del *referendum* del 1987: considerazioni in merito alla volontà espressa dal corpo elettorale. – 7. *Segue*. Il vincolo costituzionale rappresentato dalla necessaria presenza di un «filtro» (l'azione verso lo Stato) a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione giurisdizionale. – 8. I progetti di legge di modifica della legge n. 117 del 1988: considerazioni critiche. – 9. La giurisprudenza della Corte di giustizia e il progetto di legge che prevede la responsabilità del magistrato per la violazione del diritto europeo nell'attività interpretativa e di valutazione del fatto e delle prove. – 10. Il disegno di legge governativo di riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione: l'esplicita previsione della responsabilità civile dei magistrati e l'equiparazione agli altri dipendenti dello Stato. – 11. Osservazioni conclusive.

1. *La responsabilità civile dei magistrati secondo il testo originario del vigente codice di procedura civile: le ipotesi di responsabilità per i giudici*

La responsabilità civile dei magistrati, per la peculiarità delle funzioni loro attribuite, è fin dalle origini dello Stato unitario sottoposta a un

* Il presente contributo riproduce, con alcuni ampliamenti, uno studio destinato agli *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*.

regime giuridico differenziato, che la limita in modo da garantire l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione¹.

Prima dell'entrata in vigore della legge che disciplina attualmente la materia – la n. 117 del 1988 –, la responsabilità civile dei magistrati era regolata dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.².

In base all'art. 55 («Responsabilità civile del giudice»), il giudice era responsabile per l'attività funzionale «soltanto» in due casi: 1) quando «è

¹ Secondo l'art. 783 del codice di procedura civile del 1865, le «Autorità giudiziarie e gli ufficiali del ministero pubblico sono civilmente responsabili:

1°. Quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode, o concussione;

2°. Quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti, o tralascino di giudicare o concludere sopra affari che si trovino in istato di essere decisi;

3°. Negli altri casi dichiarati dalla legge».

Ma, non essendo contemplati dalla legge «altri casi», la responsabilità era in concreto limitata alle ipotesi previste dal codice.

Quanto al «caso di cui al n°. 2°», era previsto che, affinché «possa aver luogo l'azione civile [...] è necessario che la parte abbia fatto due istanze», ad un «intervallo» minimo di tempo (di 5 o 10 giorni), «all'autorità giudiziaria o all'ufficiale del ministero pubblico» (art. 784).

Si riteneva che i magistrati potessero rispondere civilmente solo per dolo (per indicazioni giurisprudenziali e dottrinali, cfr. A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, 125, i quali riferiscono però di qualche «interessante tentativo» compiuto dagli studiosi di individuare una responsabilità del magistrato per colpa grave).

Anche in considerazione della prevista autorizzazione dell'azione civile da parte della «corte cui spetta di giudicarne» (art. 786), la disciplina normativa era sembrata così restrittiva da spingere uno dei più autorevoli studiosi del processo civile del tempo ad affermare che l'istituto della responsabilità civile del magistrato è «il più inutile ed illusorio che il codice di procedura contenga» (L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, II, Milano 1905, 506). Tuttavia, secondo altri, le ragioni dell'«inutilità» dell'istituto – di cui «l'esame della giurisprudenza dell'epoca rivela rarissime applicazioni» – andrebbero ricercate «non tanto nella peculiarità della disciplina sostanziale e processuale, quanto nel definitivo consolidarsi dello schema gerarchico e burocratico della magistratura. In tale quadro, il controllo del giudice era, infatti, sufficientemente assicurato attraverso i più penetranti strumenti disciplinari e paradisciplinari, mentre la responsabilità civile veniva definitivamente emarginata, come un ingombrante residuo storico, o, al più, rappresentava un campo riservato alle esercitazioni accademiche» (A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 126).

² Sulla disciplina contenuta nel testo originario del codice di procedura civile approvato con il regio decreto 28 ottobre 1940 n. 1443, cfr., nell'ambito degli studi monografici dedicati al tema della responsabilità del magistrato, V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice. Norme, interpretazioni, riforme nell'esperienza italiana e comparativa*, Bologna 1984, 34 ss.; L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, Milano 1988, 35 ss.; A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 139 ss.

imputabile di dolo, frode o concussione»; 2) «quando, senza giusto motivo, si rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero» (cosiddetta responsabilità per «denegata giustizia» o per «diniego di giustizia»)³.

Mentre nel primo caso il giudice rispondeva solo per dolo, previsto come ipotesi distinta dalle altre ma presupposto dalla frode e dalla concussione⁴, nel secondo caso avrebbe potuto rispondere – stando almeno all'opinione di una parte della dottrina – anche per colpa grave⁵.

Tuttavia, va tenuto presente che, ai sensi dell'art. 55, comma 2, le «ipotesi previste nel numero 2» del comma 1 potevano «aversi per avven-

³ La formulazione dell'art. 55 c.p.c. ricalcava, dunque, sostanzialmente quella dell'art. 783 del codice precedente (v. *supra*, nota 1). Il fatto che la norma del codice del 1865 fosse formalmente aperta a ulteriori ipotesi di responsabilità spiega probabilmente perché nel codice del 1940 si fosse voluto precisare che la responsabilità opera «soltanto» nei casi indicati all'art. 55.

⁴ Per tale ragione tutte e tre le figure previste dall'art. 55, punto 1, c.p.c. venivano «assommate nel dolo» (cfr. L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., 39), individuato nella violazione cosciente di un dovere d'ufficio, auspicandosi «l'abbandono» della «tripartizione accademica» e la lineare configurazione della responsabilità per ogni danno ingiusto dolosamente cagionato dal giudice» (E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, 14). Si riteneva anche, in dottrina, che, oltre ad essere di natura dolosa, il comportamento del giudice avrebbe dovuto configurarsi come penalmente illecito, non spiegandosi altrimenti la presenza della parola «imputabile» (cfr., in tal senso, tra gli altri, S. COSTA, *Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari e del pubblico ministero*, in *Nss. Dig. It.*, XV, Torino 1968, 703; E. FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1028 s.). In definitiva, avrebbe potuto essere considerato responsabile in base all'art. 55, punto 1, c.p.c. il giudice che avesse compiuto un reato doloso.

Tuttavia, questo non era l'orientamento di tutta la letteratura giuridica. Una parte riteneva, infatti, che il dolo consistesse nell'intenzione di arrecare danno alla parte con un provvedimento ingiusto. Poiché tale requisito non sempre si riscontra nella frode e nella concussione, si argomentava che il dolo non poteva assorbire tutte le ipotesi dell'art. 55, punto 1, giustificandosi così l'esplicita previsione delle ipotesi di frode (comprensiva di tutti i casi di macchinazione comunque preordinata a imprimere artatamente un certo corso al giudizio) e concussione (cfr. T. SEGRÈ, sub *art. 55*, in *Commentario al Codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino 1973, 655 s. e, in senso conforme, A.M. SANDULLI, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Dir. soc.* 1974, 481 ss. e in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano 1978, 1293 s., da cui lo scritto è successivamente citato).

⁵ Nel senso che la responsabilità potesse essere attribuita per colpa, cfr., tra gli altri, G. DE STEFANO, *Riflessioni sulla responsabilità del giudice*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, cit., 549; A.M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1302; T. SEGRÈ, sub *art. 55*, cit., 653.

rate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito» (cosiddetta «messa in mora» o «diffida ad adempiere»). Tale previsione sembrerebbe restringere notevolmente la possibilità che il giudice possa rispondere per colpa⁶. Tanto che si è rilevato come, in realtà, anche nelle ipotesi di omissione, di ritardo e, a maggior ragione, di rifiuto i comportamenti sanzionabili finivano «con l'essere solo quelli intenzionali»⁷.

Sebbene alcuni avessero inizialmente sostenuto che, mancando nel codice di procedura penale una norma corrispondente a quella del codice di procedura civile, la disciplina della responsabilità dei giudici contenuta nell'art. 55 c.p.c. si riferiva soltanto a quelli svolgenti le funzioni civili⁸, successivamente le divergenze interpretative erano state superate, diventando pacifico che detta disciplina, applicabile limitatamente agli atti lesivi di diritti soggettivi posti in essere nell'esercizio delle funzioni, si estendeva a tutti i giudici appartenenti all'ordine giudiziario, compresi quelli svolgenti le funzioni penali⁹.

⁶ Secondo V. VIGORITI, voce *Responsabilità del giudice*, I, *Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma 1991, 3, «i requisiti della diffida e del termine dilatorio appaiono dettati proprio per evitare l'insorgere di responsabilità per fatti colposi».

⁷ V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice*, cit., 5.

Tuttavia, si trattava di «figure inoperanti nella pratica», sia perché è «difficilissimo che una parte osi mettere in mora il suo giudice quando questi non ha ancora pronunciato la decisione definitiva», sia perché l'omissione del giudice «non può mai essere "indebita", e perciò generatrice di responsabilità civile, quando sia motivata sul piano tecnico, per cui basterà al giudice» replicare «alla messa in mora con il sostegno di un qualsiasi argomento di natura giuridica, ed automaticamente la omissione ed il ritardo si convertiranno in rifiuto, e questo costituirà a sua volta un provvedimento giudiziario, tutt'al più passibile di impugnazione e di riforma, ma non di responsabilità per danni». Così E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 7. Di ipotesi suscettibili di ampie applicazioni parla invece G. GIACOBBE, *Quale responsabilità del magistrato? (a proposito di una proposta di legge)*, in *Dir. soc.* 1981, 187. Sulle implicazioni negative della «messa in mora», cfr. anche N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, 1314.

⁸ Per indicazioni al riguardo, cfr. V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice*, cit., 3, il quale osserva criticamente che la tesi, «nata per sostenere la totale irresponsabilità dei giudici per attività diverse da quelle sollecitate dalle parti», avrebbe condotto «a un risultato opposto a quello auspicato». Infatti, «in assenza di un regime differenziato, i giudici sarebbero chiamati a rispondere per l'attività d'ufficio secondo il regime di responsabilità in generale dettato per gli impiegati dello Stato», che è «nettamente più gravoso».

⁹ V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 35 s. e *Responsabilità del giudice*, cit., 3. L'Autore evidenzia che il «criterio discrezionale per affermare l'applicabilità o meno del re-

2. Segue. Le ipotesi di responsabilità per i magistrati del pubblico ministero

L'art. 74 («Responsabilità del pubblico ministero») stabiliva che le «norme sulla responsabilità del giudice [...] si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione».

La disposizione limitava, quindi, la responsabilità dei magistrati del pubblico ministero rispetto a quella dei magistrati giudicanti sotto un duplice aspetto: il primo attinente all'ambito processuale, riferendosi la responsabilità all'intervento nel processo civile; il secondo alle fattispecie di illecito, mancando il riferimento ai comportamenti omissivi di cui all'art. 55, numero 2¹⁰.

Tuttavia, con riferimento al primo aspetto, avrebbe potuto trattarsi di una limitazione più apparente che reale, ove, anziché interpretare restrittivamente l'espressione «che intervengono nel processo civile», attribuendole il significato tecnico di «intervento in causa»¹¹, la si fosse interpretata, in senso ampio, come partecipazione al processo, anche in via d'azione: dunque, in modo tale che il magistrato del pubblico ministero potesse essere considerato responsabile civilmente non solo quando interveniva nel processo civile, ma anche quando agiva tanto in sede civile quanto in sede penale¹².

gime di responsabilità differenziato e privilegiato non è quello dell'esistenza del rapporto processuale, ma è invece, come del resto prevede l'art. 55, n. 1, quello più vasto della riconducibilità dell'atto all'esercizio delle funzioni. Il privilegio dell'esonero di responsabilità riguarda solo le conseguenze dell'attività svolta all'interno del rapporto di impiego, nel quadro dei compiti istituzionali, e non copre altri atti che, pur incidendo sulla sfera di soggetti partecipanti al processo, non sono però riconducibili a tale attività».

¹⁰ Si esprimono criticamente nei confronti della scelta del legislatore G. VOLPE, *Dritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna 1974, 444-5 (il quale parla di inspiegabili limitazioni); M. PIVETTI, A. ROSSI, *I referendum sulla giustizia*, in *Quest. giust.* 1986, n. 1, 9 (i quali scrivono che la mancata previsione, «priva di razionale giustificazione», «poteva avere una spiegazione solo in un'epoca in cui il pubblico ministero era strettamente subordinato all'esecutivo»); L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., 88.

¹¹ Per questa lettura interpretativa, cfr., nell'ambito della letteratura meno lontana nel tempo, V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 106 s., il quale precisa che «l'applicabilità dell'art. 55, n. 1», avrebbe dovuto essere limitata «solo» alle ipotesi di «intervento facoltativo nel processo civile».

¹² Indicazioni in L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., 42.

Con riguardo al secondo aspetto, va ricordato che, se, da un lato, si era argomentato che, in mancanza del richiamo alle ipotesi di responsabilità previste dall'art. 55, numero 2, i magistrati del pubblico ministero non potessero essere responsabili civilmente nell'eventualità di omissioni o di ritardi nel compimento di atti di competenza del loro ufficio¹³, dall'altro lato, si era ritenuto che con lo strumento dell'interpretazione il problema della loro responsabilità potesse essere risolto in senso positivo¹⁴.

Va, infine, ricordato che gli artt. 55 e 74 non prevedevano una responsabilità dello Stato per gli illeciti civili commessi dai magistrati nell'esercizio delle funzioni¹⁵. Tuttavia, la Corte costituzionale aveva affermato che «il loro apparente silenzio, malgrado un diverso indirizzo interpretativo, non significa esclusione della responsabilità dello Stato», che non potrebbe mancare stante il disposto dell'art. 28 Cost.¹⁶. Lamentando un danno ingiusto a causa del comportamento di un magistrato, il soggetto interessato avrebbe pertanto potuto promuovere un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato.

¹³ Cfr., tra gli altri, S. SATTA, sub art. 74, in *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1959, 248.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma 1956, 190.

¹⁵ Cfr. C. MURGIA, *Appunti in tema di responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro amm.* 1971, III, 531 s.

¹⁶ Il quale, «dicendo responsabili della violazione di diritti soggettivi tanto i «funzionari» e i «dipendenti» quanto lo Stato, ha ad oggetto l'attività, oltre che degli uffici amministrativi, di quelli giudiziari». Se, in ipotesi, gli artt. 55 e 74 c.p.c. «nei riguardi dello Stato non accordassero mai al terzo l'azione di risarcimento, violerebbero sicuramente l'art. 28». Ma essi non «contengono un precetto che escluda del tutto la responsabilità dello Stato»: nella loro formulazione dovrà dunque leggersi, in conformità alla norma costituzionale, «la responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni di cui risponde il giudice nell'esercizio del suo ministero». Così la sentenza della Corte costituzionale 11 marzo 1968 n. 2, punti 1 e 2 del *Considerato in diritto*, sulla quale cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro amm.* 1968, II, 193 ss.; E. CASSETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, in *Giur. cost.* 1968, I, 290 ss.; T. SEGRÈ, *Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 123 ss.

3. *Segue. La condizione prevista per proporre la domanda volta all'accertamento della responsabilità: l'autorizzazione del Ministro della Giustizia*

La disciplina codicistica tutelava i magistrati non soltanto delimitando notevolmente l'area dell'illiceità, ma anche prevedendo un controllo preventivo sulle domande dirette ad accertarne la responsabilità: un «filtro» tendente ad impedire che i giudici e i magistrati del pubblico ministero diventassero «bersaglio di quanti, per le ragioni più diverse», ritenevano di aver subito un danno «dall'esercizio delle funzioni giurisdizionali»¹⁷.

L'art. 56, comma 1, disponeva, infatti, che «la domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia» (oggi denominato «Ministro della giustizia»¹⁸).

In mancanza di indicazioni da parte della norma, si era ritenuto che l'autorizzazione implicasse un controllo riguardante «sia il merito che la legittimità formale della domanda di risarcimento del danno»: un controllo che comunque, in sostanza, avrebbe dovuto evitare che giungessero all'esame del giudice competente azioni manifestamente infondate.

Nel caso in cui l'autorizzazione fosse stata negata, il provvedimento ministeriale avrebbe potuto essere impugnato davanti al giudice amministrativo. Nel caso opposto, l'art. 56, comma 2, stabiliva che, a «richiesta della parte autorizzata», la «Corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda».

Infine, il comma 3 introduceva un'eccezione alla regola dell'autorizzazione ministeriale, escludendo l'applicazione dei commi precedenti, nonché dell'art. 55, nei casi di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in séguito a condanna penale. In tali casi non vi sarebbe, infatti, motivo di imporre al danneggiato dal reato commesso dal giudice l'onere di richiedere l'autorizzazione ministeriale perché «l'esistenza stessa di un'iniziativa penale prova da sola il fondamento

¹⁷ V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 42.

¹⁸ Il cambio di denominazione è stato disposto dall'art. 16, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, recante «Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59».

della richiesta di autorizzazione»¹⁹. Né vi sarebbe motivo di continuare a favorire sul piano sostanziale il giudice responsabile «consentendogli di evitare le conseguenze civili del comportamento penalmente» rilevante²⁰.

L'estensione – almeno in alcuni casi²¹ – di queste norme ai magistrati del pubblico ministero veniva assicurata dall'art. 74, che, oltre alle norme sulla responsabilità del giudice, prevedeva l'applicazione di quelle «sull'esercizio della relativa azione».

4. Segue. *I dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina normativa: in particolare, l'esclusione della responsabilità per colpa grave e l'irresponsabilità di fatto dei magistrati*

In dottrina, si era sostenuto che le norme del codice, limitando eccessivamente la responsabilità civile del magistrato, ed in particolare escludendo la responsabilità per colpa grave, erano costituzionalmente illegittime²².

Ciò, non per contrasto con l'art. 28 Cost., ma per violazione del principio di ragionevolezza, che s'inscrive – com'è noto – nell'eguaglianza (art. 3 Cost.)²³.

L'art. 28 Cost., affermando che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti, fissa un principio valevole per tutti coloro che «svolgano attività statale», compresi i magistrati: quello della responsabilità giuridica per gli atti compiuti nell'ambito di tale attività²⁴. Disponendo che tale responsabilità si esprime «secondo le leggi penali, civili e amministrative», esso consente però di limitarla²⁵. Dunque, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 2 del 1968, la disciplina

¹⁹ V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 44 e *Responsabilità del giudice*, cit., 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ V. *supra*, § 2.

²² Cfr. F. LUNARI, *Appunti per uno studio sulla responsabilità civile del giudice per colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1722; A.M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1292 s. e 1310.

²³ A. M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1292 s. Il contrasto con l'art. 28 è negato anche da F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 183.

²⁴ Cfr. la sentenza Corte cost. n. 2 del 1968, cit., punto 1 del *Considerato in diritto*.

²⁵ A. M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1292.

della responsabilità civile non deve essere necessariamente uniforme, ricalcata sull'art. 2043 c.c. o sui principi del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 («Statuto degli impiegati civili dello Stato»)²⁶. Sono compatibili con la Costituzione – è il pensiero espresso dalla Corte – dei regimi «variamente» differenziati di responsabilità «per categorie o per situazioni»²⁷.

Orbene, la peculiare funzione e posizione dei giudici giustificano una disciplina differenziata.

Tuttavia, si è autorevolmente osservato che non esisterebbe «una plausibile ragione» per la differenziazione operata dall'art. 55 c.p.c., non comprendendosi «perché i giudici, diversamente dagli altri impiegati civili dello Stato, non rispondano nei casi di massima colposità» (si pensi, ad esempio, all'applicazione di una legge abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima, alla mancata presa in considerazione di fatti decisivi pacifici tra le parti, ecc.)²⁸.

Proprio la mancata previsione della responsabilità per colpa era stata probabilmente la causa principale di una situazione di «impunità mascherata»²⁹, rappresentando le ipotesi di responsabilità previste dal codice uno «sbarramento» in grado di rendere «praticamente inutilizzabile» l'istituto della responsabilità civile³⁰.

I «magri frutti» che «possono essere ricavati da una ricerca giurisprudenziale» relativa al periodo in cui la materia era disciplinata dal codice vigente dimostrano «che la responsabilità civile» costituiva «un'ipotesi di scuola», essendo il magistrato «sostanzialmente irresponsabile nei confronti della parte»³¹.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.* 1982, I, 789.

²⁷ Cfr. la sentenza n. 2 del 1968, cit., punto 1 del *Considerato in diritto*.

²⁸ A. M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1293, che parla di ingiustificabile «privilegio».

²⁹ E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 6.

³⁰ E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 6, il quale parla, con riferimento agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., di «normativa tanto pletorica quanto insignificante».

³¹ Così A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 153 e N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, cit., 1314. Nello stesso senso V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 39 e 41, il quale osserva che «nell'esperienza non esistono tracce di applicazioni dell'art. 55», specificando che, quanto al numero 1, «manca in assoluto giurisprudenza sulla responsabilità del giudice per atti e comportamenti dolosi» e, quanto al numero 2, pochi sono «i casi conosciuti; pochissime le sentenze pubblicate; quasi im-

Tale situazione di irresponsabilità di fatto, che si protraeva dal tempo in cui vigeva il primo codice di procedura civile dell'Italia unita³², aveva portato la dottrina a interrogarsi se la disciplina della responsabilità civile non realizzasse proprio «quella clausola cautelativa usata dalla Corte costituzionale» quando, affermando che la «singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione super partes del magistrato possono suggerire [...] condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale»³³, ha sottolineato «l'esigenza costituzionale che la responsabilità non sia solo fittizia»³⁴.

A suggerire la presentazione di proposte di cambiamento della normativa avrebbero allora dovuto essere non solo ragioni di opportunità, ma anche ragioni di legittimità costituzionale³⁵.

Ciò, anche in considerazione dei dubbi di legittimità costituzionale che erano stati sollevati nei confronti dell'art. 56 c.p.c.: tanto in relazione al comma 1, ravvisandosi il contrasto della prevista autorizzazione a procedere del Ministro della Giustizia con il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 24, comma 1, Cost.)³⁶, quanto in relazione al comma 2, aparendo la designazione del giudice da parte della

mancabile l'accertamento del giusto motivo per il diniego di giustizia». V. anche V. VARANO, voce *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.* 1998, 113.

³² V. *supra*, nota 1.

³³ Che «violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé» sia nel confronto con l'imputabilità dei «pubblici impiegati» (sentenza n. 2 del 1968, cit., punto 1 del *Considerato in diritto*).

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 789.

³⁵ Sui progetti di legge presentati a partire dalla VII legislatura, cfr. L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., 57 ss. In particolare, sul discusso disegno di legge d'iniziativa del senatore socialista Viviani, recante «Responsabilità disciplinare e civile dei magistrati ordinari e incompatibilità» (*Atti Senato*, VII Leg., *D.d.l. e Rel., Doc.* n. 1082), riproposto con alcune modifiche nella legislatura successiva dai deputati radicali De Cataldo e altri (*Atti Camera*, VIII Leg., *D.d.l. e Rel., Doc.* n. 1329), cfr. gli interventi pubblicati in CENTRO DI INIZIATIVA GIURIDICA PIERO CALAMANDREI, *Giudicare il Giudice*, Milano 1982.

³⁶ Cfr., tra gli scritti meno risalenti nel tempo, L. DAGA, *A proposito della prima denuncia di illegittimità costituzionale dell'autorizzazione del Ministro per la domanda di dichiarazione di responsabilità del magistrato*, in *Giur. cost.* 1977, I, 1664; A.M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1307; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 790; V. VARANO, *Responsabilità del magistrato*, cit., 112. Di dubbia legittimità costituzionale dell'autorizzazione ministeriale parlano anche F. LUNARI, *Appunti*, cit., 1718 e 1722 e S. SICCARDI, *La responsabilità del giudice (a proposito di un recente dibattito)*, in *Dir. soc.* 1979, 573-4.

Corte di cassazione in contrasto con la norma secondo cui il giudice deve essere precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.)³⁷.

5. *La disciplina della responsabilità civile dei magistrati introdotta dalla legge n. 117 del 1988: l'azione diretta verso lo Stato e l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato*

È dalla situazione di irresponsabilità di fatto – esaltata da vicende giudiziarie di grande risonanza mediatica, che avevano colpito l'opinione pubblica³⁸ – che aveva preso le mosse l'iniziativa referendaria mirante ad abrogare gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.³⁹, con l'obiettivo di estendere «notevolmente le ipotesi di responsabilità» e di eliminare «filtri autorizzativi»⁴⁰.

L'esito positivo del *referendum* abrogativo dell'8-9 novembre 1987 aveva imposto al Parlamento di intervenire per rinnovare la disciplina della materia⁴¹.

³⁷ Cfr. V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, cit., 43. V. anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 288.

³⁸ In particolare, la vicenda nota come «caso Tortora», dal nome del popolare conduttore televisivo, vittima di un clamoroso errore giudiziario. Arrestato nell'ambito di un'ampia azione giudiziaria contro la Nuova Camorra Organizzata, con modalità assai poco rispettose della dignità umana; condannato in primo grado per associazione camorristica e traffico di stupefacenti sulla base delle dichiarazioni di alcuni pentiti, che si riveleranno del tutto infondate, Enzo Tortora verrà infatti definitivamente assolto con formula piena. Considerato il «simbolo» della «giustizia ingiusta», Tortora fu candidato con successo dal Partito radicale alle elezioni europee del 1984 e fu in prima linea nella battaglia radicale per la responsabilità civile dei magistrati.

³⁹ Sull'iniziativa referendaria in tema di responsabilità civile dei magistrati, cfr. E. FORTUNA, A. PADOAN (a cura di), *I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato*, Atti del Convegno Nazionale promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati-Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia 5-7 dicembre 1986, Padova 1987.

⁴⁰ V. GREVI, *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, in *Il Sole-24 Ore*, 8 novembre 1987.

⁴¹ L'intervento del Parlamento sarebbe potuto avvenire prima dello svolgimento del *referendum*, e si era da più parti auspicata l'approvazione di una legge prima del voto popolare, nella consapevolezza che l'eventuale abrogazione referendaria non avrebbe potuto risolvere definitivamente il problema, richiedendo un successivo intervento parlamentare.

Verrebbe, dunque, da chiedersi perché il Parlamento non sia intervenuto preventivamente. Il fatto è che la soluzione in sede parlamentare, ricercata dal partito di maggioranza relativa (la D.C.), era stata rifiutata dai partiti di governo (il P.L.I. e il P.S.I.) che –

La nuova disciplina introdotta dalla legge 13 aprile 1988 n. 117, recante «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati» (comunemente nota come «legge Vassalli»⁴²), ha risposto alle attese dei promotori del *referendum* solo parzialmente perché, mentre sono stati ampliati i casi di responsabilità, è rimasto il «filtro», anche se si tratta di una forma di protezione diversa dalla precedente.

Infatti, al dolo e al «diniego di giustizia»⁴³, sostanzialmente corrispondenti ai casi di responsabilità di cui all'art. 55 c.p.c., è stata aggiunta la colpa grave. Non, però, come ipotesi generica, specificandosi che

evento non poco anomalo – avevano promosso il *referendum*, ponendo poi come condizione per la ricomposizione della maggioranza governativa all'indomani delle elezioni politiche lo svolgimento entro breve tempo della consultazione popolare, in deroga alla legislazione vigente. Un comportamento, quello dei liberali e dei socialisti, che potrebbe forse spiegarsi ipotizzando che l'esito positivo del *referendum* avrebbe favorito una soluzione legislativa a loro più gradita, dando piena attuazione al principio di responsabilità del magistrato. Tuttavia, anche alla luce delle ripetute manifestazioni di insofferenza della classe politica (in particolare, dei socialisti) nei confronti del controllo di legalità esercitato dal potere giudiziario, esso aveva destato il sospetto di una strumentalità dell'iniziativa referendaria, la quale, promossa con il dichiarato intento di realizzare una «giustizia giusta», a garanzia dei cittadini, era apparsa agli occhi di non pochi osservatori come un mezzo improprio per «regolare i conti» con la magistratura (cfr., tra gli altri, G. NEPPI MODONA, *Quel referendum contro i giudici*, in *la Repubblica*, 16-17 marzo 1986; V. GREVI, *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, cit.), oltre che per ridisegnare i rapporti di forza all'interno della coalizione governativa (E. SCALFARI, *Le ragioni dei giudici, le colpe dei partiti*, in *la Repubblica*, 18 ottobre 1987). Sulla vicenda dei *referendum* sulla giustizia del 1987, che s'inserisce nel lungo conflitto tra il potere politico e quello giudiziario, cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova 2005, 126 ss.

⁴² Dal nome del Ministro della Giustizia dell'epoca, Giuliano Vassalli, che il 1° dicembre 1987 aveva presentato il disegno di legge da cui è scaturita la legge (*Atti Senato*, X Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 1995).

Per i primi commenti alla legge n. 117/1988, cfr. A. ATTARDI, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.* 1988, IV, 305 ss.; A. PROTO PISANI, F. CIPRIANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.* 1988, V, 409 ss.; A. ROSSI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali*, in *Quest. giust.* 1988, 241 ss. Quanto ai lavori monografici, cfr. G.P. CIRILLO, F. SORRENTINO, *La responsabilità del giudice: legge 117/1988*, Napoli 1988; L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit.

⁴³ Identificato con «il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria» (art. 3).

essa è costituita da: *a*) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; *b*) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; *c*) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; *d*) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione (art. 2, comma 3)⁴⁴.

Tuttavia, occorre tenere presente che le ipotesi di responsabilità previste dalla legge trovano un'importante limitazione nella norma (art. 2, comma 2) che esclude in ogni caso la responsabilità per l'attività di interpretazione di norme di diritto e per quella di valutazione del fatto e delle prove (cosiddetta «clausola di salvaguardia»⁴⁵).

L'autorizzazione del Ministro è stata eliminata⁴⁶, ma il soggetto danneggiato – fatta eccezione per il caso in cui il danno sia derivato da un fatto che costituisce reato (art. 13)⁴⁷ – non può agire contro il magistrato. È, infatti, previsto che chi abbia subito un danno ingiusto per un «comportamento» o un «atto» o un «provvedimento giudiziario» posto in essere da qualunque magistrato – ordinario o speciale⁴⁸ – «può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e

⁴⁴ Anche se non si è mancato di rilevare – nell'ambito del dibattito sviluppatosi sulla stampa prima dell'approvazione della legge – come si tratti, per quanto riguarda l'ipotesi di cui al punto *a*), di «formula di eccessiva ampiezza», in contrasto con l'intento dichiarato nella relazione introduttiva del disegno di legge governativo di specificare le ipotesi di responsabilità per colpa. Così S. RODOTÀ, *Dei giudici o la legge imperfetta*, in *la Repubblica*, 29-30 novembre 1987.

⁴⁵ Su cui cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, 197 ss.; F.P. LUISSO, *La responsabilità civile del magistrato secondo la legge 13 aprile 1988 n. 117*, in *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli 2008, 175 ss.

⁴⁶ Considerato anche all'interno della magistratura come «un istituto arcaico, di chiara marca autoritaria, da eliminare» (cfr. V. ACCATTATIS, *Punire i magistrati?*, in *la Repubblica*, 11 ottobre 1987).

⁴⁷ In tal caso l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello Stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie. All'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

⁴⁸ In base all'art. 1, la legge si applica ai magistrati appartenenti a tutte le magistrature («ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali») che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, «nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale» (art. 2, comma 1).

L'azione di risarcimento del danno contro lo Stato – la quale va esercitata nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 4, comma 1) – rappresenta in sé un «filtro».

Ma vi è anche il «filtro endoprocessuale»⁴⁹ costituito dal *giudizio di ammissibilità* (art. 5): un «meccanismo di deterrenza a monte contro azioni temerarie, artificiose, fittizie, di mera turbativa»⁵⁰. Il tribunale competente a pronunciarsi sull'azione risarcitoria contro lo Stato dichiara, infatti, inammissibile la domanda «quando non sono stati rispettati i termini o i presupposti indicati dagli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata».

Al fine di evitare che l'azione risarcitoria si trasformi in un improprio mezzo di impugnazione, essa non può essere esercitata in qualunque momento successivo al verificarsi del fatto contestato. Bisogna attendere che siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque che non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, che sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto si è verificato (art. 4, comma 2).

La responsabilità del magistrato è assicurata dalla previsione che lo Stato, entro un anno dal risarcimento avvenuto «sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità» della domanda, esercita l'*azione di rivalsa* nei confronti del magistrato (art. 7, comma 1)⁵¹.

La responsabilità si manifesta non solo sul piano civilistico, ma anche su quello disciplinare, essendo previsto che, ferma restando la «facoltà» del Ministro della Giustizia di cui all'art. 107, comma 2, Cost., il «procuratore generale presso la Corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare» detta azione «per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento» (art. 9, comma 1).

⁴⁹ L. SCOTTI, *La responsabilità*, cit., 173.

⁵⁰ A. PROTO PISANI, *Il giudizio nei confronti dello Stato*, in *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, cit., 420.

⁵¹ Sull'azione di rivalsa cfr., tra gli altri, F. PINTUS, voce *Responsabilità del giudice*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1480 ss.

6. *Segue. Il problema della mancata previsione dell'azione diretta contro il magistrato alla luce del referendum del 1987: considerazioni in merito alla volontà espressa dal corpo elettorale*

La mancata previsione di un'azione diretta, «senza filtri», verso il magistrato aveva suscitato reazioni assai critiche da parte di alcuni promotori del *referendum* (in particolare, della componente del comitato espressione del Partito radicale), i quali avevano accusato il Parlamento di avere tradito la volontà popolare, che si era espressa in modo molto chiaro, affermando il principio per cui i magistrati che sbagliano devono rispondere direttamente dei danni causati dai loro errori⁵².

Tuttavia, altro è affermare che il corpo elettorale, con l'abrogazione delle norme del codice, ha manifestato un'insoddisfazione per la situazione esistente, indirizzando implicitamente l'organo rappresentativo verso l'approvazione di una legge che renda i magistrati più responsabili, altro è sostenere che il corpo elettorale ha espresso la preferenza per la responsabilità diretta «senza filtri».

Il punto è che il *referendum* abrogativo, mentre permette all'elettore di pronunciarsi sulla permanenza in vigore di una legge (o di una parte di essa), non gli consente di motivare la sua scelta e, quindi, implicitamente, di votare per una soluzione alternativa. L'elettore potrebbe votare «sì» perché disapprova il «principio» che ispira la normativa sottoposta al *referendum*, ma anche perché, pur valutando positivamente il principio, ritiene che siano sbagliate le modalità di attuazione dello stesso principio⁵³. L'elettore potrebbe votare «no» perché condivide interamente la normativa compresa nel quesito, ma anche perché, pur valutando negativamente qualche aspetto, o al limite ogni aspetto di essa, reputa preferibile il mantenimento della stessa normativa alla normativa che si applicherebbe in caso di esito positivo del *referendum* o ad altre

⁵² Secondo i radicali, il comportamento del Parlamento era tanto più grave considerando che la nuova legge peggiorava addirittura la situazione. Infatti, in precedenza, come si è visto, il magistrato poteva essere citato direttamente in giudizio dal soggetto danneggiato. Di qui la richiesta al Presidente della Repubblica di rinviarla alle Camere, che non verrà però accolta. Cfr. O. LA ROCCA, «Cossiga, non firmare questa legge. Vanifica il referendum sui giudici», in *la Repubblica*, 14 febbraio 1988.

⁵³ Cfr., con riguardo alla vicenda emblematica dell'abrogazione popolare della normativa sul finanziamento pubblico dei partiti, G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.* 1997, 62 ss.

soluzioni prospettate⁵⁴. Di qui le possibili difficoltà nell'interpretazione della volontà popolare, e dunque nello stabilire eventualmente se il successivo intervento del legislatore rappresentativo si ponga in sintonia o in contrasto con detta volontà.

Nel caso specifico, l'elettore avrebbe potuto pronunciarsi a favore dell'abrogazione essendo favorevole alla responsabilità diretta del magistrato, senza il «filtro» dell'autorizzazione ministeriale, ma anche essendo favorevole ad una responsabilità «indiretta» che, tutelando l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, si traduca in una concreta forma di responsabilità per il magistrato che sbaglia⁵⁵.

Il fatto stesso che i partiti che si erano pronunciati per il «sì» – i quali rappresentavano un elettorato molto vasto – abbiano dato diverse motivazioni alla loro posizione⁵⁶ dimostra quanto sia arbitrario attribuire al-

⁵⁴ Ma potrebbe persino accadere che l'elettore voti «no» perché, pur essendo pienamente d'accordo con l'abrogazione della normativa compresa nel quesito, ritenga che l'eventuale vittoria dei «sì» determinerebbe una situazione di squilibrio che sarebbe peggiore di quella preesistente. Così, ad esempio, a proposito di una precedente vicenda referendaria, l'elettore, pur favorevole alla riduzione del numero delle concessioni televisive nazionali per gli operatori privati al fine di ampliare gli spazi del pluralismo, avrebbe potuto votare «no» ritenendo che, in assenza di un'analoga riduzione per la Rai, si sarebbe creato uno squilibrio nel mercato televisivo, dannoso per la concorrenza. Cfr. V. ONIDA, *La vittoria del No non rende intoccabili le norme in vigore*, in *Il Sole-24 Ore*, 14 giugno 1995.

⁵⁵ Per altro verso, l'elettore avrebbe potuto pronunciarsi per il «no» pur non condividendo una parte della normativa. A conferma di ciò, si possono riportare le parole con le quali un autorevole giurista, all'epoca presidente del gruppo della Sinistra Indipendente alla Camera, si è espresso per il «no»: con l'autorizzazione prevista dall'art. 56 c.p.c., il magistrato è «nelle mani del potere politico in una materia di tanta delicatezza». «Ma la volontà di eliminare questa norma basta a giustificare il sì? Non è questo il cuore del quesito referendario. Quel che si vuole travolgere è il principio, è l'art. 55 che definisce e limita i casi di responsabilità del giudice. Ed io sono convinto che questo principio meriti di essere mantenuto, senza aperture verso una incerta nozione di colpa grave» (S. RODOTÀ, *Se vince il «no»...*, in *la Repubblica*, 6 novembre 1987).

⁵⁶ Basti ricordare l'atteggiamento dei due partiti maggiori che, dopo avere osteggiato l'iniziativa referendaria, si erano schierati per il «sì» non perché condividessero le soluzioni prefigurate da alcuni dei promotori, ma con la motivazione che la normativa sottoposta al referendum necessitava di essere modificata – cosa riconosciuta da molti sostenitori del «no» –, anche se è ragionevole ritenere che ad essere decisive, per il cambiamento di posizione della D.C. e del P.C.I., siano state in realtà ragioni di «tattica elettorale e politica» (come sostiene E. SCALFARI, *Le ragioni dei giudici*, cit. e *L'inutile truffa del voto di oggi*, in *la Repubblica*, 8 novembre 1987, il quale scrive: i due partiti più rappresentativi si «sono trovati a dover giocare una partita con le carte truccate e si sono adeguati. Se tutti si dichiarano per il sì, nessuno si potrà attribuire la vittoria o sarà penalizzato dalla sconfitta. Ed anche per questa via il risultato "malizioso" ed improprio del

l'atto risultante dal *referendum* il significato di un voto popolare favorevole ad una precisa soluzione legislativa, che, oltre a tutto, nella circostanza non è stata neppure prospettata dal comitato promotore⁵⁷.

7. *Segue. Il vincolo costituzionale rappresentato dalla necessaria presenza di un «filtro» (l'azione verso lo Stato) a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione giurisdizionale*

Un altro aspetto da considerare è quello dei limiti che incontra il legislatore nella disciplina della materia.

La giurisprudenza costituzionale, nell'esigere che i magistrati non siano sottratti alla responsabilità giuridica per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni istituzionali, ha posto dei vincoli al legislatore ordi-

referendum» – l'ampliamento dello «spazio di influenza e di potere» del P.S.I. – «sarà stato vanificato»).

È comunque interessante ricordare, a conferma della necessità del superamento della disciplina codicistica, gli argomenti con i quali era stata motivata la posizione abrogazionista del P.C.I.: «1) l'imputato può citare direttamente il suo giudice, trasformandolo in controparte; 2) questa citazione può avvenire anche durante il processo, paralizzandone il corso; 3) è il ministro della Giustizia che decide discrezionalmente, concedendo o negando l'autorizzazione a procedere, quale cittadino deve essere risarcito e quale cittadino deve essere trascinato in giudizio; 4) l'inefficienza della macchina giudiziaria si scarica sul giudice, che è tenuto al risarcimento del danno se non emette il provvedimento richiesto da una parte entro dieci giorni dalla formale istanza di adempimento. Questi principi si applicano solo al giudice e non anche al pubblico ministero nei processi penali; un pubblico ministero di un'importante Procura italiana è stato poco tempo fa direttamente citato in giudizio, senza passare neanche attraverso l'autorizzazione del ministro. Le norme hanno vissuto sinora sonni tranquilli nelle pagine ingiallite del Codice di procedura civile. Ma l'aggressività antiggiudice di settori importanti del mondo criminale e di settori del mondo politico le sta richiamando in vita, tanto che sono parecchie (sembra 32) le domande che attendono il 9 novembre sui tavoli del ministero della Giustizia» (così il responsabile delle politiche per la giustizia del partito Luciano VIOLANTE, *Tutte le ragioni del sì comunista*, in *la Repubblica*, 7 novembre 1987).

⁵⁷ I radicali si erano espressi nel senso di una responsabilità del magistrato anche per colpa grave e soprattutto «senza filtri». I socialisti erano stati chiari nel dire che la responsabilità doveva estendersi alla colpa grave e che i magistrati che commettono degli illeciti devono rispondere «di tasca propria», salvo l'eventuale fissazione di limiti al risarcimento. Tuttavia, non avevano sciolto il nodo fondamentale del «filtro», mostrando comunque in più occasioni di guardare con favore al meccanismo dell'azione diretta contro lo Stato e della successiva azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato, condiviso anche dai liberali (cfr. S. MAZZOCCHI, *Tra i magistrati e Rognoni c'è Palazzo Chigi a mediare*, in *la Repubblica*, 19 dicembre 1986; S. BONSAANTI, *Il nodo che divide il fronte del sì*, in *la Repubblica*, 8 novembre 1987).

nario. In particolare, nella sentenza con la quale ha dichiarato ammissibile il *referendum*, la Corte costituzionale ha stabilito che nella disciplina della responsabilità civile dei magistrati sono consentite scelte «plurime» ma non «illimitate», «in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità», «specie in considerazione dei disposti appositamente dettati per la Magistratura (art. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni»⁵⁸: parole dalle quali poteva evincersi che la mancata previsione di un «filtro», privando il singolo magistrato di uno strumento che è fondamentale per la tutela della sua indipendenza, avrebbe posto per la nuova legislazione un problema di compatibilità con la Costituzione⁵⁹.

Se ne avrà la conferma quando la Corte, pronunciandosi su una serie di questioni di legittimità riguardanti la legge n. 117 del 1988, affermerà che, «facendo corretta applicazione» dei principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale, essa ha «riferito la responsabilità diretta del giudice alla sola ipotesi di danni derivanti da fatti costituenti reato»⁶⁰. Di regola dovrebbe quindi operare il meccanismo della «responsabilità indiretta verso lo Stato»⁶¹.

In conclusione, non essendo possibile affermare che gli elettori si sono espressi a favore dell'azione diretta verso il magistrato, non si può sostenere che la previsione dell'azione nei confronti dello Stato si pone in contrasto con la volontà popolare espressa nel *referendum* del 1987, e dunque non sembra possano prospettarsi sotto tale profilo eventuali dubbi di legittimità costituzionale⁶².

⁵⁸ Sentenza n. 26 del 1987, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ L'esigenza di «attenta e specifica considerazione», da parte del legislatore, ai «principi costituzionali di autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario, secondo quanto riaffermato anche di recente dalla Corte costituzionale», era stata segnalata dal Presidente della Repubblica dell'epoca, Francesco Cossiga, in una lettera inviata al Presidente del Consiglio Goria (cfr. *la Repubblica*, 28 novembre 1987). Per un commento favorevole all'intervento presidenziale, cfr. S. RODOTÀ, *Dei giudici o la legge imperfetta*, cit.

⁶⁰ Sentenza n. 18 del 1989, punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁶¹ *Ibidem*.

In questo senso, nell'ambito della letteratura in argomento, cfr., tra gli altri, E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 16 ss.; A. ANZON, *La responsabilità del giudice come rimedio contro le interpretazioni «troppo creative»: considerazioni critiche*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova 2008, 270 ss.

⁶² Sul discusso problema del presunto effetto vincolante della deliberazione referendaria sul legislatore rappresentativo si rinvia a M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abro-*

Ai fini della valutazione del comportamento del legislatore dal punto di vista considerato, è comunque decisiva la considerazione che la disciplina legislativa della responsabilità dei magistrati deve essere rispettosa della Costituzione, la quale impone – secondo la lettura interpretativa della Corte costituzionale – la presenza del «filtro» rappresentato dall'azione contro lo Stato a garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza degli stessi magistrati.

8. *I progetti di legge di modifica della legge n. 117 del 1988: considerazioni critiche*

È affermazione diffusa⁶³ – ma non confermata dai dati più recenti⁶⁴ – che nell'attuale ordinamento i magistrati sono di fatto irresponsabili per gli illeciti civili.

Di fronte ai risultati della prassi applicativa, giudicati insoddisfacenti, sono stati presentati numerosi progetti di legge per modificare la legge n. 117 del 1988, che, non mancando mai nelle relazioni introduttive di richiamare il *referendum* sulla responsabilità civile e di denunciare il «tradimento» della volontà popolare perpetrato dal Parlamento, sembrano voler rafforzare la responsabilità personale.

Le modifiche proposte riguardano due aspetti fondamentali: quello procedurale e quello sostanziale.

In relazione al primo, va detto che la maggior parte dei progetti mira a sostituire il meccanismo dell'azione diretta contro lo Stato e della successiva azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato con l'azione di-

gativo, in *La formazione delle leggi*, tomo I, 2, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, 661 ss. e alla letteratura ivi citata.

⁶³ Cfr., tra gli altri, in dottrina, V. VARANO, *Responsabilità del magistrato*, cit., 118; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., 228 ss.; A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli 2010, 11 ss. Nell'ambito degli interventi pubblicati di recente sulla stampa, cfr., ad esempio, V. SPIGARELLI, *Responsabilità civile delle toghe, una tutela finora soltanto virtuale*, in *Il Messaggero*, 8 marzo 2011.

⁶⁴ I quali testimoniano «come nel biennio 2007-2008 si sia assistito a una vera e propria esplosione dei provvedimenti di accoglimento delle richieste avanzate dai cittadini. Il 2008 da solo, con 109, fa totalizzare più di tutti i procedimenti dei 5 anni precedenti» (cfr. G. NEGRI, *Giudici alla sbarra per gli errori*, in *Il Sole-24 Ore*, 17 ottobre 2010).

retta nei confronti del magistrato, eliminando anche l'altro «filtro» rappresentato dal giudizio di ammissibilità⁶⁵, e così creando una responsabilità diretta «senza filtri» per i magistrati, che non è però compatibile con i vincoli posti dalla giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, oltre a esigere che vi sia il «filtro» della «responsabilità indiretta» del magistrato nei confronti dello Stato, ha riconosciuto il «rilievo costituzionale» del giudizio di ammissibilità

⁶⁵ Cfr., limitando il riferimento alle ultime tre legislature, il disegno di legge Borea del 21 maggio 2002, recante «Norme sulla responsabilità dei magistrati e sul diniego di giustizia» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1427); la proposta di legge Cento e altri dell'8 luglio 2002, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XIV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2979); il disegno di legge Alberti Casellati del 3 maggio 2006, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 156); il disegno di legge Tommassini del 9 maggio 2006, recante «Disposizioni in materia di responsabilità civile del giudice» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 284); la proposta di legge Forlani del 17 maggio 2006, recante «Norme sulla responsabilità dei magistrati e sul diniego di giustizia» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 766); la proposta di legge Turco e altri del 17 gennaio 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3340); la proposta di legge Bernardini e altri del 29 aprile 2009, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 252); la proposta di legge Lussana e altri del 2 luglio 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1429); proposta di legge Brigandì e altri del 26 novembre 2008, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1956); il disegno di legge Perduca e Poretto del 18 novembre 2009, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 1889); proposta di legge Versace del 9 marzo 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3285); la proposta di legge Labocetta del 20 ottobre 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, e al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, in materia di sanzioni per gli illeciti disciplinari dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 3300); il disegno di legge Lauro e altri del 20 ottobre 2010, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Senato*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2390); la proposta di legge Garagnani del 10 febbraio 2011, recante ««Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati, disposizioni in materia di inleggibilità e di incompatibilità dei medesimi, nonché delega al Governo per la separazione delle carriere della magistratura ordinaria giudicante e requirente»» (*Atti Camera*, XV Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 4069); la proposta di legge Bernardini e altri dell'8 marzo 2011, recante «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati» (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 4148).

quale «meccanismo di “filtro” della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale»⁶⁶.

In relazione al secondo, alcuni progetti di legge mirano ad estendere la responsabilità per colpa: o mediante l'abrogazione delle norme che specificano i casi di «colpa grave»⁶⁷, la quale verrebbe in tal modo dilata, o addirittura prevedendo che i magistrati rispondano anche per colpa lieve⁶⁸: un ampliamento della responsabilità che appare eccessivo e che, esponendo facilmente il magistrato a reazioni improprie delle parti, non sembra compatibile con l'esigenza di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura. Considerazione che vale anche, a maggior ragione, per la soppressione – che è prevista da qualche progetto – della norma che esclude la responsabilità del magistrato per l'attività di interpretazione del diritto e di valutazione del fatto e delle prove⁶⁹, la cui presenza sembra essere richiesta dalla Corte costituzionale quale strumento

⁶⁶ Sentenza n. 18 del 1989, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

In dottrina, esprime perplessità sulla posizione assunta dalla Corte N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit., 228 ss.

⁶⁷ Cfr., tra gli altri, il disegno di legge Perduca e Poretti e la proposta di legge Bernardini, cit.

All'opposto esistono disegni di legge che tendono a limitare le ipotesi di colpa grave: cfr. l'art. 3 del disegno di legge Tommassini, cit.

⁶⁸ Cfr. la proposta di legge Maiolo del 25 luglio 1996, recante «Norme in materia di responsabilità civile del magistrato» (*Atti Camera*, XIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 1996).

⁶⁹ Cfr. l'art. 2, comma 2, del disegno di legge Tommassini, cit.. V. anche la proposta di legge Maiolo, cit., dove, non escludendosi la responsabilità per le ipotesi indicate, implicitamente la si ammette.

Un discorso a parte dovrebbe essere fatto per la proposta di legge Tassone e altri dell'11 dicembre 1996, recante «Norme in materia di responsabilità civile dei magistrati e di risarcimento del danno cagionato nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali» (*Atti Camera*, XIII Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 2869), la quale prevede la specifica ipotesi di responsabilità per l'«immotivata inosservanza dei criteri generali di ermeneutica legislativa e la conseguente emissione di atti o provvedimenti determinati da interpretazioni della legge strettamente personali o manifestamente difformi dalla consolidata giurisprudenza» (art. 2, comma 2, lett. e). Si tratta di una previsione che appare motivata dalle stesse ragioni che ispirarono l'inserimento di una fattispecie simile, successivamente abrogata, all'interno della nuova disciplina degli illeciti disciplinari introdotta dalla riforma dell'ordinamento giudiziario, sicché possono riproporsi i rilievi critici espressi in relazione ad essa. Cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., 408 ss. e G. FERRI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris* 2007, 397 s. V. anche A. ANZON, *La responsabilità del giudice*, cit., 253 ss.

necessario a garantire l'indipendenza e, quindi, l'imparzialità del giudice⁷⁰.

Vanno, poi, segnalate altre proposte innovative, sempre tendenti a responsabilizzare maggiormente i magistrati. Quella della cancellazione dei limiti al risarcimento previsti dalla legge⁷¹, che, all'art. 8 comma 3, stabilisce che la «misura della rivalsa» non può superare una somma pari al terzo di un'annualità dello stipendio (limite non applicabile se il fatto è commesso con dolo, anche se si tratta di un'eccezione assai poco significativa, perché è molto improbabile che i magistrati vengano chiamati a rispondere per dolo). Quella del divieto – che suscita non pochi dubbi di legittimità costituzionale – di contrarre polizze assicurative per la responsabilità civile⁷².

In conclusione, senza poter qui esaminare nel dettaglio ciascuno di essi, sembra di poter dire che si tratta di progetti di legge i quali, proponendo per lo più modifiche che contrastano palesemente con i vincoli posti dalla Corte costituzionale, o che sollevano forti dubbi di legittimità costituzionale, non possono offrire valide prospettive di cambiamento. Anzi, proprio il fatto che, per come sono strutturati, non abbiano concrete possibilità di trasformarsi in legge – come dimostra ampiamente l'esperienza – legittima l'impressione che i progetti di legge non siano stati presentati per dare avvio al procedimento legislativo, ma costituiscano uno strumento di cui la rappresentanza politica si serve per altri scopi, volendo probabilmente far vedere che si fa carico di un problema che è avvertito dall'opinione pubblica oppure dimostrare di avere una capacità di reazione di fronte a provvedimenti giudiziari percepiti come avversi, mandando segnali «minacciosi» ai magistrati «scomodi»⁷³.

⁷⁰ Sentenza n. 18 del 1989, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁷¹ Cfr. la proposta Versace, cit., la quale prevede, a garanzia del pieno ristoro del danno, che i magistrati sono tenuti a sottoscrivere una polizza assicurativa per la responsabilità civile (art. 2).

⁷² Art. 7 del disegno di legge Tommassini, cit. Nella relazione illustrativa la necessità di intervenire sul punto è così giustificata: la responsabilità è «destinata a riuscire vana» per «la stipula invalsa di polizze» dai «costi oltremodo modesti, che sono palesemente nulle, perché contrarie» agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.

⁷³ Non è del resto una novità, nella vicenda dei rapporti fra il potere politico e la magistratura, che i progetti di legge in materia di giustizia vengano presentati nei momenti di più forte tensione per «lanciare dei segnali», quasi a dire che il potere politico è «sovrano» e dispone delle «armi» per «riportare all'ordine» il potere giudiziario: cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., *passim*.

Per quanto riguarda l'ambito specifico della responsabilità dei magistrati, giova ri-

9. *La giurisprudenza della Corte di giustizia e il progetto di legge che prevede la responsabilità del magistrato per la violazione del diritto europeo nell'attività interpretativa e di valutazione del fatto e delle prove*

Se, come si è visto, a stimolare la presentazione delle proposte di cambiamento della legge n. 117 del 1988 di cui si è parlato nel precedente paragrafo sono stati fattori tutti interni allo Stato italiano, a suggerire la presentazione di uno degli ultimi progetti di legge depositati è un altro fattore, di provenienza esterna: la giurisprudenza comunitaria⁷⁴.

Occorre subito evidenziare che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che qui interessa non è intervenuta direttamente sulle modalità con cui la legge italiana disciplina la responsabilità civile dei magistrati.

Tuttavia, stabilendo che lo Stato italiano – quale Stato membro dell'Unione europea – deve rispondere per i danni arrecati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario commessa da un giudice nazionale di ultima istanza, la sentenza *Traghetti del Mediterraneo Spa* del 2006⁷⁵ po-

cordare che anche in materia disciplinare non è mancata la presentazione di progetti di legge con palesi vizi di legittimità costituzionale, che, proprio per ciò, più che veri e propri atti d'iniziativa legislativa, sembrano costituire la reazione impropria a comportamenti di alcuni magistrati non graditi al potere politico (cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.* 2008, n. 5, 96, nota 43).

⁷⁴ Cfr., in argomento, A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice*, cit.

⁷⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) 13 giugno 2006, causa C-173/2003, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, in liquidazione, contro Repubblica italiana. Su tale sentenza, anche in relazione alla sentenza Köbler (v. *infra*, nel testo), cfr., tra gli altri, F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un «brutto» colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 839 ss.; M.A. SANDULLI, *La Corte di cassazione e la Corte di giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino? (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di GCUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati)*, in *federalismi.it*, n. 13/2006; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale, dedicate al “Poder judicial”, a La Coruña (Spagna), nei giorni 27-28 settembre 2007, in <http://archivio.rivista-taia.it>, 29 ss.; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 661 ss.; S. PANIZZA, *La responsabilità civile dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale*, in *La responsabilità dei magistrati*, cit., 201 ss.; A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice*, cit., 19 ss.

trebbe porre, indirettamente, un problema per la normativa interna sulla responsabilità civile dei magistrati⁷⁶, posto che essa esenterebbe il magistrato dal rispondere quando lo Stato è invece tenuto a risarcire il danno proprio per l'errore del magistrato. Anche se è opportuno ricordare che, fermo restando il principio secondo il quale lo Stato deve rispondere necessariamente ove il giudice sia responsabile⁷⁷, «quanto alle altre violazioni di diritti soggettivi, cagionate dal giudice fuori delle ipotesi in cui egli debba rispondere, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale, ma può derivare da principi generali dell'ordinamento o da una specifica legge ordinaria»⁷⁸.

Nel definire una questione pregiudiziale promossa dal Tribunale di Genova, chiamato a decidere una controversia sollevata dal curatore fallimentare della società «Traghetti del Mediterraneo» nei confronti dello Stato italiano per la condanna al risarcimento del danno subito a causa degli errori di interpretazione commessi dalla Corte di cassazione⁷⁹ e a causa della violazione dell'obbligo di rinvio su di essa gravante, la Corte di giustizia ha affermato in particolare che il diritto comunitario «osta ad una legislazione nazionale» che: *a)* escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a séguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo»; *b)* «limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente», per l'accertamento della

⁷⁶ Cfr. F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, cit., 29 ss.; S. PANIZZA, *La responsabilità civile*, cit., 206 ss.

⁷⁷ V. *supra*, nota 16.

⁷⁸ Sentenza Corte cost. n. 18 del 1989, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*, la quale prosegue affermando che in «epoca più recente la giurisprudenza, in più stretto collegamento con il principio stabilito» dall'art. 2043 c.c., «ritenuto ormai generalmente applicabile alla P.A. sulla base del rapporto organico corrente tra l'ufficio del giudice e lo Stato, era giunta all'affermazione di una responsabilità diretta di quest'ultimo anche al di fuori delle ipotesi in cui il giudice poteva essere chiamato a rispondere direttamente del danno».

⁷⁹ Corte di cassazione, Sez. I, 8 ottobre 1999-19 aprile 2000, n. 5087, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 1363 ss., con nota di L. ARNAUDO, *Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte*.

quale – secondo quanto previsto dalla sentenza Köbler del 2003⁸⁰ – il giudice nazionale investito della domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto in particolare del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE⁸¹. In ogni caso – sempre secondo la sentenza Köbler – una violazione del diritto comunitario «è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia»⁸².

Sarebbe, quindi, evidente, secondo i sottoscrittori della proposta di legge recante «Modifiche all'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati», presentata il 2 marzo 2011⁸³, la «riscrittura» di tale articolo operata dalla Corte di giustizia: con l'introduzione, per i giudici di ultimo grado, della specifica ipotesi di responsabilità derivante dall'omesso adempimento dell'obbligo di rinvio su di essi gravante ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, per tutti i giudici, relativamente all'applicazione del solo diritto dell'Unione europea, della responsabilità derivante dall'attività interpretativa, nonché da attività di valutazione del fatto e delle prove, non più limitata ai casi di dolo o colpa grave (come definiti dal medesimo art. 2), ma soggetta alla sussistenza di tre condizioni: *a*) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; *b*) che si tratti di violazione grave e manifesta (tenuto conto degli elementi sopra indicati); *c*) che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Da tale operazione deriverebbe una norma «palesamente asimmetrica»: un'identica attività, infatti, può essere o meno causatrice di responsabilità civile a seconda della natura (statale o europea) della norma da applicarsi.

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia 30 settembre 2003, causa C-224/01, Gerhard Köbler contro Repubblica austriaca. Su tale sentenza cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 220 ss. e la letteratura ivi citata.

⁸¹ Punti 53-55.

⁸² Punto 56.

⁸³ Cfr. la proposta di legge Di Pietro e Palomba (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 4127).

Sarebbe perciò necessario riformulare l'art. 2 della legge n. 117 del 1988, inserendo esplicitamente la «riscrittura» operata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e parificando le ipotesi di responsabilità, indipendentemente dalla provenienza della normativa (interna o europea) che il giudice si trovi ad applicare.

Di qui la proposta di eccettuare dalla regola per cui i magistrati non rispondono dell'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove il caso di «manifesta violazione della legge o del diritto dell'Unione europea»; di aggiungere, poi, che, al fine «di determinare se vi sia stata manifesta violazione della legge, sono considerati tutti gli elementi rilevanti per l'attività interpretativa o valutativa [...] e, in ogni caso, il grado di chiarezza e precisione delle disposizioni violate, il carattere intenzionale della violazione, l'inescusabilità dell'errore di diritto»; infine, di prevedere che, al fine di determinare se vi sia stata manifesta violazione del diritto europeo, sono considerate «l'eventuale esistenza di una posizione adottata da una istituzione comunitaria e l'eventuale inosservanza, da parte del magistrato, dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

Tuttavia, non sembra si possa affermare che la sentenza Traghetti ha compiuto una «riscrittura» della legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati, quanto meno nel senso che essa non ha comportato cambiamenti per il vigente regime di responsabilità dei magistrati e non ha imposto neppure che siano apportate modifiche ad esso⁸⁴. Posto che lo Stato è chiamato a risarcire il danno per violazione del diritto comunitario, nei termini indicati dalla Corte di giustizia, è però normale porsi il problema della responsabilità del dipendente dello Stato che ha causato il danno, e quindi dell'adeguatezza di una disciplina normativa che non consentisse di dichiarare la sua responsabilità civile.

⁸⁴ Cfr., nell'ambito dei giudizi espressi dai commentatori sul discusso «emendamento Pini», presentato alla Camera in sede di esame del disegno di legge comunitaria annuale e tendente a sostituire la responsabilità per dolo o colpa grave con quella per «violazione manifesta del diritto», R. BIN, *Intervista a Radio Radicale*, 26 marzo 2011; G. DE CATALDO, *Una legge contro i giudici*, in *la Repubblica*, 28 marzo 2011.

Il contrasto della legge n. 117 del 1988 con la giurisprudenza comunitaria è stato escluso dal Governo nella risposta a un'interrogazione parlamentare presentata dall'on. Mecacci e altri, affermando che «la decisione del giudice comunitario e la disciplina interna si pongono su piani del tutto differenti»: cfr. *Atti Camera*, XVI Leg., Res. II Comm. permanente (Giustizia), 18 dicembre 2008, 36, allegato 2.

Senza poter qui approfondire la questione, non sembra comunque si possa trascurare il fatto che la legislazione attuale, prevedendo una responsabilità del magistrato nel caso di «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile»⁸⁵, può consentire di sanzionare, pur in presenza della «clausola di salvaguardia», il comportamento del magistrato che si configurasse come una manifesta violazione del diritto comunitario⁸⁶.

10. *Il disegno di legge governativo di riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione: l'esplicita previsione della responsabilità civile dei magistrati e l'equiparazione agli altri dipendenti dello Stato*

Poiché la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che l'art. 28 Cost. si applica anche ai magistrati e che la responsabilità per gli illeciti da loro commessi nell'esercizio delle funzioni istituzionali si estende allo Stato⁸⁷, non si vede la ragione per la quale si dovrebbe inserire nella Costituzione una norma che esplicitasse che i magistrati sono responsabili degli atti lesivi dei diritti e che disponesse l'estensione di tale responsabilità allo Stato.

Tuttavia, il disegno di legge governativo recante «Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione» presentato il 7 aprile 2011 prevede, nell'ambito della II sezione-*bis* intitolata «Responsabilità dei magistrati», che i «magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti» (art. 113-*bis*, comma 1) e che la «responsabilità si estende allo Stato» (art. 113-*bis*, comma 3)⁸⁸.

La prima previsione è però completata da un'indicazione che non dovrebbe rendere priva di significato la «novità», spiegando il senso dell'intervento legislativo: quella secondo la quale i magistrati sono responsabili «al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato», ossia –

⁸⁵ V. *supra*, § 5.

⁸⁶ Dopo la conclusione di questo lavoro, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione contro Italia*. Per un commento a tale sentenza, di cui non è possibile qui dare conto, cfr. G. FERRI, *La responsabilità dello Stato per la violazione del diritto Ue commessa dal giudice nazionale e la legge sulla responsabilità civile dei magistrati (in margine al caso Commissione contro Italia)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012.

⁸⁷ V. *supra*, § 2, nota 16, e § 9.

⁸⁸ *Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc. n. 4275*.

come suggerisce la Relazione introduttiva al disegno di legge – «alle stesse identiche condizioni»⁸⁹.

Il disegno di legge costituzionale prevede, dunque, come illustra la Relazione, «un'unica disciplina comune per tutti gli impiegati civili dello Stato»⁹⁰, che attualmente non sussiste perché, al di là della speciale disciplina valevole per i magistrati, la legislazione ordinaria contempla, non senza ragionevole motivo, un trattamento differenziato per alcuni di essi⁹¹. Si recepirebbe così – prosegue la Relazione – un principio «già desumibile» dagli artt. 28 e 98 Cost., «che pongono sullo stesso piano gli impiegati pubblici, tra i quali i magistrati», come ha «stabilito in via interpretativa» la Corte costituzionale nella sentenza n. 2/1968⁹².

Tuttavia, quanto all'art. 28 Cost., la Corte – come si è già avuto modo di dire⁹³ – ha affermato che, per i magistrati, vi sono specifiche esigenze costituzionali che giustificano, e anzi impongono, un trattamento particolare, sicché l'applicazione ai magistrati della normativa generale che attualmente regola la responsabilità dei pubblici impiegati, non circoscrivendo i presupposti della colpa grave e non prevedendo «filtri»⁹⁴, metterebbe a rischio l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che non solo sono valori costituzionalmente tutelati ma rappresentano probabilmente dei principi supremi. Al legislatore ordinario – al quale, secondo la Relazione, la normativa costituzionale riconoscerebbe ampi margini di «discrezionalità» in merito alle «scelte sulla concreta disciplina da adotta-

⁸⁹ Sulla formulazione dell'art. 113-*bis*, comma 1, cfr., in senso critico, V. ONIDA, *Quella spada sul capo dei giudici*, in *Il Sole-24 Ore*, 18 marzo 2011; M. VILLONE, *La "riforma epocale" della giustizia nel ddl costituzionale AC 4275: continuità o rottura?*, in *www.costituzionalismo.it*, 22 maggio 2011, § 9. In senso favorevole, invece, M. PATRONO, *Intervista a Radio Radicale*, 11 marzo 2011.

⁹⁰ *Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 4275, 14.

⁹¹ Si pensi, in particolare, agli insegnanti della scuola pubblica, che, se per i danni arrecati personalmente a terzi per gli atti funzionali compiuti in violazione di diritti rispondono come gli altri pubblici dipendenti, per i danni provocati dagli alunni rispondono non in maniera diretta e solo nei casi di dolo o colpa grave nella vigilanza, essendo previsto che, «salvo rivalsa» nei casi indicati, l'amministrazione «si surroga al personale medesimo nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi» (art. 61 della l. 11 luglio 1980 n. 312).

Secondo la Corte costituzionale, si tratta di un'esclusione di responsabilità consentita dall'art. 28 Cost., secondo «valutazioni rimesse alla discrezionalità legislativa» (cfr. la sentenza n. 64 del 1992).

⁹² Cfr. il disegno di legge n. 4275, cit., 14 s.

⁹³ V. *supra*, § 7 e 8.

⁹⁴ Cfr. gli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 3 del 1957.

re»⁹⁵ – non resterebbe allora, per uniformarsi al principio dell'unicità di trattamento, che estendere agli altri pubblici dipendenti le particolari garanzie previste per i magistrati: una soluzione che non sembra però ragionevole e forse non risulterebbe neppure compatibile con l'art. 28 Cost.

La previsione, contenuta nell'art. 113-*bis*, comma 2, che la «legge disciplina espressamente la responsabilità civile dei magistrati per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale» sta a significare – secondo la Relazione – che detti casi devono essere regolati «con norme specifiche»⁹⁶. Ciò in considerazione dell'importanza di tale libertà, che «si colloca al vertice dei valori riconosciuti» dalla Costituzione⁹⁷.

Il fatto che la norma costituzionale richieda un intervento attuativo del legislatore ordinario, al quale non sono posti vincoli riguardo al contenuto delle «norme specifiche», induce però a pensare che essa abbia più un valore «simbolico» che una reale portata innovativa.

11. Osservazioni conclusive

Poiché a giudizio di molti l'esperienza applicativa della legge n. 117/1988 non è stata positiva, si potrebbe pensare a qualche modifica.

Bisogna, però, tener conto del fatto che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, i margini di intervento del legislatore sono ristretti, dovendo il principio di responsabilità del magistrato coniugarsi con quello della sua indipendenza, il quale impone che l'azione di risarcimento del danno venga esercitata nei confronti dello Stato, che vi sia un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda e che al giudice sia garantita l'autonomia nell'interpretazione delle norme di diritto e nella valutazione dei fatti e delle prove⁹⁸.

Non potendosi, dunque, eliminare il giudizio di ammissibilità, che dovrebbe essere mantenuto non solo perché è la Corte costituzionale a richiederlo ma anche per ragioni di opportunità⁹⁹, si potrebbe forse ra-

⁹⁵ *Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 4275, 15.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *V. supra*, § 7 e § 8.

⁹⁹ Fra l'altro – come osserva P. TRIMARCHI, *Rischio di distorsione delle decisioni. Ecco perché non va introdotta quella norma*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2011 – non andrebbe sottovalutata l'«aggressività» di alcune componenti della classe forense.

La dottrina prevalente sembra guardare con favore alla previsione del giudizio di

gionare sull'ipotesi di una sua diversa disciplina, al fine di rendere meno difficoltosa l'azione intrapresa dal danneggiato, che non trova tuttavia nella normativa che regola attualmente detto giudizio una barriera invalicabile¹⁰⁰.

Nello stesso modo non può dirsi che rappresenti un impedimento la definizione legislativa della «colpa grave». Se è vero, infatti, che essa impedisce un'estensione della responsabilità che potrebbe avere conseguenze negative sul funzionamento della giustizia (il «disimpegno» professionale, la tendenza al conformismo giurisprudenziale, la minore tutela dei soggetti deboli, ecc.)¹⁰¹, è altrettanto vero che non preclude

ammissibilità: cfr. N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, cit., 1321 (il quale, ancora prima che venissero abrogate le norme del codice, parlava di «accorgimento valido per impedire un'utilizzazione della responsabilità come strumento di pressione sul magistrato»); A. PROTO PISANI, *Il giudizio*, cit., 420; E. FAZZALARI, *Una legge «difficile»*, in *Giur. cost.* 1989, I, 105 (che parla di giudice «sacrosantamente presidiato» dalla «preliminare deliberazione» di cui all'art. 5); N. ZANON, *Intervento* al Convegno «Per una effettiva responsabilità civile dei magistrati: la nostra proposta di riforma della "legge Vassalli"», organizzato dalla Camera penale di Roma, con il patrocinio della Fondazione internazionale per la giustizia Enzo Tortora, Roma, 26 ottobre 2010.

Per una posizione sfavorevole, invece, cfr. A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., 309 ss., il quale parla di «aggravamento procedurale [...] poco in armonia con un principio costituzionale desumibile dalla combinazione tra ragionevolezza dei tempi ed effettività delle domande di tutela».

Tale posizione si è espressa anche con iniziative legislative. Nella relazione introduttiva alla proposta di legge Mantini del 22 gennaio 2009 («Modifiche agli articoli 2 e 8 e abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati»), che mira a sopprimere il giudizio di ammissibilità, si parla di «cautela del tutto inutile», che rende «assai complessa e in sostanza impraticabile» la tutela del danneggiato (*Atti Camera*, XVI Leg., *D.d.l. e Rel.*, *Doc.* n. 2089, 2).

¹⁰⁰ Cfr., in tal senso, V. ONIDA, *Intervista a Radio Radicale*, 19 marzo 2011.

Nel senso che i problemi concernenti il giudizio di ammissibilità non siano dovuti alla previsione legislativa ma all'interpretazione giurisprudenziale, che avrebbe trasformato il filtro di ammissibilità in una sorta di giudizio preventivo, che blocca le azioni di risarcimento, cfr. N. ZANON, *Intervento*, cit.; V. SPIGARELLI, *Intervento*, in *La responsabilità civile dei magistrati*, in *Il rovescio del diritto*, rubrica di *Radio Radicale*, 1° luglio 2011.

Del giudizio di ammissibilità come «ostacolo sostanzialmente insormontabile» parla V. ZENO ZENCOVICH, *Intervento* su «La responsabilità civile» al Convegno «Io non rispondo. Alla ricerca della responsabilità del magistrato», promosso dalla Camera penale di Firenze, Firenze 10 ottobre 2008.

Su alcune significative pronunce della Cassazione, cfr. C. AMATO, *Responsabilità dei magistrati: la valutazione di ammissibilità della domanda di risarcimento*, in *Danno e resp.* 1996, 336 ss.

¹⁰¹ Cfr., tra gli altri, E. FASSONE, *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 15 s.; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 790.

la possibilità di sanzionare comportamenti veramente gravi dei magistrati.

Non sembra, quindi, si possa sostenere – tanto più alla luce di recenti dati che attesterebbero un aumento considerevole delle decisioni di accoglimento delle domande di risarcimento¹⁰² – che la disciplina legislativa, essendo «congegnata in modo da rendere praticamente impossibile o quasi la sua applicazione», non è conforme al canone della ragionevolezza¹⁰³.

Il problema non sarebbe allora tanto quello della disciplina procedurale e sostanziale contenuta nella legge n. 117 del 1988 – che, nel difficile tentativo di contemperare il principio di responsabilità con quello di indipendenza dei magistrati, tutelando il danneggiato, ha adottato una soluzione che non appare squilibrata¹⁰⁴ –, quanto piuttosto quello del giudice che deve decidere sulla responsabilità dei magistrati, il quale non dovrebbe appartenere alla stessa categoria, ma dovrebbe essere un soggetto «esterno» o, comunque, un organo collegiale in cui la componente «togata» non sia maggioritaria¹⁰⁵.

I rischi derivanti dalla dilatazione della responsabilità civile erano stati ampiamente evidenziati nel corso del dibattito antecedente il referendum del 1987 (v. *supra*, § 5). Cfr., tra i numerosi interventi pubblicati sui quotidiani, F.M. AGNOLI, «Ti assolvo, così non sbaglio», in *Avvenire*, 28 marzo 1986; V. GREVI, *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, cit., il quale osserva che, per evitare «rischi», la «regola aurea» sarà «quella di limitarsi all'attività di routine, di appiattirsi sugli indirizzi giurisprudenziali prevalenti, di non avere troppe "curiosità" nelle indagini: in sostanza di assumere il costume del burocrate, col risultato di un evidente livellamento in basso per la garanzia della legalità».

Tra gli interventi recenti, cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio di distorsione delle decisioni*, cit., il quale scrive che la «minaccia della responsabilità costituirebbe un peso gettato impropriamente su uno dei due piatti della bilancia della giustizia, con una distorsione del procedimento decisorio». In ambito penale, ad esempio, con una sentenza di condanna il giudice si esporrebbe al rischio di un'azione di responsabilità civile, che non sussisterebbe in caso di assoluzione: «se dà la prevalenza ai propri interessi personali assolverà sempre, anche quando non dovrebbe».

¹⁰² V. *supra*, nota 64.

¹⁰³ Per la tesi che considera la legge n. 117/1988 viziata sotto il profilo della ragionevolezza, non essendovi coerenza tra il mezzo e il fine, cfr. A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice*, cit., 16 ss.

¹⁰⁴ Nel senso, invece, che la normativa sia «sbilanciata» a favore dei magistrati, cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 289; V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice*, cit., 15; A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice*, cit., 18. Spunti critici anche in E. FAZZALARI, *Nuovi profili*, cit., 1027, che, per i limiti di cui all'art. 8 comma 3 (v. *supra*, § 8), parla di rivalsa «quasi soltanto simbolica».

¹⁰⁵ Opinione espressa, nell'ambito del recente dibattito sulla riforma della giustizia, da R. BIN, *Intervista*, cit.

Ora, se si può convenire sul fatto che un organo esterno alla magistratura, che dovrebbe essere in ogni caso composto in modo che sia assicurata la sua indipendenza dal potere politico, proprio per la sua «terzietà» garantirebbe di più il danneggiato¹⁰⁶, ci si può forse domandare se la difficoltà di accertare in concreto la responsabilità civile del magistrato non sia dovuta ai limiti che ha in sé lo strumento. Limiti derivanti, anzitutto, dalla circostanza che – come ha dichiarato la Corte costituzionale – «il giudizio, per definizione, è diretto all'accertamento dei fatti e all'applicazione delle norme, attraverso un'attività di valutazione ed interpretazione, nella quale al giudice sono riservati ampi spazi»¹⁰⁷, che si sono via via estesi nel corso del tempo per effetto dell'azione del legislatore¹⁰⁸. Inoltre, dalla circostanza che i provvedimenti giudiziari – com'è previsto dalla Costituzione¹⁰⁹ e dalle leggi – sono impugnabili. Gli errori giudiziari possono, quindi, essere riparati all'interno del processo.

Il fatto stesso che anche negli ordinamenti stranieri l'accertamento

In questo senso è il disegno di legge Fassone e altri del 21 gennaio 2003, recante «Composizione dell'organo giudiziario quando è imputato o parte un magistrato» (*Atti Senato*, XIV Leg., *D.d.l. e Rel.*, Doc. n. 1938).

Si tratta comunque di un problema discusso da lungo tempo. Per le posizioni contrarie, cfr., esplicitamente, G. GIACOBBE, *Quale responsabilità del magistrato?*, cit., 187 e, implicitamente, G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 790.

¹⁰⁶ Sulle critiche rivolte dalla dottrina alla giurisprudenza, per essersi mostrata troppo incline a tutelare i magistrati, a svantaggio dei soggetti danneggiati dagli errori giudiziari, cfr. V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.* 2006, 357 (secondo cui è proprio il modo in cui le disposizioni della legge n. 117/1988 sono «generalmente intese dai giudici» a spiegare perché «i risultati pratici [...] siano – dal punto di vista della tutela risarcitoria dei cittadini italiani danneggiati per colpa di organi giudiziari dello Stato – sostanzialmente pari a zero»); N. ZANON, *Intervento*, cit. (il quale afferma che la giurisprudenza ha applicato la legge «in termini profondamente corporativi»).

¹⁰⁷ Sentenza n. 18 del 1989, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁸ Cfr. V. FERRARI, *Discrezionalità e responsabilità del giudice*, in *Giudicare il Giudice*, cit., 89 ss., il quale osserva che più aumenta la discrezionalità dei magistrati (per la «vaghezza» delle norme, «l'elefantiasi della legislazione speciale», ecc.), più è difficile responsabilizzarli giuridicamente. V. anche M.A. SANDULLI, *La Corte di cassazione e la Corte di giustizia*, cit. e M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.* 2003, 125 ss.

Sulla crescita del potere della magistratura, che scaturisce in buona parte dalla «crisi della legge» (cfr., da ultimo, P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 1/2010), si rinvia a G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, cit., *passim* e alla letteratura ivi citata.

¹⁰⁹ Per le «sentenze» e i «provvedimenti sulla libertà personale», contro cui «è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge» (art. 111, comma 7).

della responsabilità civile del magistrato, quando essa sia prevista, rappresenti un evento raro¹¹⁰, dimostrerebbe come vi siano delle limitazioni «connaturate» allo stesso istituto, che possono spiegare almeno in parte perché non siano molti i casi in cui i magistrati italiani sono stati dichiarati responsabili.

Posto che non può non valere anche per il magistrato il principio di responsabilità, e che, in presenza dell'art. 28 Cost., una qualche forma di responsabilità civile non può non essere prevista dall'ordinamento, occorre quindi chiedersi se la sede più appropriata per accertare la responsabilità non sia un'altra: in particolare, quella disciplinare¹¹¹, che opera su un piano diverso, ma che può punire condotte scorrette che hanno avuto effetti negativi sui cittadini¹¹². Anche in tal caso si porrebbe, però, il problema, da tempo discusso nell'ambito scientifico e politico, del giudice che deve decidere, non ritenendosi che la Sezione disciplinare del

¹¹⁰ Nelle «grandi democrazie con le quali siamo soliti confrontarci il giudice non è assoggettato alle comuni regole di responsabilità civile per i danni cagionati da errori nell'esercizio delle sue funzioni decisorie: si va dall'immunità assoluta (Stati Uniti, Gran Bretagna, Canada, Israele), alla limitazione della responsabilità civile alle ipotesi di reato (Germania), o alla normale esclusione della responsabilità diretta nei confronti della parte danneggiata, alla quale è consentito solo di agire contro lo Stato, con una più o meno limitata possibilità di rivalsa dello Stato nei confronti del giudice (Francia, Paesi Bassi, Svizzera, e così la raccomandazione della «Carta Europea dello Statuto dei Giudici, Strasburgo 1998»)» (P. TRIMARCHI, *Rischio di distorsione delle decisioni*, cit.).

In Francia, «dove esiste una disciplina analoga a quella italiana, non risulta mai essersi verificato un caso di azione di regresso da parte dello Stato verso un giudice» (così è scritto nella delibera del C.S.M. del 28 giugno 2011 «in merito alle recenti proposte di modifica dell'attuale normativa che regola la responsabilità civile dei magistrati»).

Sulla responsabilità civile dei magistrati in alcuni ordinamenti stranieri, cfr., in dottrina, V. VIGORITI, voce *Responsabilità del giudice*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma 1991.

¹¹¹ Cfr. P. TRIMARCHI, *Responsabilità disciplinare rimedio più efficace*, in *La Magistratura*, 1987, 39. V. anche L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna 2006, 178 s.

¹¹² Muovendo dalla circostanza che la «colpa grave non può che essere determinata da un comportamento rilevante in sede disciplinare», si è ipotizzato di inserire il procedimento di responsabilità civile nel procedimento disciplinare, consentendo al danneggiato di prendervi parte in qualità di parte civile» (cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato*, cit., 791).

Ma sull'inadeguatezza della vigente disciplina degli illeciti funzionali, che non consentirebbe di perseguire comportamenti, anche gravi, dei magistrati, cfr. M. PATRONO, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa sugli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., 41 ss.

C.S.M., per la sua composizione, caratterizzata dalla prevalenza dei «togati» sui «laici», sia idonea a garantire nel migliore dei modi il corretto funzionamento della giustizia disciplinare dei magistrati ordinari¹¹³. Ma non si può sottacere che, dopo un periodo in cui ha mostrato scarsa efficienza, anche a causa del corporativismo dei magistrati¹¹⁴, la giustizia disciplinare ha funzionato nel complesso in modo positivo¹¹⁵.

Tuttavia, è innegabile che, ai fini della migliore tutela dei diritti dell'individuo, servirebbe in primo luogo un'«azione di prevenzione». Vale a dire: un sistema di accesso alla magistratura che consenta la migliore selezione dei candidati; la cura costante per la formazione professionale dei magistrati; l'applicazione rigorosa delle norme sulla valutazione della professionalità¹¹⁶; una disciplina dell'organizzazione giudiziaria che comporti l'assegnazione delle funzioni più delicate ai magistrati dotati di capacità ed esperienza; ecc.

Infine, non andrebbe trascurata l'importanza dell'istituto della riparazione per le vittime degli errori giudiziari (art. 24, comma 4, Cost.), che, se è estraneo all'argomento della responsabilità dello Stato e del giudice, dal momento che non presuppone una responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale (e appunto perciò non comporta una commisurazione della riparazione all'entità del danno subito)¹¹⁷, disciplinato con norme adeguate, può costituire uno strumento a sostegno

¹¹³ Cfr., di recente, L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, 175 s.

¹¹⁴ Non è casuale che la richiesta di modifica della normativa contenuta nel codice di procedura civile, con l'allargamento della responsabilità alla colpa grave (cfr., ad esempio, per quanto riguarda gli interventi pubblicati sulla stampa, S. TOSI, *Magistrati autonomi ma anche responsabili*, in *La Nazione*, 6 luglio 1981; A. DAL'ORA, *Il potere ha paura del giudice*, in *L'Europeo*, 20 luglio 1981; A.M. SANDULLI, *Il male che consuma il Paese*, in *Il Tempo*, 26 aprile 1983), si sia manifestata proprio quando, di fronte all'«area [...] intollerabilmente estesa» degli «errori giudiziari» (A.M. SANDULLI, *Se la politica entra nel Palazzo di giustizia*, in *Corriere della Sera*, 27 luglio 1981), era evidente l'inadeguatezza del sistema disciplinare (cfr. P. ONORATO, *Riattivare la responsabilità disciplinare invece che introdurre la responsabilità politica ed estendere quella civile*, in *Giudicare il Giudice*, cit., 130 ss.).

¹¹⁵ Cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare*, cit., 79 ss.; G. SALVI, *L'iniziativa disciplinare: dati e valutazioni*, in *Quest. giust.* 2010, n. 5, 69 ss.

¹¹⁶ G. FERRI, *L'ordinamento giudiziario dopo la legge n. 111 del 2007*, in *Studium Iuris*, 2008, 29 ss. Sul sistema di valutazione disciplinato dal decreto legislativo 5 aprile 2006 n. 160 e successive modifiche, cfr. P. FILIPPI, *La valutazione di professionalità*, in *Ordinamento giudiziario. Leggi regolamenti procedimenti*, a cura di E. Albamonte e P. Filippi, Torino 2009, 363 ss.

¹¹⁷ A. M. SANDULLI, *Atti del giudice*, cit., 1309.

del danneggiato e, in particolare, di chi abbia sofferto un'ingiusta detenzione.

Occorre, infatti, tenere presente che un numero considerevole di doglianze trae origine da misure cautelari personali che vengono applicate e poi sconfessate dall'esito finale del processo. Tali misure, che quando siano state applicate per delitti che non lo consentono potrebbero dar luogo a una responsabilità del magistrato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, quando invece – come spesso succede – scaturiscano dalla presunta sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, non consentono a chi le subisca ingiustamente di trovare una tutela nella legge n. 117 del 1988, operando per la valutazione delle prove la clausola di salvaguardia¹¹⁸.

¹¹⁸ Devo questa osservazione a Elvio Fassone, che ringrazio per gli interessanti spunti di riflessione che mi ha offerto.
V. *supra*, § 5.

ATTUALITÀ

*I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale**

Giovanni Maria Flick

SOMMARIO: 1. La “rivoluzione tradita”. – 2. Dignità e rieducazione. – 3. I diritti inviolabili nel carcere. – 4. Il diritto alla rieducazione. – 5. Il percorso rieducativo. – 6. La tutela di quei diritti.

1. La “*rivoluzione tradita*” – Quando si discute su come “difendere Abele e recuperare Caino” occorre ricordare che anche per Caino, quando espia la pena, valgono il principio della pari dignità sociale sancito dalla nostra Carta fondamentale ed il principio personalistico, che in essa è postulato diffuso. V’è fra questi due principi una sinergia intensa, che lega il fondamento ultimo del valore di eguaglianza – vale a dire, la dignità della persona, quale suo nucleo irriducibile ed insopprimibile ed unico tramite per il reciproco riconoscimento della comune umanità – al principio dell’uomo “sempre come fine e mai come mezzo”.

Tuttavia, uno sguardo anche superficiale alla quotidianità del pianeta carcere dimostra con drammatica evidenza quanta distanza vi sia fra quei principi e la realtà della pena detentiva. Dimostra quanto sia forte il contrasto fra la teoria degli obiettivi di rieducazione, legalità e rispetto della dignità, che dovrebbero produrre sicurezza restituendo alla società una persona libera, dopo l’espiazione della pena; ed una realtà opposta di fallimento del sistema, di rimozione del problema, di negazione della legalità, della libertà e della sicurezza. Quest’ultima, in particolare, viene confinata e snaturata nell’esclusione del diverso e nell’illusione di una *pax carceraria* sovraffollata, patogena e criminogena, i cui unici obiettivi sembrano ridursi – quando vi si riesce – all’assenza di fughe, di rivolte, di autolesionismi e di suicidi.

* Intervento conclusivo del corso “Diritti dei detenuti e Costituzione” – Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011. Il testo riprende, integra ed approfondisce precedenti riflessioni sul tema della dignità, dei diritti inviolabili e della rieducazione nella realtà del carcere, svolte il 20 ottobre 2006 per il Coordinamento dei magistrati di sorveglianza, nonché il 29 novembre 2008 ed il 20 novembre 2009 per il 41° ed il 42° Convegno nazionale del SEAC (Coordinamento enti e associazioni volontariato penitenziario).

Il contrasto fra gli obiettivi teorici – quelli proposti dall'articolo 27 della Costituzione – e la realtà è ancor più bruciante, perché segue ad una “rivoluzione promessa” del sistema carcerario. È una rivoluzione scandita da una serie di tappe importanti: la riforma dell'ordinamento penitenziario nel 1975; la legge Gozzini nel 1986; il nuovo regolamento penitenziario nel 2000; da ultimo, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie nel 2006.

Quest'ultima conclude un percorso avviato in sede internazionale con le “Regole Minime *Standard* per il trattamento dei detenuti” adottate nel 1955 e approvate nel 1957 dal Consiglio economico e sociale. Le puntuali previsioni di tali regole – ma anche quelle dei *Draft Principles*, adottati dall'ONU nel 1962; del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966; della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 3); nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel 2000 e richiamata dal vigente Trattato di Lisbona (art.4) – sono mirate tutte al rispetto della dignità e alla umanizzazione del trattamento.

Le previsioni specifiche della *Raccomandazione*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, sono inserite in un più ampio contesto di principi generali (v., in particolare, Parte I, par. 1-9: «*Tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo*»; «*Le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna*»; «*Le restrizioni imposte alle persone private di libertà devono essere ridotte allo stretto necessario e devono essere proporzionali agli obiettivi legittimi per i quali sono state imposte*»). E sono lì a ricordarci, fra le altre cose, che non vi può essere dignità senza il rispetto delle condizioni minime di vivibilità all'interno del carcere (v., fra gli altri, l'art. 18, par. 1: «*I locali di detenzione ... devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana e, per quanto possibile della vita privata, e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di sanità e di igiene*»), inderogabili «*anche in caso sovrappollamento carcerario*».

Ma è una rivoluzione che nasce altresì nel contesto dei numerosi interventi della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena, nonché di garanzia della dignità e dei diritti fondamentali dei detenuti. L'attenzione ai valori dell'uomo è stata tradizionalmente alta nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Anche per la persona detenuta vale il principio della pari dignità sociale, che l'art. 3 della Costituzione garantisce a tutti. Il carcere è una formazione sociale – per quanto coattiva e, tendenzialmente, totalizzante – nella quale, come dice l'art. 2 della Costituzione, i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti, compatibilmente con la restrizione della libertà personale; e devono coniugarsi con i doveri (di chi è dentro, e di chi sta fuori) di solidarietà sociale.

Questo, in sintesi, il risultato dell'elaborazione della giurisprudenza costituzionale nell'esame dei problemi e delle contraddizioni del pianeta-carcere: il ri-

conoscimento a chi sconta la pena di due ordini di diritti, fra loro connessi e sinergici, legati al principio personalistico che ispira la Costituzione, e che impone di considerare l'uomo sempre come fine e mai come mezzo.

Da un lato, vi è il diritto (ed il dovere) ad un percorso rieducativo, assicurato dall'art. 27 Cost. Da un altro lato, vi sono i diritti fondamentali – all'identità, all'integrità psicofisica, alla scelta religiosa, al lavoro, all'istruzione, alla salute, alla socialità ed alla relazione e così via – riconosciuti da altre norme della Costituzione, che sono patrimonio di tutti gli esseri umani, anche (vorrei dire, forse, soprattutto) quando sono detenuti.

Eppure, la "rivoluzione promessa" è una "rivoluzione tradita". Lo testimonia emblematicamente il rischio di snaturare e di capovolgere i fini delle misure alternative introdotte dalla legge Gozzini: da momenti essenziali per produrre sicurezza attraverso la libertà (e la progressione graduale verso di essa), a meri strumenti di sedazione e di ausilio per la realizzazione della *pax carceraria*; visti comunque con sospetto e paura, anche in questo caso e in quest'ottica riduttiva, a causa delle ipotesi – statisticamente non frequenti – di "incidenti di percorso" nella loro applicazione.

Ancora, lo testimoniano – all'interno del carcere – l'assenza dei circuiti penitenziari differenziati, nonostante la loro previsione per legge e le differenze che vi sono nella popolazione carceraria, per di più in una società multietnica come sta diventando la nostra; la promiscuità fra imputati e condannati definitivi; le condizioni e l'inadeguatezza delle strutture, che oscillano fra il nanismo e il gigantismo, e risalgono per l'80% a più di un secolo fa, quando non al medioevo; il permanere di una cultura burocratica ed autoritaria; dall'altro lato, il "volto violento del carcere" di cui parla Alessandro Margara, chiedendo di "avere l'onestà di guardarlo fino in fondo".

Testimoniano la rivoluzione tradita – all'esterno del carcere – l'aspirazione della collettività all'esclusione del diverso, in nome del bisogno di sicurezza (vero o presunto, o – più ancora – manipolato e strumentalizzato); la coincidenza fra il volto del carcere e quello del disagio sociale, della discarica sociale per clandestini e tossicodipendenti; la schizofrenia di una politica criminale che indulge alla domanda di carcere, come risposta talvolta solo mediatica all'insicurezza.

2. *Dignità e rieducazione.* – Non stiamo parlando di astrattezze nel cielo stellato dei concetti giuridici. A ricordarcelo è proprio la Corte costituzionale, con una decisione assai significativa (sentenza n. 313 del 1990), che segna il definitivo superamento della concezione polifunzionale classica della pena. In essa, con realismo e senza concettualismo ipocrita, la Corte riconosce che – indipendentemente da una considerazione retributiva – la pena non può non avere anche caratteri afflittivi; e che, indubbiamente, alla sua natura ineriscono caratteri di

difesa sociale, ed anche di prevenzione generale. Ma aggiunge che, per una parte (e cioè: afflittività, retributività), quei profili riflettono le condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale; per altra parte, reintegrazione, intimidazione, difesa sociale costituiscono sì valori con un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena.

Se – ed è questa la costruzione più significativa di tale decisione – la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale); o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. Dunque: è la stessa dignità della persona, postulando il principio personalistico, ad esigere che la funzione della pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa.

D'altra parte, la relazione esistente tra diritti inviolabili e carcere conferma che non si tratta di una mera "tendenzialità" riferita al solo trattamento; ma, al contrario, di una delle qualità essenziali e generali destinate a caratterizzare la pena nel suo contenuto ontologico e ad accompagnarla da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue.

Il carcere è indubbiamente una formazione sociale prevalente ed assorbente rispetto a tutte le altre possibili, durante l'esecuzione della pena detentiva; perciò, in essa, l'invulnerabilità dei diritti, in funzione dello sviluppo della personalità, diviene profilo ancor più intenso e complesso. Un simile profilo può articolarsi in due prospettive diverse, ma complementari: l'una – esplicita e specifica – incastonata nel comma 3 dell'art. 27 della Costituzione; l'altra – generale ed implicita – ricavabile invece dal complesso dei diritti costituzionali fondamentali (artt. 2, 3, 4, 13, 24, 25, 32). La loro invulnerabilità esige che l'eventuale loro compressione, nello stato di detenzione, sia comunque proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario; che, soprattutto, sia compatibile con la dignità, intesa quale nucleo minimo ed irriducibile degli stessi diritti fondamentali.

Per almeno due aspetti la prospettiva generale ed implicita dei diritti inviolabili è riconducibile a quella specifica ed esplicita dell'art. 27 Cost. Sotto un primo profilo, il compendio dei diritti inviolabili trova espressione nel limite invalicabile di un trattamento del detenuto che non sia contrario al senso di umanità. Ma sotto altro prospettiva – più pregnante – l'universo dei diritti inviolabili dell'individuo trova la propria sintesi nella finalità rieducativa della pena.

Infatti, non può esserci rieducazione – nella pluralità di accezioni cui la giurisprudenza costituzionale si è riferita, nel tempo, con molteplicità di espressioni: «*reinserimento nell'ordine sociale*» (sentenza n. 168 del 1972); «*reinserimento del reo nel contesto economico e sociale*» (sentenza n. 126 del 1984); «*reinseri-*

mento nel corpo sociale» (sentenza n. 274 del 1983); «risocializzazione» (sentenza n. 450 del 1998); «ravvedimento» o «recupero sociale» (sentenza n. 271 del 1998); «riadattamento alla vita sociale» (sentenza n. 204 del 1974); acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale» (sentenza n. 138 del 2001) – senza previo rispetto del limite invalicabile della dignità, alla luce del principio personalistico.

Viceversa, non può immaginarsi alcuna dignità umana in una vicenda detentiva che sia priva della finalità rieducativa: vale a dire, sia orientata a fini esclusivi di sicurezza sociale, così strumentalizzando l'individuo.

Proprio sul particolare atteggiarsi del rapporto “rieducazione-dignità”, la Corte Costituzionale ha progressivamente abbandonato la concezione polifunzionale della pena, collocando progressivamente il sistema penitenziario in un orizzonte maggiormente armonico alla Costituzione. Anche qualora – ha osservato la Corte (sentenza n. 138 del 2001) – «si volesse attribuire al concetto di “rieducazione”, evocato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, un contenuto “minimale” e puramente “negativo” – limitandolo al solo rispetto della “legalità esteriore” e, cioè, all'acquisizione dell'attitudine a vivere senza commettere (nuovi) reati – resta il fatto che una prognosi sicuramente favorevole su tale versante non può prescindere dalla valutazione di comportamenti che rivelino la acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale». Valori, fra i quali «deve evidentemente annoverarsi – ed in posizione prioritaria – la solidarietà sociale, la quale richiede l'adempimento di doveri che l'art. 2 della Costituzione definisce inderogabili».

Dunque, l'art. 2 della Costituzione è il termometro della dignità, la cui restitutio in integrum, anche nella coazione del carcere, è garantita dalla rieducazione. Il sintomo più evidente di tale processo è il riconoscimento, da parte del detenuto, dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale: cioè, il riconoscimento dell'altrui dignità.

«L'evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, del ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a perseguire scelte criminali e, infine, del progressivo abbandono dei disvalori sui quali tali scelte si fondavano», (sentenza n. 352 del 1991) trova, insomma, un sintomo univoco nella riscoperta dell'altrui dignità ed attraverso il riconoscimento di propri doveri sociali inderogabili. Ed è, questa, la condizione per il riconoscimento e il rispetto ad un tempo della propria dignità, da parte del detenuto.

3. I diritti inviolabili nel carcere. – In questo schema ricostruttivo, rileva innanzitutto la serie dei diritti che potremmo definire generali, la cui portata è, cioè, ostensiva ed il cui riconoscimento è estensivo al massimo grado. Diritti autoevidenti e di grande ampiezza: diritti cui fa da sfondo la dignità umana in

quanto tale e che costituiscono il nocciolo duro, non comprimibile, del plesso delle garanzie riconosciute alla persona – non solo al cittadino – in Costituzione.

Principio, questo, più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale. Secondo essa, proprio la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi, soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è protetta dalla Costituzione attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo, che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale (sentenza n. 26 del 1999).

Come ancora di recente è stato ribadito dalla Corte, *«dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»* (così la sentenza n. 341 del 2006 in tema di reclami dei detenuti in materia di lavoro).

Si è progressivamente sviluppata una tutela dei diritti fondamentali lungo due direttrici complementari: da un lato, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità; dall'altro, il riconoscimento positivo di tali diritti in favore dei detenuti. Se, insomma, *«il trattamento non contrario al senso di umanità deve caratterizzare oggettivamente il contenuto del singolo tipo di pena, indipendentemente dal tipo di reato per cui un certo tipo di pena viene specificamente comminato»* (sentenza n. 104 del 1982), la restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente, a sua volta, non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979).

Così, all'interno della (unica) formazione sociale coatta in cui il detenuto svolge la propria personalità, gli devono essere riconosciuti – oltre al fondamentale e globale rispetto della personalità medesima, in tutte le sue articolazioni – l'eguaglianza, nella forma della parità di trattamento e della non discriminazione; l'identità e l'integrità fisiopsichica; la libertà di religione, di istruzione, di lavoro; ma anche il diritto a preservare la propria salute ed a disporre degli essenziali diritti di relazione e di socialità primaria (colloqui, corrispondenza, ecc.). Valga, a titolo di esempio, il riferimento recente ed esplicito della Corte (sentenza n. 190 del 2010) al diritto soggettivo alla salute, a proposito della permanenza del detenuto all'aperto e della sua limitazione per ragioni di sicurezza, da parte della amministrazione.

Nella peculiare realtà del carcere, l'attenzione su questi diritti è accresciuta in modo esponenziale; la loro ovvia e potenziale limitazione, per le esigenze connesse alla condizione carceraria, richiede una verifica costante della loro effetti-

vità. Flessibili ed in qualche modo comprimibili, proprio perché esercitati all'interno dell'istituzione carceraria, questi diritti richiedono attenzione particolare: sia perché i rischi di un loro (sia pure indiretto) azzeramento sono altissimi; sia perché – all'interno di una realtà comunque totalizzante, come il carcere – la loro residualità è bene prezioso, utilità marginale di garanzie.

È ben più allarmante l'antinomia di un carcere che risulti ostacolo alla garanzia degli “*essentialia dei diritti*” – come direbbe Bobbio – perché tragicamente sovraffollato o perché inteso come discarica sociale, di quanto possa preoccupare – fuori dal carcere – la contraddizione economica o la divaricazione sociale in punto di effettività dei diritti fondamentali. Dove più è rarefatta l'aria dei diritti individuali, insomma, là maggiormente si avverte il bisogno di respirare: di garantire, se non respiri profondi, almeno essenziali aliti di sopravvivenza.

Si spiega così la massima intensità delle posizioni avanzate di tutela cui ha cercato di spingersi la giurisprudenza costituzionale. Penso alle affermazioni generali secondo cui, dal principio accolto nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”), discende direttamente – quale ulteriore principio di civiltà – che, a colui che subisce una condanna a pena detentiva, «*sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca*» (sentenze n. 114 del 1979, n. 349 del 1993 e, da ultimo, 190 del 2010).

Ma penso soprattutto alle più specifiche statuizioni in tema di contenuto minimo di tutela che, secondo la Corte, deve assistere, ad esempio, ogni rapporto di lavoro subordinato: al riconoscimento del diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa all'interno del carcere (sentenza n. 158 del 2001); alla garanzia della tutela giurisdizionale in relazione ai diritti nascenti dei rapporti di lavoro instauratisi nell'ambito della organizzazione penitenziaria (sentenza n. 341 del 2006).

Penso alla difesa avanzata del diritto alla salute. La Corte, sul presupposto che la detenzione domiciliare (nella specie concessa ad un condannato affetto da AIDS) è finalizzata anche a proteggere la salute del condannato, ha affermato che la sua sospensione automatica – sulla base di una semplice denuncia e senza, in particolare, che il magistrato di sorveglianza possa vagliare la compatibilità del carcere con le condizioni di salute del condannato stesso – rappresenta una lesione o, quantomeno, una compromissione del diritto fondamentale alla salute (sentenza n. 173 del 1997).

Il vero significato dei principi affermati dall'articolo 27 si comprende soltanto quando se ne coglie il valore positivo e non esclusivamente quello negativo. Per farlo – per sprigionare tutte le potenzialità che quei principi sono in grado di esprimere – occorre riempirli concretamente: con i diritti inviolabili, che anche la formazione sociale-carcere deve riconoscere e garantire; con i doveri di solidarietà di chi è fuori e di chi è dentro; con la pari dignità sociale di

tutti, compresi i detenuti, in quanto soggetti deboli; con il compito della Repubblica (quindi di tutti noi) di rimuovere gli ostacoli di fatto all'eguaglianza e al pieno sviluppo della persona umana, soprattutto quando sta in carcere.

Umanizzare la pena, come dice l'art. 27, significa proprio questo. Non solo, in negativo, la pena non può essere una tortura, un abbruttimento, un trattamento inumano; in positivo, essa deve rispettare la pari dignità dell'individuo e il suo patrimonio di diritti inviolabili, nonostante i limiti che derivano dalla restrizione della libertà personale e dalle esigenze di organizzazione e di sicurezza della convivenza carceraria. La Corte Costituzionale lo ha ricordato più volte con le sue sentenze: la pena detentiva non annulla i diritti fondamentali; il loro esercizio non può essere compresso al di là di quanto è reso inevitabile dallo stato di detenzione e dev'essere garantito anche attraverso il ricorso al giudice. Anzi – aggiunge la Corte – il “residuo” di libertà del detenuto è doppiamente prezioso e da tutelare, perché fa capo ad un soggetto doppiamente debole: in quanto è detenuto; e in quanto, di solito, è emarginato ed in situazione di disagio sociale già prima del carcere.

È facile constatare, anche da parte di chi sta fuori, come le condizioni di sovraffollamento del carcere (i problemi dell'acqua in estate; i letti a castello, i materassi per terra, le condizioni igieniche e così via) impediscano di fatto il godimento di quel “residuo” di diritti, che pure l'ordinamento penitenziario del 1975 afferma e cerca di garantire. Anche se, per risolvere i problemi del carcere, non basta limitarsi ad aumentare gli spazi materiali. È certamente indispensabile fare anche questo, e “aumentare i metri quadrati”; ma occorrerebbe, contemporaneamente, riempire gli spazi nuovi che si vengono a creare, con il correlativo aumento dell'impegno (e quindi del numero) degli operatori penitenziari nelle varie categorie (polizia penitenziaria, educatori, psicologi), e della disponibilità di lavoro in carcere. Senza contare che il *trend* di aumento della popolazione carceraria, sino ad ora sperimentato, rischia di vanificare l'aumento dei posti carcere preventivati, rispetto all'aumento dei detenuti: così da perpetuare e cronicizzare comunque il problema del sovraffollamento, soprattutto se si continua a vedere nella carcerizzazione l'unica prospettiva della pena e della sicurezza.

4. *Il diritto alla rieducazione.* – Il catalogo degli interventi della Corte Costituzionale, a protezione del nervo scoperto dei diritti generali e fondamentali all'interno del carcere, potrebbe andare avanti a lungo. Ma è altrettanto importante scandagliare l'altro versante, omologo e parallelo a quello dei diritti generali: il diritto individuale di ciascun detenuto al proprio (e personale) percorso rieducativo.

Il sentiero di questo riconoscimento è stato percorso dalla Corte con passo lento, ma evitando strappi o cadute, dopo le quali è più difficile ripartire. È coin-

ciso con il progressivo abbandono della concezione polifunzionale della pena, proposta dalle pronunce più risalenti. In esse emergeva la tendenza a limitare la finalità rieducativa della pena alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria; e a considerare, invece, finalità essenziali della sanzione la prevenzione generale, la retribuzione, la difesa sociale e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato (sentenza n. 12 del 1966). Invece, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 del codice penale *«nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile»*, la Corte ha significativamente legato il principio rieducativo al quadro di una rilettura costituzionalmente orientata dei presupposti della responsabilità penale (sentenza n. 364 del 1988).

Ne è derivata l'affermazione – recentemente ribadita (sentenza n. 322 del 2007) – della priorità della rieducazione proprio nella prospettiva personalistica: non sulla base di opzioni puramente ideologiche e, dunque, assiomatiche; ma evidenziando che – comunque s'intenda la funzione rieducativa della pena – essa postula *«almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica»*; *«non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto) non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”»*. Il tragitto, insomma, si compie quando la rieducazione viene ricondotta nell'universo logico della colpa e quest'ultima, a sua volta, nel necessario alveo della conoscenza, dunque della consapevolezza.

«Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) – afferma la Corte – potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili ... alla colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento». Dunque il principio rieducativo – letto in combinato disposto con il primo comma dell'art. 27 Cost. e nel quadro delle fondamentali direttive del sistema costituzionale, desunte soprattutto dagli artt. 2, 3, 25, secondo comma, 73, terzo comma, Cost. – viene valorizzato sul piano della struttura del reato; *«alla “possibilità di conoscere la norma penale” va, infatti, attribuito un autonomo ruolo nella determinazione dei requisiti subiettivi d'imputazione costituzionalmente richiesti: tale “possibilità” è, infatti, presupposto della rimproverabilità del fatto»*.

È quasi superfluo sottolineare oggi, a distanza di altri venti anni, il valore positivamente dirompente di tali affermazioni. Esse sanciscono il diritto individuale di ciascun detenuto al percorso rieducativo in una prospettiva integralmente personalistica, che trova il proprio fondamento nella espressione più immediata della dignità individuale: vale a dire la consapevole conoscenza del precetto, senza la quale quel percorso, per quanto lieve, risulta intollerabile ed ingiusto.

Tra i principali effetti indotti del riconoscimento pieno di questo diritto individuale al trattamento rieducativo v'è, innanzitutto, la necessità di eliminare

ogni automatismo nel trattamento penitenziario: l'abbandono, cioè, definitivo degli ideal-tipi, d'autore o di reato che fossero.

Dalla priorità della rieducazione discendono l'incompatibilità di ogni pregiudizio circa la sua possibilità; l'inscindibile concretezza e personalizzazione di ogni trattamento; l'impossibilità di una prognosi "al buio", scissa dalla storica attualità di ogni effettivo percorso riabilitativo. In breve: l'idea stessa di "scopo" della pena «*comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione) e, conseguentemente, implica l'uso di giudizi prognostici, attinenti alla "futura" vita del reo nella società*» (sentenza n. 282 del 1989).

In sintesi, occorre «*assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena*» ai fini dell'attuazione dei principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena medesima (sentenza n. 255 del 2006). E «*l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce, da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost.*» (sentenza n. 299 del 1992).

Ne deriva che il principio rieducativo risulta vulnerato da previsioni legislative che introducano rigidi automatismi nell'applicazione delle misure: così sottraendo al magistrato di sorveglianza il compito di valutare individualmente e caso per caso – in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura – la idoneità di quest'ultima a conseguire le finalità di risocializzazione che le sono proprie. La Corte ha anche recentemente confermato questa prospettiva: sia invitando ad una interpretazione della norma di legge costituzionalmente orientata; sia sottolineando come i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale siano «*ormai organicamente compenetrati con le norme legislative che compongono l'ordinamento penitenziario*» e forniscano «*le linee guida per l'interpretazione delle singole disposizioni*» (sentenza n. 189 e sentenza n. 291 del 2010).

Il lavoro di potatura della giurisprudenza costituzionale si è, nel tempo, indirizzato verso quelle norme del sistema penitenziario che prevedevano ipotesi di revoca automatica (sentenze n. 418 del 1998 e n. 186 del 1995) o di sospensione automatica dei benefici (sentenza n. 173 del 1997).

Ancora recentemente, in tema di applicabilità ai condannati recidivi reiterati, per delitti commessi anteriormente alla legge n. 251 del 2005, dei nuovi limiti di pena stabiliti da essa per accedere ai permessi premio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della disciplina, per contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. (sentenza n. 257 del 2006).

La decisione ha riconosciuto che «*le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente "flessibile", proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono*». Tuttavia – riprendendo censure formulate in precedenza (sentenza n. 306 del 1993), sulla scelta del legislatore di inibire l'accesso a misure alternative e benefici penitenziari, nei confronti di soggetti condannati per determinati reati – secondo la Corte, il legislatore del 2005 «*ha chiaramente privilegiato – inasprendo i presupposti per la concessione dei permessi premio ai recidivi – una scelta general-preventiva, obliterando l'iter di risocializzazione già concretamente perseguito*». Infatti «*accomunando fra loro le posizioni dei recidivi reiterati – senza alcuna valutazione della "qualità" dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne ed altri possibili parametri "individualizzanti" – l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo*»; un profilo che «*viene ad essere addirittura vanificato per quanti abbiano ... già raggiunto un grado di risocializzazione adeguato al godimento del beneficio penitenziario, all'atto della entrata in vigore della nuova e più restrittiva normativa*».

Insomma, per la Corte, è proprio l'«*irragionevole interruzione*» dell'iter trattamentale, «*al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti*», a determinare una diretta violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto ne risulta «*del tutto obliterata la finalità rieducativa della pena*».

Dunque, l'eliminazione degli automatismi per tipo di reato o di autore equivale al diritto a vedere riesaminato, nella sua concreta dimensione storica, il proprio iter all'accesso alle misure alternative, che divengono, in tale prospettiva, ordinarie e non eccezionali. Ed anzi: sul piano delle finalità proprie della pena, la funzione rieducativa è assegnata, accanto alla pena, «*anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario*» (sentenza n. 173 del 1997); queste ultime «*costituiscono il punto d'emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta*» (sentenza n. 282 del 1989).

Infine, a proposito delle misure alternative, mi sembra più che mai attuale – anche e soprattutto sul piano della concretezza – l'avvertimento preciso della Corte (sentenza n. 343 del 1987 e, prima ancora, sentenza n. 204 del 1974) che «*sul legislatore incombe l'obbligo di tenere non solo presenti le finalità rieducative delle pene, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle*»: e ciò nonostante «*le ben note carenze strutturali e finanziarie*» del sistema organizzativo e operativo (così la sentenza n. 343 del 1987), che devono essere superate e non possono precludere di seguire questa via.

Sempre a proposito delle misure alternative, recentemente la Corte ha sottolineato (sentenza n. 78 del 2007) l'incostituzionalità della «*radicale esclusione*

dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». La legislazione penitenziaria – prosegue la Corte – deve riflettere la finalità rieducativa e prevedere «modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione».

5. *Il percorso rieducativo.* – Insomma, tendere alla rieducazione, come dice l'articolo 27, non vuol dire soltanto il riconoscimento di un mero fine, di un'utopia tendenziale da conciliare in qualche modo con altre più pressanti funzioni della pena: quelle di sicurezza, di afflittività e di retribuzione. La tendenza alla rieducazione – secondo la Corte Costituzionale – è l'essenza della pena: non ci può essere pena senza finalità rieducativa. Ciò non leva nulla all'afflittività e all'esigenza di sicurezza; ma si traduce nel diritto del detenuto e nel suo dovere – in base al principio di solidarietà – ad un percorso rieducativo, di recupero dei valori di convivenza sociale (non solo di ossequio alla legalità formale).

È un percorso – quello della rieducazione – reso più complesso dal carattere ormai multi-etnico della popolazione carceraria; un carattere che introduce nuove frontiere del trattamento penitenziario ed impone di ripensare il rapporto carcere-società, muovendo dall'idea del carcere come componente della società e, come tale, necessariamente permeabile alle dinamiche sociali, culturali e religiose che interessano quest'ultima. È ben noto, infatti, come il microcosmo carcerario riproduca al suo interno – anzi, enfatizzi ed esaspera – le dinamiche della società all'esterno.

Lo stesso concetto di rieducazione – termine già evocativo di categorie morali, da ricondurre oggi alle prospettive e al concetto di uno stato laico – ne risulta profondamente modificato, affermandosi nel suo più autentico significato di reinserimento sociale, di risocializzazione in un percorso che vede il carcere non come “punto di arrivo” ma come punto da cui “ripartire”.

La complessità delle dinamiche interne alla vita del carcere, la presenza di conflitti, la già ricordata composizione eterogenea, multi-etnica e transculturale della popolazione carceraria spingono, d'altra parte, verso una pluridimensionalità del trattamento, nella continua ricerca di moduli e di spazi che tengano conto delle diversità e delle specificità di ciascun detenuto. Protocolli validi per chi ha vissuto in determinati contesti e secondo determinati modelli culturali non possono valere per chi – provenendo da situazioni e contesti del tutto diversi – reca con sé una propria identità sociale, culturale, linguistica e religiosa,

da proteggere anche o, meglio, soprattutto all'interno del carcere: dove alla assenza di uno spazio fisico di libertà corrisponde spesso l'impossibilità di osservare pratiche culturali e religiose, di rispettare divieti o precetti del proprio credo.

Per questo una risocializzazione, che tenga conto anche delle nuove realtà del carcere, richiede di porre la persona al centro di ogni programma di trattamento; di assicurare il rispetto della dignità umana e del divieto di discriminazione; di garantire la tutela dei diritti fondamentali, come si trova affermato nella nostra Costituzione ed in numerosi atti internazionali.

È un percorso, quello della rieducazione, che evidentemente – al pari dell'umanizzazione, senza la quale non può esservi rieducazione, e viceversa – non dovrebbe essere sacrificato di fatto (come invece purtroppo capita abitualmente ed inevitabilmente), dal sovraffollamento di un carcere che diviene sempre di più discarica sociale per emarginati, tossicodipendenti (il 27%) e clandestini (il 38%). E vale la pena di ricordare che, nel luglio del 2009, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia – per violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea, che vieta i trattamenti inumani e degradanti – a risarcire il danno morale subito da un detenuto per il sovraffollamento della cella in cui era stato chiuso per alcuni mesi.

Il percorso del rispetto della dignità, della umanità, della rieducazione, è l'unico – piaccia o no – compatibile con le indicazioni della Costituzione: sia quelle dell'art. 27, sia quelle degli articoli 2 e 3 e dei principi fondamentali. È questo, l'unico percorso che consente di superare la certezza apparente e falsamente rassicurante di un carcere inteso soltanto come sicurezza, a favore di un carcere in cui la sicurezza si raggiunga attraverso la responsabilizzazione e il recupero graduale della libertà.

Quella gradualità richiede l'applicazione di un altro principio costituzionale fondamentale, il principio di prossimità e di sussidiarietà, introdotto esplicitamente dall'art. 118 della Costituzione, nel testo vigente: sia la sussidiarietà verticale e istituzionale, unitamente alla differenziazione e adeguatezza, con il coinvolgimento degli enti locali e delle regioni; sia la sussidiarietà orizzontale e sociale, con il coinvolgimento del c.d. terzo settore e del volontariato. Così da poter realizzare un quadro effettivo ed efficace di misure alternative ed una loro accessibilità a tutti: anche ai clandestini ed agli emarginati senza famiglia e senza protezione.

6. La tutela di quei diritti. – Ma l'assetto del sistema non avrebbe mai trovato definitiva stabilità senza la progressiva giurisdizionalizzazione della tutela dei diritti riconosciuta al detenuto, sia nella dimensione generale dei diritti che nella dinamica individuale del trattamento. Anzi, l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e

113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): *«un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione»*.

Dunque, è incompatibile con tale inviolabile diritto ogni plesso normativo (nel caso, ad esempio, gli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354), che non preveda una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale (sentenza n. 26 del 1999). Sempre in tale logica, *«assume rilievo anche la generale competenza attribuita al magistrato di sorveglianza per la verifica di eventuali elementi, contenuti nel programma di trattamento, “che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato”, e per l'adozione delle disposizioni “dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati” (art. 69, comma 5, ordinamento penitenziario)»* (sentenza n. 212 del 1997).

Peraltro (sentenza n. 341 del 2006) la Corte ha ritenuto incostituzionale, perché irragionevolmente e ingiustificatamente discriminatoria, la procedura del reclamo al giudice di sorveglianza, in materia di controversie civili nascenti dalle prestazioni di lavoro dei detenuti. Essa (sentenza n. 266 del 2009) ha invece ribadito la validità delle proprie affermazioni precedenti (sentenza n. 212 del 1997), quanto alla competenza generale della magistratura di sorveglianza in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Inoltre, recentemente (sentenza n. 190 del 2010), la Corte ha riaffermato la competenza del Tribunale di sorveglianza ad esercitare il controllo di legalità sui contenuti del provvedimento ministeriale di sospensione dalle regole ordinarie di trattamento, per gravi motivi di ordine o di sicurezza pubblica (art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario): controllo che la Corte aveva a suo tempo riconosciuto, pur in assenza di una esplicita previsione normativa, con riferimento *«non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo»* (sentenza n. 349 del 1996, a conferma delle sentenze n. 349 e 410 del 1993).

Ancora una volta, la significativa valorizzazione della titolarità dei diritti riconosciuti passa attraverso la valorizzazione di ruolo e funzione dell'organo – magistratura di sorveglianza come giudice di diritti – cui è attribuita la specificità di tale tutela.

Ed ancora una volta, soprattutto, la tutela mette in sintonia i diritti stessi – siano essi i “diritti generali di tutti” o il “diritto individuale alla rieducazione” –

con l'originario fondamento: la pari dignità sociale, garantita di più e più intensamente anche nelle formazioni sociali coattive come il carcere, proprio in quanto la "necessità" di tale formazione non esclude affatto, istituzionalmente, gli spazi di libertà del soggetto, compatibili con lo stato di detenzione.

La pari dignità sociale, semmai, stimola a ricercare forme sempre più efficaci di tutela dell'effettività dei diritti all'interno del carcere: senza, peraltro, che lo "spirito di geometria" soffochi sempre di più lo "spirito di finezza". Perché – come scrive Paolo di Tarso nella *Lettera ai Romani* "… noi che siamo forti abbiamo il dovere di sopportare l'infermità dei deboli, senza compiacere noi stessi: ciascuno di noi cerchi di compiacere il prossimo nel bene, per edificarlo".

ABSTRACTS

Francesco Belvisi, *I diritti fondamentali nella società multiculturale*

La cultura è un elemento costitutivo dell'identità individuale, che è tutelata dalla nostra Costituzione. La società multiculturale non dispone più di un patrimonio di valori comuni, condivisi dalla generalità dei suoi membri. Perciò, l'integrazione sociale deve essere ricercata non nell'omogeneità, ma nella diversità dei comportamenti considerati leciti. Pertanto, i diritti fondamentali possono svolgere la loro funzione integrativa se vengono interpretati ed applicati sullo sfondo di principi costituzionali intesi, non come valori assoluti, ma in un senso pragmatico. Questo significa che essi devono essere applicati a partire dai principi di tolleranza e non discriminazione, mirando, però, a correggere in senso costituzionale le istituzioni sociali estranee alla nostra cultura costituzionale. L'argomento viene esemplificato sulla base del matrimonio islamico poligamico.

Fundamental Rights in a Multicultural Society

Culture is an essential element of individual identity, which is protected by the Italian Constitution. The multicultural society no longer has a common set of values generally accepted by its members. Therefore, social integration should be looked for not so much in homogeneous behaviours, but in different and nonetheless legal behaviours. As a consequence, fundamental rights may perform their social integrative function if they are going to be interpreted and applied in the context of constitutional principles if they are understood in a pragmatic sense and not as absolute values. All this means that they will be applied starting from the principles of toleration and no discrimination, but having in mind to correct in a constitutional sense the social institutions foreign to our constitutional culture. The present argument is exemplified through Islamic polygamous marriage.

Paolo Veronesi, *Diritti costituzionali e multiculturalismo*

Dopo aver analizzato la molteplicità di significati astrattamente attribuibili al concetto di multiculturalismo, il saggio pone in evidenza le necessità di perseguire, nel quadro di uno Stato democratico che pienamente riconosca i principi di uguaglianza, personalista e pluralista, la pacifica convivenza tra appartenenti a culture molto diverse e spesso in conflitto.

In questa prospettiva, una volta individuato il nucleo essenziale dei principi costitutivi della cosiddetta "Costituzione materiale", viene passata in rassegna

una cospicua serie di fenomeni e problemi riconducibili alla nuova esperienza multiculturale delle società occidentali contemporanee.

Per ciascuno di essi, si sottolinea quindi quale sua versione e quale sua peculiare fisionomia si collochi pur sempre all'interno del costituzionalmente consentito e quanto, invece, evidentemente valichi tale confine.

Tra i problemi affrontati si segnalano, in particolare, quelli della poligamia, delle mutilazioni genitali, del velo, della circoncisione maschile, dei reati aventi matrice culturale.

Constitutional Rights and Multiculturalism

Starting from a discussion of the various meanings referable to the concept of multiculturalism, the essay argues that the need to pursue a peaceful coexistence between members of very different and often conflicting cultures can be grounded in the framework of a democratic State that recognizes equality, personalism and pluralism as the highest principles of its legal system.

In this way, a variety of phenomena and problems related to multiculturalism in the contemporary western societies is evaluated in light of the core of the Italian Constitution in a material sense.

In particular, the focus is on which version and peculiar shape of each of them is allowed by the constitution, and which, on the other hand, clearly exceeds this boundary.

The essay discusses, among others, problems gathered under the heading of polygamy, genital mutilation, forced veiling, male circumcision, culturally motivated crimes.

Daniele Chinni, *La decretazione d'urgenza tra abusi e controlli. Qualche considerazione quindici anni dopo la sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale*

Il saggio muove dalla constatazione dell'importanza che la sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale ha avuto per la decretazione d'urgenza. Tuttavia, quella decisione, pur dichiarando l'incostituzionalità di un fenomeno particolarmente grave quale la reiterazione, non ha posto fine all'abuso del decreto-legge, fonte cui i Governi continuano a ricorrere ordinariamente. Anzi, l'aver restituito perentorietà al termine di sessanta giorni per la conversione in legge ha reso il Governo ancora più *dominus* della decretazione d'urgenza poiché, anche ricorrendo a maxiemendamenti e questione di fiducia, può ottenere l'approvazione parlamentare in tempi certi e, soprattutto, negoziandone i contenuti assai meno di quanto non accadesse un tempo.

Il saggio prosegue osservando come anche il sindacato della Corte costituzionale sui casi straordinari di necessità e di urgenza, che pure potrebbe svolgere un ruolo primario nel contrastare l'abuso dei decreti perchè teso a controllarne i presupposti per l'adozione, rischia di ottenere risultati poco

soddisfacenti, sia in virtù delle difficoltà che un tale sindacato porta con sé, sia in ragione della formula della “evidente mancanza” e delle tecniche di giudizio utilizzate dal giudice delle leggi nella sua giurisprudenza più recente.

Anche in ragione di quanto rilevato, il saggio si conclude proponendo un diverso controllo da porsi in essere sulla legge di conversione, anche alla luce della prassi degli ultimi anni che vede la conversione dei decreti come occasione per legiferare sugli ambiti più diversi. Muovendo dai caratteri di tipicità di tale legge, si afferma che durante il procedimento di conversione il potere di emendamento deve essere limitato a puntuali modifiche del decreto-legge, al più potendosi considerare ammissibili quegli emendamenti che siano omogenei all’atto normativo primario del Governo. La valorizzazione della tipicità della legge di conversione *ex art. 77 Cost.* potrebbe, da un lato, restituire a quest’ultima la sua funzione tipica e, dall’altro, forse anche indurre le Camere a rivitalizzare il procedimento legislativo ordinario, la cui scarsa funzionalità è comunemente ritenuta essere una delle cause dell’abuso del decreto-legge.

The Decree-law between Abuses and Checks. Some Advisement Fifteen Years after the Judgment n. 360/1996 of the Constitutional Court

The essay moves from the observation about the importance that the judgment n. 360 of 1996 of the Constitutional Court had for the decree-law. However, that decision, although declaring the unconstitutionality of a particularly serious phenomenon as the recurrence, did not end the decree-law’s abuse, as governments still use routinely this source of law. Quite the opposite, the peremptory term of sixty days for the confirmation allows the Government, even proposing maxi-amendments and asking Parliament for a vote of confidence, to obtain the parliamentary approval in certain times and, most of all, it doesn’t need to negotiate the content as much as happened in the past.

The essay goes on observing how even the control of the Constitutional Court on the cases of extraordinary need and urgency, which could play a major role in containing the decree-law’s abuse because aimed at controlling the conditions for its adoption, is likely to get poor results, either because of the difficulties that such a control carries, either because the formula of “clear lack” and the ruling techniques used by the Constitutional Court in its most recent decisions.

These observations lead to propose a different control to be carried on the confirmation, also because of the practice that in recent years sees this necessary step as an opportunity to legislate on the most different fields. After having detected the characteristic features of the law with which the decree is confirmed, the essay states that during the confirmation the power of amendment should be limited to precise changes of the decree-law: at most, may be considered admissible those amendments that are homogeneous with the act of the government. The enhancement of the characteristic features of the confirmation under art. 77 of the Constitution may, on one hand, return this law to its typical function and, on the other hand, even induce Parliament to revitalize the ordinary legislative

procedure, whose lack of functionality is commonly believed to be one of the causes of the decree-law's abuse.

Fabio Merusi, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*

Il saggio ripercorre i rapporti tra Stato italiano ed economia dal 1861 ad oggi, in particolare soffermandosi sugli strumenti giuridico-amministrativi utilizzati.

L'Autore muove dall'analisi dei tre moduli organizzativi di diritto pubblico che a lungo hanno caratterizzato l'intervento statale – l'ente pubblico, l'azienda organo dello Stato o di un ente pubblico locale, l'ente pubblico holding gestore di partecipazioni in società per azioni – rilevando in particolare come la gestione delle partecipazioni statali non conforme alla logica della redditività imprenditoriale abbia causato un progressivo aumento del debito. Le modalità di intervento dello Stato nell'economia sono necessariamente cambiate con l'adesione dell'Italia alla Comunità economica europea, che si fonda su un principio, quello di concorrenza in un mercato unico, esattamente opposto a quello dell'economia mista: si sono rese necessarie, dunque, le privatizzazioni, pur se sotto diverse forme.

Il saggio prosegue poi con l'analisi dell'intervento statale sotto il profilo funzionale, ovvero dei provvedimenti e delle procedure che sono state utilizzate (autorizzazioni, concessioni, sovvenzioni) e dei piani e programmi che questi atti condizionavano. Si evidenzia, poi, come anche in quest'ambito ha avuto un ruolo il diritto comunitario, determinando la creazione delle Autorità amministrative indipendenti e incidendo sulla interpretazione dell'art. 41 Cost.

Il saggio, infine, ricostruisce il contenzioso tra la Banca d'Italia e il Tesoro in relazione al debito pubblico, solo apparentemente risoltosi con l'eliminazione dell'obbligo per la prima della sottoscrizione dei titoli che non avevano trovato collocazione. Anche in questo caso la Comunità europea, all'indomani dell'istituzione dell'Euro e della Banca centrale europea, ha svolto un ruolo affatto secondario: a fronte delle odierne difficoltà della moneta unica la BCE e le Autorità dell'Unione hanno indicato la necessità di una forte diminuzione, se non della eliminazione, del debito pubblico degli Stati membri. Il perseguimento a tappe forzate del pareggio di bilancio, così, torna al centro della politica economica italiana, così come lo era stato negli anni postunitari.

The Discipline of Public Economic Activities During 150 Years of Italian Unity

The essay chronicles the relationship between the Italian State and economy from 1861 until today, focusing in particular on the legal and administrative instruments used.

The Author moves from the analysis of the three organizational forms of public law that have long characterized the state intervention (the public body,

the State or local government company, the holding public body, manager of shares in joint-stock companies) noting in particular how the management of state holdings – not consistent with the logic of business profitability – has caused a progressive increase of public debt. The state methods of economic intervention have therefore necessarily been changed with the Italian accession to the European Economic Community, based on the principle of the competition in the unified market, which is exactly opposite to that of the mixed economy. In particular, privatizations, albeit in different forms, became necessary.

The essay proceeds then with an analysis of state intervention in functional terms, with particular reference to the measures and procedures that have been used (authorizations, concessions, grants) and to the plans and programs influenced by those actions, noting how Community law played a role, determining the creation of independent administrative authorities and affecting the interpretation of art. 41 of the Constitution.

Finally, the essay reconstructs the dispute between the Bank of Italy and the Treasury on the debt, only apparently resolved with the elimination of the duty of the first subscription of non placed stocks. Even in this case the European Community, after the institution of the Euro and of the European Central Bank, played a pivotal role: facing the present difficulties of the unified currency, the ECB and the EU authorities have imposed a sharp reduction, if not an elimination, of the Member States' public debt. Therefore, the forced stages of the pursuing of a balanced budget are central again in the Italian economic policy, as they have been during the post-unification years.

Paolo Carnevale, *Abrogare il già abrogato ovvero l'abrogazione al quadrato. Considerazioni sul d.lgs. n. 212 del 2010 di abrogazione espressa cumulativa di leggi statali*

Il saggio si occupa di alcune questioni poste dall'adozione del decreto legislativo n. 212 del 2010 di abrogazione espressa di disposizioni legislative statali, che si colloca nella più ampia operazione taglia-leggi che ha caratterizzato le politiche di semplificazione normativa degli ultimi anni.

L'Autore si sofferma innanzitutto su alcuni problemi di costituzionalità relativi al rispetto del termine per l'attuazione della delega e della decorrenza dell'effetto abrogativo, l'uno e l'altra per volontà della legge di delega intrecciati con quelli della c.d. clausola ghigliottina e sui quali ha inciso l'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010.

Vengono compiute, poi, alcune considerazioni critiche sulle ambiguità della delega all'abrogazione espressa, osservando in particolare che il complesso meccanismo posto in essere non sembra in grado di assolvere alla *ratio* dell'intera operazione, ovvero quella di dare certezza in relazione allo stato del diritto oggettivo.

Dopo aver dato conto di altre questioni problematiche, quali l'abrogazione di disposizioni regolamentari e di quelle ricomprese nelle c.d. categorie escluse dalla clausola taglia-leggi, viene affrontata la questione della conformità della delega all'art. 76 Cost.: da un lato, si rileva che non vi è l'indicazione di principi e criteri direttivi, neppure ricavabili interpretando la legge di delega alla luce dei canoni permissivi al riguardo elaborati dalla giurisprudenza costituzionale; dall'altro, si evidenzia che la delega si presenta fortemente deficitaria anche sotto il profilo dell'"oggetto definito", diretta com'è a disporre o dichiarare l'abrogazione di disposizioni prive fra loro di un minimo nesso materiale. L'Autore conclude osservando che una eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge di delega, priva di conseguenza pratiche perché il relativo decreto legislativo ha disposto l'abrogazione di disposizioni nella maggioranza dei casi già abrogate o insuscettibili di produrre effetti, sarebbe significativa perché riaffermerebbe il valore e l'importanza delle norme sulla normazione.

Repealing the Already Repealed, that is Squaring the Repeal. Considerations on the Legislative Decree n. 212 of 2010 Expressly and Cumulatively Repealing State Laws

The essay deals with some issues raised by the adoption of the legislative decree n. 212 of 2010, which, within the broader law-cutting operation that has characterized the policy of simplification of the recent years, expressly repealed some State laws.

First of all, the Author focuses on some constitutional consistency problems, with regard to the compliance with the deadline for the implementation of the delegation and for the beginning of the repealing effect, both of them intertwined by the will of the law of delegation with those of the so-called guillotine-clause and affected by the adoption of the legislative decree n. 66 of 2010.

Then, some critical considerations are dedicated to the ambiguities of the delegation to expressly repeal, noting in particular that the complex mechanism put in place does not seem able to fulfil the aim of the whole operation, that is to improve the certainty of the objective law.

After having analysed other problematic issues, such as the repeal of the existing regulation norms and of the categories excluded by the law-cutting clause, the Author deals with the question of the consistency of the delegation with art. 76 of the Constitution: on the one hand, it is noted that there is not an indication of the principles and directive criteria, nor obtainable by interpreting the law in the light of the permissive canons drawn up by the Constitutional Court, on the other hand, it is highlighted that the delegation shows also a deficit with reference to the "defined object", aiming to dispose or declare the repeal of norms without a minimum of homogeneity.

The Author concludes by noting that an eventual declaration of unconstitutionality of the law of delegation, also if it would have no practical consequences because the relative legislative decree ordered the repeal of norms which in most

cases were already repealed or without concrete effect, would be significant because it would reaffirm the value and importance of the norms on the normation.

Giampietro Ferri, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*

Il saggio affronta il tema della responsabilità civile dei magistrati.

Dopo l'esame della normativa contenuta negli artt. 54, 55 e 74 c.p.c., abrogata con il *referendum* del 1987, esso analizza la legge n. 117/1988 (comunemente nota come «legge Vassalli»), che disciplina attualmente la materia, prevedendo che il magistrato risponda non solo per dolo – come accadeva in passato – ma anche per colpa grave. La responsabilità è però indiretta perché il cittadino deve promuovere l'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, il quale eserciterà successivamente l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

Il saggio prosegue con un esame dei progetti di legge di modifica della legge n. 117/1988, evidenziando come gli spazi di intervento del legislatore siano molto limitati. Ciò, perché il principio di responsabilità del magistrato deve coniugarsi con quello della sua indipendenza, il quale esige – secondo la Corte costituzionale – che l'azione di risarcimento del danno venga esercitata nei confronti dello Stato, che vi sia un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda e che al giudice sia garantita l'autonomia nell'interpretazione delle norme di diritto e nella valutazione dei fatti e delle prove.

Il saggio si conclude osservando che, per una maggiore tutela del cittadino danneggiato, sarebbe opportuno che il giudizio sulla responsabilità del magistrato venisse affidato a un organo esterno alla magistratura, indipendente dal potere politico. La cosa più importante è comunque la prevenzione: occorre prevenire gli errori dei giudici curando costantemente la loro formazione professionale e controllando seriamente la loro professionalità.

The Civil Liability of Judges in the Italian Legal System and the Reforming Prospects

The present essay examines the liability of judges and public prosecutors.

After analysing the provisions set out in the civil procedure code (articles 54, 55 and 74) as repealed by virtue of their submission to *referendum* in 1987, the study focuses on the act n. 117 of 1988 (the so-called «legge Vassalli»). At the present time such act regulates the liability, by foreseeing the judge is liable for damages deriving not only from wilful misconduct – as it was foresaw by the previous regulation – but also from gross negligence. The liability, however, can be defined as indirect liability, since the individuals must take the State to Courts in order to claim for damages. As a consequence, it is up to the State to promote an issue against the judge in order to get a compensation.

The essay then concentrates on the proposed bills for amending the act n. 117 of 1988 and highlights that the Parliament only has a short range of possibilities for promoting a new regulation of the subject. This is due to the necessity of accommodating the principle of liability of the judiciary to that of independence of the same branch. Indeed, according to Constitutional Court decisions, it is the State to be taken to Courts for claiming for damages; there is the necessity of a previous examination of the juridical grounds of the action; the judge must be granted the possibility of interpreting the laws and evaluating the matters of facts and their evidence.

Finally, the essay suggests the trial on claims for damages shall be vested upon a body independent from both the legislative and the executive, as well as the judiciary branch. Moreover, it stresses on the necessity to prevent from judicial liability through a constant training of the members of the judiciary and through a serious evaluation of their conduct.

Giovanni Maria Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*

Muovendo dalla constatazione del contrasto tra la situazione carceraria italiana e i principî personalistico e della pari dignità sociale, il saggio ripercorre gli interventi della Corte costituzionale in tema di funzione della pena e tutela della dignità e dei diritti fondamentali dei detenuti.

La giurisprudenza costituzionale si è mossa su due versanti.

Su un primo, pur riconoscendo alla pena caratteri anche di afflittività, difesa sociale e prevenzione generale, ha sottolineato come la dignità della persona esiga che la funzione della pena si legittimi attraverso la finalità rieducativa, perché altrimenti si strumentalizza l'individuo per fini generali di politica criminale. In quest'ottica, la rieducazione non può prescindere dal riconoscimento del carcere come formazione sociale coattiva ove i diritti inviolabili dell'individuo non sono annullati e il cui esercizio non può essere compresso più di quanto è reso inevitabile dallo stato di detenzione.

Su un secondo, ha sancito, in linea con il principio della responsabilità penale personale, il diritto e il dovere del detenuto a un percorso di rieducazione personalizzato che, se implica flessibilità della pena e progressività nel trattamento rieducativo, risulta vulnerato da previsioni legislative che introducano automatismi nella sua applicazione. È soltanto attraverso il riconoscimento ad ogni detenuto di un percorso di rieducazione individualizzato e rispettoso della dignità e della umanità, per quanto reso oggi ancor più complesso dal sovraffollamento carcerario, che la pena è compatibile con i principî costituzionali.

Il saggio si conclude rilevando come per la stabilità del sistema così delineato assuma centrale importanza il progressivo riconoscimento anche al detenuto della tutela giurisdizionale dei propri diritti, sia nella dimensione generale che nella dinamica individuale del trattamento.

Rights of Detainees and Constitutional Case-Law

Moving from the observation of the contrast among Italian prisons, the personal principle and the principle of equal social dignity, the essay chronicles the interventions of the Constitutional Court concerning the function of punishment and the protection of the dignity and the fundamental rights of detainees.

The Constitutional Court has moved on two fronts.

On the first, even if recognizing to the punishment the features of afflictivity, social defence and general prevention, it has stressed how human dignity requires that the function of the punishment is legitimated by the rehabilitative purpose, otherwise exploiting the person for the general aims of criminal policy. From this perspective, the re-education can not be separated from the recognition of the imprisonment as a coercive social formation, where the inviolable rights can not be cancelled or compressed more than what is made inevitable by the detention.

On the second, it has sanctioned (consistently with the principle of personal criminal liability) the right and duty of the prisoner to a path of personal rehabilitation that, on the one hand, implies the flexibility of punishment and the progressivity of the rehabilitation treatment but, on the other one, turns out hacked by legislative provisions that introduce automatisms in its application.

It is only through the recognition to every prisoner of an individualized rehabilitative path, respectful of dignity and humanity, that the penalty is consistent with constitutional principles, even though today it is made even more complex by prison overcrowding.

The essay concludes by pointing out that, for the stability of the outlined system, it is of central importance the progressive recognition to the detainee of an effective judicial protection of its rights, both in a general dimension and in the individual dynamics of treatment.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO D'ATENA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCO BELVISI, Professore associato di Filosofia e sociologia del diritto, Università di Modena e Reggio Emilia

PAOLO VERONESI, Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

DANIELE CHINNI, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università Roma Tre

FABIO MERUSI, Professore emerito di Diritto amministrativo, Università di Pisa

PAOLO CARNEVALE, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università Roma Tre

GIAMPIETRO FERRI, Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Verona

GIOVANNI MARIA FLICK, Presidente emerito della Corte costituzionale

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.

Finito di stampare nel mese di aprile 2012
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

