Diritto e Società

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

III serie - 4/2016

Comitato di direzione

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

Comitato scientifico

Marino Breganze Giuseppe Caia Paolo Carnevale Marta Cartabia Giuseppe de Vergottini Pietro Giuseppe Grasso Guido Greco Natalino Irti Anne-Marie Le Pourhiet Stelio Mangiameli Leopoldo Mazzarolli Manlio Mazziotti Fabio Merusi Jorge Miranda Giovanni Sartori Dian Schefold Franco Gaetano Scoca Gaetano Silvestri Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli Daniele Chinni Tatiana Guarnier

SOMMARIO 4/2016

saggi

Giovanni Serges, Il "dominio" degli effetti tempo- rali delle decisioni d'incostituzionalità	603
Gladio Gemma, Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione	629
Simone Lucattini, Rivalità e coordinamento nel go- verno dei servizi pubblici	669
Marco Mazzamuto, Giandomenico Romagnosi inventore del diritto amministrativo?	705
osservatorio	
Nicola Posteraro, Identità di genere, transessuali- smo ed effettività del diritto alla salute in Italia	737
attualità	
Marco Calabrò, La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni	
comuni	807

IL "DOMINIO" DEGLI EFFETTI TEMPORALI DELLE DECISIONI D'INCOSTITUZIONALITÀ*

SOMMARIO: 1. La predeterminazione degli effetti nella sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale: uno spunto critico di P.A. Capotosti. – 2. Le tre decisioni dell'anno 2015. – 2.1. La sentenza n. 10: l'accertamento di un'illegittimità originaria e il differimento degli effetti al tempo successivo alla pubblicazione. - 2.2.La sentenza n. 70: una incostituzionalità secca e l'oscuramento delle ragioni che in precedenza avevano giustificato il differimento degli effetti. - 2.3. La sentenza n. 178: un differimento pro futuro degli effetti "mascherato" da "illegittimità sopravvenuta". - 3. Il quadro confuso che emerge dalle tre sentenze. - 4. La "dottrina" sul differimento degli effetti temporali: le condizioni di "stretta necessità" e l'esigenza di preservare l'ordinamento da "maggiori incostituzionalità". – 4.1 I limiti al principio di irretroattività e i rapporti con il diritto di difesa; la pretesa simmetria tra la possibile influenza della sentenza costituzionale sui "rapporti esauriti" e il differimento in avanti con incidenza sui rapporti in atto. – 4.2 La svalutazione della rilevanza per giustificare il differimento degli effetti ed i conseguenti rischi: a) il sacrificio dei diritti della parte nel giudizio a quo; b) il possibile inaridimento della via incidentale. – 4.3. Le "vere" ragioni della Corte: condizioni di stretta necessità e tutela dell'integrità complessiva della Costituzione. Le vie d'uscita alternative : a) le difficoltà del ricorso ad una una q.l.c. sull'art. 30, co. 2, l. n. 87/1953; b) la proposta di modifica legislativa dell'art. 30, co. 2, l. n. 87/1953. - 5. La sent. n. 1 del 2014: dal differimento alla neutralizzazione degli effetti. L'assenza di ragioni costituzionali a sostegno dell'autoassunzione del potere di neutralizzare gli effetti pro futuro.

1. La predeterminazione degli effetti nella sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale: uno spunto critico di P.A. Capotosti

In uno dei suoi ultimi interventi Piero Alberto Capotosti¹ si soffermava sulle conseguenze della sentenza n. 1 del 2014 della Corte costi-

^{*} Il presente lavoro è destinato al *Liber amicorum* in ricordo di Piero Alberto Capotosti.

¹ P.A. CAPOTOSTI, *Il coraggio della Corte*, in Nomos, n. 3 del 2013.

tuzionale con la quale, come è noto, era stata dichiarata – per la prima volta nella storia della giustizia costituzionale – la illegittimità della legge elettorale vigente.

Egli premetteva di "parlare come un normale cultore del diritto costituzionale" sentendosi ormai "lontano e distaccato dal mondo della Corte costituzionale" e svolgeva alcune brevi ma dense considerazioni sui due più rilevanti aspetti di quella decisione.

In particolare, da una parte veniva apprezzata nel merito la decisione della Corte, sia per aver evitato di rifugiarsi nella comoda via di fuga di una decisione di inammissibilità, sia per aver dichiarato la illegittimità dell'abnorme premio di maggioranza della legge elettorale sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza. Da qui l'intervento prendeva lo spunto per una riflessione che si proiettava verso il futuro, ossia nella direzione delle ripercussioni che quella decisione avrebbe potuto esercitare sul disegno di legge elettorale in quel momento in discussione (e che di lì a poco si sarebbe poi trasformato nella legge 52 del 2015) e adombrava il timore che, proprio in virtù dei principi accolti nella decisione n. 1 del 2014, anche la nuova legge elettorale avrebbe corso il rischio di finire al cospetto del giudice delle leggi. Questa osservazione, di carattere, potrebbe dirsi, "profetico" di Capotosti trova oggi riscontro nelle note ordinanze di rimessione² in virtù delle quali anche la nuova legge sarà sottoposta all'esame della Consulta.

Dall'altra parte le Sue osservazioni erano di segno radicalmente opposto rispetto all'apprezzamento verso la "coraggiosa" decisione e, a dispetto del titolo del breve saggio, contenevano non già una lode bensì un'aspra critica verso quella parte della sentenza costituzionale che si rivolgeva a predeterminare gli effetti della decisione, di fatto sterilizzandoli sia per il passato, sia, soprattutto, per il futuro. Qui la critica di Capotosti si faceva sferzante ed Egli ricordava come, già subito dopo il comunicato stampa con il quale la Corte preannunziava il dispositivo, si era espresso in termini negativi proprio nei confronti della parte che concerneva gli effetti della decisione e per questo si era visto duramente criticare³. Ma la

² Cfr., ord. n. 69 del 2016, Trib. Messina; ord. n. 163 del 2016, Trib. Torino; ord. n. 192 del 2016, Trib. di Perugia; ord. n. 265 del 2016, Tribunale di Trieste; ord. n. 268 del 2016, Trib. di Genova.

³ P.A. CAPOTOSTI, op. cit., 1, afferma testualmente: «Io fui colpito dal comunicato stampa del 4 dicembre, e così – a caldo – dissi alcune cose in un Convegno di ASTRID. Dico la verità, fui trattato molto duramente, fui – tra virgolette – picchiato. Allora dissi che "dovevo imparare", ma in questa sede possiamo chiaramente dire le cose come stanno».

successiva lettura della motivazione – aggiungeva – si era rivelata "ancora peggio di quello che si potesse pensare" soprattutto perché quella sterilizzazione degli effetti della sentenza finiva con ignorare del tutto la delegittimazione politica che il Parlamento eletto con quella legge subiva, incideva sulla possibilità di ritenere come atto dovuto lo scioglimento delle Camere, consentiva al Parlamento non solo di continuare ad operare ai soli fini di approvare le leggi urgenti per il sistema (ed, in particolare, una legge nuova elettorale) ma anche per ammettere che si potesse procedere a revisioni della Costituzione.

2. Le tre decisioni dell'anno 2015

È proprio da quest'ultimo punto che vorrei partire per svolgere le brevi riflessioni che seguono, ossia dal punto relativo al "dominio" degli effetti temporali delle proprie decisioni da parte della Corte, un punto che è divenuto cruciale nel nostro sistema di giustizia costituzionale non solo, e non tanto, per via della peculiare posizione assunta nella ricordata sentenza sulla legge elettorale, la quale si configura come un precedente tanto isolato quanto inquietante per gli effetti di sistema che essa ha già prodotto (e che ancora più intensamente sembra destinata a produrre), quanto piuttosto perché il tema in questione, dopo quella decisione, si è riproposto subito dopo con una serie di decisioni dell'anno successivo, tutte conseguenti a dichiarazioni di incostituzionalità di leggi che avrebbero comportato effetti "di spesa", nelle quali il problema degli effetti temporali riaffiorava prepotentemente.

Mi riferisco alla triade di decisioni (le sentt. n. 10, 70 e 178 del 2015) nelle quali, sia pure con diversa intensità e, soprattutto, con l'adozione di tecniche decisorie non proprio omogenee, la Corte ha fatto ricorso a sentenze che evocavano o intervenivano sul tema degli effetti temporali conseguenti alla declaratoria di illegittimità costituzionale. La vicenda è, in realtà, più che nota e su di essa si è sviluppata una copiosa letteratura⁴. Mi limiterò, pertanto, a riassumerla nei suoi tratti essenziali.

⁴ Oggetto di numerosi interventi è stata, in particolare, la sentenza n. 10 sulla quale si veda, tra gli altri, I. MASSA PINTO, La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale, in Costituzionalismo. It, n. 1 del 2015; A. MORRONE, Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale; R. ROMBOLI, Natura incidentale del giudizio costituzionale e

2.1. La sentenza n. 10: l'accertamento di una illegittimità originaria e il differimento degli effetti al tempo successivo alla pubblicazione

Con la prima delle decisioni richiamate (la n. 10 del 2015) la Corte accerta l'esistenza di un vizio originario della legge scrutinata, sposta in avanti l'effetto dell'accertamento e dichiara che esso si verificherà a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della pronunzia nella Gazzetta Ufficiale. Una incostituzionalità, dunque, che diviene "differita", che vale solo *pro futuro* e che, conseguentemente, paralizza i consueti effetti retroattivi che discendono da ogni dichiarazione di illegittimità costituzionale. La preoccupazione per gli effetti di spesa che si sarebbero prodotti gioca un ruolo decisivo nella posizione della Corte ma, in realtà,

tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015; A. RUGGERI, Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale, tutti in Quad. cost., n. 3, 2015, rispettivamente 575 ss., 607 ss., 635 ss.; A. Anzon Demmig, La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento; E. Grosso, Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?; A. Pugiotto, La rimozione dellax pregiudizialità costituzionale nella sentenza n. 10/2015; L. GENINATTI SATÉ, L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze d'illegittimità costituzionale, tutte in Giur. Cost, 2015, rispettivamente 67 ss., 79 ss., 90 ss., 99 ss.; P. Veronesi, La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015, e A. Morelli, Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi, entrambi in in Forum Quad. Cost., aprile 2015; R. Pinardi, La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività; S. SCAGLIARINI, La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "senzaterra", entrambi in Consulta Online, n. 1/2015, rispettivamente 220 ss. e 232 ss.; M. Ruotolo, M. Caredda, Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax, in Riv. dir. trib., 2014, 476 ss.; F. Gabriele, A.M. Nico, Osservazioni "a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato", in Riv. AIC, n. 2/2015, C. PADULA, Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenza 10 e 155 del 2015, in Federalismi. it, n. 19/2015; P. CARNEVALE, La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra esigenze di salvaguardia del carattere incidentale del controllo di costituzionalità e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi, in Diritto pubblico, 2015, 389 ss.

⁵ Osserva sul punto R. Pinardi, *La modulazione degli effetti*, cit., 228 che "ogniqualvolta la Corte costituzionale si pronunzia per l'efficacia esclusivamente *pro futuro* di una decisione caducatoria il suo ragionamento si sostanzia, a rigor di logica, in un discutibile giudizio di natura prognostica. Perché se la decorrenza del *vulnus* viene fissata nel giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale, essa risulta sicuramente successiva al momento in cui il vizio è stato accertato" essa giunge a questa conclusione attraverso un percorso argomentativo complesso che, in primo luogo, muove dallo scopo che il legislatore si era prefissato nel configurare quella disciplina e lo mette a confronto con i principi costituzionali di riferimento. Esamina poi il rapporto tra i mezzi utilizzati ed i fini perseguiti nella prospettiva di individuare tra loro un collegamento razionale ed, infine, sposta l'obiettivo sugli effetti prodotti in concreto. Lo scrutinio realizzato attraverso questi passaggi conduce la Corte ad un giudizio di irragionevolezza sotto il profilo della congruenza dei mezzi e della proporzionalità delle scelte operate dal legislatore, un giudizio che avrebbe dovuto avere come naturale conseguenza, come sbocco consueto quello della incostituzionalità secca e, dunque, la produzione degli ordinari effetti retroattivi della decisione, con esiti particolarmente pesanti sul bilancio dello Stato (in relazione, come è evidente, agli effetti di restituzione conseguenti all'accertamento della illegittimità della Robin Tax). È qui che, invece, la Corte opera quel bilanciamento che consente la modulazione degli effetti, il differimento solo pro futuro delle conseguenze dell'accertata illegittimità. L'effetto retroattivo (naturale e ordinario) può essere contenuto in questo caso perché – afferma la Corte – esso è espressione di un principio che talvolta, e in condizioni eccezionali, può subire dei limiti, quando nell'altro piatto della bilancia si presentino principi la cui tutela verrebbe compromessa dalla produzione dell'effetto generale retroattivo proprio di ogni decisione d'incostituzionalità. Ed i principi forti che in questo caso, nella valutazione che ne dà il Giudice delle leggi, prevalgono sono rappresentati, in primo luogo dall'equilibrio del bilancio contenuto nell'art. 81 Cost., in secondo luogo dalle esigenze di solidarietà sociale discendenti dalla combinazione tra l'art. 2 e l'art. 3 Cost., ed, infine, dall'irragionevole disparità di trattamento tra i diversi soggetti operanti nel medesimo settore coinvolto dalla legge dichiarata illegittima (il settore petrolifero).

2.2 La sentenza n. 70: una incostituzionalità secca e l'oscuramento delle ragioni che in precedenza avevano giustificato il differimento degli effetti

Il ruolo del principio dell'equilibrio del bilancio rimane, al contrario, del tutto privo di rilievo nella successiva sentenza n. 70 con la quale la Corte, nell'affrontare la questione della sospensione dei meccanismi di rivalutazione delle pensioni concernenti gli anni 2012 e 2013, giunge ad una semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale che produce effetti particolarmente rilevanti a carico del bilancio statale. La circostanza,

in realtà, non avrebbe dovuto destare particolare scalpore trattandosi, appunto, di una mera dichiarazione di incostituzionalità, ma invero essa si rivela per molti versi sorprendente⁶ perché il tema della compatibilità con le esigenze finanziarie viene relegato a margine di una motivazione che fa leva su argomenti diversi e, in qualche modo, inconsueti. La ragione dell'incostituzionalità viene individuata, infatti, in primo luogo nella circostanza che il legislatore non ha tenuto conto in modo adeguato di un precedente "monito" contenuto in una decisione del 2010 (la n. 316), nonostante i termini di quell'invito al legislatore non si presentassero in maniera così drastica e perentoria, mentre il profilo del collegamento tra la disposizione che incide sul sistema perequativo delle pensioni, azzerandolo, e l'esigenza di bilancio viene, per così dire, frettolosamente relegata a margine sul presupposto che il legislatore non ha adeguatamente motivato siffatta esigenza. In altri termini, la carenza di una illustrazione adeguata delle ragioni di carattere finanziario non consente che queste ultime, proprio in ragione della loro genericità, possano essere valutate in un giudizio di bilanciamento con i diritti coinvolti.

Sono dunque queste le ragioni che la Corte ritiene idonee a travolgere l'intera disciplina e nella valutazione – che si conclude con un accoglimento secco – non riescono a trovare spazio neppure quegli argomenti adombrati nella prima parte della decisione in cui la Corte aveva posto a raffronto le modalità con le quali il blocco perequativo era stato disciplinato dalla norma impugnata con quello operato in precedenza. Un confronto dal quale era ragionevole attendersi che la sanzione dell'incostituzionalità fosse circoscritta a quella parte che paralizzava i trattamenti pensionistici di più basso livello; ciò in quanto la giustificazione del precedente blocco era stata individuata, non solo nel suo carattere temporaneo, bensì, soprattutto, nella adeguata differenziazione dei trattamenti pensionistici di maggior livello. Solo per questi ultimi, infatti, il

⁶ In questi termini, A. Anzon Demmig, Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario, in Osservatorio costituzionale AIC, settembre 2015;Su questa decisione v., tra gli altri, le riflessioni di M. D'Amico, Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?; di P. Veronesi, La coerenza che non c'è: sugli effetti temporali delle pronunce d'accoglimento (e sulla sorte dell'«equilibrio di bilancio») dopo le sentenze nn. 10 e 70 del 2015; di A. Pin, E. Longo, Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diviene imprevedibile; di A. Morelli, La Corte nel gioco dei bilanciamenti; di E. Balboni, A ciascuno il suo: Corte e Governo intervengono sul blocco della perequazione pensionistica, tutti in Quad. cost., 2015, rispettivamente 686 ss., 692 ss., 697 ss., 707 ss.

congelamento era apparso ragionevole in relazione alle esigenze di bilancio coniugate con il dovere di solidarietà. Ciò che colpisce, insomma, in questa decisione è la circostanza che essa interviene a distanza brevissima dalla precedente e, pur muovendosi sull'accidentato terreno del rapporto tra diritti sociali ed esigenze connesse all'equilibrio di bilancio, si colloca in una dimensione del tutto diversa, senza neanche sfiorare la tematica di una possibile modulazione degli effetti temporali della decisione.

2.3 La sentenza n. 178: un differimento pro futuro degli effetti "mascherato" da "illegittimità sopravvenuta"

Un ben diverso collegamento con la prima delle decisioni esaminate si rinviene invece nella terza sentenza, la 178 del 2015. Oui la Corte, occupandosi della disciplina concernente il blocco degli strumenti di adeguamento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti e delle correlative procedure negoziali, perviene ad una decisione che anziché muoversi (almeno in apparenza) sul potere di limitazione degli effetti retroattivi delle proprie sentenze, sceglie una strada diversa, ma con esiti sostanzialmente coincidenti (e, in realtà, largamente contraddittori). La sentenza, infatti, dichiara di avere accertato la "incostituzionalità sopravvenuta" della disciplina impugnata e fa coincidere tale evento, ossia il sopravvenire dell'illegittimità della legge, con il giorno della pubblicazione della sentenza, di guisa che l'intero, articolato, apparato motivazionale che aveva caratterizzato la sentenza n. 10/2015, si rivela superfluo e la Corte non ritiene di aver bisogno di giustificare con quella ricchezza di argomentazioni le ragioni che comportano l'assenza di effetti retroattivi. La Corte fa qui (apparentemente) ricorso ad un tipo di sentenza che era già ripetutamente apparsa nella giurisprudenza costituzionale con riferimento a quelle situazioni in cui l'incostituzionalità non si riteneva riferibile all'intero arco di vigenza temporale della legge, ad un vizio originario, bensì si riferiva ad un preciso momento a partire dal quale doveva ritenersi la "sopravvenienza" di un quid che ne determinava l'illegittimità⁷. Se non che, a ben vedere, appare difficile ricondurre quest'ultima deci-

⁷ Si veda al riguardo la attenta classificazione che ne fanno A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 184-186, i quali distinguono tra una incostituzionalità sopravvenuta *in senso stretto*, quando essa è determinata dal sopravvenire di un nuovo e diverso parametro, quale ad esempio la modifica di una norma costituzionale o la modifica della c.d. norma interposta, ed una incostituzionalità sopravvenuta *in senso lato*, quando a produrre l'incostituzionalità non è un nuovo parametro bensì un

sione alla categoria delle decisioni di incostituzionalità sopravvenuta, sia perché la Corte non individua «quale sia il *auid novi*, determinante, che oggi, e solo oggi, porta a qualificare come invalida la disciplina⁸» oggetto del giudizio, sia perché nella stessa motivazione della sentenza viene indicata una data (quella del 1° gennaio 2015) in cui si sarebbe verificato il sopravvenire dell'incostituzionalità che, ovviamente, è di gran lunga anteriore alla data (la pubblicazione della sentenza) dalla quale la Corte fa, invece, decorrere gli effetti di annullamento. Nonostante la Corte, a più riprese, richiami la formula della incostituzionalità sopravvenuta la sentenza, invero, finisce per coincidere sul piano degli effetti con quella dichiarazione di "incostituzionalità differita" che la rende sostanzialmente coincidente con la prima delle tre decisioni esaminate, si traduce, in altri termini, in una decisione che differisce, dal 1° gennaio 2015 al giorno della sua pubblicazione, la produzione degli effetti. Un differimento che, tuttavia, non risulta in alcun modo giustificato, che non poggia minimamente su quel bilanciamento, ancorato a rigorose condizioni, intorno al quale la Corte, proprio con la sentenza 10/2015, aveva delineato quello strumento tanto eccezionale quanto particolarmente problematico sul piano delle sue ricadute sulla logica del processo costituzionale incidentale. Ed anzi, a confermare una sorta di ondivago (quanto pernicioso) atteggiamento nel quale, non senza ragione, si è intravisto il sintomo di una "gestione sregolata" del processo costituzionale, la Corte, per così dire, complica le cose perché nello stesso dispositivo della sentenza afferma che esso va letto nei termini indicati in motivazione, senza rendersi pienamente conto che proprio dalla motivazione emerge un momento del sopravvenire dell'incostituzionalità che è diverso e anteriore rispetto a quello della pubblicazione della sentenza¹⁰. In realtà, la spiegazione di questo singolare inserimento del richiamo alla motivazione trova la sua

nuovo bilanciamento tra valori costituzionali, ovvero accadimenti puntuali come il manifestarsi di un nuovo *tertium comparationis*.

⁸ Così, A. Ruggeri, La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi, in Questione giustizia, 25 luglio 2015,

⁹ Così, A. Ruggeri, *op. cit.*, il quale osserva che «non sembra conoscere limite la tendenza in atto manifestata dalla Consulta a fare un uso "libero" e ... alquanto disinvolto, a misura dei singoli casi e delle loro complessive esigenze, dei canoni che governano il processo costituzionale»

¹⁰ Sul punto si vedano le condivisibili argomentazioni di R. Pinardi, *La Consulta* ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?, in Forum di Quad. Cost., 1 settembre 2015, e di S. Scagliarini, Diritti e risorse: il ragionevole equilibrio raggiunto dalla Corte, in Giur. it., 2015, 2705 ss.

giustificazione in una ragione diversa in quanto mira, con evidenza, ad evitare che gli effetti della sentenza fossero poi, per così dire, "manipolati" in sede di applicazione giudiziaria¹¹. Era avvenuto, infatti, che nella vicenda giudiziaria dalla quale era scaturita la sent. n. 10/2015, il giudice che aveva sollevato la questione, proprio giocando sul dispositivo di quella decisione che non conteneva alcun richiamo ai soli effetti *pro futuro*, aveva ritenuto di poter far uso della declaratoria di illegittimità della disposizione impugnata aggirando, di fatto, il regime degli effetti non retroattivi voluto dalla Corte¹².

3. Il quadro confuso che emerge dalle tre sentenze

Il quadro che emerge dall'intera vicenda giurisprudenziale riassunta nei suoi termini essenziali è tutt'altro che chiaro. In un primo momento la giurisprudenza costituzionale, riannodando i fili di un discorso che ha origini lontane, riaggancia la tematica della modulazione degli effetti temporali e, posta di fronte ad una questione che non solo avrebbe avuto esiti dirompenti sulla spesa ma anche conseguenze distorsive sulla tutela dei diritti, fissa una cornice di condizioni, tenta di costruire una "dottrina" del dominio degli effetti temporali diretta a irrobustire il fondamento teorico entro il quale è possibile far ricorso al differimento degli effetti nel tempo delle sue decisioni. Subito dopo se ne distacca del tutto dinanzi ad una questione che sul piano delle conseguenze di spesa avrebbe avuto effetti non meno pesanti a carico dell'erario, rinunzia ad operare quel bilanciamento che pure sembrava possibile proprio alla luce dell'immediato precedente e si muove nei consueti termini di una incostituzio-

¹¹ Naturalmente di una "manipolazione" può parlarsi solo se ritiene che dispositivo e motivazione debbano essere congiuntamente letti in maniera unitaria. In una diversa prospettiva v., invece, la posizione di R. Romboli, *Natura incidentale*, cit., 629, il quale osserva che la "divergenza tra un chiaro dispositivo e la motivazione dovrebbe, secondo i principi, essere risolta a favore del primo – soprattutto quando, come nella specie, esso non contiene alcuna forma di rinvio alla seconda – e quindi della non applicazione della norma dichiarata incostituzionale «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica»"

¹² Su questo punto v. le puntuali riflessioni di M. RUOTOLO, Ambiguità della Corte o arbitrio del giudice?. Il Seguito abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale, in Giur. cost., 2015, 1075 ss. e di A. MORELLI, Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax, in ConsultaOnline, 2015, p. 2, 483 ss.

nalità secca. Infine, nell'ultima decisione, ricorre ad un differimento degli effetti in qualche modo "mascherato" dal ricorso ad una incostituzionalità "sopravvenuta" e, di fatto, abbandona la costruzione teorica che aveva poco prima concorso a strutturare. Le ragioni di un simile atteggiamento sono (forse) molteplici e difficili da individuare fino in fondo: la pressione che incombe sulla Corte dinanzi ai sempre più frequenti casi di leggi determinate dalla perdurante crisi economica che forzano (spesso consapevolmente) il dettato costituzionale scaricando sulla Corte il peso e la responsabilità di decisioni ad alto impatto sul bilancio statale; le tensioni interne alla Corte che tanto più vengono impropriamente alla luce (e non solo attraverso il carattere palesemente compromissorio delle motivazioni) quanto più alto è il tasso di valenza politico-finanziaria delle sue decisioni; la probabile consapevolezza che lo strumento della modulazione degli effetti, giustificato sotto molti profili attraverso una costruzione teorica raffinata, espone pur sempre il fianco a critiche, si muove su un crinale delicato, specie sul versante dei rapporti con la funzione giurisdizionale. Da qui, verosimilmente, un procedere della giustizia costituzionale che è, al tempo stesso, a tratti coerente ed a volte contraddittorio, a tratti prudente ed a volte coraggioso, talvolta frutto di attente costruzioni teoriche, in altre occasioni elusivo e sorprendentemente sbrigativo nelle conclusioni.

Credo, tuttavia che, lo sforzo compiuto con la sentenza 10/2015, seppur non seguito da un coerente svolgimento, meriti quella attenzione che ha già ampiamente ricevuto nelle molte riflessioni che ne sono seguite e possa tornare utile come punto di partenza per quella breve verifica delle questioni aperte in tema di dominio degli effetti temporali delle decisioni costituzionali che qui si intendeva svolgere.

4. La "dottrina" sul differimento degli effetti temporali: le condizioni di "stretta necessità" e l'esigenza di preservare l'ordinamento da "maggiori incostituzionalità"

La teorizzazione della possibilità di incidere sull'efficacia temporale delle proprie decisioni è costruita dalla Corte mediante un affinamento di posizioni che erano già emerse nella giurisprudenza costituzionale, posizioni che, a loro volta, poggiavano indubbiamente sull'elaborazione che il tema aveva trovato nel pensiero degli studiosi. Si può, senz'altro, dire che la dottrina della Corte è costruita proprio sui contributi della

dottrina costituzionalistica, è frutto di un circolo virtuoso che trova il suo punto di riferimento in un Seminario di studio promosso dalla stessa Corte nel lontano 1988¹³ e ne sviluppa, anche alla luce dei tanti importanti contributi¹⁴ che quella prima, più profonda riflessione aveva stimolato, gli aspetti più significativi ¹⁵.

La scelta della tecnica decisoria – precisa la sentenza – discende dalla considerazione secondo cui «così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo» (n. 7 del considerato in diritto). L'affermazione non è nuova e si fonda sul presupposto della sostanziale unità di trattamento fra manipolazione testuale e manipolazione temporale in ragione del fatto che "il tempo giuridico è parte essenziale del contenuto della prescrizione"16. In altri termini, dovendosi ammettere che il rapporto tra disposizioni e norme, tra enunciazioni linguistiche e concrete prescrizioni da esse ricavabili può concepirsi in termini sia sincronici (più norme contemporaneamente da una medesima disposizione) che diacronici (più norme nel tempo da una medesima disposizione), anche il giudizio di costituzionalità può, correlativamente, svolgersi sia sul piano sincronico che su quello diacronico, nel senso che la incostituzionalità può manifestarsi in un certo momento.

¹³ I cui contributi sono raccolti nel volume AA.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989.

Tra i più rilevanti contributi, v., R. PINARDI, La Corte i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità, Milano 1993; F. POLITI, Gli effetti nel tempo delle sentenze d'incostituzionalità. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge, Padova 1997; M. RUOTOLO, La dimensione temporale dell'invalidità della legge, Padova 2000.

¹⁵ Sul punto v., di recente, D. Tega, *La dottrina come* amica curiae. *L'esperienza della Corte costituzionale italiana*, in P. Passaglia (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, Napoli 2015, 111, la quale osserva che la sentenza in questione possiede "e non cerca affatto di nasconderlo, radici profonde in un confronto con la dottrina che la Corte ha costruito con cura, non da oggi e nemmeno da ieri" ed aggiunge che "non è la prima volta che la Corte realizza una manipolazione degli effetti temporali delle proprie decisioni; non è nemmeno la prima volta che, dietro questa manipolazione, sta il bilanciamento tra esigenze contrapposte; tuttavia è la prima volta che il punto viene compiutamente teorizzato"

¹⁶ Così, G. Silvestri, Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema, in AA.Vv., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale, cit., 50

a partire da un certo momento. Ma se il presupposto teorico dal quale sembra muovere la Corte è quello della incostituzionalità come dato relativo e non assoluto¹⁷, come dato che può (ed anzi, deve), appunto, essere colto anche nella sua dimensione temporale, la manipolazione degli effetti, espressamente definita come strumento che può essere azionato per "ragioni di stretta necessità", va ancorata a rigorosi presupposti. Essa è frutto di un bilanciamento tra diritti e valori coinvolti nella singola decisione "coerente con i principi della Carta costituzionale" e "consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale", di un bilanciamento che ha come scopo primario, come finalità essenziale quella di "evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, effetti ancor più incompatibili con la Costituzione". Fin qui, si direbbe, un quadro che appare più di conferma di posizioni già espresse che di sostanziale novità, fatta eccezione forse, per il richiamo alle strette ragioni di necessità, dal quale è possibile ricavare il segno di un orientamento che intende chiaramente relegare, pro futuro, in un ambito particolarmente ristretto l'utilizzo di tale tecnica. È invece, entrando nel merito del bilanciamento operato che la costruzione della Corte presenta dei tratti di novità ed al tempo stesso i suoi aspetti maggiormente problematici.

La Corte, infatti, accerta un vizio della norma impugnata che è un vizio originario, un vizio che non si è manifestato temporalmente durante la sua vigenza ma che affligge quella disposizione *ab initio*. Osserva, però, che se da una simile conclusione si dovessero poi trarre le ordinarie conseguenze sul piano della declaratoria di illegittimità costituzionale si produrrebbero effetti di maggiore incostituzionalità, ossia sarebbe proprio la sentenza di annullamento ad avere come effetto quello di produrre una maggiore e più grave offesa ai principi costituzionali.

La prospettiva che si apriva, insomma, era quella di respingere la questione per evitare che quegli effetti si producessero ovvero, più verosimilmente, di respingerla ricorrendo ad un monito al legislatore, ovvero ancora, attingendo allo strumentario ampiamente sperimentato, di pervenire anche ad una sentenza additiva di principio¹⁸.

Ecco, allora, che il valore della tutela dell'ordinamento nel suo complesso, l'esigenza di preservare l'ordinamento dalla produzione di effetti

¹⁷ Così F. Modugno, Considerazioni sul tema, in AA.Vv., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale, cit., 25.

¹⁸ Sul punto, v., ad esempio I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte cost.*, cit., 9, nonchè M. Ruotolo, M. Caredda, *Virtualità e limiti*, cit., 486.

di maggiore offesa ai principi costituzionali viene messo a confronto con quello della retroattività delle sentenze costituzionali, ovvero con quel principio intorno al quale è costruito il sistema di giustizia costituzionale incidentale (con la previsione dell'art. 136 Cost., 1° comma, Cost, e 30, 3° comma, della legge n. 87/1953), mediante il quale si assicura che gli effetti caducatori della decisione costituzionale siano assicurati, in primo luogo, nell'ambito del processo giurisdizionale dal quale la questione è partita. Peraltro l'aver sottolineato che la retroattività è da considerarsi un principio, e non già una mera regola processuale (come tale insuscettibile di bilanciamento) è una affermazione di non poco conto, sia perché chiarisce che la retroattività può essere considerata un principio in quanto è espressione della "legalità costituzionale" 19, sia perché, in questo modo, sembra potersi superare l'obiezione, pur autorevolmente sollevata in dottrina, secondo cui "ritenere il rispetto delle regole processuali un valore interno all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale"20.

4.1. I limiti al principio di irretroattività e i rapporti con il diritto di difesa; la pretesa simmetria tra la possibile influenza della sentenza costituzionale sui "rapporti esauriti" e il differimento in avanti con incidenza sui rapporti in atto.

Ma il "principio di retroattività" delle sentenze costituzionali, afferma la Corte, non è, però, "privo di limiti" e dunque, a certe condizioni, può divenire, sia pure in termini imposti dalla eccezionalità del caso, dalla stretta necessità, recessivo dinanzi ad altre esigenze d'ordine costituzionale. Ed è qui che vengono spesi due argomenti che toccano due profili particolarmente delicati i quali, nella prospettiva della Corte, giustificano la decisione di concepire una sentenza che valga solo pro futuro, che produca effetti coincidenti, in buona sostanza, con quelli dell'abrogazione.

Il primo di questi due argomenti è rappresentato dall'accostamento alla tematica dei rapporti esauriti, mentre il secondo concerne il profilo della rilevanza della questione di legittimità costituzionale: ambo gli

¹⁹ Così, M. Ruotolo, M. Caredda, *Virtualità e limiti*, cit., 483, i quali osservano la qualifica in termini di principio "riferibile al valore preminente della legalità costituzionale" apre la strada "ove ricorrano determinate condizioni, del suo contemperamento con altri principi «sostanziali» se non, addirittura, [...] del suo sacrificio in funzione della più piena realizzazione dello stesso valore di cui è espressione".

²⁰ Così, R. Romboli, *Natura incidentale*, cit., 609.

argomenti giustificherebbero in pieno il potere della Corte di emanare una sentenza che non produca effetti retroattivi, che non si applichi, in altri termini, non solo a tutti i rapporti pendenti ma anche allo stesso rapporto dedotto nel giudizio nel cui ambito è stata promossa la *quaestio legitimitatis*.

Quanto al primo dei due aspetti, ossia l'accostamento alla tematica dei rapporti esauriti, un orientamento di dottrina adesivo²¹ ha cercato di spiegarne in termini di maggiore rigore concettuale il richiamo operato dalla Corte. Si è così rilevato che se è pur vero che la tematica dei rapporti esauriti (prescrizione, giudicato ecc.) è interamente rimessa al legislatore, il quale stabilisce entro quali termini e limiti l'ordinamento può ammettere la insensibilità di alcuni rapporti rispetto alle decisioni di illegittimità costituzionale al fine di garantire valori quali la certezza del diritto e la stessa stabilità dell'ordinamento, deve però ammettersi che quando quel tema "incrocia la questione della dimensione temporale della dichiarazione di incostituzionalità di una legge acquisisce un evidente rilievo (e tono) costituzionale²²". Conseguentemente, quando si è in presenza di una esigenza di carattere costituzionale quale è certamente quella della produzione di effetti di maggiore incostituzionalità discendenti da una pronunzia di annullamento, si giustificherebbe pienamente il potere (implicito) del giudice costituzionale di delimitare l'effetto temporale della decisione impedendo che essa si applichi, produca effetti. su tutti i rapporti ancora pendenti. In altri termini, si può intravedere nella posizione della Corte il richiamo ad una sorta di ragionevole simmetria tra rapporti esauriti (la cui delimitazione è rimessa al legislatore), insensibili alla dichiarazione di illegittimità costituzionale per ragioni di ordine costituzionale, e rapporti ancora pendenti, aperti potrebbe dirsi, rispetto ai quali l'insensibilità alla dichiarazione di incostituzionalità non può che essere determinata dalla Corte per esigenze parimenti imposte dall'ordinamento costituzionale, quale è, appunto, la necessità, in casi eccezionalissimi, di "salvaguardare principi e diritti di rango costituzionale

²¹ Mi riferisco alle posizioni espresse da P. Carnevale, La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra esigenze di salvaguardia del carattere incidentale del controllo di costituzionalità e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi, in Diritto pubblico, 2015, e da F. Modugno, Ancora una riflessione sulle sentenze costituzionali di «accoglimento datato», in Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri, Napoli 2016, 441 ss.

²² Così, P. Carnevale, La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra esigenze di salvaguardia del carattere incidentale del controllo di costituzionalità e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi, in Diritto pubblico, 2015, 411.

che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati". Ed anzi la constatazione che anche i rapporti esauriti siano in certe occasioni permeabili alla retroattività quando si è in presenza di esigenze costituzionali preminenti, quale è ad esempio la cessazione della esecuzione della pena e di tutti gli effetti penali, anche in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna (art. 30, ult. co. L. n. 87/1953), dovrebbe indurre a ritenere che alla possibilità di uno "spostamento indietro del limite agli effetti de praeterito della declaratoria di incostituzionalità (c.d.iperretroattività)", corrisponda "analoga possibilità per lo spostamento in avanti"²³. Si determinerebbe, insomma, non già un bilanciamento tra valori costituzionali, con il rischio di coinvolgere il diritto di azione e di difesa, difficilmente sottoponibile ad un'operazione di bilanciamento in ragione della sua essenza di principio supremo, quanto piuttosto una comparazione tra "il vizio della norma e il vizio della sua eliminazione" il cui esito "è circoscrivere la sanzione del primo ai soli rapporti futuri onde evitare il prodursi del secondo ed incorrere nel classico paradosso nietzschiano del rimedio peggiore del male"24. Sarebbe questa la "ragione profonda che giustifica le c.d. sentenze di accoglimento datate, pur a fronte di una incostituzionalità originaria della legge, ma differita dalla Corte nei suoi effetti"25.

Ora a me pare che l'argomento, pur suggestivo, non convinca fino in fondo.

I rapporti esauriti, siano essi diritti prescritti o diritti coperti dal giudicato, costituiscono situazioni giuridiche che o non esistono più, perché appunto prescritte, ovvero hanno ricevuto quell'assetto ormai irretrattabile che è proprio del "giudicato". Il diritto di azione e di difesa, che i titolari di quelle situazioni non hanno esercitato per lungo tempo ovvero che hanno già esercitato e che è stato "definito" in maniera ormai irretrattabile, non è più configurabile, non entra più in giuoco per esigenze proprie dell'ordinamento che così garantisce la certezza ed assicura la sua stessa stabilità.

E se lo spostamento indietro degli effetti di una sentenza di illegittimità consente di penetrare, talvolta e a certe condizioni, anche in quelle

²³ Così, P. CARNEVALE, op. cit., 412

²⁴ Ibidem, 412

²⁵ Così, F. Modugno, *Ancora una riflessione*, cit., 461, il quale aggiunge che "non si tratta dunque di sottoporre a bilanciamento il «diritto al giudice» – di per sé come principio-valore supremo insuscettibile di bilanciamento – quanto piuttosto di evitare che dalla dichiarazione di incostituzionalità di una legge discendano conseguenze maggiormente incostituzionali nell'ordinamento".

situazioni, eliminandone taluni effetti distorsivi ritenuti intollerabili per l'ordinamento costituzionale, ciò non significa che il diritto esaurito o definito riviva anche solo per un momento. Quando invece si determina lo spostamento in avanti, come avviene per la dichiarazione di incostituzionalità differita, per la incostituzionalità solo pro futuro, si determinano effetti che incidono direttamente sul diritto di azione e difesa, sulla possibilità di esercitare in pieno proprio quei diritti (o, comunque, quelle situazioni giuridiche soggettive) sulle quali la decisione di illegittimità costituzionale si sarebbe riverberata ove la Corte non avesse paralizzato i suoi effetti per il passato. Mentre insomma, nella prima ipotesi (situazioni esaurite) il diritto non c'è più, si è estinto, nella seconda c'è ancora ma perde ogni consistenza e il (conseguente) diritto al giudice è precluso. Sembra, insomma, che la simmetria tra rapporti esauriti e correlativa insensibilità agli effetti delle sentenze costituzionali di annullamento e differimento degli effetti solo per il futuro risulti per molti versi assai forzata, si riveli, in altri termini, un argomento debole per giustificare lo strumento della limitazione temporale degli effetti dinanzi all'accertamento della incostituzionalità originaria della disposizione impugnata, proprio in ragione della ontologica diversità tra il tema dei diritti travolti dai rapporti esauriti e i diritti ancora in atto.

Ora se l'esigenza che «la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare una tutela sistemica e non frazionata», può forse giustificare gli effetti di carattere generale, ossia gli effetti nei confronti di tutti coloro i quali avrebbero potuto giovarsi dell'accertamento dell'incostituzionalità, proprio in ragione del valore da attribuire alla "maggiore incostituzionalità" che nell'intero ordinamento si verrebbe a determinare, molto difficile a me pare giustificare il sacrificio anche nei confronti di chi aveva esercitato concretamente il diritto di azione e difesa, vale a dire di chi si era rivolto al giudice e in quel processo si era visto sollevare la questione di legittimità costituzionale. Qui il temperamento dei valori in gioco, sul quale la Corte fonda il proprio intervento, che tiene anche conto della disparità di trattamento tra posizione della parte nel processo e posizione di tutti gli altri soggetti che avrebbero potuto avvantaggiarsi della decisione, sembra, invece, che finisca per travolgere proprio quel diritto di azione e difesa "già esercitato", risolvendosi in una sua compromissione secca e definitiva.

Del resto una certa consapevolezza di questa situazione traspare anche dalle parole della Corte, quando osserva, nella sentenza 10/2015, che "gli interessi della parte ricorrente trovano una *parziale* (corsivo mio)

soddisfazione nella rimozione solo *pro futuro* della disposizione costituzionalmente illegittima", una rimozione che è la medesima che si dirige verso la generalità dei soggetti che sono coinvolti dalla disposizione e che, dunque, non differenzia in alcun modo la parte che aveva sollecitato, al fine di tutelare i propri diritti, il promovimento del giudizio di legittimità costituzionale²⁶.

4.2. La svalutazione della rilevanza per giustificare il differimento degli effetti ed i conseguenti rischi: a) il sacrificio dei diritti della parte nel giudizio a quo; b) il possibile inaridimento della via incidentale

Il secondo degli argomenti utilizzati dalla Corte concerne poi il profilo della rilevanza. Qui la Corte si ricollega esplicitamente ad una posizione di un autore²⁷ (oggi componente del collegio giudicante) affermando che il requisito della rilevanza "opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione della medesima".

Ora, ragionando in questi termini, il requisito della rilevanza appare, per così dire, sdoppiato, nel senso che la sua valutazione è limitata al solo momento della instaurazione, mentre nel momento successivo la decisione della Corte può divenire insensibile al rapporto con il giudizio *a quo*. Un'affermazione, questa, di carattere perentorio che, invero, sembra urtare con una giurisprudenza costituzionale che, in tema di rilevanza, appare contraddistinta da "pericolose oscillazioni" 28, le quali,

- ²⁶ Osservano, sul punto, M. Ruotolo, M. Caredda, *Virtualità e limiti.*, cit., 502, che lo scopo di evitare la creazione di una situazione più irragionevole, una maggiore incostituzionalità appare condivisibile per giustificare l'inapplicabilità generale *pro praeterito* della norma, mentre l'affermazione che essa non è più applicabile in nessun giudizio, ivi compreso il giudizio *a quo*, per evitare una disparità di trattamento potrebbe rivelarsi insufficiente "scontrandosi con l'idea stessa della pregiudizialità sottesa al meccanismo del giudizio incidentale e con la conseguente pretesa che l'eventuale pronuncia di incostituzionalità sortisca effetti (almeno) nel giudizio *a quo*".
- ²⁷ V. M.R. MORELLI, La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta", a seguito di precedente pronuncia monitoria, in AA.Vv., Effetti temporali, cit., 412, il quale sottolinea che "mentre sarebbe inammissibile (in quanto meramente astratta) una questione che risultasse ex ante non rilevante, tale non sembra che vada considerata anche quella la cui soluzione (in relazione al limite temporale dell'accoglimento) ne comporti solo ex post la non influenza nel processo di provenienza".
- ²⁸ In questi termini A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti*, cit., 216, ove è racchiusa una puntuale e meticolosa disamina delle oscillanti posizioni della Corte sul punto.

talvolta, finiscono addirittura per distinguere la sua valutazione a seconda della provenienza della quaestio su sollecitazione della parte o ex officio dal giudice (così rivelando che l'interesse concreto della parte gioca comunque un ruolo importante). Può ricordarsi al riguardo che, in altre occasioni, la Corte ha ritenuto irrilevante la questione in quanto dal suo accoglimento non sarebbe derivata comunque la possibilità di soddisfare la pretesa del ricorrente²⁹, così ponendosi in radicale contrasto con la posizione assunta nella sentenza 10/2015. D'altra parte, se è vero che il giudizio costituzionale può risultare insensibile alle vicende del giudizio dal quale la guestione scaturisce in ragione della "sopravvenienza" di elementi successivi quali la sospensione, la interruzione e l'estinzione del processo principale, è anche vero che nel caso di accoglimento di una questione che valga solo pro futuro e che, conseguentemente, obblighi il giudice a quo a applicare la legge incostituzionale, ciò è determinato non già da un evento successivo alla instaurazione del giudizio, bensì dalla sola decisione della Corte che accerta una incostituzionalità originaria e, però, ne sposta avanti gli effetti. Si potrebbe anzi dire che in tal modo la sicura rilevanza viene confermata (perché si è accertato che la legge era incostituzionale) ma diviene ininfluente ai fini della tutela dei diritti della parte.

In altri termini, anche l'argomento della rilevanza si rivela, a mio avviso, un argomento debole, specie perché isola la questione della rilevanza dalla logica complessiva del giudizio incidentale³⁰ e non tiene adeguatamente conto della posizione della parte che subisce il diretto pregiudizio. Una posizione – quella della parte – che, d'altro canto, risulta puntualmente differenziata proprio sul piano del rapporto tra processo principale e processo costituzionale dalla stessa legge 87/1953. Ed infatti, mentre l'art. 30 della legge in questione prevede la pubblicazione della sentenza che dichiara la illegittimità costituzionale sulla Gazzetta Ufficiale, il precedente art. 29 stabilisce la trasmissione della sentenza costituzionale all'autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio, adempimento, questo, dal quale la giurisprudenza ordinaria fa discendere il decorso

²⁹ V., in questi termini, ord. n. 66 del 2011.

³⁰ Insiste, particolarmente, sul punto R. ROMBOLI, *Natura incidentale*, cit., 613, il quale sottolinea che "il requisito della rilevanza è solamente un aspetto, che certamente non esaurisce l'incidentalità" ed aggiunge che "ritenere la norma dichiarata incostituzionale non efficace nel giudizio *a quo* determina un totale svuotamento del significato della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento della finalità ad essa sottesa".

del termine entro il quale la parte deve riassumere il giudizio³¹, ritenendo irrilevante ai fini della prosecuzione del processo la pubblicazione in via generale disposta dall'art. 30. Un argomento, in più, insomma, che concorre a mettere in evidenza come la mancata differenziazione della decisione ad effetti solo *pro futuro* almeno sulla posizione della parte nel giudizio principale comporti serie distorsioni sulla logica del giudizio incidentale.

Non è poi da sottovalutare il rischio di un inaridimento dell'accesso in via incidentale in relazione al rischio di un difetto di tutela delle posizioni giuridiche che potrebbe scaturire da un simile atteggiamento; e ciò non tanto sul versante dello scarso interesse del giudice, secondo la preoccupazione di kelseniana memoria di recente evocata da molti autori³², quanto piuttosto sul versante dell'interesse delle parti ad affrontare un processo (con i rilevanti costi che oggi comporta) ad alto rischio di tutela effettiva e concreta quando l'azione passi per la dichiarazione di incostituzionalità di una legge che comporta rilevanti effetti di spesa. Un timore, insomma, che l'unica via d'accesso alla giustizia costituzionale si possa, in prospettiva, impoverire a danno, in fin dei conti, dell'ordinamento nel suo complesso, ed al tempo stesso si possa alimentare impropriamente la disinvoltura di un legislatore sovente molto disattento, se non addirittura sprezzante, verso il rispetto dei valori costituzionali.

4.3. Le "vere" ragioni della Corte: condizioni di stretta necessità e tutela dell'integrità complessiva della Costituzione. Le vie d'uscita alternative : a) le difficoltà del ricorso ad una q.l.c. sull'art. 30, co. 2, l. n. 87/1953; b) la proposta di modifica legislativa dell'art. 30, co. 2, l. n. 87/1953

Certo mi rendo conto che di fronte alla straordinarietà della vicenda che, indubbiamente, domina e condiziona la posizione della Corte nella sentenza 10/2015, le vie d'uscita erano limitatissime e che la dichiarazione di illegittimità con effetti sostanzialmente abrogativi abbia evitato

³¹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2616; analogamente Cass. Civ., sez. I, 2 dicembre 2010, n. 24533. Un richiamo a questo profilo nelle considerazioni di F. AULETTA, *La* Robin tax, *la Corte costituzionale e il processo civile*: omnis actor post iudicium tristis, in *www.judicium.it*, 2015, 4.

³² Mi riferisco al noto contributo di H. Kelsen, Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution, in Annuaire de l'Institut International de Droit Public, Paris 1929, 127, richiamato da A. Cerri, Corso di giustizia costituzionale, V ed., Milano 2008, 271, da R. Pinardi, La modulazione, cit., 229,da P. Carnevale, La declaratoria di illegittimità, cit., 399, da F. Modugno, Ancora una riflessione, cit., 456.

il paradosso di un rimedio peggiore dei mali. Così come lo sforzo argomentativo, il tentativo di costruire una "dottrina" del differimento degli effetti sia, in qualche modo da apprezzare, pur con tutte le insufficienze argomentative che mi è parso di individuare. Ed il punto centrale della "dottrina" non risiede nelle deboli ragioni indicate a supporto della decisione, quanto piuttosto nella affermazione contenuta in chiusura, laddove la Corte precisa che «la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal solo giorno della pubblicazione [...] nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali». Sono queste ragioni a rendere possibile, in vista della tutela dell'integrità complessiva della Costituzione e in presenza di condizioni eccezionali, anche l'innegabile arretramento dello stesso principio supremo di difesa e di tutela giurisdizionale che, seppur di regola non bilanciabile, è stato talvolta ritenuto recessivo e suscettibile di restrizioni quando queste si appalesino giustificat[e] da altre norme, o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale»33. Ciò che, invece preoccupa è l'oscillazione successiva, specie quella contenuta nell'ultima della triade di decisioni esaminate (la n. 178/2015) perché uno strumento tanto eccezionale per governare "situazioni di stretta necessità" può, forse, reggere in prospettiva solo se lo si àncora a condizioni rigorose e predeterminate.

D'altra parte una via d'uscita dinanzi a situazioni di questo genere, e con riferimento quanto meno alla posizione della parte nel processo *a quo*, si sarebbe forse potuta ricercare nella dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 30, 2° co, della legge 87/1953, secondo quanto già da tempo auspicato da autorevole dottrina³⁴, anche se, come è stato esattamente osservato³⁵, l'affermazione contenuta nella sentenza 10 secondo cui non è possibile differenziare la posizione della parte rispetto a quella di tutti gli altri soggetti interessati, avrebbe reso, nella specie, inutile il ricorso a questo strumento.

³³ Così, Corte cost., sent. n. 5 del 1965.

³⁴ In questo senso, F. MODUGNO, Considerazioni, cit., 14.

³⁵ V. M. Ruotolo, M. Caredda, Virtualità e limiti., cit., 501.

La strada allora di una modifica legislativa che abbia come oggetto proprio l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 potrebbe rappresentare uno strumento utile a razionalizzare quel potere che, di fatto, la Corte ha ritenuto implicito nelle sue attribuzioni. Un recente progetto di legge, che proprio in questa direzione si muove, suscita non poche perplessità, non solo per la sua portata più ampia, diretta ad investire i poteri istrutori della Corte e ad introdurre forme di "dissenting opinion", quanto piuttosto perché nel prevedere una possibilità di limitazione degli effetti temporali delle decisioni costituzionali, la svincola del tutto dall'aggancio a condizioni rigorose, con il rischio di un autentico stravolgimento del sistema³⁶.

5. La sent. n. 1 del 2014: dal differimento alla neutralizzazione degli effetti. L'assenza di ragioni costituzionali a sostegno dell'autoassunzione del potere di neutralizzare gli effetti pro futuro

Veniamo, ora, brevemente, a quella singolare e del tutto peculiare forma di incisione sugli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dalla quale avevamo preso le mosse, ossia la sentenza n. 1 del 2014 che accerta la illegittimità costituzionale della legge elettorale³⁷. Nella parte conclusiva di questa decisione la Corte ritiene di poter individuare sulla base di una serie di sintetiche osservazioni quali siano gli effetti che la decisione di incostituzionalità produce nell'ordinamento. Si tratta di una circostanza piuttosto singolare tenuto conto che la sentenza è in larga misura di accoglimento secco (relativamente al c.d. premio di maggioranza

³⁶ Sul punto v. le notazioni critiche di A. Turturro, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissenting opinion e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni,* in Forum di Quaderni costituzionali, dicembre 2015, 15 ss., il quale esamina il recente disegno di legge presentato al Senato (A.S. 1952 del 9 giugno 2015) intitolato "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale", e rileva che dal d.d.l. emerga come il giudice delle leggi possa far uso del potere di differimento in presenza «di una mera esigenza di tutela, non altrimenti qualificata, di "altri" principi costituzionali» senza alcun riferimento al presupposto della maggiore incostituzionalità ed al carattere di necessità della scelta della modulazione e della sua stretta proporzionalità.

³⁷ Sulla quale sia consentito rinviare, anche per richiami a dottrina e giurisprudenza, a G. Serges, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Studi in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 2989 ss.

per ciascuna delle due Camere) e, per la parte restante, di accoglimento interpretativo (quando colpisce le disposizioni impugnate "nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati"). La Corte precisa che la propria decisione di annullamento avendo modificato "in parte qua la normativa che disciplina le elezioni...produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere". Subito dopo, la motivazione si preoccupa di chiarire in quale misura gli effetti della decisione debbano essere così intesi, distinguendo nettamente gli effetti pro praeterito rispetto a quelli pro futuro³⁸.

Ouanto ai primi la limitazione della naturale retroattività della sentenza costituzionale viene riconosciuta ascrivendo "gli esiti delle norme impugnate e gli atti adottati dal Parlamento eletto" al novero dei c.d. rapporti esauriti i quali, come è noto, rimangono per intero definitivamente disciplinati dalla legge invalida. Quanto ai secondi, più in particolare, quanto agli "atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali" la Corte richiama il principio di continuità dello Stato in virtù del quale - si afferma - deve considerarsi "fuori di ogni ragionevole dubbio" la circostanza secondo cui "nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali". A sostegno del richiamo al principio di continuità la Corte evoca sia l'istituto della prorogatio (ex art. 61 Cost.), sia la previsione contenuta nell'art. 77, c. 2, Cost., la quale come è noto prevede che le Camere, anche se sciolte, siano riconvocate per la conversione dei decreti-legge. Dunque l'affermazione di una inefficacia assoluta e bidirezionale (per il passato e per il futuro) delle conseguenze della decisione la quale non sarebbe in grado di dispiegare alcun effetto per il passato e consentirebbe, pertanto, all'attuale Parlamento, eletto in forza di una legge di cui è stata accertata la illegittimità costituzionale, di poter continuare ad operare, fino alla scadenza naturale della legislatura, nella pienezza e integrità di tutte le sue funzioni. In realtà, nonostante la perentoria affermazione della Corte che la porta ad asserire che un simile ordine di conseguenze possa essere

³⁸ Per un'ampia analisi critica di questa decisione v. P. Carnevale, La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno alla "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale, in Nomos, n. 3, 2013, 5.

individuato "fuori di ogni ragionevole dubbio", i dubbi che essa suscita sono molteplici ed assai gravi.

Qui, mi pare insomma, che non si tratti per nulla di modulazione o differimento degli effetti temporali quanto piuttosto di una loro assoluta neutralizzazione in virtù della quale la logica dell'intera teorica della modulazione degli effetti risulta inesorabilmente travolta.

Una neutralizzazione che ha contorni del tutto nuovi e che non trova alcun riscontro nell'esperienza precedente.

Difficile, infatti, poter rintracciare un sia pur labile fondamento in una precedente decisione scaturita da un giudizio in via principale con la quale la Corte aveva consentito che una legge di cui era accertata l'incostituzionalità continuasse ad operare fin quando le singole Regioni non avessero adottato la relativa disciplina ritenuta mancante, muovendo dalla esigenza di rimediare al vuoto legislativo che si sarebbe immediatamente prodotto in assenza delle discipline regionali conformi a Costituzione. Difficile perché, in quel caso la Corte è indotta alla protrazione degli effetti di una legge pur invalida sul presupposto del vuoto legislativo, dell'horror vacui, dal quale sarebbe scaturita quella "maggiore incostituzionalità" che, in quel caso, andava a toccare il principio di continuità degli organi costituzionali³⁹. Ma nel caso della legge elettorale la Corte riconosce l'esistenza di una disciplina autoapplicativa all'esito della dichiarazione di incostituzionalità e, pertanto, il timore del vuoto legislativo era da escludere in radice, così come era da escludere in radice l'incidenza sul principio di continuità proprio per la ragione che la perdurante vigenza di una legge elettorale, decapitata della parte incostituzionale, avrebbe pienamente garantito, con il ricorso a nuove elezioni, il principio di continuità. In altri termini, se il richiamo al principio di continuità vale ad escludere la determinazione di effetti di "maggiore incostituzionalità" per il passato ed appare pertanto pienamente giustificato, risponde a ragioni di opportunità, per tutto ciò che concerne il futuro, vale a dire l'attività " a valle" compiuta dagli organi costituzionali che

³⁹ Il richiamo è alla sent. n. 13 del 2004 sulla quale si vedano i contributi di A. Celotto, G. D'Alessandro, *Sentenze additive ad efficacia transitoria e nuove esigenze del giudizio in via principale*, in *Giur. cost.* 2004, 228; P. Milazzo, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e raffina il principio di continuità*, in *Le Regioni*, 2004, 963; R. Dickmann, *La Corte amplia la portata del principio di continuità* (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13), in *www.federalismi. it*, 22 gennaio 2004. Sul rapporto tra rischio del vuoto legislativo e principio di continuità come esigenza di rilievo costituzionale si veda l'ampia trattazione di R. Pinardi, L'horror vacui *nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, spec. 47 ss.

così sono rimasti insensibili agli effetti della declaratoria di incostituzionalità, il principio di continuità sembra invocato del tutto a sproposito, senza, insomma alcun fondamento. Del resto è la stessa Corte a poggiare un simile richiamo su due elementi inconferenti, ossia sulle norme costituzionali che riguardano il perdurare in capo alla Camere di funzioni fino al momento del subentro delle Camere successive (art. 61, comma 2 e 77, comma 2, Cost.) norme che esprimono un'esigenza tanto ovvia quanto rigorosamente circoscritta a quelle due sole ipotesi, certamente non estensibile all'eventualità di Camere di cui è stata sancito definitivamente il vizio relativo al momento della loro nascita.

Insomma la sterilizzazione degli effetti di quella decisione, sia che la si voglia definire in termini drastici come una autentica mostruosità giuridica⁴⁰, sia che, ancor più nettamente, la si voglia qualificare in termini di "usurpazione"⁴¹, non sembra appartenere in alcun modo a quella concezione, costruita in termini di maggior rigore, che la Corte ha poi mostrato di voler adottare una volta posta di fronte a quelle altre e diverse esigenze di differimento degli effetti temporali di cui si è detto. Esprime, in altri termini, una decisione che mira non tanto a garantire la continuità dell'ordinamento (che sarebbe stata, comunque, assicurata) in funzione di evitare effetti di maggiore incostituzionalità, quanto piuttosto a non incidere sugli equilibri politici, a preservare da scossoni i rapporti tra gli organi di decisione politica lasciando ad altri la definizione delle conseguenze che la declaratoria di illegittimità della legge elettorale avrebbe provocato⁴². Si è detto, al riguardo, che la Corte "negando l'esistenza di

⁴⁰ In questi termini G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 27 il quale rileva che "la Corte costituzionale non avrebbe dovuto avallare giuridicamente una simile mostruosità, e se mai tacere sul punto e lasciare che fossero i politici ad assumersi la responsabilità di far continuare la vita di un Parlamento illegittimo costituzionalmente.

⁴¹ Sul punto G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2984, il quale criticando il richiamo al principio supremo della continuità dello Stato, "principio che avrebbe la virtù di giustificare preventivamente ciò che è contrario alla legalità costituzionale" conclude nel senso che la salvezza degli atti successivi alla dichiarazione di incostituzionalità si può racchiudere nella parole "riassuntiva e definitiva" di "usurpazione, parola tanto più appropriata quanto maggiore è l'enfasi della denuncia, contenuta nella sentenza, circa la rottura del circuito democratico, circa l'espropriazione della sovranità degli elettori, ecc."

⁴² Si è di recente sottolineato da parte di G. ZAGREBELSKY, *Relazione introduttiva*, cit., p. 21 un collegamento tra la sentenza n. 10/2015 e la 1/2014 (unitamente ad altre due decisioni: la 24/2014 e la 1/2013) nonostante la diversità delle questioni e tale collegamento andrebbe individuato nella "difesa del *gubernaculum* a discapito della *iurisdictio*", perché

un problema di legittimità del Parlamento in carica pur dopo la declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale, ha caricato sulle spalle delle assemblee rappresentative quello della loro legittimazione politica, conquistabile (ovvero: conservabile) solo grazie al corretto esercizio delle funzioni e alla capacità di aggregare consenso sulle scelte politiche più significative"43. Se non che, a me pare, che così ragionando, facendo slittare dal piano della legittimità a quello della legittimazione il problema di un Parlamento comunque illegittimamente costituito (e che, in quanto tale, dovrebbe aver perso ogni legittimazione), si offre, forse, una giustificazione alla posizione assunta dalla Corte ma si finisce, al tempo stesso, per oscurare quel principio di legittimità costituzionale sul quale è fondato lo Stato costituzionale di diritto. Osservava esattamente Capotosti che "in fondo una legge elettorale non serve soltanto alla trasformazione di voti in seggi, ma conferisce anche la legittimazione all'eletto di operare in nome e per conto dell'organo in cui è stato eletto con poteri tipici" ed aggiungeva che "pro futuro, colui che da questa legge è stato eletto avrà una legittimazione derivante dalle elezioni che, dopo le espressioni durissime usate dalla Corte, da un punto di vista giuridico è venuta meno"44.

Da queste parole dell'Autore alla cui cara memoria queste – certamente inadeguate – considerazioni sono affettuosamente dedicate si può trarre, in fondo, la conferma implicita di quali effetti distorsivi siano derivati dall'autoassunzione del potere di neutralizzare gli effetti della pronunzia di incostituzionalità operata con la sentenza del 2014.

Può allora affermarsi, in conclusione, che il problema della predeterminazione degli effetti delle proprie decisioni ad opera del giudice delle leggi, del loro "dominio" nel tempo, oscillante tra "coraggio" e "avventatezza", tra esigenza di tutela dell'integrità dell'ordinamento ancorate (almeno formalmente) a forme di scrutinio stretto e pericolose inclinazioni ad assecondare mediante questo delicatissimo strumento istanze della dinamica politica, rimanga ancora aperto, ed intorno ad esso si è ancora lontani dal poter esprimere una parola definitiva.

nel caso della sentenza n. 1/2014 "alla giurisdizione è stato sottratto il compito di valutare gli effetti della dichiarazione di illegittimità della legge elettorale sulla vita della legislatura in corso e sulla validità degli atti ad essa compiuti", mentre nella sentenza n. 10/2015 "s'è costruito un ambito d'irresponsabilità nella politica tributaria, insensibile agli interventi della giurisdizione"

⁴³ Così M. Luciani, *Intervento*, in L. Violini (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2015, 73,

⁴⁴ Così, P.A. Capotosti, op. cit., 2.

PATERNALISMO, ANTIPATERNALISMO, COSTITUZIONE

Sommario: 1. Enunciazione delle tesi che saranno sostenute. – 2. Definizioni di paternalismo ed antipaternalismo accolte nel testo. – 3. Giustificazione della definizione di antipaternalismo accolta nello scritto e puntualizzazione circa suoi limiti. – 4. Relazione fra liberalismo e costituzionalismo. – 5. Relazione fra liberalismo ed antipaternalismo. – 6. Relazione fra costituzionalismo ed antipaternalismo. – 7. Argomenti giuridici costituenti fondamento dell'ispirazione antipaternalista della nostra costituzione. – 8. Verificabilità della tesi circa il rapporto fra antipaternalismo e principî costituzionali. – 9. Replica ad una critica di fondo mossa all'ispirazione antipaternalistica della nostra costituzione.

1. Enunciazione delle tesi che saranno sostenute

Anche ai fini di una miglior comprensione della motivazione che sarà prospettata a sostegno dell'opinione che sarà avanzata nelle pagine future può risultare opportuna l'enunciazione delle tesi che si svolgeranno nel prosieguo.

Anzitutto esiste una concezione di natura etico-politica, che è definibile quale paternalismo, la quale ha una ricaduta sul versante giuridico. Su questo versante sussiste anche una concezione definita quale antipaternalismo giuridico, che è in antitesi alla versione giuridica del paternalismo in termini che necessitano di una puntualizzazione.

In secondo luogo sussiste, a parere di una consistente dottrina (alla quale si accoda chi scrive), una relazione logica fra l'antipaternalismo giuridico e la filosofia politica liberaldemocratica. Alla base di entrambe queste concezioni sta una certa configurazione del valore di libertà, che fonda la correlazione logica fra le stesse.

In terzo luogo si esporrà la tesi secondo cui sussiste un nesso logico fra la filosofia liberaldemocratica ed il costituzionalismo dei secoli più recenti, il quale ricomprende anche la nostra costituzione.

GLADIO GEMMA

Infine sarà prospettata, quale conclusione del discorso condotto in precedenza, la tesi secondo cui la nostra costituzione recepisce la concezione dell'antipaternalismo giuridico. Ciò significa che l'interpretazione delle norme costituzionali (*in primis* di quelle relative alla libertà fisica dell'individuo, ma non solo di quelle), dovrà assumere quale fattore argomentativo l'antipaternalismo in oggetto.

2. Definizioni di paternalismo ed antipaternalismo accolte nel testo

Come anticipato il primo passaggio è costituito dalla (scelta della) definizione di paternalismo ed antipaternalismo giuridico e quindi dalla ricostruzione di concezioni e di implicazioni della definizione prescelta.

Senza ripercorrere le vicende del concetto di "paternalismo" nell'ambito politico, sociologico, nonché filosofico¹, si può assumere un duplice dato, da cui prendere le mosse. La concezione paternalista assume quale modulo di base il rapporto (di benevolenza) fra padre e figlio, con estensione dello stesso alla relazione fra governanti e sudditi² oppure a quelle fra datori di lavoro e lavoratori oppure a certe relazioni di ordine professionale (come nell'ipotesi del rapporto: medico-paziente)³. In secondo luogo, sussistono due elementi costitutivi del paternalismo: l'esercizio di potere di un soggetto nei confronti di un altro e la finalità, perseguita dal primo, di evitare che il secondo ponga in essere azioni od omissioni che comportino un suo danno (di natura fisica od altro) o un aumento del rischio di danno⁴.

- ¹ Per un quadro storico documentato, v. E. Diciotti, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, 557 ss.
- ² Sul richiamo dell'"atteggiamento (benevolente) del padre verso i figli «minori»" come fattore di legittimazione dello stato autoritario dei secoli passati, v. N. MATTEUCCI, Voce *Paternalismo*, in N. Bobbio, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Torino 2004, 693 ss. (le parole virgolettate si trovano a 693).
- ³ Su tale estensione, v., a titolo indicativo, E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 558, 559; M. ALEMANY, *El concepto y la justificación del paternalismo*, in *Doxa*, 28, 2005, 273 ss.
- ⁴ Riprendiamo, pur senza una corrispondente traduzione letterale nel testo, le parole del giurista spagnolo, citato in nota precedente: "El agente A ejerce paternalismo sobra B si y sòlo si: 1) A ejerce poder sobra B, 2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omissiones que le dañan a si mismo y/o le supponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños di tipo fisico, psiquico o economico)": cfr. M. Alemany, El concepto, cit., 273. Comunque tale duplicità di elementi costitutivi del paternalismo è oggetto di communis opinio di dottrina italiana e straniera. V., a titolo indicativo, E. DICIOTTI, Paternalismo, cit., 559 ss.; G. Maniaci, Contro il paternalismo, Torino 2012, XI ss.; nella dottrina spagnola,

Una definizione di paternalismo (giuridico) che si limitasse semplicemente ai due anzidetti fattori costitutivi, senza ulteriore specificazione. sarebbe però difettosa ed inadeguata in quanto troppo estensiva. Infatti una definizione che ricomprenda disparati fenomeni, riconducibili a differenti radici culturali, non è falsa – poiché nell'attribuzione di significato ad un termine non c'è un'antitesi di vero o falso, bensì una ragione di convenienza descrittiva di oggetto – ma è...per definizione non conveniente in quanto inidonea a rappresentare in modo efficace una realtà descritta. Nel caso in esame, posto che sulla necessità di interventi atti ad impedire a soggetti incapaci di intendere o di volere di procurarsi (gravi) danni tutti concordano, il paternalismo costituirebbe un orientamento comune a pensatori, pur assolutamente contrapposti circa interventi coercitivi su soggetti pur nel loro interesse: per esemplificare sarebbero paternalisti tanto Filmer⁵ quanto I.S. Mill⁶. La distinzione fra i diversi autori si ridurrebbe ad una mera differenza quantitativa, cioè di una giustificazione della liceità di una più o meno ristretta gamma di interventi paternalisti. Al contrario riteniamo opportuna una definizione di paternalismo (giuridico) che consenta di ben differenziare non solo la sfera quantitativa di intervento nell'interesse altrui (senza consenso dell'interessato), ma anche – il che è ancor più significativo – la diversità di concezioni filosofico-politiche, che sta alla base della gamma più o meno ampia (o ristretta) delle interferenze motivate dal perseguimento dell'interesse altrui7.

Il tentativo di tracciare una bipartizione fra il paternalismo e l'anti-

oltre il citato scritto di Alemany, v. E. Garzón Valdés, *Es éticamente justificable el paternalismo jurídico*, in *Doxa*, n. 5, 1988, 155; M. Atienza, *Discutamos sobre el paternalismo*, in *Doxa*, n. 5, 1988, 203 ss.; nella dottrina americana, v. J. Feinberg, *Filosofia sociale*, Milano 1996, 82 ss.

- ⁵ Come è noto, Filmer è l'autore rappresentativo e simbolico della concezione paternalista autoritaria: di questo autore, v. il libro famoso *Patriarca o il potere naturale dei re*, riportato nel volume di J. Locke, *Due trattati sul governo*, Torino 1960, 449 ss.
- ⁶ J.S. Mill è, come risaputo, il pensatore emblematico della concezione, che tende a circoscrivere, al massimo grado, la sfera di intervento dello Stato od altri soggetti finalizzati ad impedire comportamenti di individui dannosi (solo) agli stessi: di Mill l'opera più rilevante in argomento è *Saggio sulla libertà*, Milano 1999, soprattutto 64 ss.
- ⁷ Consegue da quanto sostenuto nel testo che riteniamo necessario prospettare una portata ristretta della nozione di paternalismo, ritenendo utile la bipartizione fra paternalismo forte e paternalismo debole (sul "paternalismo fuerte...y paternalismo debil" v. M. ALEMANY, El concepto, cit., 286), se riferita ad una distinzione sostanziale di due orientamenti, ma non condividiamo la terminologia impiegata, preferendo limitare il termine "paternalismo" solo all'accezione forte, e ricondurre all'antipaternalismo le ipotesi invece incluse da detta dottrina nel paternalismo debole.

GLADIO GEMMA

paternalismo sia sul piano etico che giuridico sulla base di quanto detto poc'anzi deve peraltro scontrarsi con qualche difficoltà dovuta alle seguenti cause.

Anzitutto non esiste una corrente che si dichiari fautrice del paternalismo nel senso "forte", cioè più estensivo. Infatti può ben convenirsi con la tesi secondo cui "la ideologia dominante nei paesi industriali è chiaramente antipaternalista" dato "il valore accordato all'autonomia individuale, alla democrazia" e che sussiste una "emotività normalmente sfavorevole del termine [paternalismo] nel linguaggio ordinario". Sicché si verifica che ci sono autori che o "non sono pienamente consapevoli di essere paternalisti, cioè non accettano...di essere poco liberali" oppure, pur sapendo "di essere paternalisti...sanno che il valore dell'autonomia individuale rappresenta, almeno in Occidente, un macigno difficilmente superabile sulla strada dei paternalisti". Pertanto mancano un'autoqualificazione da parte dei sostenitori del paternalismo nel senso qui accolto e quindi la motivazione ed il contenuto sostanziale di tale indirizzo di pensiero.

Inoltre la divergenza di opinioni di paternalisti o loro avversari non appare in termini così netti e radicali da consentire una agevole ricostruzione dell'una o dell'altra posizione. Se è consentita una similitudine, in una certa fase storica la contrapposizione fra sostenitori ed avversari del liberismo era netta: i primi erano fautori di una netta prevalenza dell'area economica da riservare al mercato, i secondi (soprattutto nell'ambito del socialismo, sia pur in diverse versioni), propugnavano una prevalenza, pur con differenti modalità (nazionalizzazione di imprese, programmazione economica), della sfera pubblica. Oggidì, in Occidente, superato il liberismo anarchico e la fiducia nello statalismo economico, c'è un avvicinamento (pur senza una totale convergenza) fra le contrapposte opinioni sul ruolo del mercato nell'economia ed è quindi un po' meno agevole tracciare una linea di demarcazione assai netta fra opposti indirizzi. Così dicasi dell'antitesi: paternalisti ed antipaternalisti, posto che i primi non si rifanno nettamente alle teorie di Filmer ed i secondi, sulle orme di J.S. Mill (per richiamare gli autori simbolici), ritengono che sussistano più ipotesi che giustifichino un

⁸ Per riprendere, pur con il dissenso espresso, la terminologia richiamata nella nota precedente.

⁹ Le parole virgolettate nel testo costituiscono la traduzione delle espressioni di M. Alemany, *El concepto*, cit., 266, 267.

¹⁰ Cfr. G. Maniaci, Contro il paternalismo, cit., 53.

intervento di soggetti (e dello Stato *in primis*) a tutela di altri nel loro interesse e senza il loro consenso¹¹.

Infine, in presenza del quadro non definito tracciato in precedenza, e data la possibile influenza dell'emozionalità anche nella ricostruzione dei concetti nella materia in oggetto, si profila il rischio di una definizione (soprattutto) del paternalismo in termini valutativi e non descrittivi. Cioè esiste il rischio che si ricostruisca il concetto di paternalismo in termini pregiudizialmente sfavorevoli, con ciò violando quel canone che impone di operare in due tempi: dapprima ricostruire i fenomeni ed i concetti, che li ricomprendono, in modo neutrale e descrittivo e, solo in un secondo momento, procedere ad una valutazione (sfavorevole) verso il *quid* ricostruito¹².

Comunque sia, pur in presenza delle difficoltà cui s'è accennato poc'anzi e dinanzi alla giusta raccomandazione di non fornire una definizione valutativa (e perciò squalificante il paternalismo sul piano etico-politico), riteniamo che sussista una proposta definitoria di una dottrina giusfilosofica, la qual proposta può, con qualche precisazione, essere ritenuta valida, in quanto presenta i requisiti che ben distinguono indirizzi culturali contrapposti e senza implicare squalifiche morali, come si cercherà di dimostrare. Più esattamente, si configura quale "paternalismo giuridico la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare

Nel caso del paternalismo questo possibile rischio è messo in luce da una dottrina spagnola: v. M. Alemany, *El concepto*, cit., 267-268, il quale mette in guardia dalla tentazione di dare una definizione negativa del concetto di paternalismo e poi di giudicare negativamente condotte umane in quanto indotte dal paternalismo che "par definiciòn està injustificado". Sull'opportunità di evitare definizioni valutative del paternalismo, v. pure M. Atienza, *Discutamos sobre paternalismo*, cit., 204.

¹¹ È stata coniata la felice formula di "antipaternalismo giuridico moderato" (cfr. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 4 ss.) per differenziare questa versione da quella più radicale, libertaria e minoritaria manifestatasi all'estero (sul libertarismo, v. cenni in I. Feinberg, *Harrm to others*, I, New York 1984, 15 ss.

¹² Sempre ricorrendo alla similitudine tratta dall'economia, si può benissimo criticare il liberismo per i suoi effetti sociali, ma solo dopo aver dato una definizione non valutativa del liberismo, mentre sarebbe scorretto culturalmente definire quest'ultimo quale sistema, che si sostanzi nello sfruttamento dei lavoratori da parte dei datori di lavoro e poi sottoporlo all'ovvia valutazione critica, anzi condanna.

GLADIO GEMMA

al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico"¹³. In contrapposizione si delinea l'antipaternalismo giuridico, la cui versione più rispondente all'opinione diffusa¹⁴ e più ragionevole è costituita dal già citato antipaternalismo moderato. Si tratta della concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o chi da esso autorizzato, "non ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto" nell'interesse del medesimo, "se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto...di compiere attività pericolose e/o dannose, si sia formata in modo razionale, e sia espressa da persona capace di intendere e di volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive"¹⁵.

Schematizzando, secondo la definizione di antipaternalismo giuridico qui condivisa, lo Stato (o chi da esso autorizzato) non può impedire nel presunto interesse di un individuo, atti od attività del medesimo, se l'individuo intenda agire con libertà da pressioni coercitive, con informazioni sulle conseguenze, con stabilità dei desideri nel tempo, con razionalità.

3. Giustificazione della definizione di antipaternalismo accolta nello scritto e puntualizzazione circa suoi limiti

Come s'è in precedenza, e di sfuggita, anticipato, la definizione qui accolta ha, pur con qualche specificazione, una sua validità. Cerchiamo di dimostrare, nelle pagine seguenti, quale è la ragione della concezione antipaternalista seguita, quale specificazione sembri necessaria e per quale motivo essa non risulti una ricostruzione puramente normativa (e meramente polemica), bensì possa, pur se criticabile, non essere moralmente squalificata.

A) Due ordini di considerazioni possono suffragare la definizione di antipaternalismo qui accolta.

¹³ Cfr. G. Maniaci, Contro il paternalismo, cit., 2.

¹⁴ Si precisa che si ritiene opportuno inquadrare nell'antipaternalismo giuridico (moderato) anche autori che, impiegando una definizione più estensiva di paternalismo si autoqualificano quali fautori di un paternalismo *soft*, ma che, sostanzialmente, sono in sintonia con chi si professa antipaternalista moderato: sul punto, v. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 5.

¹⁵ Cfr. G. Maniaci, Contro il paternalismo, cit., 3.

Da un lato, non solo è razionale nel cogliere la volontà degli individui relativa ad atti od attività andando oltre, ed anche contro, la manifestazione esteriore e formale dell'intenzione degli interessati¹⁶, ma è anche opportuno, con il vincolo di cui si dirà, soddisfare al massimo grado le esigenze degli esseri umani. E' un dato di esperienza comune, confermato scientificamente dalla psicologia (intesa in senso lato del termine), che gli individui hanno molte contraddizioni e fra queste spesso contrasti fra desideri e decisioni (adottate o) che si vogliono realizzare. Ora paiono giustificati, in presenza di desideri che esprimono inequivocabilmente le preferenze (consapevoli o meno) degli individui, interventi funzionali alla loro più autentica volontà.

Tale tesi è confortata anche da un complesso di riflessioni (con relativo dibattito) circa la possibile duplicità e contraddittorietà di desideri e preferenze, la configurabilità di un duplice "io" o di una volontà presunta, ipotetica, ecc.¹⁷. Senza poterci diffondere su queste riflessioni (anche, ma non solo, per carenza di competenza dello scrivente), riteniamo che si possa registrare una tendenza di consistente cultura filosofica a ricostruire la rilevanza di una volontà sostanziale ed inespressa di cui tener conto anche in contrasto con la manifestazione formale di volontà dei soggetti interessati.

Dall'altro lato, la definizione in oggetto (ed accolta) risponde ad un'esigenza fondamentale.

Allorché si configura un potere di soggetti (pubblici o privati) su altri è necessario circoscrivere detto potere onde prevenire un esercizio arbitrario. Questo canone generale è ben valido anche nel caso specifico delle interferenze nell'altrui interesse. In fondo il senso dell'antipaternalismo, che ci pare cogliere nei suoi fautori, e che, comunque, deve valere logicamente, non è tanto la delimitazione della portata dei desideri e della volontà dei beneficiari, quanto la prevenzione di un esercizio arbitrario di un potere su altri sulla base di una motivazione pretestuosa, cioè

Con un *flash*, si può ricordare un dato, tratto dal diritto privato, che è incontrovertibile nell'opinione comune morale e politica. Qualora, in atti giuridici, come, ad esempio, in contratti, si riscontrasse un vizio della volontà (formalmente manifestata) di un contraente – cioè la presenza di un errore, di dolo o di violenza morale – si verificherebbe una causa di annullamento in quanto non sussisterebbe una volontà effettiva del soggetto. Nell'esperienza giuridica e nella *communis opinio* deve prevalere la vera, sostanziale, volontà di soggetti in contrasto con una manifestazione di segno contrario.

Per queste riflessioni, nonché sulle discussioni che ne sono seguite, v. E. DICIOTTI, Paternalismo, cit., 578 ss., con una rassegna della letteratura (soprattutto americana) in materia.

sull'invocazione dell'interesse altrui senza un'attendibile ricostruzione oggettiva e con il reale pericolo che chi agisce persegua piuttosto un proprio interesse (non necessariamente di natura fisica od economica, ma di carattere ideologico). In altri termini, la preoccupazione che ha mosso o che deve muovere l'antipaternalismo è la delimitazione non del bene da tutelare – desideri e volontà (inespressa) altrui – bensì della discrezionalità, anzi arbitrarietà di valutazione del bene che può giustificare l'interferenza nella vita altrui¹⁸.

Si sottolinea che tale percorso logico, volto non all'esclusione di beni da proteggere, bensì alla configurazione rigorosa dei termini di protezione dei beni onde impedire arbitrî, si riscontra frequentemente sia nel diritto in generale¹⁹ sia nel diritto costituzionale in modo specifico. In questo ultimo ambito, può assumersi come *test* la vicenda della delimita-

¹⁸ Non ci possiamo soffermare diffusamente su quanto sostenuto nel testo. Ci limitiamo ad osservare che in numerosi scritti di autori antipaternalisti (v., in primis J.S. Mill, Saggio, cit., 87 ss., 119 ss., J. Feinberg, Filosofia, cit., 82 ss., per citarne alcuni), viene rifiutata quella che uno studioso ha denominato "dottrina dell'autonomia come sovranità assoluta" dell'individuo (cfr. E. Diciotti, Preferenze, autonomia, paternalismo, in Ragion pratica, 24, 2005, 113), ma nel contempo viene configurata ampiamente una sfera di involontarietà di atti, nella quale appare lecita un'interferenza dello Stato (o di altri soggetti), per tutelare un soggetto da se stesso quando la volontà formalmente manifestata appare assai dannosa per il medesimo. Per limitarci a qualche flash, ha affermato J.S. Mill che la sua teoria non è "una dottrina ispirata ad egoistica indifferenza secondo la quale la vita di ciascuno non è affare degli altri e gli uomini non devono preoccuparsi del benessere reciproco", sostenendo che anzi gli individui "dovrebbero sempre stimolarsi a esercitare maggiormente le facoltà più elevate verso scopi e pensieri, saggi e non insensati, nobilitanti e non degradanti" (cfr. J.S. Mill, Saggio, cit., 87). Ciò che viene precisato è che, al fine dianzi accennato, di regola è l'autonomia di scelta lo strumento funzionale a detto scopo, poiché "ciascuno è la persona maggiormente interessata al proprio benessere" e, di norma, "l'uomo o la donna più ordinari hanno mezzi di conoscere i propri sentimenti e la propria condizione...superiori a quelli di cui può disporre chiunque altro" (op. cit., 87-88). Soggiunge poi I. FEINBERG, che "Mill non ha lasciato dubbi sul fatto di non intendere" la sua tesi come applicabile a "scelte completamente involontarie" e che non "dovremmo aspettarci che l'individuo antipaternalistico neghi protezione ad una persona dalle sue scelte non volontarie, perché, nella misura in cui non sono volontarie, esse sono estranee a quella persona come lo sono le scelte dei terzi" (cfr. J. Feinberg, Filosofia, cit., 87). Al che va aggiunto che il filosofo in oggetto, nelle successive pagine dello scritto citato, richiama, per la valutazione della liceità o meno di un'interferenza di un soggetto pubblico o privato nell'interesse altrui, concetti come presunzione o prove che denotano l'intento di configurare la garanzia antipaternalista più in termini di criteri (severi) di accertamento dell'involontarietà che non di limitazione sostanziale di quest'ultima.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, all'impiego sia nella legislazione che nella giurisprudenza di clausole generali nel diritto sub-costituzionale ed all'opera di definizione della portata delle medesime.

zione di diritti sanciti del testo costituzionale indotta dal riconoscimento in via interpretativa di interessi pubblici o altri diritti. Pur in presenza di un rischio di menomazione dei diritti testualmente riconosciuti, si è proceduto ugualmente al riconoscimento di interessi e diritti antagonisti verso i primi, mirando piuttosto a configurare limiti...alla delimitazione, cioè canoni atti alla salvaguardia dei connotati essenziali dei diritti espressamente sanciti come la necessità o la proporzionalità della limitazione oppure la preservazione del contenuto essenziale²⁰.

In sintesi, nel caso dell'antipaternalismo giuridico e della ricostruzione di preferenze e desideri inespressi la linea direttiva da seguire non consiste nella delimitazione della sfera dell'involontarietà, bensì nella determinazione dei criteri per l'accertamento (che sia il meno controvertibile possibile) dei confini della sfera dell'involontarietà.

B) Sulla base di quanto poc'anzi scritto, la definizione di antipaternalismo giuridico qui accolta appare valida, ma nel contempo alimenta un dovere culturale in coloro che la fanno propria, cioè quello di rendere sempre più oggettivi i requisiti dell'involontarietà legittimante interferenze contro manifestazioni espresse di volontà e di restringere, in quanto possibile, la sfera di opinabilità di valutazioni. A tal fine, proponiamo un duplice criterio, che vale con riferimento particolare ad un requisito della volontarietà (e di conseguenza la mancanza di essa può denotare l'involontarietà), cioè alla razionalità delle decisioni (e quindi delle azioni), ma può intrecciarsi, in qualche modo, con gli altri requisiti, che in prima battuta appaiono dotati di maggior oggettività e perciò di più agevole verificabilità.

Anzitutto, assunto che sono ritenute lecite (anche nella prospettiva antipaternalistica) azioni che appaiono in funzione della tutela della libertà di scelta futura del soggetto passivo è necessario individuare quale sia l'oggetto di questa libertà di scelta da tutelare e quale consistenza abbia la interferenza dell'impedimento.

La libertà di scelta futura, se consideriamo una giusta indicazione della dottrina antipaternalista, riguarda non singole azioni di un soggetto, ma un suo progetto di vita. Per riprendere icastiche parole, si è detto che l'autonomia individuale è "il potere...di realizzare, nei limiti umanamente possibili, il piano di vita che corrisponde ai nostri ideali, alle nostre

²⁰ Per questi canoni attinenti al bilanciamento (ed alla limitazione) dei diritti costituzionali, v., a titolo indicativo, A. MORRONE, Voce *Bilanciamento Giustizia costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, t. 2, 2007, soprattutto 196 ss.

preferenze"²¹ e che non si deve impedire "a ciascun individuo di svolgere il piano di vita che ha scelto per se"²². Tali espressioni trovano poi la radice già nelle parole dell'esponente storico dell'antipaternalismo, allorché questi ha affermato che "nessuno, e nessun gruppo, è autorizzato a dire ad un adulto che per il suo bene non può fare della sua vita quel che sceglie di fare"²³. Quindi la libertà, che interessa, non riguarda singole azioni, ristrette attività, ma "piani di vita", quindi aree assai vaste della condotta di un individuo.

Se guesto è il senso della libertà di scelta di un individuo può dedursi che sia lecita l'adozione di misure limitative della condotta individuale che garantiscano la possibilità di scegliere "piani di vita" con una compressione minima dell'autonomia di un soggetto. Vale a dire, mentre è inammissibile la regola – non vigente in Occidente ma esistente in ordinamenti illiberali – secondo la quale un genitore può impedire il matrimonio di una figlia (o può, ipotesi inversa, imporlo), poiché in tal caso viene menomata la libertà di scelta di un "progetto di vita", sembra ben ammissibile una misura di momentanea (si sottolinea, momentanea) coercizione per garantire una più ampia libertà ed autonomia nella vita futura di un individuo. Si possono addurre due esempi per la giustificabilità di misure, ben poco limitative, di libertà funzionali ad assicurare una ben più ampia libertà e quindi non solo vantaggiose per il soggetto passivo, ma rispondenti ad una sua effettiva (pur se presunta) volontà²⁴: la previsione di procedure di accertamento preventivo di una reale volontà²⁵ e la previsione dell'obbligatorietà del casco per conducenti di motoveicoli²⁶. Orbene, nelle ipotesi in oggetto, sussiste una ben circoscritta, minima,

Sono possibili, ma si omettono in questa sede, altre citazioni.

²¹ Cfr. G. Maniaci, Contro il paternalismo, cit., 76.

²² Cfr. G. Maniaci, Contro il paternalismo, cit., 98.

²³ Cfr. J.S. MILL, Saggio, cit., 87.

²⁴ Si può sostenere che un individuo che non desideri assolutamente l'assoggettamento a dette misure poco limitative della sua libertà ma funzionali ad una sua ben più ampia ed importante libertà, si trova in una condizione di "incompetencia basica", cioè "en ese momento non està en condiciones de comprender el alcance" della misura protettiva (per usare le parole di E. Garzón Valdés, ¿Es èticamente justificable, cit., 165).

²⁵ Per la giustificazione, nella prospettiva antipaternalista, della previsione di procedure di accertamento, cioè di una "interferenza dello Stato volta semplicemente ad accertare che la volontà dell'agente di compiere...azioni dannose/pericolose non sia «viziata»", v. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 92 ss. (e le parole virgolettate si trovano alla pagina 99).

²⁶ Sul tema v. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 41 ss. (pur se, sul punto, non ci sentiamo di condividere la posizione dell'A.).

interferenza statale che è però funzionale all'assicurazione di una ben più ampia libertà ed è la soddisfazione di desideri e preferenze (in futuro) di colui che è destinatario della misura: subire un temporaneo vincolo procedurale o dover indossare un casco è ben poca cosa in confronto con una grave ed invalidante menomazione fisica, che comprometta rilevanti scelte di vita.

In secondo luogo, e ciò non sembra meno rilevante, devono seguirsi canoni rigorosi per la ricostruzione dei benefici delle interferenze e quindi della inespressa, presumibile, vera volontà del soggetto passivo. Anche su questo versante ci sono spunti validi nella dottrina antipaternalista.

C'è un primo, fondamentale, canone costituito dall'impiego di valutazioni di ordine empirico, suscettibili di verificabilità non arbitraria, bensì oggettiva (pur con l'inevitabile relatività di questo requisito dell'oggettività). Più esattamente, desideri e preferenze costituenti una volontà inespressa (anche a dispetto della volontà apparente manifestata) possono essere oggetto sì di presunzioni, purché queste ultime "siano basate... su serie indagini empirico/statistiche"²⁷. In altri termini deve operare il canone della scientificità con la possibilità di comprovare, con procedimenti logico-empirici, dati pur contrastanti con l'apparenza e di confutare osservazioni arbitrarie fondate solamente "su considerazioni metafisiche o ideologiche mascherate"²⁸.

Esiste poi un canone, che deriva da quello precedente. Più esattamente si tratta dell'indice dell'intersoggettività, cioè dell'accordo di valutazione delle presunzioni pur in presenza di ben divergenti orientamenti filosofici od etici. Per esemplificare, riteniamo che sussista una opinione condivisa da tutti (o quasi tutti) circa il desiderio di vivere in condizioni normali (e con possibilità di essere felici) e che, di conseguenza, non sia in contrasto con la volontà (reale ed) inespressa di una persona l'impedimento di un suo suicidio indotto da una delusione amorosa; sempre

²⁷ Cfr. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 99. Si rinvia, per ulteriori puntualizzazioni, allo scritto citato: v. op. ult. cit., 99, 100, nota 65.

²⁸ Cfr. G. Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 99. Richiamando un'esemplificazione dell'A., si può sostenere che un'inchiesta statistica incrociata fra comportamenti di persone sane di mente oppure affette da disturbi della personalità rivelerebbe che la tendenza all'automutilazione sarebbe propria solo delle seconde, sicché atti volti ad impedire un'automutilazione non avrebbero natura paternalistica e non sarebbero frutto di ideologie mascherate, poiché sarebbero lesive non di una volontà effettiva e razionale, bensì di una perturbazione che obnubila la mente di un soggetto. Ben altrimenti dovrebbe dirsi di un impedimento di un matrimonio nell'interesse di un nubendo sano di mente.

nell'ambito della rinunciabilità della vita riteniamo che sia scientificamente infondata, e perciò solo ideologica, la convinzione secondo cui un individuo in situazione di grave ed irrimediabile sofferenza in uno stato avanzato di malattia ad esito mortale desideri vivere in siffatto stato di sofferenza.

C) Ricapitoliamo le conclusioni cui siamo pervenuti in precedenza e mostriamo che le definizioni di paternalismo ed antipaternalismo accolte non implicano una valutazione moralmente negativa di una delle posizioni in campo.

Abbiamo ritenuto che si configuri un paternalismo giuridico allorché si ritenga ammissibile una limitazione della libertà di un individuo nel suo interesse, prescindendosi (anche) da una sua volontà, pur espressa con informazione, assenza di coercizione, e con razionalità, e, più concretamente, anche giustificandosi interventi che precludono scelte di vita sulla base di valutazioni non di ordine scientifico, ma di natura "metafisica od ideologica". In senso contrario, l'antipaternalismo si sostanzia nel dovere o comunque nel potere di rispettare la volontà effettiva di un soggetto (anche se tale volontà sia inespressa e perfino contraria ad una manifestazione formale in senso contrario) e quindi implica la liceità di interventi a vantaggio altrui solo se questi non garantiscano una libertà di scelte di vita e sulla base di valutazioni di ordine scientifico.

Tale duplice definizione ci sembra descrivere la duplicità di atteggiamenti verificatisi dinanzi a certi problemi relativi alla liceità o meno di interventi coercitivi nell'interesse di soggetti. Più esattamente, se ci riferiamo a certe vicende, che hanno registrato una contrapposizione fra bioetica "cattolica" e "laica"²⁹, possiamo notare che si delinea un'alternativa di paternalismo ed antipaternalismo nei termini poc'anzi configurati circa la soluzione di alcuni rilevanti problemi, quali la liceità o meno della cessazione della vita puramente vegetativa, l'eutanasia o la sterilizzazione volontaria. Può definirsi paternalista l'orientamento volto a legittimare l'obbligo del mantenimento in vita di chi non desideri un'esistenza in certe condizioni o il divieto di un'alterazione del corpo funzionale ad un certo tipo di libertà sessuale, mentre può definirsi antipaternalista l'orien-

²⁹ Assumiamo per convenzione questa terminologia, ben sapendo che c'è chi nega che essa sia valida come contrassegno delle posizioni etiche in contrasto e pur ritenendo necessarie delle precisazioni (che qui si possono omettere): v., sulla tematica G. Fornero, *La questione teorica e la nuova fase del dibattito*, in G. Fornero, M. Mori, *Laici e cattolici in bioetica: storia e teoria di un confronto*, Firenze 2012, 81 ss.

tamento favorevole al riconoscimento della libertà di rinuncia alla vita³⁰ o di sterilizzazione volontaria.

Ouanto detto poc'anzi non implica che in tutte le ipotesi in cui si dibatta sulla liceità o meno di una misura coercitiva nell'interesse del destinatario sussista sempre una posizione concorde all'interno dell'indirizzo paternalista o di quello antipaternalista, ben verificandosi casi in cui si registra un dissenso all'interno della medesima corrente³¹. Si aggiunga poi, onde rilevare un ulteriore motivo che può far comprendere una divergenza di soluzioni, che sussistono ipotesi in cui misure coercitive mirano ad impedire azioni od attività dannose ad un individuo ed altre nelle quali si mira ad impedire azioni od attività di terzi, con l'effetto indiretto di limitare la libertà di un soggetto pur beneficiario. Si tratta dei casi che sono denominati dalla dottrina "paternalismo indiretto"³² e dei quali costituiscono esempi il divieto di produzione od importazione di stupefacenti (nonché la previsione di sanzioni per lo spaccio) oppure il divieto per farmacisti di vendere certi farmaci senza ricetta³³. Tali categorie di misure appaiono giustificate nell'ottica dell'antipaternalismo giuridico in quanto sono funzionali alla tutela di interessi anche di persone che potrebbero non essere consapevoli (od addirittura di ridotta capacità di intendere e di volere), e quindi sono in perfetta armonia con la filosofia antipaternalista³⁴.

- Onde prevenire una critica, peraltro nettamente infondata, si rileva che la rinuncia consapevole e razionale ad un vita senza dignità o assai sofferta è pur sempre una scelta di vita ed il suo impedimento costituisce l'imposizione non solo di un divieto ma anche di un modo di programmazione della propria esistenza pur se essa sia di ordine negativo. È superfluo rilevare che una scelta di ordine negativo è pur sempre un'opzione simile a quella di ordine positivo: ad esempio la scelta da parte di un religioso di non contrarre matrimonio ha una valenza ed una portata simili alla decisione di sposarsi.
- ³¹ Tanto per esemplificare si può citare una divergenza circa la liceità o meno dell'imposizione di cinture di sicurezza: v., per contrarie posizioni sul tema, M. ATIENZA, *Discutamos*, cit., 211-212, e E. GARZÓN VALDÉS, *Sigamos discutendo sobre el paternalismo*, in *Doxa*, n. 5, 1988, 217, 218.
- ³² Per questa tipologia di ipotesi, v. M. Alemany, *El concepto*, cit., 286; E. DICIOTTI, *Preferenze*, cit., 100. Si precisa che tale terminologia di "paternalismo indiretto" è propria degli autori menzionati, i quali impiegano un'accezione più ampia del concetto di paternalismo, mentre, in base alla definizione accolta nel testo, detta espressione non può essere accolta ed anche le ipotesi menzionate possono essere ricondotte all'antipaternalismo giuridico.
- ³³ Per l'indicazione di questi esempi specifici v. M. Alemany, *El concepto*, cit., 286 (soprattutto circa le sanzioni per la vendita di sostanze stupefacenti), e E. Diciotti, *Preferenze*, cit., 100 (per entrambe le ipotesi di divieto).
 - ³⁴ Ovviamente lo Stato ha facoltà, non obbligo, di adottare le misure costituenti il

Sulla base di quanto scritto può verificarsi ora perché le definizioni accolte di paternalismo ed antipaternalismo giuridico non hanno una valenza di giudizio morale, negativo o positivo. Infatti la posizione paternalista, analogamente a quella antipaternalista, può avere alla radice un intento umanitario, cioè realizzare al meglio il bene altrui. Alla base della divergenza fra i due orientamenti c'è una diversa valutazione del peso da attribuire alla volontà ed alla libertà degli individui circa la tutela dei proprî interessi. Però, detto in termini assai concisi, mentre la coercizione e la compressione della libertà altrui per un utile proprio possono ritenersi moralmente illecite, la stessa interferenza nell'interesse del soggetto passivo della medesima può essere (e lo è a parere di chi scrive) criticabile, ma non è affatto moralmente illecita avendo anch'essa una ragione giustificatrice di natura altruistica.

4. Relazione fra liberalismo e costituzionalismo

Venendo ora a definire il rapporto fra costituzionalismo ed antipaternalismo giuridico, si cercherà di dimostrare l'esistenza di una triplice relazione storica o logica fra: a) liberalismo e costituzionalismo; b) liberalismo ed antipaternalismo; c) costituzionalismo ed antipaternalismo giuridico.

Circa la relazione fra liberalismo e costituzionalismo si possono ricordare alcune assodate opinioni di autorevole dottrina.

È stato ritenuto che, se si assume il termine "costituzionalismo" con un'accezione estensiva, vale a dire quale concezione di un "governo limitato", si tratta di un fenomeno politico-culturale, che attraversa molti secoli. È stato ben distinto un "costituzionalismo antico" da un "costituzionalismo moderno" con connotazione ben differenziata degli stessi. Ciò premesso, la versione, che interessa maggiormente sia per la valenza

[&]quot;paternalismo indiretto" (sempre riprendendosi una terminologia contestata), posto che ci possono essere ragioni di costi economici, sociali ed umani che possono rendere troppo onerose e controproducenti regole sanzionatorie e provvedimenti quali quelli *de quibus*: v, a titolo indicativo, sul punto J. Feinberg, *Harm*, cit., 10.

³⁵ Per riprendere le parole contenute nel titolo di un'opera classica sulla materia: v. C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956. Riecheggiano questa formulazione espressioni quali "il governo limitato nell'antichità e nel Medioevo" e "il governo limitato dei moderni" che si rinvengono in N. Matteucci, Voce *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Torino 2004, 207, 209.

storico-politica sia per il grado più alto di elaborazione e razionalità giuridica, è costituita dal costituzionalismo moderno, il quale, per riprendere icastiche parole, "designa un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principî liberali o liberaldemocratici" 36.

Come risulta dalla citata definizione dell'autorevole costituzionalista poc'anzi richiamata appare scontato, si può dire, il nesso fra costituzionalismo e liberalismo. Infatti, per riprendere a titolo indicativo, le parole di altra autorevole voce della cultura politica, liberi sono "i cittadini di quegli Stati...in cui certi spazi di libertà d'azione sono garantiti e protetti nei confronti di chiunque, compresi i titolari del potere politico", con la puntualizzazione secondo cui "in ciò consiste quella che si dovrebbe chiamare propriamente la *libertà liberale*, il cui nucleo sostanziale coincide con il sistema di quelle libertà individuali rivendicate dalla tradizione dei movimenti liberali, che sono proclamate nel preambolo delle costituzioni moderne"³⁷. Pertanto non sembra opportuno spendere ulteriori parole relativamente alla *communis opinio* sul nesso storico e logico fra liberalismo e costituzionalismo (moderno), cioè sull'assunzione del primo quale "base filosofica" – seppur non unica³⁸ – del secondo.

5. Relazione fra liberalismo ed antipaternalismo

Qualche parola in più è necessaria per comprovare la correlazione logica fra liberalismo ed antipaternalismo, e quindi che il primo è una, anzi la principale, "base filosofica" del secondo. In verità, già in prima battuta, può affermarsi che, essendo l'autodeterminazione individuale sia un elemento costitutivo della "libertà liberale" (cioè di quella situazione giuridica soggettiva che si sostanzia in titolarità di facoltà ed assenza di

³⁶ Cfr. A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari 2006, 3. L'A. sembra ritenere quale unica espressione del costituzionalismo quello dei moderni.

³⁷ Cfr. M. Bovero, Voce *Libertà*, in A. D'Orsi (a cura di), *Alla ricerca della politica*, Torino 1995, 47. Nell'accogliere l'asserzione di Bovero si rileva, ma ciò per una precisazione meramente formale, che le varie libertà costituenti la *libertà liberale* (riprendiamo il corsivo dell'Autore in oggetto) si rinvengono non solo nei preamboli, ma anche negli articoli dei testi costituzionali fin dal XIX secolo: basti pensare agli artt. 25 ss. dello statuto albertino.

³⁸ Sulla presenza di una radice culturale democratica, accanto a quella liberale, v. M. Bovero, Voce *Libertà*, cit., 47 ss.; A. Barbera, *Le basi*, cit., 17 ss. e, per un quadro ancor più ampio, N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1985, 12 ss.

impedimenti all'esercizio delle stesse), sia il *leitmotiv* dell'antipaternalismo, si delineerebbe un nesso logico fra le due concezioni in oggetto. Però si tratterebbe di un'argomentazione non decisiva posto che il "paternalismo dei moderni" non è radicale ed in qualche modo non nega in radice i diritti di libertà³⁹ e l'antipaternalismo giuridico non contesta la liceità di qualche interferenza, anche in contrasto con manifestazioni di volontà formale, nella sfera degli individui e nel loro interesse.

Onde comprovare con argomentazione (si spera) più rigorosa il nesso liberalismo-antipaternalismo ci sembra necessario richiamare un duplice ordine di affermazioni di alcuni dei più illustri esponenti del liberalismo nella storia (ben sottintendendo che intendiamo la filosofia liberale in termini etico-politici e giuridici, e prescindendo da quella versione economica costituita dal liberismo, la quale non è affetto una componente necessaria di detta filosofia).

A) Il primo ordine di affermazioni della cultura liberale, le quali, pur non risultando anche esse decisive, ci sembrano ben più significative di quanto lo sia il discorso sulla "libertà liberale" in generale (rivolta *in primis* al versante politico), riguarda la libertà civile degli individui. Ci limitiamo a qualche *flash*, peraltro assai rilevante per la tesi sostenuta nelle presenti note.

Anzitutto sono emblematiche della filosofia politico-costituzionale liberale una serie di proposizioni di un risalente pensatore del liberalismo. Nel suo scritto sui limiti dell'azione dello Stato Guglielmo Humboldt sostiene che la funzione dello Stato è garantire la realizzazione del "vero fine dell'uomo", il quale "è lo sviluppo più ampio e compiuto di tutte le sue facoltà" e che "secondo ragione non si può desiderare per l'uomo uno stato diverso da quello, nel quale il singolo goda della più completa libertà di sviluppare in sé e intorno a sé la propria personalità" Soggiunge poi il pensatore in oggetto che, nei confronti dei suoi cittadini, lo Stato non deve intervenire "più di quel che è necessario per dar loro sicurezza" senza limitare mai "la loro libertà per uno scopo diverso", ri-

³⁹ In base a quanto detto nel testo può ritenersi un dato di valore simbolico, ma non costituisce un argomento forte, il rilievo che uno dei primissimi pensatori liberali abbia polemizzato con un fautore del paternalismo autoritario: v. la polemica contro Filmer di J. LOCKE, *Primo trattato*, in J. LOCKE, *Due trattati*, cit., 67 ss.

⁴⁰ Cfr. G. Humboldt, Saggio sui limiti dell'azione dello Stato, Milano 1965 (l'opera fu scritta nel 1792), 11.

⁴¹ Cfr. G. Humboldt, Saggio, cit., 13.

⁴² Cfr. G. Humboldt, *Saggio*, cit., 32. Dalle parole riportate nel testo appare una concezione assai limitativa dell'intervento statale, che è propria del primo liberalismo ed oggi

badendo "che lo scopo più importante dello Stato dev'essere lo sviluppo delle energie dei cittadini nella loro individualità" e che il "solo mezzo sicuro e degno per realizzare tale fine è quello di collegare con un vincolo solido, durevole e non coattivo, due cose che sembrano contraddittorie, cioè lo scopo dello Stato e l'insieme di tutte le tendenze degli individui"⁴³.

Riflessioni di un altro grande pensatore liberale si accompagnano, e le rafforzano, alle affermazioni testè riportate.

In primo luogo, c'è la riaffermazione enfatizzata della libertà dei moderni, intesa come "indipendenza individuale" con la configurazione in termini restrittivi dell' autorità sociale" ed in termini estensivi dei "diritti individuali", i quali "consisterebbero nella facoltà di fare tutto ciò che non nuoce agli altri, ovvero nella libertà d'azione" Questa "indipendenza individuale" trova la sua *ratio*, sempre per riprendere parole del pensatore politico in oggetto, nella convinzione, secondo la quale "il fine dei moderni è la sicurezza nei godimenti privati" e che il perseguimento del massimo interesse privato (nei limiti di certe regole di pubblico interesse) costituisce la "maggior felicità pubblica", poiché "nessun sovrano, nessun ministro può conoscere gli affari personali di migliaia di uomini, mentre ciascun individuo conosce molto bene i propri" 17.

In secondo luogo, Constant sostiene che sussiste un rapporto strumentale fra la libertà individuale e la libertà politica, qualificando la seconda come "garanzia" della prima⁴⁸. Il pensatore francese è ben lungi dalla svalutazione della libertà politica, qualificata "indispensabile"⁴⁹ e

è nettamente superata. Nondimeno il superamento di tale concezione restrittiva non è avvenuto con la negazione dell'autonomia individuale e le affermazioni di Humboldt mantengono la loro validità anche nella prospettiva di un liberalismo dissociato dal liberismo.

- ⁴³ Cfr. G. Humboldt, Saggio, cit., 145.
- ⁴⁴ Cfr. B. Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, in *Antologia degli scritti politici di Benjamin Constant*, Bologna 1962, 49, che, configurandola in contrapposizione alla "libertà degli antichi", qualifica la libertà dei moderni "il primo bisogno dei moderni" (*ibidem*).
- ⁴⁵ Cfr. B. Constant, *Principi di politica. Versione del 1806*, Soveria Mannelli 2007, 51.
 - ⁴⁶ Cfr. B. Constant, *La libertà*, cit., 45.
- ⁴⁷ Le parole riportate nel testo sono in verità di Mirabeau, ma sono richiamate adesivamente da B. Constant, *Principi*, cit., 421.

Ovviamente vale anche con riferimento a queste parole quanto si è osservato in nota 42, cioè tali riflessioni valgono anche nell'ottica del liberalismo dei tempi più recenti.

- ⁴⁸ Cfr. B. Constant, La libertà, cit., 53.
- ⁴⁹ Cfr. B. Constant, La libertà, cit., 53.

costituente un motivo costante delle sue teorie⁵⁰. Ciò che rileva è, ai nostri fini, che il pur fondamentale versante politico della libertà è in funzione del versante individuale e civile, distinti pur se correlati ad esso, dal primo, il che comprova quale valore abbia la facoltà di agire liberamente, senza interferenze che non siano giustificate da interessi di altri soggetti, pubblici o privati.

B) Se le affermazioni poc'anzi richiamate giocano certo a favore dell'autodeterminazione e dell'antipaternalismo, ci sono poi asserzioni che comprovano, a rigore, un orientamento antipaternalista, in quanto volte a sottolineare espressamente e direttamente la inammissibilità di interferenze mirate ad impedire oppure imporre scelte di vita, pur nel preteso interesse altrui. Come sempre procediamo per *flash*, pur significativi.

Afferma Humboldt che le tesi da lui espresse sulla libertà ed i limiti dell'azione statale "suppongono un uomo nel pieno possesso delle sue facoltà intellettuali e si possono ridurre a questo: che non si deve mai togliere all'individuo pensante ed agente, la facoltà di determinarsi liberamente, in seguito ad un esame di tutti i motivi che lo guidano", con la conseguenza che il discorso condotto non può "applicarsi a chi sia privo in tutto o in parte della ragione, come gli alienati, né a quelli che non hanno raggiunto [la] maturità di giudizio"51. Soggiunge un altro pensatore politico (nonché filosofo), in occasione di una polemica condotta contro i limiti opposti nelle transazioni monetarie (cioè il divieto di determinazione di interessi superiori ad un certo tasso), che l'individuo consapevole non può subire interferenze contro la sua volontà ad opera di un "legislatore che non sa niente, né può saper niente" circa i dati e le valutazioni dell'individuo interessato, soggiungendo che "non accade spesso che un uomo sia per un altro il miglior giudice di quanto questi lo sia per se stesso persino nei casi in cui" il terzo sia ben informato su "tutti gli elementi di giudizio" circa la questione da risolvere e che "il legislatore non è, né può essere, in possesso di nessuno di questi elementi"52.

Abbiamo richiamato parole di Bentham nel presupposto che questo pensatore si collochi nell'ambito del pensiero liberale. Non ignoriamo che questa collocazione è controversa, ma ci sembra che si possa convenire con quella dottrina che inquadra tale autore nel filone liberale: v., in tal senso F. ROSEN, Bentham utilitarista?, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1993, soprattutto 329 ss.; M. RIPOLI, Itinerari della felicità. La filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, John Stuart Mill, Torino 2011, 168

⁵⁰ V. le riflessioni contenute in più parti degli scritti citati in precedenza.

⁵¹ Cfr. G. Humboldt, Saggi, cit., 141.

⁵² Cfr. J. Bentham, Contro l'usura, in J. Bentham, Libertà di gusto e di opinione. Un altro liberalismo per la vita quotidiana, Bari 2007, 146-147.

Oltre quelle poc'anzi riportate ci sono ancor più consistenti affermazioni a supporto del nesso fra liberalismo ed antipaternalismo. Con una similitudine, ci sono "due pezzi da novanta" in questa prospettiva: Kant e J.S. Mill. Del grande filosofo tedesco si possono richiamare le parole, secondo cui "nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo... ma ognuno può ricercare la sua felicità per la vita che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo, in guisa che la sua libertà possa coesistere con la libertà di ogni altro...(cioè non leda questo diritto degli altri)"53. Il che significa che il diritto riconosce la "libertà nei rapporti esterni degli uomini tra loro e non ha nulla a che fare con il fine che tutti gli uomini hanno naturalmente (la ricerca della felicità) e con la prescrizione dei mezzi per conseguirlo"54. Non sembra dubbio il senso nettamente antipaternalistico di queste proposizioni di questo importante esponente del pensiero politico e giuridico liberale.

Per quanto riguarda J.S. Mill, con una battuta si può dire che sarebbero assai numerose le citazioni di sue affermazioni, ma che risulterebbero quasi superflue ai fini della dimostrazione del rapporto fra liberalismo ed antipaternalismo. Infatti il pensatore in oggetto è, da un lato, riconosciuto quale autorevole esponente del pensiero liberale⁵⁵ e, dall'altro lato, è non meno autorevole esponente dell'indirizzo antipaternalistico. Nella sua opera classica sulla libertà J.S. Mill ha elaborato una teoria che, da un lato, sviluppa il motivo del valore dell'individualità quale "elemento del bene comune"⁵⁶, e, dall'altro lato, delinea in ampia misura i "limiti dell'autorità della società sull'individuo"⁵⁷, cioè quella sfera di libertà che legittima ogni "condotta di un individuo" allorché essa "coinvolge

ss.; G. Pellegrino, *Un altro liberalismo: libertà, felicità e limiti del diritto penale*, in J. Bentham, *Libertà*, cit., 52 ss. (si rinvia a questi scritti anche per la bibliografia relativa all'opposta opinione). Comunque per chi ritenga non liberale Bentham non varranno le sue parole circa il rapporto fra liberalismo ed antipaternalismo, ma ovviamente rimarranno valide le osservazioni riportate nel testo di altri pensatori ritenuti incontrovertibilmente liberali.

⁵³ Cfr. E. Kant, Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica, in E. Kant, Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto, Torino 1956, 255.

⁵⁴ Cfr. E. KANT, Sopra il detto, cit., 254.

⁵⁵ A titolo indicativo, se mai ve ne fosse bisogno, v. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1985, 44 ss.

⁵⁶ Per riprendere le parole del titolo del terzo capitolo di J.S. MILL, Saggio, cit., 64.

⁵⁷ Per riportare le parole del titolo del guarto capitolo di J.S. MILL, *Saggio*, cit., 86.

soltanto i suoi interessi, o coinvolge quello di altre persone consenzienti (tutti essendo maggiorenni e dotati di normali facoltà mentali)"⁵⁸.

C) Le osservazioni precedenti attinenti al pensiero politico-giuridico del passato circa il significato estensivo della "libertà liberale" possono essere integrate e rafforzate da altre due considerazioni.

In primo luogo c'è un importante – e tuttora rilevante in Francia⁵⁹ – documento giuridico, contenente due prescrizioni, che possono avere una valenza liberale antipaternalistica. Si tratta della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, il cui art. 4 detta una definizione di libertà quale "potere di fare tutto ciò che non nuoce ad altri" e precisando ulteriormente che "l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di quegli stessi diritti" e che "la legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società" (senza perciò limitazioni volte ad impedire ad individui capaci di intendere e di volere la realizzazione di loro progetti di vita). Quindi affermazioni *ante litteram* di sapore Milliano si ritrovano anche in un ambito diverso dalla sfera del pensiero politico.

In secondo luogo, le riflessioni del pensiero politico e giuridico del passato circa la portata del liberalismo ben oltre la sfera politica non ci risultano contraddette dai pensatori liberali a noi più vicini nel tempo. Tale affermazione, di ordine negativo, potrebbe essere il frutto di una disinformazione, ma l'onere della prova spetta a chi volesse sostenere la tesi contraria, cioè che ci siano autori che contestino il nesso fra liberalismo ed autodeterminazione individuale. A prescindere comunque dalla spettanza dell'onere della prova, sembra assai improbabile che qualcuno neghi il rapporto fra liberalismo ed antipaternalismo, e ciò per due motivi. Se è vero che il liberalismo ha rimarcato la libertà dell'individuo nella sfera politica, nondimeno la sua logica si estende anche all'ambito civile. Inoltre, chi contesta l'antipaternalismo di norma non si richiama al liberalismo, mentre chi sostiene la posizione opposta lo ricollega a quest'ultimo, come è comprovato dal dibattito in campo bioetico⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. J.S. MILL, Saggio, cit., 87.

⁵⁹ Come è noto, il preambolo dell'attuale costituzione francese proclama la "fedeltà ai diritti dell'uomo...così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, poi confermata ed integrata dal preambolo delle Costituzione del 1946".

⁶⁰ A titolo meramente indicativo, si può richiamare, a riprova di quanto sostenuto nel testo, C. Botti, Voce *Liberalismo*, in E. Lecaldano, *Dizionario di bioetica*, Bari 2007, 167 ss.

6. Relazione fra costituzionalismo ed antipaternalismo

Sulla base di quanto abbiamo cercato di dimostrare in precedenza, si può addivenire, a mo' di sillogismo, ad una conclusione. Più esattamente, se c'è un nesso logico fra liberalismo e costituzionalismo, se c'è tale nesso fra liberalismo ed antipaternalismo, si deve dedurre che sussiste una relazione logica fra costituzionalismo ed antipaternalismo. A ciò può aggiungersi che la nostra costituzione (come tante altre), posto che si inquadra nel fenomeno del costituzionalismo, va correlata all'antipaternalismo con un impatto di quest'ultimo nell'individuazione del significato della portata della prima. Però, al fine di svolgere questa tesi di fondo nel modo più esauriente possibile, sembra necessario, da un lato, prevenire un'ipotetica obiezione, e, dall'altro lato, individuare i canoni dell'interpretazione giuridica che fungano da tramite all'influenza dell'antipaternalismo nella ricostruzione del significato di certe disposizioni costituzionali.

Veniamo, dapprima, all'eventuale obiezione ed alla possibile replica.

Le correnti politiche e culturali, che hanno dato vita alla nostra costituzione (come altre delle democrazie occidentali), erano in prevalenza critiche nei confronti del liberalismo storico. In effetti, le correnti contrarie all'individualismo liberale, cioè le componenti cattolica e marxista nell'Assemblea costituente⁶¹, erano nettamente prevalenti in confronto alla componente di ispirazione liberale. Con il che potrebbe sorgere una domanda-obiezione, cioè se si possa assumere quale fattore di orientamento nella ricostruzione del significato della normativa costituzionale quella triade: liberalismo – costituzionalismo – antipaternalismo giuridico, quando il primo elemento costitutivo di detta triade era contestato dalle correnti maggioritarie che hanno dato vita alla nostra costituzione. Ci sembra però agevole rispondere, o replicare, che la maggioranza dell'Assemblea costituente non fu affatto contraria alla "libertà liberale".

Per quanto riguarda la componente democratico-cristiana essa fu sì contraria al liberalismo del passato, ma sulla base o di una (controvertibile) configurazione polemica del medesimo inteso quale affermazione di un individualismo egoistico ed asociale, oppure (e questa è una visione più corretta culturalmente) della correlazione fra liberalismo e liberismo. In realtà i costituenti democristiani erano ostili alla versione tradizionale

⁶¹ Sembra superfluo un richiamo di letteratura sulla composizione dell'Assemblea costituente e sulla netta preponderanza delle correnti di ispirazione cattolica e marxista. Comunque, a titolo meramente indicativo, v. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano 1999, 34, e ricca bibliografia ivi richiamata.

del liberalismo, inteso come "concezione individualista" la quale "assegnava all'individuo fini propri, insuscettibili di identificarsi con quelli della società e dello Stato, donde la necessità dello Stato minimo" 62, mentre furono, nel complesso, concordi sul principio della "primazia dei diritti inviolabili della persona, cui dovranno essere assicurati sia i diritti civili che i diritti politici, che i c.d. diritti sociali" 63. Le libertà lasciate in eredità dal movimento e dalle correnti liberali, ispirate dal "bene supremo della libertà" 64 sono state riconosciute e difese anche dai costituenti democristiani, come è comprovato non solo da loro discorsi e voti espressi, ma anche dalla resistenza alle suggestioni illiberali ed alle pressioni di ambienti vaticani 65.

Il discorso è un po' più articolato per quanto riguarda le componenti marxiste, in particolare quella comunista⁶⁶. Che il partito comunista di quel periodo (sarà diverso in anni successivi) fosse un convinto sostenitore della "libertà liberale" è tesi di ben ardua dimostrazione. Il PCI dell'epoca professava decisamente l'ideologia leninista, che negava il diritto degli avversari del socialismo (quale propugnato dal movimento comunista internazionale) di poter contestare tale sistema, e ravvisavano nell'U.R.S.S. lo "stato guida" (in perfetta buona fede). L'argomento, talora avanzato, secondo cui il PCI, avendo combattuto contro quel regime illiberale che era il fascismo ed avendo contribuito alla elaborazione ed alla approvazione della costituzione, era ipso facto liberaldemocratico, è inconsistente. Un partito può essere ritenuto liberaldemocratico non se difende la (sua) libertà stando (costretto) all'opposizione, ma se rispetta la libertà dei suoi avversari qualora sia maggioranza di governo e comunque condanni i regimi (autoritari o) totalitari, anche se aventi partiti confratelli al potere⁶⁷.

⁶² Per riprendere le parole di un costituzionalista (cattolico): cfr. D. Nocilla, *I cattolici e la Costituzione: tra passato e futuro*, Roma 2010, 30.

⁶³ Cfr. D. NOCILLA, I cattolici, cit., 14.

⁶⁴ Si riprendono le parole di D. NOCILLA, *I cattolici*, cit., 45, il quale attribuisce a De Gasperi il merito di aver realizzato l'unità della DC tenendo "fermo" tale bene.

⁶⁵ Sui rapporti fra DC e Vaticano e sulle (talora) divergenti posizioni (anche) su diritti di libertà, v. l'accurata indagine di G. Sale, *Il Vaticano e la Costituzione*, Milano 2008, 9 ss.

⁶⁶ Il marxismo rappresentava un fattore ideologico comune, ma, anche in Italia, c'erano due versioni distinte, che avevano ricadute anche nella concezione dei diritti di libertà. Più esattamente, accanto alla versione leninista del marxismo (cui si accennerà nel testo), esisteva un orientamento che non negava il valore dei diritti di libertà e riteneva che una democrazia dovesse, in qualche modo, farli proprî. Esponenti di tale orientamento, pur diversi per linea politica perseguita, possono considerarsi costituenti come Basso o Saragat.

⁶⁷ Senza spendere troppe parole su questo tema, può ricordarsi, come emblematica,

Ciò premesso, il fatto che i costituenti comunisti hanno contribuito a redigere una normativa costituzionale liberaldemocratica e l'abbiano anche approvata, denota che c'è stata un'adesione formale ai principî di tale normativa. Si può ipotizzare certo una "riserva mentale" nel riconoscimento dei diritti di libertà, ma, ai fini di una ricostruzione di intenti in campo giuridico, detta "riserva mentale" non è rilevante. Pertanto, a tacere della critica di "doppiezza" rivolta al PCI di quei tempi, resta un dato: formalmente anche i costituenti di questo partito hanno contribuito a realizzare una normativa, che si ispira alla "libertà liberale".

Si può concludere contro l'ipotetica obiezione prospettata che la netta maggioranza dell'Assemblea costituente si ispirò al liberalismo come inteso nelle presenti pagine cioè quale concezione politico-giuridica della "libertà liberale", senza alcuna relazione necessaria con il liberismo o con ideologie anarco-individualiste.

Onde evitare equivoci, va precisato, ad integrazione di quanto poc'anzi sostenuto, che l'ispirazione liberale dell'Assemblea costituente non significa che quest'ultima avesse un orientamento antipaternalista. I costituenti non si posero i problemi che implicano opzioni paternaliste od antipaternaliste, e guindi non può verificarsi la presenza di un indirizzo di natura etico-politica su simili problemi. Può anche aggiungersi, per un dovere di correttezza culturale, che non potrebbe affatto escludersi che dinanzi agli interrogativi che si sono manifestati con pathos nei tempi recenti (relativi ad aborto, fecondazione medicalmente assistita, eutanasia, ecc.), numerosi costituenti, soprattutto democristiani, avrebbero espresso una posizione paternalista. Questa supposizione, non dimostrabile ma plausibile, non smentisce l'opinione circa il favor dell'Assemblea costituente verso la "libertà liberale", ma può comprovare, a tutto concedere, un'ipotetica incongruenza tra la manifestazione di detto favor e l'opzione paternalista, a simiglianza di quanto si è verificato in stati liberali, che hanno conculcato, ed anche in modo grave, certi diritti di libertà⁶⁸. L'accoglimento di una concezione liberale non è delegittimato da una prassi illiberale per giunta ipotetica, bensì è motivo per delegittimare tale prassi, poiché la logica dei prin-

la polemica che un grande intellettuale liberaldemocratico ha condotto in nome della "libertà liberale", cioè della libertà come facoltà contro intellettuali comunisti (ivi compreso quell'uomo di cultura che era l'allora segretario del PCI): v. i vari saggi raccolti nel volume di N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino 1955.

⁶⁸ Pensiamo all'esistenza della schiavitù negli U.S.A. prima del 1865 oppure al trattamento dei sudditi coloniali da parte delle potenze imperiali europee.

cipî, in via prescrittiva, o prevale, o deve prevalere, contro le condotte contraddittorie che siano solamente l'esito di una illogicità sul piano etico-politico. L'eventuale paternalismo dei (o di vari) costituenti può denotare solo una ipotetica contraddizione con la filosofia liberale da essi accolta come orientamento di fondo.

7. Argomenti giuridici costituenti fondamento dell'ispirazione antipaternalista della nostra costituzione

Per quanto concerne l'impiego di canoni interpretativi che riconducano l'antipaternalismo alla normativa costituzionale, ci sembra ne sia invocabile più di uno. A tal fine riprendiamo concisamente le indicazioni, con le necessarie precisazioni, di uno dei più importanti contributi relativi all'interpretazione della costituzione, cioè ai "vari metodi e strumenti che debbono venir posti in esercizio nell'interpretazione delle norme costituzionali" 69.

Secondo la dottrina in oggetto, l'interpretazione della costituzione (peraltro il discorso vale anche per gli atti legislativi sub-costituzionali) non deve mirare alla ricostruzione di un'intenzione del legislatore storico, cioè deve rifuggire da quell'"indirizzo cosiddetto soggettivo", per cui l'interpretazione sarebbe "un'attività puramente storiografica" volta ad individuare la (pretesa) volontà del "creatore originario della norma" 10 che, detto incidentalmente, previene un'eventuale obiezione contro l'antipaternalismo giuridico costituita dalla mancata presa in considerazione di questo indirizzo politico-giuridico da parte dei costituenti storici. Ben

⁶⁹ Cfr. F. Pierandrei, *L'interpretazione della costituzione*, in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965 (lo scritto risale al 1952), 146.

Non si ignora che la tematica dell'interpretazione giuridica, in generale, e di quella costituzionale in particolare, è stata oggetto (anche) nei decenni successivi al 1952 di profonde riflessioni e di una ricca elaborazione dottrinale (v., a titolo indicativo la raccolta di scritti di autorevoli costituzionalisti curata da G. AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007). Certamente la tematica affrontata più recentemente ricomprende problemi nuovi in rapporto al passato, come, per ricordarne alcuni, il rapporto fra i valori ed i principî, oppure la diversità o meno dell'interpretazione della normativa costituzionale in confronto con quella della legge ordinaria, la validità o meno del positivismo giuridico, il modo con cui si bilancino principî o valori, ecc. Senza poter ripercorrere questi temi ed il solido pensiero giuridico ad essi attinente, ci sembra però che le riflessioni della dottrina meno recente sui "metodi e strumenti" dell'interpretazione della costituzione mantengano ancora una validità pur nel contesto culturale più articolato del presente.

⁷⁰ Cfr. F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 162.

diversamente, occorre seguire il "metodo logico"⁷¹ e questo ricomprende almeno tre "strumenti": storico, teleologico e logico-sistematico⁷².

a) Il criterio storico si sostanzia nella ricostruzione di norme e principî (costituzionali) in base ai fattori politici e sociali che li hanno generati e legittimati. Che le norme giuridiche (costituzionali e non) abbiano cause e radici storiche è una verità risaputa⁷³. Nondimeno, in un periodo in cui dominava una concezione formalistica, di stretta parentela con la giurisprudenza dei concetti, v'era una tendenza volta ad escludere l'utilizzazione di dati storici ai fini della interpretazione della legge e della ricostruzione di principî⁷⁴. Però c'è stata una consiste corrente dottrinale, che, con riferimento al diritto privato ed alla problematica della configurazione dei "principi generali di diritto" (sanciti dall'art. 3 dis. prel. del codice civile del 1865), ha sostenuto la necessità di un ricorso alla storia nella "interpretazione della legge", argomentando che "il fenomeno giuridico" non va considerato "dal punto di vista esclusivamente astratto", con la conversione della "giurisprudenza in una matematica", bensì esso è un fenomeno storico" con "leggi che presiedono alla sua formazione ed alla sua evoluzione"⁷⁵. Condivisibile ci pare pertanto questa impostazione in generale, poiché non sembra utile un'astrazione senza una correlazione con la realtà storica e sociale.

Vero è che, nell'ambito della dottrina costituzionalistica citata i fattori storici richiamati non comprendono espressamente il pensiero politico, pur attinente alla materia costituzionale. Infatti si parla di "complessa esperienza di vita di un popolo"⁷⁶, di costituzione quale "prodotto di una

⁷¹ Utilizziamo questa espressione, diffusa nel passato, della dottrina in oggetto, anche se non ci aggrada pienamente, poiché comunque si condivide il contenuto a prescindere dalla terminologia impiegata.

⁷² Su questi tre "strumenti", v. F. PIERANDREI, *L'interpretazione*, cit., 165 ss., cui si rinyia per la più ampia esposizione dei medesimi in via teorica.

⁷³ Per quanto riguarda principî e norme costituzionali, v., a titolo meramente indicativo, uno scritto non recente: E. Crosa, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Annali di scienze politiche della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Pavia*, 1930, 145 ss.

⁷⁴ Proprio nell'ambito costituzionalistico un fautore dell'"isolamento del fattore politico" dal "metodo strettamente giuridico" è l'A. citato in precedenza: v. E. Crosa, *Il fattore*, cit., 170 ss. (le parole virgolettate si rinvengono *ivi*, 172).

⁷⁵ Per riprendere le parole di uno storico del diritto della prima metà del secolo scorso: cfr. A. Checchini, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, 1923, 216, 217. Sulla linea della valorizzazione della storia nell'interpretazione del diritto (civile), v. anche B. Brugi, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, *Nuovi saggi*, Torino 1921, soprattutto 179 ss.

⁷⁶ Cfr. E. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 166.

crisi politica e sociale", che "riflette nuovi principî ideologici e nuovi fini generali dello Stato", che è "espressione del mondo (sic) d'essere di una società nazionale in quelle che sono...le "costanti della sua vita", nella peculiarità del suo genio"⁷⁷, ecc. Nell'ambito di siffatte formule generali non sono indicate le radici filosofiche e politiche dei principî costituzionali. Nondimeno, si può facilmente obiettare che il più comprende il meno. Il pensiero politico (e non solo politico) che sta alla radice del costituzionalismo e delle costituzioni è un fattore costitutivo degli stessi, è un fattore storico che è alla base della loro genesi e della loro permanenza e che vale come altri fattori storici aventi la medesima funzione. Non vi è alcuna ragione di esclusione delle radici politiche e culturali dall'opera di ricostruzione dei principî costituzionali. Sicché sembra dimostrato che lo "strumento" storico possa essere richiamato a favore del riconoscimento della "libertà liberale" (e dell'antipaternalismo giuridico conseguente) quale fattore di interpretazione costituzionale.

b) In stretta correlazione con lo "strumento" storico, vale, nella nostra prospettiva, il criterio teleologico. Tale criterio, come noto, consiste nella registrazione che il diritto "appare costituito da un complesso di regole che esistono in funzione di determinati fini"⁷⁸, la cui individuazione può orientare e deve orientare l'interpretazione delle norme in funzione di detti fini. Si tratta dello "strumento" mirato alla configurazione della *ratio* di norme o principî, la cui "importanza è evidente"⁷⁹. Nell'impiego di tale criterio interpretativo, forse non è superflua un'osservazione.

Nell'illustrazione di detto "strumento", la dottrina in esame lo ricollega alla vicenda della giurisprudenza degli interessi, cioè ad una concezione non formalistica, che ravvisa l'esistenza di interessi in conflitto e raffigura il diritto come soluzione di conflitti politici, sociali o culturali⁸⁰. Sarebbe però fuorviante intendere la giurisprudenza degli interessi e ancor più lo "strumento" teleologico, che è impiegato diffusamente dai giuristi, in termini paretiani (ci si passi tale termine), cogliendo solo una lotta di interessi da risolvere o con la mediazione o con l'imposizione di una soluzione. Come è stato ben sottolineato ci sono anche interessi "morali

⁷⁷ Cfr. F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 168.

⁷⁸ Cfr. F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 170.

⁷⁹ Sono sempre parole di F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 170.

⁸⁰ Il collegamento fra il criterio teleologico e la vicenda della giurisprudenza degli interessi si rinviene in F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 170 ss. Per una recente sintesi di questo indirizzo giuridico, v. G. Orrò, Voce *Giurisprudenza degli interessi*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, IX, Torino 1993, 172 ss.

o ideali" e sussiste una possibile "composizione a mezzo di «giudizi di valore» dei conflitti"⁸¹, sicché la legge (oggetto di interpretazione) "appare... non solo come la «regolamentazione di un conflitto di interessi", ma anche come la concretizzazione di un valore"⁸², con la conseguenza che certi "valori del tipo «equità», "dignità umana», ecc. "divengono gli elementi veramente ordinatori decisivi del diritto"⁸³.

Stante quanto detto, il valore o principio (non interessa qui definirlo) della "libertà liberale" è individuabile anche mediante lo "strumento" teleologico, è la *ratio* della normativa circa la libertà individuale, e quindi è un fattore interpretativo che fonda l'antipaternalismo giuridico.

c) Gli "strumenti" impiegati in precedenza consentono di configurare la valenza dell'antipaternalismo giuridico a livello di interpretazione costituzionale. Per completezza aggiungiamo che non hanno rilievo altri due criteri spesso utilizzati.

Non ha rilievo lo "strumento" logico-sistematico, poiché la "libertà liberale" ha, come s'è cercato di dimostrare, un fondamento di natura storica e non è invece desumibile astrattamente dal sistema. Tale valore o principio, se mai, contribuisce alla configurazione del sistema costituzionale e comporta che l'interpretazione e la ricostruzione delle norme di quest'ultimo discendano (anche) da detto valore o principio. Né ha rilievo il criterio dell'interpretazione evolutiva. Quest'ultimo, infatti, dinanzi a principi desunti da fattori storici potrebbe operare in senso contrario all'esito di questi ultimi in base al mutamento dei tempi ed al superamento delle situazioni storiche che li hanno fondati. Ciò premesso, può osservarsi che, anzitutto, il criterio dell'interpretazione evolutiva viene utilizzato maggiormente per estendere la portata di norme a situazioni, a fattispecie, venute alla luce in un periodo successivo o comunque per configurare principî aventi un contenuto ben più circoscritto di quanto lo abbiano quelli costituzionali⁸⁴. Inoltre è problematico l'impiego del canone interpretativo in oggetto per la configurazione di principi costi-

⁸¹ Le parole sono di F. Pierandrei, *L'interpretazione*, cit., 170.

⁸² Cfr. G. Orrù, Voce Giurisprudenza, cit., 175.

⁸³ Cfr. G. Orrù, Voce *Giurisprudenza*, cit., 176, che riprende le parole di Engish, riportate in nota 18 dello scritto.

⁸⁴ Senza poterci diffondere in più ampia dimostrazione di quanto sostenuto nel testo, ci limitiamo a rinviare, a titolo indicativo, a qualche scritto del passato per comprovare l'ambito per il quale è stato teorizzato il criterio dell'interpretazione evolutiva: v. F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli 1909, soprattutto 289 ss.; F. Milani, *L'interpretazione evolutiva*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1950, soprattutto 336 s. V. pure F. Pierandrei, *L'interpretazione* cit., 172, 185 ss.

tuzionali, come quelli inerenti alla libertà, posto che essi debbono avere una valenza che, per definizione, trascende le contingenze storiche, come prova il fatto che, secondo una consistente dottrina e giurisprudenza essi non potrebbero venir meno neanche ad opera di una revisione costituzionale⁸⁵. Infine, riteniamo che i fattori, che sono più diffusamente richiamati nell'impiego del criterio dell'interpretazione evolutiva⁸⁶, qualora non si adottasse il procedimento interpretativo seguito in precedenza, potrebbero valere, se mai, come motivo per affermare l'antipaternalismo giuridico in quanto tale concezione sempre di più incontra adesione per la soluzione di problemi attuali, che investono l'autodeterminazione individuale, quanto meno come esito del bilanciamento di valori o principî.

8. Verificabilità della tesi circa il rapporto fra antipaternalismo e principi costituzionali

Il discorso sul fondamento costituzionale dell'antipaternalismo giuridico fin qui condotto ci sembra debba essere completato e puntualizzato da due ordini di considerazioni, anche al fine di prevenire o dissipare equivoci.

Si è cercato di dimostrare che la concezione dell'antipaternalismo moderato, prospettata da un'autorevole dottrina giusfilosofica e ritenuta valida, con qualche puntualizzazione, dallo scrivente, sia intrinseca al costituzionalismo liberale e costituisca un principio che deve orientare l'interpretazione delle norme della nostra costituzione. Si è quindi prospettata una motivazione di natura storica e filosofico-politica a supporto del principio dell'autodeterminazione individuale. Però questo principio dell'autodeterminazione individuale è stato già configurato, sia pur non senza opposizione, da un consistente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale⁸⁷, sicché non costituisce certo un *novum* nel panorama costituzio-

⁸⁵ Per tutto ciò, trattandosi di un dato ben noto, ci limitiamo a rinviare, a titolo meramente indicativo, a due scritti di sintesi: v. F. Grosso, V. Marcenò, *Art. 139*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino 2006, soprattutto 2736 ss.; G. Di Cosimo, *Art. 139*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 1212, 1213.

⁸⁶ Si rinvia, sempre a titolo indicativo, a F. Degni, *L'interpretazione*, cit., 287 ss.; F. Milani, *L'interpretazione*, cit., 336 ss.

⁸⁷ Anche in questo caso non è necessario documentare quanto affermato nel testo. Ci limitiamo a rinviare a tre scritti di varia natura (nonché a dottrina e giurisprudenza ivi richiamate): R. ROMBOLI, *La "relatività dei valori costituzionali" per gli atti di disposizione*

nalistico. Ma allora quali sono il senso e l'utilità del discorso condotto nel presente scritto? Certamente il principio dell'autodeterminazione implicito nell'antipaternalismo non è una scoperta che meriti come tale uno scritto. Il discorso condotto nelle presenti note implica invece due conseguenze, che possono costituire un *novum* e comunque non sono per nulla scontate.

Anzitutto si è cercato di dimostrare il fondamento costituzionale, con implicazioni nell'interpretazione delle disposizioni della Costituzione, non tanto dell'antipaternalismo giuridico in sé, quanto di un certo tipo di questa concezione, cioè dell'antipaternalismo (assai) moderato. Il che si sostanzia in una duplice contrapposizione, cioè verso sia il paternalismo giuridico in sé (che è presente in un settore consistente della dottrina). sia un eventuale (assai meno diffuso, ma possibile in un clima anarchico, nel senso peggiore del termine) antipaternalismo radicale o libertario. Non scendiamo nell'analisi della casistica, il che non rientra nella prospettiva del presente scritto, ma l'antipaternalismo qui seguito comporta, per chiarire, con qualche *flash*, sia il rifiuto dell'invocazione della dignità della persona per tutelare la medesima da se stessa⁸⁸, sia l'ammissibilità dell'imposizione di cinture di sicurezza (per gli automobilisti) o dei caschi (per i motociclisti), oppure di campagne salutiste⁸⁹. In altri termini la concezione qui seguita esclude sia l'eccesso che il difetto di interventismo nella sfera di altri per il loro bene.

In secondo luogo, l'argomentazione avanzata per sostenere l'ispirazione antipaternalista della nostra (e non solo nostra) costituzione può presentare un requisito utile, ma spesso mancante, della configurazione dei principî costituzionali.

Ci sono due dati, che sembrano difficilmente controvertibili. In primo luogo, la ricostruzione di principî, in quanto entità configurate per astra-

del proprio corpo, in Politica del diritto, 1991, soprattutto 568 ss.; F. Modugno, I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale, Torino 1955, 9 ss.; C. Tripodina, Art. 32, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, Padova 2008, 328 ss.; S. Rodotà, Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), Trattato di biodiritto, I, Milano 2010, soprattutto 176 ss.

⁸⁸ Sulla configurazione della dignità come valore che può essere imposto al titolare della medesima (e non solo contro le violazioni da parte di terzi), v., sempre a titolo indicativo, il n. 38 di *Ragion pratica* del 2012 (dedicato al tema in oggetto), ed in particolare gli scritti di G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato, ivi*, soprattutto 77 ss.; V. PACILLO, "Rovescio della dignità" e dignità del diritto, ivi, 143 ss. (contra, v., per tutti, G. MANIACI, Contro il paternalismo, cit., 131 ss., con bibliografia ivi citata).

⁸⁹ V., sul punto, C.R. Sunstein, Effetto nudge, Milano 2015, 4.

zione, e l'armonizzazione od il bilanciamento degli stessi comportano un ampio margine di valutazione degli interpreti. Inoltre, nelle vicende della cultura giuridica il ricorso ai principî, per i margini di valutazione lasciati agli interpreti e per l'influenza inevitabile dei valori sui procedimenti interpretativi⁹⁰, si è spesso tradotto in soluzioni antitetiche, speculari alle antitesi ideologiche degli interpreti. Senza diffonderci in un'ampia esemplificazione si possono menzionare la contrapposizione di soluzioni in nome del principio della dignità⁹¹, oppure quella relativa al principio di eguaglianza in campo economico⁹². Tale radicale bivalenza dei principî costituzionali può essere osservata con due divergenti approcci.

In una prima direzione ci può essere un approccio scettico, cioè la rassegnata constatazione secondo cui si tratta di entità strutturalmente indeterminate ed indeterminabili, sicché è naturale una loro configurazione di segno opposto secondo l'ideologia degli interpreti e non c'è possibilità di correggere tale fenomeno. La ineluttabile vaghezza delle norme-principio, soprattutto di quelle di natura costituzionale, fa sì che l'interprete sia inevitabilmente un avvocato di una causa etica o politica e che, a tal fine, legittimamente pieghi il loro significato alle esigenze della causa medesima. In tutt'altra direzione può manifestarsi un approccio prescrittivo, se è consentito l'uso di tale termine. Assumendo che il giudizio di valore del giurista deve "intendersi come qualcosa di più e di diverso che non un atteggiamento strettamente soggettivo e «personale» della coscienza"93 e che esiste un'esigenza di certezza del diritto quale "valore da promuovere", pur se "tuttavia, di fatto, il diritto non sia certo...nemmeno per quel tanto per cui potrebbe esserlo"94, si tratta di individuare dei fattori che consentano di realizzare, pur con la relatività inevitabile

⁹⁰ In materia si rinvia ad un'opera, sempre valida ed attuale di un filosofo del diritto prematuramente mancato: v. L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1954, 5 ss. e *passim*.

⁹¹ Sul tema, si rinvia a quanto scritto in nota 88.

⁹² Sulla portata del principio di eguaglianza sostanziale, quale sancito dall'art. 3, 2° c., Cost. e sulle divergenti letture di detta disposizione, interpretata in termini ora tendenzialmente liberisti, ora in termini tendenzialmente socialisti (o comunque volta a prescrivere un ampio interventismo statuale nell'economia) v. due scritti di sintesi: B. CARAVITA, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione italiana*, Padova 1990, 29 ss.; G.P. Dolso, *Art. 3*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario*, cit., 33, 34.

 $^{^{95}}$ Per riprendere la felice espressione di L. Caiani, I giudizi, cit., 289, che può ben valere ai fini del nostro discorso.

⁹⁴ Per riprendere una valida considerazione di una filosofa del diritto: cfr. L. GIAN-FORMAGGIO, Voce *Certezza del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione Civile*, II, Torino 1988, 276.

in tal campo, detto valore. Due delle "condizioni di certezza" sono state configurate: "le regole dell'argomentazione giuridica" e la "controllabilità" delle valutazioni e decisioni giuridiche⁹⁵.

In presenza di questo duplice alternativo approccio, a parere di chi scrive, va seguito il secondo, con l'adozione di un criterio diverso circa la controllabilità delle valutazioni.

Il motivo dell'opzione può riassumersi in poche parole. In via generale, pur esistendo inevitabilmente valutazioni giuridiche soggettive e spesso arbitrarie, va ricordato che la certezza "è costitutiva dell'idea stessa del diritto" e quindi il giurista non può arrendersi dinanzi al pur forte rischio dell'arbitrarietà dei giudizi giuridici. In via specifica, posto che la costituzione è una normativa, che garantisce la convivenza di individui singoli od associati in una società mediante la previsione di "regole del gioco" e la doverosa osservanza delle stesse, sembra illogica una soluzione in virtù della quale non esistano criterî intersoggettivi per (cercare di) predeterminare dette "regole del gioco". Se la determinazione di norme-principio e norme-regole costituzionali è rimessa al mero arbitrio interpretativo e divengono oggetto di mera ricostruzione strumentale, senza un qualsiasi canone che consenta di determinare chi abbia plausibilmente ragione o torto nel cogliere il loro significato, si vanifica il ruolo della costituzione quale fattore di convivenza e di coesione sociale.

Per quanto riguarda la controllabilità, il criterio della sua realizzazione ci sembra essere diverso da quello prospettato dalla dottrina giusfilosofica menzionata. Infatti secondo detta dottrina il parametro della controllabilità è costituito dalla coscienza sociale⁹⁷, mentre, a parere di chi scrive, il riferimento a tale entità appare pericoloso in quanto la mentalità collettiva e l'opinione pubblica dominanti in un certo momento storico possono essere informate a valori o principî contrari a quelli del costituzionalismo e della nostra costituzione⁹⁸. Pertanto appare più razionale il parametro di controllabilità costituito dai valori o principî, che stanno alla radice del costituzionalismo moderno, nonché dalla logica intrinseca ai medesimi desumibile anche dalle riflessioni dei pensatori che hanno elaborato le teorie relative a detti valori o principî. Ovviamente

⁹⁵ Su ciò, v., sempre L. Gianformaggio, Voce Certezza, cit., 277.

⁹⁶ Cfr. L. Gianformaggio, Voce Certezza, cit., 276.

⁹⁷ Cfr. L. Caiani, I giudizi, cit., 289; L. Gianformaggio, Voce Certezza, cit., 277.

⁹⁸ Basti ricordare il peso che ha avuto anche in ordinamenti liberaldemocratici, ispirati al principio di eguaglianza, l'opinione favorevole alla discriminazione razziale, oppure sessuale.

anche tale criterio di controllabilità non è tale da generare una certezza assoluta, poiché le proposizioni prescrittive in generale, e quelle giuridiche in particolare, non hanno il rigore delle proposizioni matematiche. Comunque, pur scontati gli inevitabili margini di valutazione soggettiva e di incertezza, ci sembra che il parametro di controllabilità costituito da un fattore storico (ed empirico) quale il pensiero filosofico-politico, che sta alla base del costituzionalismo liberaldemocratico, abbia il requisito di offrire un dato di verificabilità empirica in piena armonia con i valori costituzionali, atto a contrastare l'eventuale arbitrarietà della ricostruzione di norme-principio (e di norme-regole).

Sulla base del discorso svolto in precedenza, ci sembra possa avere un'utilità la motivazione addotta a favore della riconduzione del principio dell'antipaternalismo giuridico alla normativa costituzionale. Tale riconduzione è motivata non da un'arbitraria e soggettiva assunzione di un principio fondato su un "atteggiamento strettamente soggettivo e «personale» della coscienza"99 dello scrivente, bensì da una dimostrazione di ordine storico e logico, circa il nesso fra liberalismo, costituzionalismo, antipaternalismo giuridico e nostra costituzione. Ovviamente la tesi qui sostenuta è controvertibile, ma, sulla base dei criteri qui seguiti in nome della certezza del diritto (sulla falsariga degli insegnamenti della citata dottrina giusfilosofica), sia la motivazione che la soluzione prospettate non appaiono frutto di valutazioni arbitrarie. A ciò va aggiunto che, se valgono i canoni di argomentazione giuridica e di controllabilità qui seguiti, chi intenda contestare la tesi di fondo sostenuta in queste pagine non potrà assumere arbitrariamente valori o principi di segno opposto, ma avrà l'onere della prova (logica) di dimostrare il contrario, vale a dire dovrà addurre argomenti per negare il nesso fra liberalismo, costituzionalismo ed antipaternalismo giuridico nonché l'assunzione di tale nesso per l'interpretazione della normativa costituzionale in base ai criteri interpretativi (storico e teleologico) impiegati.

9. Replica ad una critica di fondo mossa all'ispirazione antipaternalistica della nostra costituzione

Con il discorso condotto in precedenza si è cercato di dimostrare che l'antipaternalismo giuridico ha una rilevanza costituzionale e che co-

⁹⁹ Per ripetere le parole dello scritto di Caiani citate in nota 93.

stituisce un vettore di soluzioni di problemi relativi alla liceità o meno di interventi di terzi nell'interesse altrui (anche se non ci inoltreremo nella casistica della materia bioetica, e non solo bioetica, che è investita dalla concezione antipaternalista). Da ciò discende che anche la cultura costituzionalistica, come già si verifica in altri settori della cultura giuridica¹⁰⁰, dovrebbe tener maggiormente conto dell'impostazione de qua nell'affrontare i temi che la possono implicare. Nel concludere le presenti note dobbiamo però, come anticipato, svolgere un secondo ordine di considerazioni, le quali sono volte a respingere una critica rivolta contro l'antipaternalismo giuridico e l'autodeterminazione ad esso correlata. A tal fine si richiameranno le osservazioni critiche, che sono state formulate in uno scritto di qualche anno fa, da un insigne costituzionalista (e per chi scrive un caro amico), il quale è emblematico non solo per la sua autorevolezza intellettuale, ma anche perché egli riecheggia un orientamento di una diffusa dottrina cattolica, però assunto in una prospettiva laica, cioè nel contesto di una "laicità come metodo...in grado di accomunare non credenti e credenti e di realizzare le condizioni per la coesistenza fra valori e progetti di vita contrastanti"¹⁰¹.

L'argomentazione, che si registra contro l'antipaternalismo giuridico, può concisamente essere tradotta in due ordini di considerazioni.

In una prima direzione viene ravvisata nell'antipaternalismo una "concezione radicale della libertà" in virtù della quale sussisterebbero una "sovranità [ed una] autonomia dell'individuo, cui spetterebbe ogni

di attenzione e trattazione da parte della dottrina penalistica: v., fra gli altri, M.B. MAGRO, Eutanasia e diritto penale, Torino 2001, soprattutto 34 ss.; S. TORDINI CAGLI, Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto, Bologna 2008, 101 ss.; G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto, Torino 2008, contenente saggi di giuspenalisti (G. Francolini, von Hirsh, Forti, Cadoppi, Wohlers, Fiandaca), dedicati alla problematica del paternalismo, del principio del danno, nonché al pensiero di J. Feinberg.

¹⁰¹ Il costituzionalista, cui ci riferiamo, è Augusto Barbera, del quale v. La laicità come metodo, in G. RAVASI, J. KRISTEVA, S. GIVONE, M. CACCIARI, A. BARBERA, V. BALZANI, G. AMATO, Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi, Roma 2011. Le parole virgolettate si rinvengono ivi, 76; peraltro varie considerazioni espresse nello scritto citato, si rinvengono anche in A. BARBERA, Voce Costituzione della Repubblica italiana, in Enciclopedia del diritto, Annali, VIII, Milano 2015, 326 ss.

Per scrupolo filologico si avverte che in detti scritti manca un riferimento espresso al paternalismo od all'antipaternalismo giuridico (se non c'inganniamo, tali termini non compaiono in essi). Nondimeno la presa di posizione critica contro una certa versione del principio di autodeterminazione, nonché certe soluzioni derivate da esso e gli argomenti addotti, chiaramente denotano una contestazione dell'antipaternalismo giuridico.

valutazione sul contenuto etico della propria azione"¹⁰², cioè una "concezione della libertà in cui la coscienza soggettiva diviene l'unica misura dell'istanza etica". Correlata a questa configurazione di una "libera autodeterminazione che non conosce altre ragioni al di fuori di se stessa" si verifica la pretesa al riconoscimento quali "diritti fondamentali di tutti i più o meno comprensibili desideri o bisogni"¹⁰³. A riprova delle conseguenze inaccettabili od aberranti della versione di questa sregolata ed incondizionata autodeterminazione sono menzionati i diritti a drogarsi, a mutilarsi, a prostituirsi, a rifiutare l'uso del casco o delle cinture di sicurezza, ecc. ¹⁰⁴.

Tale concezione di libertà asociale sarebbe in netto contrasto con lo spirito ed i principî delle costituzioni del secondo dopoguerra. Esse definiscono una "tavola di valori" contenente "principî e valori" incompatibili con la costruzione delle "libertà...solo sulla base di modelli giuridici autoreferenti"¹⁰⁵. Le tendenze del costituzionalismo moderno comportano il superamento della "libertà da" e la visione "dell'individuo visto come persona cui spetta una *libertà per*"¹⁰⁶. Quindi una libertà non dell'individuo isolato", ma socialmente orientata "in funzione della tutela e dello sviluppo dei valori della persona"¹⁰⁷ e che non si sostanzia nella "piena legittimità di tutti quei comportamenti che non toccano direttamente la "libertà del vicino"¹⁰⁸. Da qui la contestazione di quei pretesi diritti fondati sulla "concezione radicale della libertà".

In una seconda direzione, c'è un'obiezione di ordine istituzionale. Qualora si riconduca l'antipaternalismo giuridico alla Costituzione e quindi si ravvisi nella medesima il fondamento dei diritti conseguenti al primo, si finirebbe per enfatizzare il ruolo della giurisdizione e per emarginare la "mediazione parlamentare" 109. Quando sussistano certi contrasti di opinioni su certi temi di grande rilevanza, secondo "i principi del costituzionalismo liberaldemocratico" dovrebbe operare il "principio di maggioranza", senza annullamento completo delle "ragioni delle minoranze", in quanto tale principio contiene quella "condizione epistemolo-

```
102 Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 93.
```

¹⁰³ Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 98.

¹⁰⁴ Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 89.

¹⁰⁵ Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 95.

¹⁰⁶ Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 96.

¹⁰⁷ Cfr. A. Barbera, *La laicità*, cit., 97.

¹⁰⁸ Cfr. A. Barbera, *La laicità*, cit., 93.

¹⁰⁹ Questa riflessione si rinviene più diffusamente in A. BARBERA, Voce Costituzione, cit., 334 ss.

gica che «è soddisfatta solo quando la decisione adottata a maggioranza conclude un procedimento che ha preliminarmente sottoposto a vaglio critico gli elementi che concorrono alla decisione stessa, al fine di testarne la validità e di consentire un confronto fra le varie opinioni"¹¹⁰. Questa considerazione di ordine istituzionale induce la dottrina in oggetto a contestare il fondamento costituzionale di una serie di pretese, che sono venute manifestandosi nell'ambito della bioetica e non solo di questa, senza escludere un'eventuale traduzione di esse in diritti, quando valutazioni di una maggioranza, dopo una "mediazione parlamentare" conducano all'approvazione di leggi nella materia¹¹¹.

La fonte di tali obiezioni è, come detto, una dottrina quanto mai autorevole, le cui riflessioni, aggiungiamo, meritano non solo attenzione, ma, anche per alcuni aspetti, condivisione. Nondimeno ci sembra che una replica abbia molte frecce nell'arco. Ecco, in estrema sintesi, alcuni argomenti di fondo.

Anzitutto della teoria di J.S. Mill, che sta alle radici dell'antipaternalismo giuridico, non va arbitrariamente dilatata la formula "sovranità dell'individuo", in quanto esiste un'ampia sfera soggetta alla "autorità della società"¹¹². Tutti i comportamenti individuali che possono arrecare danno agli altri, compromettendo beni degli stessi – e la categoria di tali beni è ampia e non ricomprende solo la libertà – rientrano nell'area dell'autorità sociale e sono soggetti a limiti. Anzi, se si volesse dilatare la nozione delle relazioni intersoggettive e l'ambito di tutti i possibili danni i quali possano derivare dalle stesse, si potrebbe perfino vanificare quasi interamente la libertà di autodeterminazione¹¹³. Ovviamente siffatta dilatazione sarebbe assurda nell'ottica del costituzionalismo liberaldemocratico e non a caso è cura degli antipaternalisti elaborare una nozione non troppo estensiva di danno¹¹⁴. Nondimeno il campo riservato alla com-

¹¹⁰ Cfr. A. BARBERA, La laicità, cit., 78, 79.

¹¹¹ Un esempio di ciò è costituito dalla legge n. 194 del 1978 relativa alle ipotesi in cui è consentita l'interruzione volontaria della gravidanza da parte della gestante: v. A. BARBERA, *La laicità*, cit., 94 ss.

¹¹² Per riprendere le parole di J.S.MILL, Saggio, cit., 86.

Concependosi in termini quanto mai estensivi il concetto di danno si potrebbe per assurdo ritenere che un matrimonio di un figlio con persona sgradita ai genitori possa costituire un illecito danno arrecato alla sfera affettiva di questi ultimi e legittimare un potere autorizzatorio dei genitori nei confronti dei figli che intendano contrarre matrimonio.

¹¹⁴ Già J.S. Mill si è preoccupato di fornire indicazioni di massima per circoscrivere l'area di sovranità dell'autorità sociale: v. *Saggio*, cit., 87 ss.

petenza dell'autorità pubblica (e non solo pubblica) per la tutela contro danni arrecati da individui è ampio e, senza addentrarci in questa tematica, ci limitiamo a richiamare, in quanto rilevante in questa sede, tutta la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sugli interessi pubblici e privati che operano in un bilanciamento con i diritti di libertà. Quindi anche nel quadro della concezione antipaternalistica la libertà di autodeterminazione individuale incontra una serie di limiti relativi a interessi altrui e fondati su valori e principî costituzionali. Al che può aggiungersi, anche se forse è superfluo, che sussistono vari doveri, esplicitati od implicati dalla Costituzione, che comunque possono delimitare la "libertà liberale".

In secondo luogo, sussistono discipline che sono state denominate da una dottrina spagnola paternalismo mixto¹¹⁵. Si tratta di normative che hanno una valenza duplice – paternalista e non – nel senso che possono essere in funzione di tutela di individui sia da loro stessi, sia da lesione dei loro interessi ad opera di altri. Orbene, nei casi di normative, che hanno una duplice valenza, riteniamo che queste ultime siano perfettamente legittime in quanto non contraddittorie con l'antipaternalismo giuridico, poiché sarebbe assurdo configurare l'illiceità di una disciplina utile alla società in quanto essa abbia anche risvolti paternalistici. Citiamo due esempi. Il primo è costituito dai trattamenti sanitari obbligatori, la cui legittimità è fuori discussione (a prescindere dall'espresso riconoscimento da parte dell'art. 32, 2° c., Cost.), i quali sono in funzione di un interesse alla salute collettiva, pur nel contempo andando a beneficio di pazienti (senza necessità di un loro consenso). Il secondo, più controverso, è costituito da ipotesi simili a quella del "lancio del nano" 116. Chi scrive ritiene perfettamente legittime disposizioni che vietino simili spettacoli, in quanto in siffatte ipotesi non viene solo in rilievo la volontà del soggetto

¹¹⁵ Cfr. M. Alemany, El concepto, cit., 286.

¹¹⁶ Si tratta di un caso, richiamato anche da Barbera (v. op. cit., 92), ma assai noto e dibattuto nella cultura giuridica, francese e non solo francese (v., a titolo indicativo, H. MOUTOUH, La dignité de l'homme en droit, in Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1999, 185 ss.; B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, ivi, 213 ss.). Più esattamente si è posto il problema della liceità di uno spettacolo, che consisteva in una gara relativa al lancio di un nano (consenziente ed interessato allo spettacolo, in quanto fonte di reddito per lui), e se fosse lecita o meno una manifestazione che, pur nell'interesse economico di un individuo, fosse lesiva della sua dignità (pur in presenza di un suo consenso). La vicenda ha avuto anche risvolti giudiziari in Francia: su tutto ciò v. gli scritti dei due giuristi francesi citati in precedenza.

interessato, che ben può rinunciare alla sua dignità (e tale rinuncia è giustificata dall'antipaternalismo giuridico), ma è in gioco anche la lesione di dignità di altri soggetti (non consenzienti) poiché spettacoli pubblici che pongano in ridicolo persone affette da qualche menomazione fisica arrecano un danno per lesione della dignità degli appartenenti ad una categoria (e non solo di un individuo che accetti una menomazione della propria immagine in pubblico).

In terzo luogo, riteniamo, il che si ricollega strettamente con la considerazione poc'anzi avanzata, che l'autodeterminazione non possa sostanziarsi in pretese, che precludano certe discipline statali relative a beni o risorse funzionali a tali pretese. Per intenderci, la "libertà liberale" e l'autodeterminazione ad essa correlata si sostanziano in una "libertà da". cioè in facoltà di agire, senza vincoli, quando il titolare si mantenga in una sfera sottratta alla "autorità sociale". Ora l'autodeterminazione non comporta obblighi dello stato di consentire l'esercizio di attività economiche o sociali, funzionali alla pretesa individuale di "fare i propri comodi". Per rendere più chiara questa affermazione, l'autodeterminazione non può tradursi nel diritto di portare le armi per poter liberamente sparare all'interno di una propria abitazione, oppure nel divieto di adozione da parte statale di normative sull'igiene dei cibi o sulla produzione o smercio di sostanze pericolose, affinché i cittadini abbiano anche la facoltà di far male a loro stessi. La produzione e lo scambio di beni o servizi, che possano danneggiare gli individui, possono essere disciplinati e perfino vietati dallo Stato senza che rilevi alcun diritto costituzionale in senso contrario¹¹⁷. Pertanto, sempre per esemplificare, non è configurabile, in termini costituzionali, una libertà di drogarsi, poiché essa implicherebbe il dovere dello Stato di assicurare la produzione e lo spaccio di qualsiasi sostanza stupefacente, ben oltre l'ambito di una tutela di attività meramente individuali118.

Quanto sostenuto nel testo non esclude che sussistano diritti costituzionali che comportino il dovere dello Stato di consentire un esercizio di attività economiche e sociali. Ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero implica il divieto, per lo Stato, di vietare l'esercizio di imprese relative alla stampa od altri mezzi quali radio, televisione, ecc.; oppure il diritto alla salute impone allo Stato di consentire l'uso di farmaci od altro. Ma, a ben vedere, in tali casi il godimento di uno specifico diritto costituzionale è strettamente correlato alla produzione od allo scambio di beni o servizi, sicché un divieto statale di simili attività si tradurrebbe nella lesione di quello specifico diritto. Ben diverso è quindi il caso di quella generale "liberà da", cui ci stiamo riferendo, che non implica un diritto ad avere a disposizione delle cose.

¹¹⁸ Sono quindi costituzionalmente lecite le misure, legislative e non, che costituisco-

Naturalmente la negazione del carattere costituzionale di certe pretese non esclude che queste ultime, per ragioni di opportunità politica, possano tradursi in diritti di rango legislativo. Per intenderci, una cosa è la non configurabilità, a livello costituzionale, di un diritto a drogarsi, altro è la possibilità che ai fini della lotta contro la diffusione della droga venga disposta la liberalizzazione o la legalizzazione di certe sostanze stupefacenti con conseguente libera facoltà degli individui di farne uso. Come è evidente, in tali ipotesi, sussiste solo un diritto subordinato ad una mera valutazione di opportunità politico-legislativa, libero lo Stato di farlo venir meno in seguito ad una valutazione di segno opposto.

Alla luce di tutto quanto sostenuto in precedenza sulla portata del principio di autodeterminazione sul versante sia della sussistenza di una reale volontà dell'individuo, sia dell'esistenza di interessi pubblici o sociali, si può affermare che le pretese le quali, in base all'antipaternalismo giuridico, possono avere riconoscimento costituzionale sono assai meno di quanto ritenga e tema la dottrina con cui ci stiamo confrontando. La portata non estensiva dell'antipaternalismo giuridico giustifica pertanto anche il ruolo della giurisdizione senza la "mediazione parlamentare", in quanto la competenza della prima non comprime più di tanto la sfera della seconda.

Non possiamo però concludere senza un'ulteriore osservazione.

Il rinvenimento nella Costituzione dell'antipaternalismo giuridico comporta, sia pur nei limiti dianzi prospettati, il divieto costituzionale di adozione di certe misure statali, ma, va sottolineato, in quanto aventi carattere coercitivo e sanzionatorio. Rimane invece impregiudicato il campo delle azioni volte ad orientare i comportamenti individuali mediante opera di persuasione, senza la previsione di sanzioni. Si tratta, per usare i termini di un'autorevole dottrina americana, dell'effetto *nudge*, cioè del ricorso a "spinte gentili" per indurre gli individui a perseguire certe finalità o a utilizzare certi mezzi nel perseguimento dei fini¹¹⁹. Pur non

no, per usare la formula di una dottrina spagnola, manifestazioni di *paternalismo indirecto* (cfr. M. Alemany, *El concepto*, cit., 286). Ovviamente si ribadisce il dissenso sul termine "paternalismo", poiché anche tali ipotesi possono rientrare nell'ambito dell'antipaternalismo giuridico, nell'accezione accolta nel presente scritto e come dimostrato in precedenza.

¹¹⁹ Su ciò, v. l'ampia analisi di C.A. Sunstein, *Effetto* nudge, cit., soprattutto 40 ss. L'Autore denomina tale impostazione "paternalismo libertario"; per il motivo ripetutamente avanzato non condividiamo tale denominazione, in quanto riteniamo che le misure non coercitive siano in armonia con l'antipaternalismo giuridico e non vadano qualificate come paternaliste.

escludendo qualche marginale profilo problematico¹²⁰, riteniamo che, di norma, l'attività persuasiva sia lecita costituzionalmente. Lo è certamente nei rapporti privati: nessuno dubita della liceità di ammonimenti o sollecitazioni affinché individui tengano condotte di vita dignitose oppure rispettose di canoni igienici. Ma sosteniamo con convinzione che anche lo Stato possa – aggiungiamo, debba – favorire la formazione di una mentalità collettiva ed il compimento di azioni altruistiche. Il rispetto della sfera di libertà sul piano giuridico non esclude affatto il promovimento, senza coercizione, dell'esercizio socialmente utile delle libertà: con una boutade i cittadini sono liberi di non leggere libri e di rimanere ignoranti ed incolti, ma lo Stato (e non solo lo Stato), deve contrastare l'ignoranza e promuovere la lettura di libri e la cultura. Ouindi l'antipaternalismo giuridico assolutamente non comporta alcuna preclusione alla formazione culturale ed all'opera persuasiva dello Stato od altri enti pubblici volte a promuovere un esercizio "responsabile" ed altruistico dei diritti costituzionali, nonché un adempimento dei doveri¹²¹. E' sottinteso che l'attività persuasiva dei soggetti pubblici deve incontrare i limiti posti dalla necessità di non manipolare le coscienze a vantaggio di ristrette élites politiche o gruppi di pressione e di rispettare i vincoli del regime liberaldemocratico¹²².

Possiamo concludere rilevando che la critica mossa dall'autorevole dottrina citata all'antipaternalismo giuridico esprime una preoccupazione condivisibile contro certe tendenze esistenti in fatto e contro un eventuale antipaternalismo libertario, ma non scalfisce l'antipaternalismo giuridico sostenuto in queste pagine.

Si può discutere se interventi persuasivi, ma aventi una connotazione intimidatoria, possano assimilarsi a misure coercitive (malgrado la differenza formale): su ciò v. C.A. Sunstein, *Effetto* nudge, cit., 42 ss. Abbiamo comunque dubbi su tale assimilazione sotto il profilo costituzionale.

¹²¹ In questa prospettiva di promovimento non coercitivo delle condotte autodeterminate dei cittadini nella sfera di sovranità dell'individuo valgono le considerazioni sia di A. Barbera, *La laicità*, cit., sia, ed ancor più, di G. Amato, *Se guasto è il mondo, meno libertà?*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Bari 2013, 265 ss., il quale pone l'accento sul rapporto armonico, che va mantenuto, fra libertà giuridica ed istanze morali.

¹²² Per considerazioni in tal senso, v. C.A. Sunstein, *Effetto* nudge, cit., 130, 131.

Aderendo alla sollecitazione di un avveduto costituzionalista, Simone Scagliarini, precisiamo che il discorso sulla liceità delle azioni persuasive in rapporto all'antipaternalismo vale anche per l'eventuale adozione di atti normativi non aventi natura coercitiva, quali ad esempio leggi od atti legislativi di natura promozionale o premiale.

RIVALITÀ E COORDINAMENTO NEL GOVERNO DEI SERVIZI PUBBLICI*

SOMMARIO: 1. Tra coordinamento e rivalità. – 2. La "qualità interessante" delle cose. – 3. Una legge e un regolatore, per più servizi. – 4. La fenomenologia del conflitto. – 4.1. Lungo la "filiera" regolatoria nazionale. – 4.2. Nella rete dei regolatori europei. – 4.3. Composizioni. – 5. Pluralità di fini e principi "limitatori". – 6. Nel prisma dell'affidamento.

1. Tra coordinamento e rivalità

Il disegno di *governance*, nazionale e comunitario, dei servizi pubblici a rete¹ colloca l'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI)² al centro di una fitta trama di relazioni, cooperative e competitive, che si sviluppano entro uno spazio regolatorio attraversato da una molteplicità di attori e d'interessi rivali, normativamente innervato da principi e finalità talora confliggenti. Questo vitale intreccio, per es-

- * Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano l'istituzione di appartenenza: Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.
- ¹ Con l'esclusione dei trasporti, delle comunicazioni e dei servizi postali affidati, rispettivamente, alla regolazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.
- ² Per effetto dell'art.16, comma 2, dello schema di decreto legislativo recante "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale" (Atto del Governo n. 308), da adottarsi in attuazione della delega conferita al Governo dagli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, l'Autorità avrebbe dovuto assumere il nome di Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA). La Corte costituzionale, con sentenza n. 251 del 2016, ha tuttavia dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, lettere b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata".

670 SIMONE LUCATTINI

sere governato, richiede razionale assetto, coordinamento, "messa in rete".

Al più elevato livello ordinamentale, il valore euristico della rete, come infrastruttura complessa e articolata³, è oggi, del resto, esaltato dall'Unione europea come "struttura di reti di governance"⁴ e dalla sovranità nazionale frammentata dello Stato-"arcipelago"⁵. Lo studio di una "Autorità delle reti", quale AEEGSI, non sembra poter prescindere da questo composito intreccio, volgendo, però, al contempo l'attenzione verso altri reticolati: le reti "strutturali" e "funzionali" dei servizi pubblici⁶; la rete territoriale degli ambiti ottimali e dei loro enti di governo⁷; i sistemi territoriali locali come nodi delle reti globali⁸; le reti comunitarie di autorità indipendenti. Un simile groviglio di strutture – fisiche e organizzative – interconnesse richiede infatti un sistema di regolazione scalare, lungo un *continuum* regolatori locali – regolatore nazionale – regolatore

- ³ Sulle infrastrutture, come fondamento e metafora dello Stato contemporaneo, si veda A. Predieri, *Premesse sulle infrastrutture giuridiche delle nuove architetture finanziarie*, in A. Predieri, P. Savona (a cura di), *Le nuove architetture del sistema monetario internazionale*, Torino 2001, 73 ss.
- ⁴ Come la definisce S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Tomo I, Milano, 141; sulla configurazione composita dell'ordinamento europeo, vedasi altresì G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003. Sull'"antagonismo concettuale" tra *Governance*, come "capacità complessiva di gestione del sistema", e funzione di *Government*, "espressiva dell'attività di indirizzo politico", si sofferma invece R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari-Roma 2014, 228-230.
- 5 L'immagine, evocativa, è di A. Predieri, L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, Firenze 1997, 41.
- ⁶ Cfr. l'art. 2 del citato schema di decreto sui servizi pubblici locali, che definisce "servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete" o "servizi di interesse economico generale a rete di ambito locale" come quelli "suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio" e che sono "sottoposti alla regolazione a opera di un'autorità indipendente".
- ⁷ Cfr. l'art. 3-bis del decreto legge 16 settembre 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, che, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (compreso quindi il settore idrico e dei rifiuti) "sottoposti alla regolazione di un'autorità indipendente" (comma 6-bis), prevede un modello organizzativo imperniato su ambiti o bacini territoriali ottimali entro cui gli enti di governo dell'ambito svolgono funzioni di organizzazione, di scelta delle forme di gestione, di affidamento e controllo della gestione stessa, nonché, per quanto di competenza, di determinazione tariffaria.
- ⁸ Al riguardo, cfr. M. CAMMELLI, *Le autonomie tra sistemi locali e reti: profili istituzionali*, in M. CAMMELLI (a cura di), *L'innovazione tra centro e periferia*, Bologna 2004, 26.

europeo, che mimi, o comunque rifletta, l'ordine "naturale" inscritto nelle cose oggetto di regolazione. Ciò implica, a livello metodologico, di passare da una visione statica, di tipo tassonomico, del potere ad una dinamica, per concentrarsi più che sui soggetti e sulle loro rispettive potestà, in osseguio a ormai risalenti concezioni personalistiche dell'autorità, sul coordinamento infrastrutturale⁹, sulla dimensione reale delle reti e dei servizi regolati e sugli effetti oggettivi del potere stesso nei confronti dei suoi destinatari¹⁰. Sulla scorta di questa visione, dinamica e pragmatica, del potere di regolazione, si procederà quindi a mettere a fuoco i rapporti – cooperativi e/o conflittuali – che AEEGSI intreccia nello spazio nazionale e comunitario, lungo un percorso di ricerca che dischiude due prospettive: una, per così dire, "irenica", volta a valorizzare l'esigenza di coordinamento tra i vari attori istituzionali, che può essere perseguita attraverso assetti di governance costruiti in aderenza alle cose oggetto di regolazione (par. 2) e, in taluni settori, centralizzando un potere di regolazione diffuso in capo ad un regolatore nazionale (par. 3); e un'altra irriducibilmente "polemica", che muove invece dalla competizione tra regolatori e dalla rivalità d'interessi, alla ricerca di possibili composizioni (par. 4).

Prospettive, quelle qui individuate, solo apparentemente antitetiche, ma in realtà complementari e suscettibili di essere ricomprese in una visione unitaria, una volta immesse nel prisma della certezza dei mercati e della tutela dell'affidamento degli operatori economici (par. 5 e 6)¹¹.

⁹ Per questa nozione si rinvia all'ampia analisi compiuta da G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano 1996. In tema, anche a livello stipulativo-concettuale, possono leggersi M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa*, Bologna 1982, 55 ss.; F. BENVEBUTI, *Coordinamento concetto o coordinamento schema?*, ivi, 111 ss.

¹⁰ Per l'approccio oggettivo al potere pubblico, svincolato dalla specialità del soggetto, sono ancora fondamentali gli studi di F. BENVENUTI, Eccesso di potere come vizio della funzione, in Rass. dir. pubbl., 1950, 1 ss.; ID., Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, 118 ss.; ID., L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello, in Riv. trim. sc. amm., 1978, 6 ss., dove in particolare si tracciano le coordinate di fondo dell'amministrazione oggettiva, esercizio di funzioni e non espressione di poteri" (12).

¹¹ Mette in correlazione certezza del diritto e affidamento F. MERUSI, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, Milano 2001, 36, il quale si rifà al significato di Rechtssicherheit accolto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, come "effettiva sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini" e, quindi, "tutela dell'affidamento generato dall'ordinamento vigente". Sull'importanza della certezza del diritto in funzione di relazioni economiche stabili, si vedano, altresì, E. ALLORIO, La certezza del diritto del-

2. La "qualità interessante" delle cose

La "vecchia" logica romagnosiana, secondo cui è la "qualità interessante" del bene a condizionare le scelte di regolazione, sembra possedere una "valenza "universale" "12, al di là della materia delle acque 13. Nel più ampio orizzonte dei servizi pubblici 14, l'applicazione di tale criterio funzionale porta, soprattutto, a valorizzare la nozione di rete, quale entità fisico-funzionale che "mette in relazione, unendoli, i vari procedimenti giuridici ed economici" 15. Paradigmatico, in tal senso, il mercato interno dell'energia che si caratterizza per la dimensione reticolare, sia dei rapporti giuridici (contratti transfrontalieri), che delle infrastrutture fisiche (reti di trasporto) che lo innervano 16 e che, per poter correttamente funzionare, richiede una struttura organizzativa e procedimentale adattata alla natura delle cose oggetto di regolazione: alla rete giuridica di rapporti sinallagmatici e alla rete fisica di infrastrutture deve pertanto corrispondere un sistema di governance policentrico e, ad un tempo, sempre

l'economia, in Dir. econ., 1956, 1212 e N. BASSI, Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), La regolazione dei servizi di interesse economico generale, Torino 2010, 157 ss.

- ¹² Cfr. F. MERUSI, Acque e istituzioni, in Dir. econ., 2009, 28.
- ¹³ Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*, IV ed., Prato 1938, 131, il cui insegnamento è richiamato, con riferimento all'energia, da G.D. COMPORII, *Energia e ambiente*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino 2008, 259. Sull'attualità del "criterio funzionale romagnosiano", si veda F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1237 s.
- ¹⁴ Di per sé, peraltro, non facilmente assoggettabili ad analisi orizzontali e letture comuni, come a suo tempo rilevato da A. PETRETTO, *I Servizi di Pubblica Utilità: un'analisi orizzontale dei principali settori*, in *L'Industria*, 4/2000, 855 ss.
- ¹⁵ Cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, 110.
- ¹⁶ Sul ruolo nevralgico delle reti nel settore energetico, leggasi G. MORBIDELLI, Regolazione e concorrenza nel mercato energetico, in Munus, 2011, 5, dove si osserva come "il punto debole ai fini concorrenziali del "sistema energia" è rappresentato dalle reti e dalla loro gestione". In generale, sulla rete come "nucleo essenziale della categoria dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili destinati al pubblico servizio", cfr. G. CORSO, I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Annuario 2003, Milano 2004, 45, nonchè B. TONOLETTI, Beni ad uso commune del mercato e servizi a rete, ibidem, 333 ss.; più in particolare, sull'esigenza di accesso alle infrastrutture a rete come tratto comune alle normative di liberalizzazione dei servizi a rete, si vedano M. RENNA, La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica, Milano 2004; F. CINTIOLI, Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi, in Dir. amm., 2007, 293 ss.

più interconnesso sul piano dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

Anche il governo delle acque risulta, per forza di cose, informato ad una logica funzionale, dettata dalla natura dell'elemento regolato¹⁷; come emerge dalla disciplina dei bacini e dei distretti idrografici – "ambiti spaziali determinati funzionalmente"¹⁸ – o dalla definizione, anch'essa ispirata a criteri funzionali (tecnici, gestionali, amministrativi, demografici), degli ambiti territoriali ottimali per la gestione del servizio¹⁹, e fino all'individuazione delle stesse modalità di gestione, che risente delle "diverse esigenze intrinseche e concrete della realtà territoriale"²⁰. Ciò vale sia per la distribuzione delle competenze amministrative, che deve adattarsi ad un elemento per natura fluido e scorrevole attraverso territori irriducibili all'interno di una circoscrizione amministrativa (provinciale, regionale e talvolta anche statale)²¹, che per il potere di regolazione, articolato su più livelli, locale/nazionale.

Funzionalmente diversi rispetto all'energia e all'acqua, i rifiuti – che costituiscono un residuo, e non un'opportunità di sviluppo²² – presen-

- ¹⁷ È la "natura della cosa" a determinare i "livelli di governo" ottimali alla sua gestione", nota A. Cassatella, *Acqua e livelli di governo*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento 2011, 355.
- ¹⁸ Così li definisce A. PIOGGIA, Acqua e ambiente, in G.P. ROSSI, Diritto dell'ambiente, cit., 242.
- ¹⁹ In argomento, anche per una analitica ricostruzione diacronica della disciplina normativa, si veda M.P. Guerra, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli 2015, 87 ss.
- ²⁰ F. CORTESE, *L'acqua pretesa*, in G. SANTUCCI, A. SIMONATI, F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, cit., 208, il quale osserva come, in materia di servizi pubbli locali e specie nel servizio idrico, "è la natura della cosa a dover dominare, caso per caso, la scelta della soluzione organizzativa migliore".
- ²¹ Si pensi alla Commissione internazionale per la protezione del Danubio (*International Commission for the Protection of the Danube River*, ICPDR): un tipico esempio di regolatore transnazionale adattato alla natura della cosa da regolare, ossia le risorse di acqua dolce del bacino del Danubio che, come scrive C. MAGRIS, *Danubio*, Milano 2015, 28 s., è "il fiume di Vienna, Bratislava, di Budapest, di Belgrado, della Dacia, il nastro che attraversa e cinge, come l'Oceano cingeva il mondo Greco, l'Austria asburgica, della quale il mito e l'ideologia hanno fatto il simbolo di una *koinè* plurima e sovranazionale"; e che infine sfocia nel grande delta suggestivamente definito come "una rete perfetta di canali, un'accurata geometria, un capolavoro di "Regulation" (*Danubio*, p. 461).
- ²² In proposito, cfr. A. LIPPI, *I conflitti territoriali nelle politiche dei rifiuti. Il caso italiano*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania. Tra diritto, tecnologia, politica*, Torino 2014, 159. Per "rifiuto", la normativa nazionale e le direttive comunitarie intendono "qualsiasi sostanza od og-

tano tuttavia, anch'essi, esigenze di regolazione multilivello simili a quelle del servizio idrico, legate ai concetti di bacino di programmazione, ambito territoriale ottimale²³, bacino di affidamento. Anche qui, di conseguenza, s'impone, per logica delle cose, un delicato esercizio di *ars combinatoria* tra poteri dei regolatori locali (enti di governo dell'ambito) e dell'autorità di regolazione nazionale²⁴.

Nel mondo dei servizi pubblici, nazionali e locali, emergono dunque assetti e discipline "imposte dalla natura delle cose"²⁵ e si afferma sempre più il modello della regolazione indipendente²⁶ che, però, se nei grandi

getto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi" (art. 1, par. 1, lett. a), direttiva 2006/12/CE; art. 183, comma 1, lett. a), decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – Codice dell'ambiente). Il concetto di "disfarsi", a sua volta, è stato variamente collegato in dottrina alla inutilità, alla perdita di valore economico, all'estromissione del bene dal ciclo economico: in merito, cfr. A. BORZì, *La gestione dei rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. GRASSI, M.A. SANDULLI, Milano 2014, 626, nonché F. BASSI, *Sul concetto di rifiuto*, in *Riv.giur.ambiente*, 1988, 47 ss. e, più di recente, G. BOTTINO, R. FEDERICI, *Rifiuti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, coordinato da G.F. CARTEI, D.U. GALETTA, Parte speciale, Tomo III, Milano 2007, 1679, ove si nota in particolare che "i rifiuti sono caratterizzati da un disvalore economico anziché da un valore economico".

²³ Al riguardo, cfr. G.F. CARTEI, P. MILAZZO, *Rifiuti: i nodi della disciplina nazionale*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania*, cit., 95 ss.

²⁴ Ciò in linea con il criterio contenuto nell'art. 19, comma 1, lett. n), della legge delega n. 124/2015 per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali, che richiede l'esatta "individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti". Sull'importanza di tale criterio si è in particolare soffermata l'Autorità per l'energia nella memoria dell'11 luglio 2016 (379/2016/I) depositata nel corso dell'audizione svoltasi dinanzi alla I Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni della Camera dei Deputati sullo schema di decreto sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

²⁵ Sulla intrinseca categoricità delle cose, nel mondo del diritto, cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano 1911, 66.

²⁶ La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), all'esito dell'*Indagine conoscitiva* IC49, 2016, 164, in *www.agcm.it*, aveva, del resto, auspicato l'attribuzione delle potestà regolatorie in materia di rifiuti ad un "soggetto terzo rispetto alle imprese regolate, dotato di autonomia funzionale e organizzativa e delle competenze tecniche necessarie per la corretta regolazione del settore", ipotizzando che tale soggetto potesse essere individuato nell'Autorità per l'energia. In tale prospettiva, cfr. anche D. BERARD, S. TRAINI, *Rifiuti: a quando un'Autorità di regolazione indipendente?*, in *Ambiente & sviluppo*, 2016, 44 ss. Osserva, in generale, F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *www.federalismi.it*, 14/2016, 23, come, nella continua "oscillazione tra internalizzazione e esternalizzazione" che caratterizza la gestione dei servizi pubblici locali, la presenza di una autorità di regolazione possa comunque favorire l'apertura alla concorrenza.

servizi a rete nazionali (gas, elettricità) persegue il proprio fine tipico, di "affermare la par condicio nel contraddittorio" concorrenziale²⁷, nei servizi pubblici locali deve invece fare quasi sempre i conti con l'assenza di un mercato rilevante in cui poter anche soltanto simulare la concorrenza²⁸.

La tendenziale "naturalità" degli assetti di governo non deve tuttavia far pensare ad un universo pacificato, racchiuso entro perfette geometrie di *governance* in grado di eliminare ogni attrito. Al contrario, come si è accennato, la regolazione dei servizi pubblici è innervata, a livello normativo, da principi confliggenti e finalità disomogenee, attuate a loro volta da istituzioni in competizione, anche quando si dispongono, in maniera sequenziale, lungo una ideale "filiera" regolatoria ovvero all'interno di ordinate reti organizzative.

3. Una legge e un regolatore, per più servizi

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, istituita nel 1995²⁹ come regolatore dei mercati energetici, ha visto, negli ultimi anni, progressivamente estendere le proprie competenze ad altri rilevanti servizi d'interesse economico generale³⁰. In principio fu il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (art. 21, comma 19) a trasferire al regolatore dell'energia "le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici", da esercitarsi "con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481". In seguito, il decreto legislativo 4 luglio

²⁷ Cfr. F. MERUSI, Democrazia e autorità indipendenti, Bologna 2000, 95.

²⁸ "E se non c'è un mercato rilevante, non è possibile parlare di Regolazione. Almeno non nel senso di regolazione per determinare la concorrenza o, se non determinabile, simularla con strumenti di diritto amministrativo", osserva F. MERUSI, *Note conclusive*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, cit., 329. Dove invece, come in Inghilterra, con la riforma dei servizi idrici (*Water Act* 2014), è stato possibile introdurre una vera concorrenza si è "inevitabilmente prospettato al Governo la questione della necessaria regolazione del settore": cfr. S. ANTONIAZZI, *La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act* 2014, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, cit., 282.

²⁹ Sulla genesi dell'Autorità per l'energia, cfr. P. RANCI, *La legge n. 481/1995. Il frutto di una politica alta*, in *Energia*, 4/2015, 17 ss.

³⁰ Tale ampliamento può essere ricondotto nell'ambito del più ampio fenomeno della "rinascita del modello della regolazione per autorità indipendenti", lumeggiato da G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn.dir.amm.*, 2012, 229.

2014, n. 102 (artt. 9 e 10, commi 17 e 18) ha attribuito all'Autorità ulteriori competenze in materia di teleriscaldamento e teleraffrescamento e, in particolare, "poteri di controllo, ispezione e sanzione previsti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481"³¹. Da ultimo, il citato articolo 16 dello schema di decreto sui servizi pubblici locali aveva ricompreso nel perimetro della regolazione indipendente anche i rifiuti, facendo ancora riferimento ai "medesimi poteri", ai "principi", alle "finalità" e "attribuzioni" della legge istitutiva.

Ogni volta che il legislatore estende le competenze dell'Autorità di regolazione lo fa rinviando ai principi e ai poteri della legge n. 481/1995, quale legge generale della regolazione³². Perciò il sistema regolatorio dei grandi servizi pubblici nazionali (gas, elettricità) e di alcuni dei principali servizi pubblici locali (acqua e, forse un domani, anche rifiuti) si regge oggi su una legge di principi e su un unico regolatore, dotato di una pluralità di poteri (normativi, amministrativi, giustiziali), che si esercitano in settori differenti ed eterogenei³³. La natura di AEEGSI (e ancor più della futura ARERA) è dunque quella di un regolatore multisettoriale, al pari della *Bundesnetzagentur* in Germania e della *Comision Nacional de los Mercados y la Competencia* in Spagna³⁴. Nel sistema tedesco un'unica autorità cumula, infatti, competenze in materia di telecomunicazioni, servizi postali, energia, gas e trasporti ferroviari³⁵; in Spagna, addirittura, dal

³¹ In argomento, anche sulla controversa natura del teleriscaldamento come sevizio pubblico locale o come attività di libero mercato, cfr. A. COLAVECCHIO, *La disciplina del teleriscaldamento e le sue prospettive attuative*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia, Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna 2016, 257 ss.

³² In quest'ottica, può leggersi anche il rinvio alla legge n. 481/1995 operato dall'art. 36 della legge 24 gennaio 2012, n. 1, che ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti. Secondo la Corte costituzionale (15 marzo 2013, n. 41), del resto, la nuova Autorità "si inscrive nel sistema di regolazione indipendente dei servizi di pubblica utilità avviato con la legge 14 novembre 1995, n. 481".

³³ Sul rapporto tra la regolazione e il suo oggetto, sempre determinante per individuare "il problema quanto le vie da percorrere per risolverlo, si veda B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 2.

³⁴ Sulle differenze tra il modello monosettoriale inglese e il modello multisettoriale sperimentato invece in Spagna, Estonia e Olanda, di "super-regulator", cfr. R. PRICE, C. ROSS, A better deal for consumers and an attractiveenviroment for investors: The regulator's perspective on the development and use of regulatory and competitionpowers, in Utilities Policy, 31, 2014, 183.

³⁵ Si tratta di una "autorità di regolazione unica per tutte le reti", come evidenziato da L. CUOCOLO, G. LEMBECK, *Le autorità di regolazione e controllo dei servizi di interesse generale in Europa: una prospettiva comparata*, in *Dir.pubbl.comparato ed europeo*, 2007,

2013, la medesima autorità svolge funzioni sia di regolazione – nel settore delle comunicazioni, energetico, postale e del trasporto ferroviario –, che di tutela della concorrenza³⁶. Solamente in Portogallo la stessa autorità (*Entite Regulatrice des Services des Eaux et des Residus*)³⁷ regola il servizio idrico e i rifiuti, ma non i grandi servizi a rete energetici. Nel panorama europeo, AEEGSI – come la possibile ARERA, del resto – costituiscono pertanto un *unicum*, almeno per quanto riguarda la sommatoria di settori regolati.

La prospettata scelta di non istituire un organismo *ad hoc* per i rifiuti, bensì di aumentare i compiti di un'autorità esistente, rischia, tuttavia, specie se non accompagnata da un corrispondente aumento della dotazione organica, di sovraccaricare il regolatore di eccessive funzioni, pregiudicandone l'efficace funzionamento³⁸. Il punto è stato peraltro esattamente colto dal Consiglio di Stato³⁹ che, "a fronte del considerevole aumento delle competenze dell'Autorità ..., che si occuperebbe *ex novo* della regolazione di un settore così delicato come quello dei rifiuti", ha ravvisato "la necessità che allo svolgimento delle suddette funzioni possa provvedersi mediante il reclutamento di nuovo personale dotato di specifiche competenze tecniche"⁴⁰.

II, 826, ma che, a differenza di quanto prefigurato per l'Autorità italiana, non si occupa di acqua e rifiuti. In proposito, cfr. E. BERTOLINI, *Le autorità di regolazione nei servizi pubblici locali in Germania*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna 2010, 77 ss.

³⁶ Su questa "doppia anima", si veda E. MALARET, *Autoridades independientes de regulacion y transaprencia*, in *Munus*, 2014, 329. Un modello simile a quello spagnolo è rinvenbile anche in Olanda ed Estonia dove, rispettivamente, l'*Autoriteit Consument and Mark*, dal 2013, e, ormai da tempo, la *KonKurentsiamet* svolgono sia funzioni di regolazione dei servizi che di tutela della concorrenza.

³⁷ Cfr., al rigaurdo, F. ALVES CORREIA, La Gestion des Ressources en Eau au Portugal, in V. Parisio (a cura di), Demanio idrico e gestione del servizio idrico in un aprospettiva comparata: una riflessione a più voci, Milano 2011, 23 s. e C. Blanco De Morais, Le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento portoghese, in Dir.pubbl.comparato, 2007, II, 1057 ss.

³⁸ Come paventato, con riferimento alle nuove attese competenze sui rifiuti, dal Presidente dell'Autorità, Guido Bortoni, nella *Presentazione* alla relazione annuale 2016, in www.autorita.energia.it, 23. In simile prospettiva, ma in generale, si veda M. RAMAJOLI, Riforme (passate, presenti e future) delle autorità indipendenti, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme, Bologna 2016, 72, nonché S. CASSESE, L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti, in Giorn. dir. amm., 2011, 103.

³⁹ Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, 3 maggio 2016, n. 1075.

⁴⁰ Il cui costo – precisa il Consiglio di Stato – "in ogni caso non graverebbe sulla fi-

Ad ogni modo, molteplici appaiono i potenziali vantaggi del modello multisettoriale. Innanzitutto, l'irradiarsi, anche negli altri settori, dello statuto d'elevata indipendenza che caratterizza il regolatore energetico⁴¹. Il che, assieme alla chiara affermazione del principio di distinzione tra funzioni di regolazione e di gestione dei servizi pubblici locali⁴², dovrebbe garantire una maggiore stabilità e certezza delle regole, in grado di favorire gli investimenti privati, specie quelli infrastrutturali⁴³ connotati da lunghi tempi di ritorno⁴⁴.

Dal punto di vista del regolatore, poi, le "forti affinità metodologiche" ⁴⁵ tra regolazione dei servizi energetici e ambientali potrebbero consentire di sfruttare a pieno le competenze maturate ed affinate in anni di regolazione dei mercati energetici (e più di recente dei servizi idrici), applicando metodi e strumenti ormai perfezionati e consolidati anche nel settore dei rifiuti⁴⁶.

nanza pubblica in forza del previsto meccanismo di autofinanziamento (la cui previsione risulterebbe altrimenti priva di effettive finalità)".

- ⁴¹ Le direttive del c.d. terzo pacchetto energia affermano l'indipendenza dei regolatori nazionali "da qualsiasi altro soggetto pubblico e privato" e il divieto di accettare "istruzioni dirette da alcun governo" (cfr., ad esempio, l'art. 35, comma 4, lett. a), b), direttiva 2009/72/CE).
- ⁴² Cfr. l'art. 18 del richiamato schema di decreto sui servizi pubblici locali. La *ratio* della norma era chiaramente rinvenibile nell'esigenza di superare le situazioni in cui gli enti locali si trovavano ad essere, al tempo stesso, componenti dei regolatori locali (autorità d'ambito) e soci delle società di gestione dei servizi.
- ⁴³ Fin qui particolarmente carenti nel settore idrico e dei rifiuti, come osserva, con particolare riferimento alla necessità di una "rimodernizzazione infrastrutturale" della rete idrica, G. PIPERATA, *Liberalizzazione e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, 12.
- ⁴⁴ Ricorda G. DELLA CANANEA, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, 116, come "senza norme stabili un'economia capitalistica non è in grado di funzionare a dovere; un'industria ad alta intensità di capitale non può effettuare investimenti adeguati". In tema, può essere interessante leggere la memoria dell'Autorità per l'energia 429/2012/I/COM, depositata nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla Strategia energetica nazionale, dove in particolare si sottolinea l'importanza della regolazione indipendente "a garanzia di certezza e stabilità delle regole e, quindi, di affidamento per gli ingenti investimenti caratterizzati da lunghi tempi di ritorno". Sull'instabilità, come tratto caratterizzante la disciplina dei servizi pubblici, si veda, invece, il classico studio di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990; cfr., altresì, M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici locali e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 505 ss.
 - ⁴⁵ Così G. Bortoni, La legge n. 481/1995. Autorità tra passato e futuro, cit., 24.
- ⁴⁶ In quest'ottica, cfr. la delibera 218/2016/R/IDR, "Disposizioni per l'erogazione del servizio di misura del servizio idrico integrato a livello nazionale", che richiama l'"esperienza maturata nella regolazione del servizio di misura nei settori energetici e delle soluzioni individuate dall'Autorità in tali contesti".

Nella prospettiva dei soggetti regolati, infine, l'attribuzione ad un'unica autorità di poteri di regolazione trasversali pare riflettere le sottostanti dinamiche di mercato, laddove, accanto a operatori di modeste dimensioni, si vanno affermando più grandi aziende *multiutility*. Queste imprese potranno, quindi, d'ora in poi, avvantaggiarsi del rapporto con un unico soggetto; circostanza, questa, particolarmente apprezzabile soprattutto se si considera che, ad una pluralità di regolatori, potrebbero anche corrispondere differenti, e tra loro incoerenti, approcci regolatori. Un unico regolatore potrà, invece, assicurare una certa coerenza di principi, norme, schemi e metodologie e, quindi, garantire, da un lato, economie di apprendimento; dall'altro, certezza e affidamento.

4. La fenomenologia del conflitto

Una legge di principi, un regolatore multisettoriale, dotato di "prestigio" e "legittimazione"⁴⁷, inserito all'interno di reti europee di regolatori⁴⁸, sono elementi che potrebbero far pensare ad un sistema tutto coordinamento e razionale *governance*. In realtà, il pluralismo istituzionale tipico dei servizi pubblici ci pone innanzi ad una molteplicità di soggetti a diversi livelli muniti di potestà regolatorie in attesa di essere esercitate e, potenzialmente, interferenti con interessi privati o con altri poteri pubblici. In un tale contesto, la competizione può insorgere sia tra istituzioni svolgenti compiti analoghi, ma in differenti giurisdizioni, che tra istituzioni cui l'ordinamento assegna compiti differenti nell'ambito, però, di una medesima giurisdizione⁴⁹. Nel primo tipo rientrano, tipicamente, le relazioni che le autorità di regolamentazione nazionale intessono in seno all'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER)⁵⁰,

⁴⁷ In questi termini si esprime P. RANCI, *La legge n.* 481/1995, cit., 21.

⁴⁸ Cfr. infra, paragrafo 4.2.

⁴⁹ La nozione di giurisdizione è qui assunta nel significato di ambito locale di applicazione di determinate regole e principi, mutuando tale concettuologia dalla scienza economica dove per giurisdizione s'intende, solitamente, l'ambito territoriale cui è rivolta la fornitura di un bene pubblico locale: cfr., *ex plurimis*, C.M. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Political Economy*, 64, 1956, 416 ss.

⁵⁰ Istituita con regolamento (CE) n. 713/2009. Sull'Agenzia europea dell'energia, cfr. L. AMMANNATI, *Il ruolo dell'Agenzia nella regolazione energetica*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia 2011, 99 ss. In generale, sulle reti di autorità amministrative in Europa, si vedano invece E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it.*

mentre il secondo tipo comprende i rapporti tra regolatori locali e regolatore nazionale e, tra quest'ultimo, e il governo.

La complessità di queste trame conflittuali, e l'intensità talora raggiunta dal conflitto, inducono ad accantonare letture prevalentemente "ireniche" delle dinamiche istituzionali europee e nazionali, incentrate sul principio cooperativo o su quello, domestico, di leale collaborazione. Realisticamente, bisogna piuttosto riconoscere la presenza, anche nei rapporti tra istituzioni che a vario titolo partecipano all'attività di definizione/applicazione delle regole o che si instaurano all'interno delle reti dei regolatori europei, di elementi di armoniosa cooperazione, ma anche di schietta competizione⁵¹. In quest'ottica, peraltro, il riconoscimento del carattere endemico del conflitto sembra costituire il presupposto stesso per tentare di superare le divergenze che possono compromettere l'efficace funzionamento della "filiera regolatoria" nazionale o della rete europea.

4.1. Lungo la "filiera" regolatoria nazionale

Il corretto funzionamento della "filiera regolatoria" nazionale, che si snoda lungo l'asse governo-Autorità di regolazione nazionale-regolatori locali, può essere compromesso, sia da dialettiche competitive fra i vari attori istituzionali coinvolti, che da difettosi coordinamenti tra un segmento e l'altro della "filiera". Si tratta, in entrambi i casi, di conflitti "verticali", tra soggetti collocati cioè in segmenti o fasi "a monte" e "a valle" della metaforica "filiera" della regolazione⁵². In particolare, quando la potestà regolatoria è distribuita tra regolatori locali (enti di governo

dir. pubbl. comunitario, 2012, 29 ss.; D. COEN, M. THATCHER, Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies, in Journal of Public Policy, 28 (1), 49 ss.

⁵¹ Per un simile approccio allo studio della regolazione, cfr. D.C. ESTY, D. GERARDIN, *Regulatory Co-Opetition*, in D.C. ESTY, D. GERARDIN (a cura di), *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford 2001, 30 ss.

⁵² Ciascuna fase di questa "filiera" è infatti presidiata da una istituzione – *lato sensu* un regolatore –, che trasforma regole-*input*, provenienti dalla fase a monte della filiera, in regole-*output*, dirette alla fase a valle della filiera medesima. Questa relazione tra regolatori collocati in fasi successive della filiera è stata, talvolta, rappresentata dalla letteratura economica attraverso modelli di competizione *à la Stackelberg*. In proposito, cfr. D.P. BARON, *Noncooperative Regulation of a Nonlocalized Externality*, in *The Rand Journal of Economics*, 16,1985, 553 ss., nonché S. LANZA, S. LUCATTINI, *L'Autorità per l'energia tra competizioone e cooperazione*, in *www.rivistadellaregolazionedeimercati.it*, 2015, 216 ss.

d'ambito) e regolatore nazionale, come avviene nella regolazione multilivello del servizio idrico e, in prospettiva, dei rifiuti⁵³, più che dinamiche apertamente conflittuali, possono piuttosto crearsi problematiche di coordinamento dovute magari all'incapacità dei regolatori locali (soprattutto quelli di piccole dimensioni) nello sviluppare i raffinati schemi regolatori (tariffari, ad esempio) predisposti dall'Autorità centrale, a discapito dell'efficienza del servizio, in termini appunto di recuperi d'efficienza e di promozione degli investimenti infrastrutturali⁵⁴.

Una più diffusa e omogenea *expertise*, capace di dare vita ad un'ampia condivisione di strumenti e linguaggio (una sorta di *koinè* regolatoria), e, in generale, la sinergia tra i vari livelli di regolazione costituiscono, invece, lo snodo fondamentale per il buon funzionamento di un sistema multilivello. In un ideale assetto, mutuando gli schemi utilizzati dallla Corte costituzionale per il trasporto pubblico locale⁵⁵, si può infatti affermare che le funzioni attribuite all'Autorità centrale non assorbono completamente le competenze locali, ma "le presuppongono e le supportano", in quanto compito di tale Autorità è "dettare una cornice di regolazione economica" all'interno della quale si muovono i regolatori locali, predisponendo i piani d'ambito e stabilendo le tariffe, in applicazione del metodo tariffario definito dal regolatore nazionale⁵⁶. Dinamiche più

⁵³ Cfr., rispettivamente, l'art. 3 del dpcm 20 luglio 2012, e l'art. 16 dello schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali. Tali disposizioni attribuiscono al livello di governo superiore alcuni poteri fondamentali, quali la definizione dei criteri per la determinazione delle tariffe e l'approvazione delle tariffe fissate dagli enti di governo locali; la definizione dei livelli minimi e degli obiettivi di qualità dei singoli servizi; la verifica della corretta redazione dei piani d'ambito.

⁵⁴ Per quanto le difficoltà incontrate dagli enti di governo d'ambito nel definire tariffe razionali non sono generalmente dovute soltanto alla (possibile) mancanza di specializzazione o di cultura della regolazione pro-concorrenziale, bensì, assai spesso, ad un rapporto con gli enti locali non improntato alla logica della separazione tra regolazione e gestione, invocata, invece, dall'art. 18 dello schema di testo unico.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 15 marzo 2013, n. 41, che ha giudicato costituzionalmnente legittima l'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, ritenendo che essa non incida sulle sfere di competenza delle regioni e degli enti locali in materia di trasporto pubblico locale.

⁵⁶ Sul meccanismo di determinazione della tariffa idrica, articolato sul duplice livello nazionale/locale, si veda l'analitica ricostruzione di V. PARISIO, La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo, in Trattato di diritto dell'ambiente, diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, vol. II, Discipline ambientali di settore, Padova 2013, 154 ss. Per una ricostruzione del contenzioso giurisdizionale in materia, si rinvia invece a L. MUSSELLI, Regolazione tariffaria dei servizi idrici e prime pronunce del giudice amministrativo, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), Servizi pubblici locali e regolazione, cit., 192 ss.

propriamente conflittuali potrebbero poi insorgere nell'ambito del meccanismo di determinazione tariffaria, che potrebbe incepparsi per la condotta inerte o ostruttiva degli enti d'ambito; ragion per cui il regolatore nazionale è stato dotato anche di un potere sostitutivo⁵⁷, da esercitarsi nel caso in cui tali enti non predispongano la tariffa da sottoporre all'approvazione finale dell'Autorità. Tale potere, tipico dei sistemi accentrati e gerarchici, fa sì che la competenza dell'autorità locale possa essere attratta nella sfera dell'autorità nazionale, instaurando un rapporto diretto tra quest'ultima e i gestori del servizio: la regolazione tariffaria, in questi casi, si applica infatti direttamente, senza l'intermediazione dei regolatori d'ambito, consentendo in tal modo di superare l'inerzia e/o il conflitto istituzionale, in funzione di certezza di regole e condizioni applicabili.

Se i rapporti regolatori locali/regolatore nazionale possono generare più o meno stridenti disarmonie, comunque ricomponibili grazie al ruolo centrale e sovraordinato dell'Autorità di regolazione, quelli governo/AEEGSI o AEEGSI/altre autorità indipendenti possono invece sfociare in dinamiche propriamente conflittuali.

Sul primo fronte, si registra, ormai da tempo, una "lenta ma insesorabile erosione" ⁵⁸ della sfera della regolazione per effetto di norme che, distribuendo i compiti tra regolatore e governo, relegano in molti casi l'Autorità ad un ruolo meramente consultivo ⁵⁹, per cui il Ministero competente decide sentita l'Autorità ⁶⁰, che si trova così spogliata anche del potere di proposta, che comporterebbe un piuttosto gravoso onere motivazionale in capo al Ministro che volesse discostarsi dalle proposte formulate dal regolatore. Una puntuale applicazione di questo schema si

⁵⁷ Cfr. l'art. 10, comma 14, lett. d), del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, nonchè l'art. 6, comma 9, della delibera dell'Autorità 585/2012/R/idr d'approvazione del metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe per gli anni 2012 e 2013.

⁵⁸ In questi termini, M. CLARICH, F. SCLAFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in AA.Vv., *Il governo dell'energia per lo sviluppo del paese*, Bologna 2012, 277.

⁵⁹ Per quanto invece riguarda il potere sostitutivo del governo nei confronti dell'Autorità (introdotto con l'art.2, comma 14, della legge 23 agosto 2004, n. 239), esso, sia pur astrattamente in grado di offuscare il modello di regolazione indipendente delineato dalla legge n. 481/1995, non ha, tuttavia, fin qui trovato concrete applicazioni, non essendosi peraltro mai realizzato il presupposto di detto potere, ossia l'inazione del regolatore nell'adottare "atti o provvedimenti di sua competenza".

⁶⁰ Cfr., ad esempio, l'art. 16 del decreto legislativo 11 giugno 2011, n. 93, che attribuisce al Ministero dello sviluppo economico il compito di valutare la coerenza del piano decennale di sviluppo della rete di trasporto del gas con quello elaborato a livello comunitario, "sentita" appunto l'Autorità.

trova, da ultimo, nel disegno di legge sulla concorrenza dove, ai fini della cessazione della disciplina transitoria dei prezzi regolati dell'energia elettrica e del gas, l'Autorità ha di fatto perso il "diritto a dire l'ultima parola", a vantaggio del Ministero dello sviluppo economico⁶¹.

Ma, soprattutto, si assiste, sempre più di frequente, all'adozione di atti d'indirizzo invasivi delle attribuzioni del regolatore nella definizione della regola tecnica⁶². In un ideale – quasi geometrico – riparto gli organi politici dovrebbero adottare le decisioni di contenuto generale, mentre le autorità dovrebbero essere chiamate a definire, in dettaglio, le regole tecniche più appropriate per il funzionamento dei mercati affidati alle loro cure⁶³. Nella pratica, però, la linearità di queste costruzioni viene sovente meno, per cui individuare la linea di demarcazione tra scelte di politica economica e regolazione indipendente non sempre si rivela agevole, come emerge da numerosi casi di conflitto, taluni rimasti ad uno stato, per così dire, latente⁶⁴; altri sfociati invece in più aperti contrasti o addirittura in un contenzioso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo⁶⁵. Anche al di fuori dei più gravi episodi di contenzioso interno alla

⁶¹ Cfr. l'art. 30, comma 2, del disegno di legge sulla concorrenza (n. 2085), dove si prevede che il Ministero, verificata la sussistenza delle condizioni stabilite al comma 1 (operatività del portale informatico per la raccolta e pubblicazione delle offerte; rispetto delle tempistiche di *switching*, di fatturazione e conguaglio; operatività del sistema informatico integrato; attuazione del *brand unbundling* tra imprse di distribuzione e di vendita), con proprio decreto, sentita l'AGCM e previo parere delle competenti commissioni parlamentari, ponga fine alla disciplina transitoria dei prezzi delle furniture al dettaglio fin qui definita dall'Autorità.

62 Su questo fenomeno, cfr. E. BRUTI LIBERATI, La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il Governo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2009, 435 ss. A ben vedere, uno svuotamento delle competenze dell'Autorità ad opera del governo può realizzarsi anche attraverso un "assorbimento legislativo della regolazione" (cfr. S. CASSESE, La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti, in Energia, 4/2015, 10), che risulta altresì lesivo dell'indipendenza, soprattutto quando la legge assume le "fattezze" del provvedimento e "proviene dal governo" che in questo modo sottrae poteri al regolatore indipendente per esercitarli direttamente. Tale "assorbimento", del resto, si verifica, in buona parte, per via dell'abuso della decretazione d'urgenza, cui accenna – come una delle cause del sempre più diffuso "amministrare per legge" – S. CASSESE, Verso un nuovo diritto amministrativo, in Giorn.dir.amm., 2016, 13.

⁶³ È questo il modello prefigurato dalla legge n. 481 del 1995 la quale stabilisce che "sono fatte salve le funzioni di indirizzo del settore spettanti al governo" (art.2, comma 14) e che la regolazione dei servizi di pubblica utilità deve tenere conto "degli indirizzi di politica generale formulati dal governo" (art.1, comma 1), il quale "nel documento di programmazione economico-finanziaria, indica all'Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese" (art. 2, comma 21).

pubblica amministrazione, accade comunque spesso che l'atto d'indirizzo governativo contenga criteri di disciplina della materia tanto specifici e vincolanti da lasciare uno spazio del tutto residuale alla regolamentazione tecnica dell'Autorità.

Al di là dei risvolti più propriamente soggettivi, legati all'espansione/compressione delle rispettive sfere di attribuzioni, simili conflitti o difettosi coordinamenti lungo la sequenza legge-direttiva ministerialeatto di regolazione appaiono meritevoli d'interesse soprattutto nella misura in cui possono recare pregiudizio alla certezza del diritto, essenziale per ogni razionale programmazione economica delle imprese⁶⁶; ciò anche per via dell'allungamento dei tempi di definizione delle regole, di per sé in grado di compromettere le legittime aspettative dei privati⁶⁷. In

⁶⁴ Ad esempio, i conflitti che potrebbero insorgere nell'applicazione dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 93/2011, in materia di incentivazione tariffaria delle infrastrutture "coerenti con la strategia energetica nazionale", il quale prevede che l'Autorità per l'energia "esercita le proprie competenze in materia tariffaria coerentemente con le finalità" specificate in indirizzi emanati dal governo. Tali indirizzi, come notato da E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Dir. econ.*, 2012, 41 s., nel caso in cui venissero formulati ad un livello di dettaglio tale da vincolare la successiva regolazione, potrebbero comprimere notevolmente il potere tariffario dell'Autorità che costituisce il principale strumento di conformazione del mercato a disposizione del regolatore.

65 L'Autorità per l'energia si è rivolta al giudice amministrativo per salvaguardare la propria sfera di attribuzioni lesa da un atto di indirizzo (D.M 24 ottobre 2005) emanato dal Ministero dello sviluppo economico, di fatto sostituitosi al regolatore nella adozione della specifica regola tecnica. In primo grado, il Tar del Lazio (sez. III-ter, 2 maggio 2006, n. 3017) ha rigettato il ricorso dell'Autorità, prendendo le mosse dall'assunto per cui sussisterebbe "una sorta di sovrapposizione di competenze secondo un criterio materiale fra il Ministero e l'Autorità, descrivibile in termini di cerchi concentrici più o meno estesi, tra loro in rapporto di continenza/specialità", per giungere quindi ad affermare che "per garantire un minimum di efficacia della direttiva (il D.M 24 ottobre 2005, ndr), questa doveva indicare la concreta condotta che dovrà essere seguita", non potendosi limitare "alla enucleazione di astratte finalità", avendo "pur sempre carattere precettivo, sebbene di varia intensità". Il Tar Lazio, a partire da una nozione piuttosto elastica di direttiva, giunge dunque a disegnare un criterio di riparto assolutamente non lineare, fatto di intrecci e sovrapposizioni di sfere di competenza, che potrebbe condurre, se portato alle sue logiche ed estreme conseguenze, a svuotare il regolatore di ogni prerogativa. Ad ogni modo, la pronuncia del Tar Lazio è stata riformata dal Consiglio di Stato (sez.VI, 28 marzo 2008, n. 1274), il quale ha piuttosto decisamente affermato che il Ministero "non può esercitare un potere (di regolazione) riservato dalla legge all'Autorità".

⁶⁶ In proposito, cfr. Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 681, che, in materia di regolazione tariffaria, pone l'accento sull'esigenza di "salvaguardare l'aspettativa degli operatori di programmare le proprie scelte gestionali sulla base di elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento".

⁶⁷ Significativa, da questo punto di vista, appare la vicenda delle agevolazioni tariffa-

quest'ottica, il problema che si pone non è, dunque, tanto l'erosione o lo svuotamento delle attribuzioni – soggettive – del regolatore a favore del governo, quanto piuttosto quello degli effetti – apprezzabili in termini oggettivi – che la scoordinata distribuzione/esercizio del potere regolatorio produce nei confronti degli operatori economici. Ciononostante, a livello generale, non pare muoversi nella direzione dell'ordinata distribuzione dei poteri e, quindi, della certezza, l'art.7, comma 1, lett. b), del disegno di legge AS n.1577 che, tra i principi e criteri direttivi della delega al governo per la riorganizzazione dell'amministrazione statale, prevede la soppressione degli uffici ministeriali che svolgano funzioni analoghe a quelle esercitate da autorità indipendenti, e viceversa. Norme di questo tipo rischiano, infatti, di confondere ancor più i confini tra regolazione indipendente e attività esecutiva⁶⁸ e, in ultimo, di ledere la pretesa degli operatori economici al coordinamento infrastrutturale⁶⁹ – espressione del principio di buon andamento nelle interrelazioni tra poteri – e alla sicurezza dei rapporti giuridici; pretesa che non può certamente essere intesa come tendente all'adozione di un atto di un determinato contenuto. bensì alla garanzia di un'azione amministrativa razionale, unitaria e certa, indipendentemente dai suoi esiti.

rie per le imprese a forte consumo di energia (c.d. energivori), in cui si è assistito ad una defatigante navette tra Ministero dello sviluppo economico e Autorità. Il punto critico era qui costituito dalla rideterminazione degli oneri generali di sistema, frutto della nuova definizione normativa di imprese energivore. Infatti, l'art. 39, comma 1, del decreto legge 22 giugno 2012, n.83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, aveva demandato ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto col Ministero dello sviluppo economico, la definizione delle imprese a forte consumo di energia, mentre il successivo comma 3 aveva stabilito che fosse l'Autorità per l'energia a rideterminare, seguendo gli indirizzi del Ministero dello sviluppo, i corrispettivi a copertura degli oneri generali di sistema elettrico ed i criteri di ripartizione dei medesimi oneri a carico dei consumatori. Il meccanismo delineato dall'art. 39 si è però inceppato fin dall'inizio, dal momento cioè in cui il Ministero ha emanato i propri indirizzi. A seguito del primo atto di indirizzo, l'Autorità ha difatti rappresentato "l'opportunità di rivedere la materia privilegiando criteri di selettività" nella individuazione dei beneficiari delle agevolazioni tariffarie (cfr. la delibera 340/2013/R/eel, III Considerato). Il Ministero ha allora emanato un secondo atto di indirizzo, venendo in parte incontro alle osservazioni del regolatore il quale ha, tuttavia, criticamente rilevato come "gli indirizzi del Ministero dello sviluppo economico sono formulati con un livello di prescrizione tale da vincolare il contenuto degli atti attuativi dell'Autorità" (cfr., ancora, la delibera 340/2013/R/eel, V Considerato).

⁶⁸ Parla apertamente di un "errore" in grado di "ledere e la regolazione e l'indipendenza", S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, cit., 11.

⁶⁹ Su questa pretesa, come utilità strumentale e procedimentale tutelata in quanto tale, a prescindere dall'acquisizione dell'utilità finale, vedasi G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 339.

Continuando ad esplorare la frastagliata fenomenologia del conflitto intersoggettivo, ci s'imbatte poi in conflitti di tipo "orizzontale", tra soggetti omogenei, ossia tra autorità indipendenti titolari di poteri in parte sovrapponibili. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali sembra risolvere *in apicibu*s alcune di queste possibili sovrapposizioni, delineando un ruolo residuale dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)⁷⁰. Pertanto le autorità di regolazione (e, quindi, anche AEEGSI) sono competenti ad adottare "schemi di bandi di gara e contratti tipo" per l'affidamento del servizio, mentre, nei settori dove un regolatore non sia stato istituito, tale compito spetterà all'ANAC⁷¹. Nella medesima logica si muove anche l'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 il quale attribuisce all' autorità regolatrice, o in alternativa all'AGCM, il compito di verificare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore⁷².

Nelle norme appena passate in rassegna, l'actio finium regundorum tra autorità sembra generalmente riuscita. Più incerti appaiono invece i criteri di riparto in materia di pratiche commerciali scorrette, laddove l'art. 1, comma 6, del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21⁷³ ha at-

⁷⁰ Cfr. l'art. 15, comma 1, del più volte citato schema di decreto sui servizi pubblici locali. Il Consiglio di Stato, nel relativo parere, aveva suggerito di inserire analoga disposizione nel corpo del comma 2 dell'art. 15, individuando però stavolta nell'AGCM il soggetto competente, in mancanza di un'autorità preposta alla regolazione dello specifico settore, a fissare i costi standard dei servizi pubblici locali e i livelli minimi di qualità.

⁷¹ Secondo la generale previsione dell'art. 213, comma 2, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti publici).

⁷² Cfr. le delibere 41/2016/E/eel e 62/2016/E/eel con cui l'Autorità per l'energia ha avviato procedimenti volti ad accertare la sussistenza di una riduzione non inferiore al 10% del prezzo complessivo delle forniture di energia elettrica erogate alla pubblica amministrazione. Sul ruolo di Consip, come centrale d'acquisito di energia elettrica per le pubbliche amministrazioni, cfr. A. TRAVI, Contratti dell'energia e regolazione: la pubblica amministrazione come cliente, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), Contratti dell'energia e regolazione, Torino 2015, 165 ss.

⁷³ L'actio finium regundorum in materia di pratiche commerciali scorrette è stata affrontata, in prima battuta, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenze nn. 11, 12,13, 14, 15, 16 dell'11 maggio 2012 ove, in applicazione del principio di specialità per settori, si è stabilito che, in caso di conflitto sulla competenza, l'Autorità tenuta ad intervenire fosse quella di regolazione settoriale. In seguito, la stessa Adunanza plenaria (decisioni nn. 3 e 4 del 9 febbraio 2016) ha invece ragionato secondo lo schema della specialità per fattispecie nel cui ambito i giudici amministrativi sembrano, in particolare, aver valorizzato l'aggressività della pratica commerciale come *quid pluris* idoneo a marcare la specialità della previsione del codice del consumo, che assegna la competenza

tribuito, "in via esclusiva" e "fermo restando il rispetto della regolazione vigente", all'AGCM la competenza ad intervenire, una volta "acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente" Peraltro, l'obbligatoria richiesta del parere rischia qui di paralizzare il procedimento avviato dall'Antitrust o, comunque, di indebolire la tenuta in giudizio del provvedimento sanzionatorio, nel caso in cui esso venga adottato in contrasto con il parere dell'autorità di regolazione preventivamente consultata. Come avvenuto in un recente caso deciso dal Tar del Lazio", in cui il giudice amministrativo ha censurato il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM nei confronti di un gestore del servizio idrico per non aver "tenuto in alcuna considerazione il parere reso dall'AEEGSI" che aveva preso atto "della conformità dell'operato … al quadro normativo di settore" della conformità dell'operato … al quadro normativo di settore".

Oltre ai veduti conflitti "verticali" (con il governo) e "orizzontali" (con altre autorità), problematiche di coordinamento, foriere d'incertezza, possono verificarsi anche tra l'Autorità e soggetti sottoposti alla regolazione, ma chiamati a svolgere funzioni d'interesse pubblico. In tale prospettiva, può leggersi la disorganica distribuzione della funzione di enforcement tra l'Autorità e il Gestore dei Servizi Energetici (GSE) cui sembra aver dato vita il D.M 28 dicembre 2012 il quale affida al GSE, quindi ad una società pubblica⁷⁷ soggetta a regolazione, la "verifica" del rispetto dell'obbligo di acquisto dei c.d. certificati bianchi, prevedendo che il Gestore trasmetta all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati, in vista dell'applicazione di sanzioni alle imprese, nell'ipotesi di "conseguimento degli obblighi inferiore alle percentuali minime" (art.13, comma 1). Rispetto alla precedente disciplina, in cui all'Autorità spettava il compito, sia di verificare il rispetto dell'obbligo di acquisto dei certificati, che di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per il mancato raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico, nell'attuale si-

all'Antitrust, rispetto alle norme dei singoli ordinamenti di settore che prevedono la competenza sanzionatoria delle autorità di regolazione.

⁷⁴ D'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

⁷⁵ Sez. I, 10 maggio 2016, n. 5450.

⁷⁶ L'Autorità, nel proprio parere, aveva infatti evidenziato "come non sia rinvenibile alcun obbligo, nella disciplina di settore, che imponga la fatturazione del servizio solo in base ai consumi effettivi" e che, anzi, "il ricorso a fatturazioni basate anche su letture stimate, consente di evitare i sovracosti che comporterebbe il ricorso a letture effettive per ogni fatturazione oltre che rendersi inevitabile in relazione alle oggettive problematiche di accessibilità dei misuratori".

⁷⁷ Cfr. G. Sciullo, L'organizzazione amministrativa, Torino 2013, 161.

stema il soggetto "verificatore" non coincide più con il soggetto chiamato ad irrogare la sanzione amministrativa. Tale assetto pare dunque suscettibile di dare vita a non trascurabili problemi di coordinamento tra potere di accertamento (del GSE) e potere sanzionatorio (dell'Autorità), che potrebbero in ultimo rifluire in vizi di contraddittorietà endoproce-dimentale del provvedimento sanzionatorio. Ciò come possibile effetto dell'allungamento della filiera dell'enforcement pubblico, per cui attività precedentemente ricomprese in un'unica fase (concentrata in capo all'Autorità) sono state, in una sorta di unbundling, scorporate, con tutte le problematiche che ogni coordinamento verticale porta con sé; tanto più che qui un soggetto regolato, quale il GSE, è collocato "a monte" della filiera dell'enforcement, mentre l'Autorità di regolazione si trova relegata nella fase "a valle", in una singolare, e mai sperimentata prima, "inversione dei ruoli".

4.2. Nella rete dei regolatori europei

Nel settore dell'energia l'evoluzione, dal "concerto regolamentare europeo"⁷⁸ ad un sistema di regolazione integrata⁷⁹ imperniato sull'ACER, non pare soltanto il portato della costruzione giuridico-formale europea, quale sistema pluralistico di produzione di norme, quanto, piuttosto, il necessario riflesso della struttura reticolare del mercato europeo. Se la condizione essenziale del funzionamento del sistema energetico comunitario è infatti l'interconnessione/interoperabilità tra reti, la relativa disciplina sarà, per forza di cose, irriducibile ad una dimensione esclusivamente nazionale⁸⁰. Per questa via, la dimensione, reale ed oggettiva, di un mercato reticolare europeo costituisce quindi il presupposto di un modello organizzativo – l'ACER come *networked agency* – funzio-

 $^{^{78}}$ L'espressione è ripresa da S. CASSESE, $\it Il$ concerto regolamentare europeo, in $\it Giorn.$ dir. amm., 2002, 689 ss.

⁷⁹ Sull'evoluzione, da un sistema di "regolazione composita" entro cui i regolatori nazionali e la Commissione, pur interagendo, rimangono però separati, ad una "regolazione integrata", caratterizzata dalla creazione di "un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore", cfr. L.TORCHIA, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012, 263.

⁸⁰ Sul rilievo, necessariamente comunitario, delle principali infrastrutture di rete, cfr. G. DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, 1 ss.

nale alla produzione di regole tecniche, armonizzate e uniformi, in grado di favorire lo sviluppo concorrenziale. A questa rete organizzativa, che si snoda dall'ACER fino ai regolatori nazionali, corrisponde poi un reticolato procedimentale fatto di procedimenti composti, "in cui intervengono autorità europee e autorità nazionali"⁸¹, e in cui un ruolo centrale è svolto dall'agenzia europea di secondo livello.

Se, del resto, la "cosa da regolare" assume una configurazione reticolare – tale da richiedere omogeneità di disciplina, bilanciamento, coordinato esercizio –, da un lato, bisognerà individuare meccanismi cooperativi; dall'altro, garantire, anche in via procedimentale, la connessione tra amministrazioni sovranazionali e nazionali⁸², nella fase di produzione delle regole e in quella di *enforcement*: un mercato interconnesso richiede, infatti, regole armonizzate e un controllo diffuso sulla loro applicazione⁸³. In concreto ciò si traduce in discipline generali costruite, sempre più, a livello sovranazionale, in seno all'ACER, e che di qui si irradiano nei singoli ordinamenti, presidiate, nella loro effettività, dai regolatori nazionali che tutt'ora detengono il potere sanzionatorio⁸⁴. Si

⁸¹ Sui c.d. procedimenti composti si rinvia alle ampie riflessioni di S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano 2004, 35.

82 Il procedimento amministrativo, da questo punto di vista, possiede quindi un'attitudine organizzativa "in senso dinamico", come evidenziato da S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 2000, 307 s. Osserva altresì G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, Bologna 1998, vol. II, 1212, che la funzione organizzativa del procedimento consente all'azione amministrativa di "modellarsi non secondo schemi astratti ma secondo le esigenze concrete".

83 Il più interessante esempio di *enforcement* europeo dell'energia è rinvenibile nella disciplina sulla repressione degli abusi di mercato (regolamento (UE) n. 1227/201, c.d. Remit - Regulation on Wholesale Energy Market Integry and Trasparency), attuato con legge 30 ottobre 2014, n. 161 (art. 22). Il regolamento prevede che l'ACER, "in stretta cooperazione con le autorità nazionali di regolamentazione", eserciti l'attività di monitoraggio sui mercati all'ingrosso dell'energia (art.1, comma 1, e art.7) e che alle autorità nazionali siano invece attribuiti penetranti "poteri di indagine e di esecuzione" (art.13, comma 1). In questo disegno, i regolatori nazionali svolgono quindi il ruolo di "collaboratori" dell'Agenzia, nella fase di monitoraggio, e di "terminale operativo/esecutivo" nella successiva fase di controllo e sanzione. Si assiste, dunque, ad una distribuzione bifasica del potere di enforcement, configurabile come una linea verticalmente discendente dal livello sovranazionale a quello nazionale, in cui lo snodo centrale è costituito dall'art.16, comma 4, lett.b), del regolamento Remit, che consente ad ACER di chiedere ai regolatori nazionali "di avviare un'indagine sulla violazione sospettata e di adottare i necessari provvedimenti" e a quest'ultimi di assumere "ogni decisione" in ordine alle misure repressive da adottarsi.

84 Cfr. l'art .45, comma 2, del d.lgs. n. 93/2011, secondo cui l'Autorità per l'energia

assiste così ad una moltiplicazione degli organi che partecipano alla produzione di determinati effetti, a loro volta connessi mediante sequenze procedimentali: alcune verticalmente ordinate, dall'autorità comunitaria a quella nazionale (o viceversa); altre più complesse, con l'intervento di una pluralità differenziata di attori (nazionali e sovranazionali, pubblici e privati). Una organizzazione procedimentale multiforme e varia, dunque, in cui il principio di leale collaborazione⁸⁵, nelle sue varie declinazioni – anche informali –, è chiamato, come si vedrà, a svolgere un ruolo essenziale, di equilibratore del sistema.

Si pensi, in quest'ottica, al procedimento di redazione dei codici di rete⁸⁶, che riflette perfettamente, nella sua composizione procedimentale. la struttura reticolare e transnazionale del mercato interno. I codici costituiscono difatti il prodotto di una rete di produzione normativa⁸⁷, pluricentrica e plurifase a cui partecipano a vario titolo, una molteplicità di attori, nazionali e sovranazionali, pubblici e privati: i regolatori nazionali, l'ACER, i gestori di rete, in forma di associazioni private (European Network of Trasmission System Operators, ENTSO)88, gli utenti, la Commissione e gli Stati membri, attraverso i rappresentanti dei governi impegnati nella comitologia. La coesistenza di questa varia pluralità di soggetti e l'interazione tra attori pubblici e privati tipica della co-regolazione⁸⁹ non fa tuttavia venir meno ogni conflitto o dinamica competitiva. La rottura del monopolio regolativo delle autorità nazionali ha, infatti, innescato un processo competitivo, al fine di far quantomeno prevalere le regole più affini ai propri contesti normativi nazionali. In tale dinamica, i modelli di regolazione "vincenti" sono pertanto destinati a transitare dagli ordinamenti nazionali a quello europeo e, di qui, a ri-proiet-

è chiamata a sanzionare il "mancato rispetto delle decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER". Dove invece sono state creati regolatori europei, essi detengono anche il potere sanzionatorio, come nel caso dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, che può direttamente comminare sanzioni amministrative pecuniarie, ai sensi dell'art. 65 del regolamento (UE) n. 648/2012 (European Market Infrastructure Regulation).

- 85 Stabilito dall'art. 4 del Trattato dell'Unione europea.
- 86 Cfr. art. 6, regolamenti (CE) n. 714/2009 e n. 715/2009.

- 88 A tale proposito, cfr. art. 5, regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009.
- ⁸⁹ Sulla interazione tra attori pubblici e privati come tratto caratterizzante della coregolazione, vedasi F. CAFAGGI, A. RENDA, *Public and Private Regulation: Mapping the Labyrinth*, in *CEPS Working Document*, n. 370, 2012, 20 ss.

⁸⁷ In argomento, cfr., a livello teorico-generale, C. GARBARINO, *Un modello di rete di produzione di norme basato su agenti differenziati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLIV, n. 1, 2014, 85 ss.

tarsi negli ordinamenti nazionali sotto forma di regole comuni. Questa circolarità genera, sì, "infezioni", "contagi", "trapianti" di istituti na anche dinamiche di tipo schiettamente conflittuale, dovute al fatto che solo alcuni modelli regolatori escono vincenti dall'"agone evolutivo", per imporsi quindi in tutti gli ordinamenti nazionali. In tale prospettiva, un esempio, per certi versi paradigmatico, di competizione tra regolatori è rinvenibile nel *Capacity Allocation and Congestion Management* (CACM). Nella creazione di tale *corpus* di regole si è cercato di comporre, in seno ad ACER, una antinomia tra modelli economici differenti, sostenuti da differenti autorità nazionali, finendo però, a quanto pare, col dare vita ad una insoddisfacente soluzione di compromesso⁹².

Non soltanto cooperazione, dunque, come una visione "irenica" delle dinamiche istituzionali europee, tutta incentrata sul principio cooperativo, potrebbe portare a credere; realisticamente, bisogna piuttosto riconoscere, come il CACM sembra dimostrare, la presenza, anche nei rapporti che si instaurano all'interno delle reti dei regolatori, di elementi di competizione. Peraltro, i problemi che ogni dialettica conflittuale inevitabilmente pone, in termini d'imprevedibilità dell'azione regolatoria e di incertezza per i privati, rischiano di essere qui amplificati per via della accennata tendenza a risolvere le divergenze rifugiandosi nell'approvazione di regole compromissorie che possono far emergere contrasti in

⁹⁰ Che spesso assume la particolare forma della "circolarità germanica" (cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, cit., 79 s), per cui nozioni e principi nati in Germania – come il principio di proporzionalità – conquistano il diritto comunitario e di qui gli ordinamenti degli altri Paesi dell'Unione europea.

⁹¹ S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, cit., 51.

⁹² Secondo la letteratura economica, infatti, l'allocazione della capacità di trasporto può avvenire mediante due differenti sistemi: meccanismi di mercato (asta esplicita e asta implicita) o assegnazione gratuita (cfr. J.M. GLACHANT, The achievement of the EU Electricity Internal Market Through Market Coupling, in European Union Institute, Working Paper, RSCAS 2010/87). Ebbene, per l'allocazione della capacità nell'orizzonte infragiornaliero, il CACM non accoglie nessuno dei predetti sistemi, bensì, in conformità alle Framework Guidelines dell'ACER (ACER, Framework Guidelines on Capacity Allocation and Congestion Management for Electricity – FG-2011-E-002, 29 July 2011), prefigura un meccanismo atipico e spurio che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto far coesistere i due suindicati modelli che risultano, però, antinomici e, quindi, intrinsecamente inconciliabili. Perciò, probabilmente, la Commissione ha finito, in una logica di compromesso, per adottare il CACM in forma di linee guida, rimettendo poi ai Trasmission System Operators (TSO) il compito di sviluppare una metodologia per la determinazione del prezzo della capacità, da sottoporre infine all'approvazione delle autorità di regolamentazione nazionali (cfr. art. 53, comma 3, CACM).

fase applicativa, producendo una incertezza ancor più lesiva dell'affidamento.

A differenza di quanto avviene nel settore energetico, dove reti transanzionali pongono naturalmente, per il loro razionale governo, una esigenza di coordinamento interstatuale, la regolazione del servizio idrico e dei rifiuti non è invece chiamata a fare i conti con un mercato reticolare e interconnesso su scala europea. In questi settori le infrastrutture a rete hanno infatti dimensione ed estensione locali e, quindi, di riflesso, anche i poteri di regolazione si articolano secondo una scalarità di prospettive che si succedono in un percorso ideale che congiunge regolatori localiregolatore nazionale- network dei regolatori europei. A livello comunitario, però, il coordinamento sembra, almeno in questa prima fase, poter al massimo condurre alla selezione e diffusione, nei singoli contesti nazionali, di buone pratiche regolatorie. In quest'ottica, è concepito WAREG, il network dei regolatori europei del settore idrico, il cui compito principale è quello di favorire lo scambio e l'armonizzazione di best practice e informazioni tra i vari regolatori europei⁹³. Non essendo WAREG dotato di alcun potere normativo vincolante, allo stato non appaiono, invece, neppure ipotizzabili dinamiche competitive analoghe a quelle sviluppatesi all'interno di ACER.

4.3. Composizioni

Dall'analisi, induttiva ed empirica, fin qui svolta emerge come la competizione, piuttosto che essere confinata nell'ambito dei comportamenti patologici e degenerativi, dovrebbe essere considerata quale possibile – naturale – esito delle dinamiche istituzionali.

A livello nazionale, in particolare, è prevedibile che dialettiche governo/Autorità simili a quelle qui analizzate nel settore energetico⁹⁴ si svilupperanno, in maniera più o meno evidente, anche negli altri settori

⁹³ Come chiaramente emerge dalle parole del primo presidente di WAREG, A. Biancardi, in *www.ilmerito.org* (7 luglio 2016). Peraltro, considerato che la diffusione di pratiche amministrative virtuose tra amministrazioni funzionalmente omogenee può favorire l'uniformità dell'azione amministrativa europea e la promozione di modelli e schemi regolatori più avanzati, anche nel settore dei rifiuti potrebbe rivelarsi opportuno sperimentare analoghe formule cooperative.

⁹⁴ Con riferimento al quale si è parlato di un sistema di *governance* "strutturalmente dualistico", in cui il Ministero dello sviluppo economico sembra talvolta assumere il ruolo di "secondo regolatore": cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 90.

regolati, dove il ruolo d'indirizzo del governo, oltre ad essere previsto dalle rispettive discipline normative⁹⁵, è (anche) costituzionalmente necessitato. Del resto, essendo ormai da tempo venuta meno la funzione ordinante della legge%, precisi confini tra momento politico-ideativo e momento amministrativo-attuativo non appaiono quasi mai definibili a livello di norma primaria attributiva del potere e sono, pertanto, di fatto, sempre più spesso, rimessi al variabile modo in cui gli attori istituzionali coinvolti percepiscono il proprio ruolo e il rispettivo spazio di intervento⁹⁷. Si tratta, com'è evidente, di un delicato equilibrio, poiché qualunque scelta di tipo programmatorio del governo deve poi essere, necessariamente, tradotta in concrete misure che possono anche essere contenute in nuce nell'atto di programmazione, ma che, secondo il modello europeo della regolazione indipendente, non dovrebbero essere lì interamente e dettagliatamente sviluppate. In un simile scenario, la funzione di equilibratore del sistema dovrebbe piuttosto essere svolta dal più flessibile principio di leale collaborazione, da sperimentare nelle sue varie declinazioni anche informali98, che, pur senza giungere alla codeterminazione⁹⁹, potrebbe comunque condurre a risultati operativamente unitari.

Sul versante europeo, nei settori – come l'energia – dove il concerto europeo ha assunto le forme della regolazione integrata, il complesso intreccio AEEGSI – (altri) regolatori nazionali – ACER, sembra, invece, suscettibile di dare vita ad esiti non ancora del tutto prevedibili. Il ruolo spettante all'Agenzia potrebbe infatti svilupparsi secondo diverse linee

⁹⁵ Si veda, ad esempio, il lungo elenco di indirizzi, criteri e obiettivi generali la cui fissazione, in materia di servizio idrico, compete al Ministero dell'ambiente, ai sensi dell'art. 1 del citato dpcm 20 luglio 2012).

⁹⁶ Come emerge dall'ampia analisi di M. DOGLIANI, *Il principio di legalità. Dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1 ss.

⁹⁷ Analoghe "devianze" si sono peraltro registrate anche in altri Stati membri, e non soltanto nel settore energetico. Cfr., in proposito, Corte Giustizia, sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424, che ha giudicato illegittima la normativa tedesca che aveva sottratto al regolatore nazionale delle telecomunicazioni il potere discrezionale di "valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione".

⁹⁸ In merito, può leggersi M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 123, secondo cui la leale collaborazione può essere intesa quale "espressione dinamica relazionale del buon andamento".

⁹⁹ Tornano alla mente le direttive impartite dal Ministero delle partecipazioni statali agli enti di gestione – formalmente adottate dal Ministro, ma nella sostanza codeterminate –, studiate da F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano 1965, 272 ss.

evolutive. ACER potrebbe assorbire, sempre più, i poteri normativi e di *enforcement* dei regolatori nazionali¹⁰⁰; oppure divenire soprattutto un produttore di norme, lasciando alle autorità nazionali la funzione di applicazione delle regole formatesi a livello comunitario; ovvero, essere chiamata essenzialmente a fissare regole di carattere generale cui le autorità nazionali dovranno conformarsi nella definizione di regole locali/nazionali.

Comunque sia, tanto a livello interno quanto sovranazionale, il punto resta come risolvere i sempre emergenti conflitti interistituzionali, considerato che, anche nell'ambito di processi che l'astratto disegno normativo prefigura come cooperativi, sono destinati a insorgere dialettiche competitive e che anche le più raffinate forme cooperative non sempre riescono a prevenire, o porre fine, al conflitto. In questa prospettiva, appare quindi essenziale individuare un metodo o un soggetto in grado di porre fine ad una dialettica altrimenti incessante, a chiusura del sistema. A tal fine, preferibili appaiono senz'altro soluzioni endogene, rinvenibili cioè dai soggetti direttamente coinvolti, che consentono di evitare controversie giurisdizionali risolte da un terzo, con decisioni per loro natura esogene. Due appaiono perciò le vie percorribili. Una prima, che segue la logica "del contarsi", potrebbe esprimersi in calibrati meccanismi¹⁰¹ di voto a maggioranza, in grado di porre fine una volta per tutte al conflitto; l'altra, ispirata alla logica della collaborazione, se portata agli estremi, potrebbe invece condurre le autorità nazionali a sottoporre congiuntamente ai diversi portatori di interesse un progetto di regolazione condiviso. In questo modo, la competizione rimarrebbe confinata nella fase ex ante di definizione del progetto regolatorio, senza sfociare all'esterno in destabilizzanti conflitti ex post produttivi di costi economici¹⁰². Siamo qui

¹⁰⁰ Secondo il modello che pare affermarsi nella regolazione dei mercati finanziari, su cui si sofferma L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in www.irpa.eu, 2016, 25.

¹⁰¹ Non sempre, infatti, i sistemi di voto a maggioranza realizzano una efficace governance; ad esempio, nel caso del Comitato dei regolatori dell'ACER, come evidenziato da G. Napolitano, L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea, in P. Bilancia (a cura di), La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei, cit., 196, il voto a maggioranza di due terzi per l'approvazione delle deliberazioni (cfr. art. 14, comma 3, regolamento 713/2009) può costituire un ostacolo alla effettiva "capacità decisionale" dell'Agenzia.

¹⁰² Sull'incertezza come "pesante fattore di costo economico", cfr. C. MIRABELLI, *Il rischio da "diritto": il costo della incertezza ed alcune possibili economie*, in *La certezza del diritto*, Milano 1993, 44.

alle frontiere estreme dell'indagine intrapresa, in cui la competizione si scioglie nella negoziazione. Simili negoziazioni appaiono, però, sperimentabili, già oggi, nell'arena comunitaria¹⁰³, dove i regolatori sono orizzontalmente equiordinati in seno al regolatore di secondo livello, mentre all'interno degli Stati nazionali, una qualche "verticalità", tra indirizzo politico e regolazione tecnica, pare invece destinata, strutturalmente, a permanere¹⁰⁴.

5. Pluralità di fini e principi "limitatori"

La legge n. 481 del 1995 – la legge generale della regolazione –, con la sua varia molteplicità di obiettivi e finalità¹⁰⁵, consente, e persino "pretende", un ampio esercizio di discrezionalità, tecnica e amministrativa, da parte del regolatore. Per una ponderata scelta è quindi essenziale che il sistema della regolazione dei servizi sia innervato, fin dalle norme primarie attributive del potere, di fini e principi orientanti¹⁰⁶; come quelli fissati dalla legge istitutiva dell'Autorità, che si estendono ai nuovi settori regolati. Si tratta, dunque, di principi "polinormativi"¹⁰⁷, che infondono gli ordinamenti giuridici preesistenti imprimendovi criteri per decidere, e sistemici, validi cioè ormai in tutto il micro-sistema che fa capo all'Autorità di regolazione. Paradigmatici, in tal senso, i principi enunciati in materia tariffaria, che possono trovare applicazione anche nel servizio idrico e dei rifiuti¹⁰⁸, i quali consentono al regolatore di bilanciare e con-

¹⁰³ Cfr. S. CASSESE, L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 607 ss.

¹⁰⁴ Eppure qualche segnale nel senso della "orizzontalità" pare intravedersi, ad esempio nell'apertura del procedimento per l'adozione della Strategia energetica nazionale – atto programmatorio per eccellenza – agli altri attori istituzionali coinvolti e, in particolare, all'Autorità per l'energia.

¹⁰⁵ Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 1, della legge, ove sono inscritte "finalità molto generali ed elevate", come le ha descritte A. BARDUSCO, *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 229.

¹⁰⁶ Sul rilievo dei principi nell'interpretazione della disciplina giuridica dei servizi pubblici, cfr. R. CAVALLO PERIN, I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli 2001, vol. II, 961 ss.

¹⁰⁷ "che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse", li definisce A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Roma 1992, Accademia nazionale dei Lincei, 23 s.

¹⁰⁸ Cfr., rispettivamente, l'art. 2 dpcm 20 luglio 2012 e l'art. 16, comma 1, schema di decreto legislativo sui servizi pubblici locali.

ciliare interessi collettivi e individuali, valori sociali e ambientali con principi di programmazione economica e gestionale¹⁰⁹, all'interno di un "sistema tariffario" volto ad "armonizzare" le varie finalità indicate dalla legge n. 481/1995.

L'Autorità di regolazione, dunque, messe definitivamente da parte visioni avalutative e suggestioni magistraturali¹¹⁰, è oggi più che mai chiamata ad effettuare, con ragionevolezza¹¹¹ e "pratica concordanza"¹¹², scelte discrezionali e giudizi di valore, affrancata da quell'"ansia della discrezionalità" che tradizionalmente caratterizza l'approccio nazionale al potere pubblico¹¹³. Tale ampia discrezionalità, che, come ripetuto, si esercita attraverso variegati poteri (normativi, d'esecuzione, giustiziali¹¹⁴), deve però essere circondata da una rete di contenimento, fatta di

109 Sul bilanciamento di valori alla base della determinazione tariffaria, cfr. A. Travi, La disciplina tariffaria del servizio idrico integrato, in www.rivistadellaregolazionedeimercati.it, 2014, 126, per cui "ogni tariffa rappresenta un punto di equilibrio fra esigenze diverse alle quali è attribuito rilievo, in un dato momento, ai fini della gestione del servizio. È il "prisma" attraverso il quale i diversi valori coinvolti assumono concretezza, superando e talora contraddicendo le affermazioni enfatiche che sono così frequenti nella normativa sui servizi pubblici".

¹¹⁰ Poco aderenti alla reale dinamica d'esercizio del potere di regolazione, spesso intriso di discrezionalità, anche amministrativa, come dimostrato da G. MORBIDELLI, Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti, in A. PREDIERI (a cura di), Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici, Firenze 1996, 241. In tal senso, si veda anche F.CINTIOLI, Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico, Milano 2010, 36 ss. e, più di recente, G.C. SPATTINI, Regolazione, partecipazione e "contenzioso" nell'AEEGSI: quale democrazia per le autorità indipendenti?, in Munus, 2014, 403 s., nonché, in giurisprudenza, Tar Lombardia, IV, 23 ottobre 2008, n. 5197, dove si precisa che "le funzioni affidate all'Autorità non sono di valutazione e di giudizio meramente tecnico, ma di regolazione del mercato".

¹¹¹ Sulla ragionevolezza come "caratteristica connaturata all'esercizio del potere discrezionale", cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, 89.

¹¹² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 13 ss., ove si invoca "la convivenza dei principi", "non la prevalenza di un solo valore e di un solo principio, ma la salvaguardia di tanti, contemporaneamente".

113 Cfr. A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 66, che parla di un'"ansia mai appagata di una riduzione o trasformazione del margine della libertà riconosciuta all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni". In tema si veda, più di recente, G.D. COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli 2011, 1 ss.

114 Del resto, la regolazione o, più precisamente, le esigenze connesse alla regolazione di un determinato settore di attività, sembrano esercitare una sorta di *vis actractiva* nei confronti degli istituti con cui vengono a contatto. In quest'ottica, la potestà sanzionato-

""limitatori" della discrezionalità ricavabili dal sistema"¹¹⁵, costituita quindi da tutti quei principi generali, di derivazione normativa o giurisprudenziale, regole e criteri che rendono in concreto sindacabile l'atto di regolazione.

I principi in particolare, da questo punto di vista, sembrano possedere un carattere ancipite: da un lato, "chiavi di lettura dell'azione"¹¹⁶, ossia criteri-guida orientanti l'esercizio del potere discrezionale; dall'altro, argini rispetto al dilagare delle logiche teleologiche e sistemiche della regolazione, che si nutrono di una lettura "pragmatica e smitizzante del principio di legalità, incline a mediare le istanze di democraticità e di garanzia per i privati con quelle di funzionalità ed efficacia dell'agire amministrativo"¹¹⁷. Il principio di legalità, infatti, se un tempo costituiva un argine pressochè invalicabile, versa oggi in crisi¹¹⁸, al punto da risultare, spesso, in pratica "cedevole" rispetto ai "miti della concorrenza, della regolazione del mercato e dei servizi, dell'effetto utile, dell'efficienza, della partecipazione"¹¹⁹. D'altra parte, la "mancanza di una norma tipicizzante" può sempre nutrire "la tentazione" delle autorità regolatrici "di abbandonare la logica della regola di garanzia"¹²⁰, a favore di più prag-

ria diviene quindi strumento ancillare alla regolazione (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6901, secondo cui la sanzione irrogata dall'Autorità per l'energia mira "a raggiungere anche finalità regolatorie del settore"; Tar Lombardia, sez. III, 10 settembre 2009, n. 4638, che definisce la potestà sanzionatoria come "strumentale alla "regolazione" del mercato di riferimento"). Anche quando risolvono controversie in via giustiziale le autorità continuano comunque ad esercitare la propria attività di regolazione settoriale, come messo di recente in luce da M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 13.

 115 Cfr. G. Morbidelli, \overline{ll} principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in Dir. amm., 2007, 712.

¹¹⁶ Cfr. N. Lipari, Intorno ai "principi generali del diritto", in Riv.dir.civ., 2016, 29.

¹¹⁷ Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683.

118 Sulla crisi del principio di legalità, cfr. ex plurimis B. SORDI, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica, in Dir.amm., 2008, 26, ove si sottolinea peraltro come "gli odierni modelli regolativi lasciano spazi di legislazione sostanziale di incredibile ampiezza alle c.d. autorità amministrative indipendenti"; M.R. FERRARESE, Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna 2000, 87 ss., la quale osserva altresì che, specie nei settori a rapida evoluzione tecnologica ed economica, la legge ha ormai smarrito la tradizionale funzione ordinante, per lasciare il posto alla regolazione, ossia ad una "una produzione normativa di carattere strategico, pragmatico e adattativo". Sulla crisi della legge e sulla legalità delle autorità indipendenti, si veda in particolare M. CLARICH, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, cit., 154 ss.

119 Cfr. G. Morbidelli, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, cit., 777.

120 Cfr. F. Merusi, Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto ammi-

matiche logiche finalistiche che tendono ad enucleare poteri (impliciti) dalla generica enunciazione di obiettivi o valori da perseguire¹²¹. Per questa via, da fini elevati e generali, quali quelli contenuti nelle leggi istitutive di molte autorità – la stabilità (degli operatori bancari)¹²², la tutela (dei consumatori dei servizi pubblici)¹²³ –, possono quindi attingersi ampie legittimazioni che rischiano però di assecondare l'inclinazione dirigistica che si annida in ogni potere di governo dell'economia, e anche nella regolazione¹²⁴; fino a distrarla dal suo fine tipico, di creare o simu-

nistrativo, Bologna 2007, 15. "Tentazione", quella di interpretazioni estensive dei poteri attribuiti dalla legge, alimentata peraltro da letture deboli del principio di legalità, come quella che si ritrova in Cons St., sez. VI, n. 5827/2005 cit. e per cui l'Autorità, nella sua funzione di regolazione dei mercati energetici, si "autoprogramma" secondo la "tecnica del programma legislativo aperto", nella creazione dinamica della regola "tecnicamente più idonea a regolare la fattispecie".

121 Al riguardo, si è autorevolmente osservato (G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, cit., 731 ss.) che una simile "lettura finalistica", se può ritenersi ammissibile nell'esercizio del potere normativo, di creazione di norme generali e astratte, non pare invece praticabile quando porta a enucleare, in via interpretativa, da principi o generiche finalità, gravosi e specifici obblighi di condotta in capo agli operatori economici. Su questa linea si attesta Tar Lombardia, n. 683/2013 cit. (tale sentenza è stata annullata da Cons.St., VI, 3 marzo 2014, n. 967, sia pur a seguito di rinuncia da parte del ricorrente in primo grado): "con riguardo all'esercizio di poteri puntuali ad effetto ablatorio e sanzionatorio, non si vede come si possa superare la valenza costituzionale del principio di generalizzata sottoposizione dell'azione amministrativa di tipo autoritativo a disposizioni legislative provviste di un livello sufficiente di tipizzazione".

122 Nota F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013, 79, come i pervasivi *standard* di comportamento bancario imposti dai regolamenti di Basilea in nome della stabilità costringano l'attività bancaria entro una sorta di "contabilità di Stato", in cui "la legalità, cioè la corrispondenza dell'operazione alla norma, prevale, e si sostituisce alla valutazione di opportunità economica dell'operazione". Paradossalmente, qui, la logica del principio di legalità viene dunque applicata alle imprese bancarie, in tal modo "alterando il funzionamento della concorrenza e dei mercati" (*op. ult. cit.*, 80).

123 È la logica, quella di tutelare un consumatore mai sufficientemente "capacitato", che giustifica, tra l'altro, il mantenimento di prezzi regolati delle forniture dell'energia elettrica e del gas naturale (circostanza, questa, che ha dato luogo ad un ampio contenzioso, nazionale e comunitario, sull'esistenza del potere del regolatore di definire prezzi "di riferimento" anche in un mercato ormai pienamente liberalizzato; in merito cfr. amplius, A. Travi, La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), La regolazione dei servizi di interesse economico generale, cit., 184 s.). Cfr., però, il sopracitato art. 30, comma 2, del disegno di legge "concorrenza" che pone fine a questo regime "transitorio".

124 Osserva, in proposito, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi eco*nomiche, cit., 96, che le autorità indipendenti, le istituzioni-cardine dello Stato regolalare il mercato concorrenziale¹²⁵. Tale sviamento, a veder bene, è spesso frutto dell'antica, e mai del tutto abbandonata, "pretesa di progettare mondi tecnicamente perfetti"¹²⁶, senza fare i conti con la razionalità limitata di ogni decisore pubblico e con le naturali imperfezioni dei mercati: il seducente fascino senza tempo dei "palazzi di cristallo"¹²⁷, di sempre più splendidi e perfetti edifici di regole¹²⁸, dietro cui si intravede il rifiuto per "ciò che appare caotico e corrispondente alla geometria della natura" che è, irriducibilmente, "una geometria di curve irregolari"¹²⁹. Un approccio realistico e fattuale dovrebbe, invece, piuttosto condurre a elevare la natura delle cose – e non una predeterminata visione del mercato – a criterio orientante le correzioni delle "irregolarità" di funzionamento del mercato tipiche della regolazione¹³⁰.

tore, risultano, a ben vedere, dotate di armi ancor più affilate di quelle in possesso dei vecchi pianificatori.

125 Sullo sviamento di potere come vizio tipico dei provvedimenti delle autorità indipendenti, cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in F. FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano 2003, 16 s. Per un recente esempio si rinvia a Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, secondo cui "nel caso in esame l'Autorità ha esercitato un potere di integrazione contrattuale che non persegue le finalità predeterminate dalle disposizioni riportate (art. 2, lett. d) e h), legge n. 481/1995, ndr)".

¹²⁶ Stigmatizzata da B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 18, il quale ritiene piuttosto che la regolazione dovrebbe divenire una "buona arte del possibile". Al riguardo, cfr. anche M. CLARICH, *La "mano invisibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, ivi, 2015, 9.

¹²⁷ Trionfante simbolo della "ragione razionalizzatrice" e del "pensiero calcolante", per G. ZAGREBELSKY, *Liberi servi*, Torino 2015, 8 e 18.

128 Come l'immaginifico "Istituto per la regolazione degli orologi", simbolo di una regolazione perfetta quanto inutile: un immenso impersonale apparato di norme, controlli e sanzioni che, vinto l'assioma della "impossibilità di una regolazione perfetta", riuscirà, fino alla sua chiusura, nell'immane compito di mettere in sincrono gli orologi di tutti i cittadini turchi (cfr. A.H. TANPINAR, *L'istituto per la regolazione degli orologi*, trad. it. F. SALOMONI, Torino 2014, 15; opera "visionaria", consigliabile "alla schiera degli entusiasti esegeti del flusso regolatorio", chiosa G.D. COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015, 6 s.).

129 A. Predieri, *Trattato di Amsterdam e frattali*, in *Dir. Un. Europea*, 1998, 264, ove, con largo anticipo sui tempi, si getta luce sul valore euristico di quella "rivalutazione del disordine" caratterizzante la geometria dei frattali, rispetto ai "modelli geometrici euclidei o newtoniani uniformi ed elementari". Per una applicazioe di simile approccio alla regolazione dei mercati finanziari, cfr. B.B. MANDELBROT, *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, trad. it. di S. Frediani, Torino 2005.

¹³⁰ Come suggerisce F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011, 13 s.

6. Nel prisma dell'affidamento

Obiettivo ultimo della regolazione dovrebbe essere, specie in tempi di crisi, quello di dare certezza e infondere fiducia nei contesti economici di riferimento, in linea con l'esigenza avvertita dagli attori dei mercati di decisioni affidabili e tecnicamente appropriate. Pertanto, gli atti generali di natura regolamentare dovrebbero predeterminare regole di comportamento vincolanti e tendenzialmente stabili, a tutela dell'affidamento degli operatori; i provvedimenti sanzionatori trasmettere, invece, segnali al mercato o affermare orientamenti, con funzione di prevenzione generale e di certezza in ordine alla liceità/illiceità di determinati comportamenti; le decisioni giustiziali fornire, infine, l'autorevole interpretazione della normativa rilevante, valida nelle future interazioni tra i regolati e, quindi, produttiva di affidamento¹³¹.

Nell'esercizio di queste variegate funzioni non si pone, dunque, soltanto una questione di tassatività o di raffrontabilità dei poteri affidati al regolatore rispetto al precetto normativo¹³², venendo qui in rilievo, oltre al principio di legalità, altri principi-limitatori, immanenti all'ordinamento economico, quali la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento¹³³. Anche in tale ottica, sono i poteri di vigilanza e sanzionatori a porre i maggiori problemi. Nell'esercizio del potere normativo il principale rischio¹³⁴ è che gli operatori vengano danneggiati dai conflitti o dalle

¹³¹ Sul "regolare giudicando" delle autorità indipendenti, si rinvia a S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino 2013, 83 ss.; ID., *Il regolare giudicando nel prisma del giusto processo*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, 2015, 227 ss.

¹³² In merito, cfr. G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, cit., 2200 ss.

¹³³ La Cassazione (sez. V, 13 maggio 2009, n. 10982; 6 ottobre 2006, n. 21513; 10 dicembre 2002, n. 17576) ha, del resto, ormai da tempo riconosciuto il principio di legittimo affidamento come "immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico", elevandolo a "uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni". Per una concreta applicazione di questo principio alla regolazione, cfr. Tar Lombardia, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1236, che sottolinea la "necessità", per il regolatore dell'energia, "di garantire "certezza" delle situazioni giuridiche". In tema, è poi fondamentale l'elaborazione della Corte di Giustizia: cfr., tra le molte, le sentenze 17 luglio 2008, C-374/06 e 10 settembre 2009, C-201/08.

¹³⁴ Allargando la prospettiva oltre il tema del coordinamento tra poteri, il tema della lesione dell'affidamento ricorre frequentemente nella regolazione economica attuata dalle autorità indipendenti; si pensi alle problematiche generate dalla riedizione del potere tariffario con effetti ex tunc, a seguito di annullamento di un atto di regolazione tariffaria (cfr. gli interventi di F. Sclafani, F. Caringella, A. Perrucci e A. Marra su *Ottem*-

"crisi di cooperazione" tra governo, detentore della funzione di indirizzo politico, e regolatore, cui spetta invece la scelta tecnica, con l'effetto di allungare oltremisura i tempi necessari per la formazione di regole stabili e chiare¹³⁵. Nella funzione di vigilanza e sanzionatoria, il solo avvio del procedimento è invece spesso di per sé sufficiente a produrre uno stato d'incertezza e un pregiudizio soggettivo per l'operatore economico¹³⁶; in forma di danno emergente, consistente nelle spese sopportate per le complesse attività istruttorie e difensive¹³⁷, e di lucro cessante, quale perdita di occasioni più favorevoli o di rinuncia a certi piani e attività¹³⁸. D'altra parte, lo scoordinato esercizio del potere sanzionatorio, dovuto ad esempio a differenti interpretazioni della fattispecie illecita da parte del regolatore di settore e dell'autorità *antitrust*, può ledere il valore oggettivo della certezza del diritto.

Se, del resto, la certezza del diritto costituisce la "norma principio di chiusura" dell'ordinamento europeo¹³⁹, non può che essere questa la re-

peranza al giudicato di annullamento e regolazione retroattiva, in Rivista della regolazione dei mercati, 2016, 163 ss.), ovvero agli atti che modificano in pejus o fanno venir meno incentivazioni economiche (cfr. M. LUCIANI, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in Giur. It., 2007, 1825 ss). In tema cfr. altresì M. GIGANTE, Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento, Milano 2008.".

¹³⁵ Come nel veduto caso delle agevolazioni tariffarie per le imprese energivore, *infra* nota n. 66.

¹³⁶ Ragion per cui può altresì configurarsi una pretesa alla ragionevole durata dell'accertamento sanzionatorio; in tal senso, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 febbraio 2016, n. 345, secondo cui, a fronte dell'abnorme ritardo" nella conclusione del procedimento sanzionatorio, "l'interesse al giusto procedimento ... può ricevere piena tutela dall'ordinamento attraverso – ad esempio – gli strumenti ritualmente previsti contro il silenzio o l'inerzia dell'amministrazione, oltre che mediante il risarcimento del danno da ritardo".

137 Si pensi alle spese necessarie per procurarsi legali o altre professionalità esterne all'impresa, nonché ai costi operativi e di organizzazione aziendale necessari per sostenere i pesanti oneri di collaborazione richiesti ad esempio dai procedimenti *antitrust* (cfr. art. 14, comma 5, legge 10 ottobre 1990, n. 287) o per difendersi dalle contestazioni mosse nell'avvio istruttorio. A tale proposito, il giudice amministrativo (Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, nn. 864 e 865) ha ritenuto, in deroga al principio di non immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali, ammissibile l'impugnativa dell'avvio del procedimento, alla luce dell'utilità conseguibile dal ricorrente in termini di "arresto procedimentale", che consente all'impresa sottoposta a procedimento *antitrust* di evitare gli "onerosi obblighi informativi che il procedimento comporta".

L'impresa può, infatti, decidere di accantonare prudenzialmente fondi, per far fronte all'esborso economico della possibile sanzione, sottraendoli così ad altre destinazioni e investimenti, ovvero di rallentare la realizzazione di determinati progetti, perdendo magari nel frattempo finanziamenti bancari.

139 Cfr. F. Merusi, La legalità amministrativa, cit., 9. Volgendo lo sguardo oltreo-

gola dell'agire di un'Autorità di regolazione dei servizi d'interesse economico generale, collocata al centro di un sistema chiamato a funzionare in modo sinergico e coordinato e produrre regole certe, stabili orientamenti, coerenti interpretazioni. In tale prospettiva, provvedimenti apparentemente legittimi, perché ad una norma attributiva pare possibile, almeno in via esegetica, risalire, potrebbero risultare illegittimi per violazione dei principi di certezza del diritto e tutela dell'affidamento¹⁴⁰.

In tale prospettiva il coordinamento (tra governo e Autorità; tra regolatore nazionale e regolatori locali) – espressione del buon andamento nelle interrelazioni tra poteri –, abbandonando ogni logica rivendicativa del potere, può quindi essere visto come una garanzia per i privati e, dunque, convertito in una pretesa alla sicurezza dei rapporti giuridici, che deriva da un'azione amministrativa razionale, unitaria e certa. Pertanto, nel giudizio di annullamento dell'atto di regolazione, l'assenza di un efficace coordinamento potrà naturalmente refluire nell'ampio spettro dell'eccesso di potere; come violazione del principio del legittimo affidamento, ovvero come sviamento rispetto al fine tipico delle autorità di regolazione, di aprire i mercati alla concorrenza¹⁴¹: fine difficilmente realizzabile se manca il presupposto della certezza delle regole.

Affrancandosi dall'ottica deformante del potere e della tutela specifica d'annullamento, si può invece osservare che, anche dopo o a prescindere dall'annullamento dell'atto di regolazione, potrebbe comunque residuare, in capo ai soggetti regolati, un danno risarcibile per equivalente, generato dallo stato d'incertezza¹⁴² determinato dallo scoordinato esercizio del potere¹⁴³. Svincolata dai condizionamenti del rimedio specifico, la

ceano appare altresì significativo l'ordine esecutivo del Presidente degli Stati Uniti 13.563 del 18 gennaio 2011, "Sul miglioramento della regolazione e sulla sua revisione", laddove si afferma che la regolazione è chiamata, tra l'altro, a "promuovere la prevedibilità e ridurre l'incertezza".

¹⁴⁰ Sulla cui distinzione, non sempre netta nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, cfr. da ultimo A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere pubblico*, Napoli 2016, 71 ss.

¹⁴¹ Anche attraverso la "formula inferiore" della concorrenza per il mercato, come la definisce F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 415.

¹⁴² Incertezza che, in concreto, potrebbe aver ostacolato progetti aziendali o portato alla perdita di finanziamenti bancari, producendo un pregiudizio economico per gli operatori economici.

¹⁴³ Il puro rimedio risarcitorio appare del resto coerente con la natura del pregiudizio lamentato, frutto di un comportamento scorretto e scoordinato della pubblica amministrazione, che non si riflette necessariamente nell'illegittimità dell'atto, bensì nella lesione tutela risarcitoria potrà allora consentire al privato di modulare la domanda giudiziale sulla base delle proprie convenienze¹⁴⁴, aprendo una utile "via di fuga dal rapporto con l'amministrazione"¹⁴⁵ attingendo, quindi, ad una tutela satisfattiva. Il sacrificio dell'affidamento, a prescindere dalla legittimità dell'atto amministrativo e dalla stessa responsabilità dell'amministrazione, potrebbe infine essere compensato con una riparazione patrimoniale a titolo di indennità, evitando anche qui di appiattire la tutela dell'affidamento sulla legittimità dell'atto di regolazione¹⁴⁶.

dell'affidamento ingenerato nei privati. In questa ottica, cfr. Cass., Sez.Un., 23 marzo 2011, nn. 6594 e 6595, in *Giur. it.*, 2012, 192, con nota di G.D. Comporti, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*.

¹⁴⁴ Eppure l'art. 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n.104 (codice del processo amministrativo), nato per risolvere la *vexata quaestio* della pregiudizialità amministrativa, stenta ancora ad affrancarsi dalla logica attizia del potere e dalla perdurante centralità dell'azione demolitoria, come notato da G.D. COMPORTI, *Il Codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 547 ss. e da F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 994.

¹⁴⁵ G.D. COMPORTI, La tutela risarcitoria della certezza giuridica sulle facoltà inerenti al diritto dominicale assoggettato al potere pianificatorio della pubblica amministrazione, in Giust. civ., 2004, 995.

¹⁴⁶ Cfr. sul punto le ampie riflessioni di A. TRAVI, Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche), in Rivista della regolazione dei mercati, 2016.

GIAN DOMENICO ROMAGNOSI INVENTORE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO?

1. È ormai da più di un decennio che Fabio Merusi, ossia uno dei nostri più autorevoli amministrativisti, porta avanti del tutto condivisibilmente un disegno dottrinario volto a restituire, ed in chiave garantista, piena dignità e valore alla tradizione del diritto amministrativo¹.

La parabola di Merusi ha anche il pregio di risalire alle presunte origini del diritto amministrativo. È proprio da queste origini che si ricava la massima del principio di legalità nel senso della "predeterminazione" normativa dell'agire amministrativo, ossìa della "tipicità degli atti" come strumento "per legare gli amministratori e garantire i cittadini contro il loro possibile dispotismo":

"Questa fu la grande trovata, lì per lì inconsapevole dei rivoluzionari francesi, scoperta per caso dal signor Merlin ed esplicitata in termini teorici per primo da Romagnosi"².

In altre parole, i rivoluzionari francesi, introducendo la divisione dei poteri e costituendo un potere amministrativo limitato dalla tipicità normativa degli atti, sarebbero all'origine del diritto amministrativo, ma inconsapevolmente, così come i primi commentatori se ne sarebbero accorti "per caso", mentre il vero merito della invenzione e della teorizzazione del diritto amministrativo spetterebbe a Gian Domenico Romagnosi, che assurgerebbe così a prima grandezza nella storia della dottrina amministrativistica europea.

In particolare sul nostro tema F. MERUSI, Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2011, 1222; ID., Il diritto amministrativo di G.D. Romagnosi (1814) letto da F. Benvenuti (1969), in Amministrare 2015, 19 ss.

¹ V., tra l'altro, le seguenti raccolte di scritti: F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Bologna 2007; Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012; Id., *La legalità amministrativa tra passato e futuro*, Napoli 2016.

² F. Merusi, La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti, cit., 11-12.

706 MARCO MAZZAMUTO

Senza voler togliere nulla alla eminente e variegata personalità del giurista selsese, gli assunti di Merusi, pur considerando la sua avvertenza che "chi vi parla non è uno storico", ci appaiono discutibili, come cercheremo di dimostrare, alla luce delle più risalenti fonti francesi dell'inizio del XIX sec.³. Si può subito anticipare che, a nostro avviso, si trattò in grossa parte di un intelligente collazionatore e ragionatore di materiali giuridici francesi, senza quei straordinari meriti di originalità che gli si vorrebbero conferire⁴.

2. Merusi imputa, tra l'altro, a Romagnosi⁵:

- la invenzione dell'atto amministrativo "come un *quid novi* rispetto a qualunque precedente classificazione giuridica", caratterizzato dall'essere atto "esecutivo", cioè tipizzato da norme;
- la correlata invenzione del diritto amministrativo, cioè del diritto che tipizza l'atto amministrativo, poiché non individua soltanto l'interesse pubblico (o la ragion pubblica), ma anche la maniera onde è prescritto che l'amministrazione agisca; e si tratta di "un nuovo diritto prima inesistente, perché non esisteva un potere, con il conseguente apparato per il suo esercizio, che eseguiva le leggi";
- l'invenzione del diritto amministrativo è conseguenza dell'adozione del metodo giuridico, che "proprio perché giuridico ha, appunto, creato un nuovo diritto";
- la consapevolezza che la competenza amministrativa avrebbe finito per seguire la vita del cittadino "dalla culla alla bara", con buona pace di Lord Beveridge;
 - l'introduzione della distinzione tra atti di gestione e atti d'autorità;
- ³ Successivamente al contributo di Merusi, sull'ambientazione francese di Romagnosi, v. E. ROTELLI, *Romagnosi 1814 "Instituzioni di diritto amministrativo*", Bologna 2014, che giustamente osserva che "non con gli autori francesi venuti dopo deve fare i conti Romagnosi nel 1814" (p. 27).

In appendice vi è la ristampa delle *Instituzioni*, cosa benemerita, anche perché, come già ricorda Merusi, nella edizione milanese del 1837, comprensiva anche di parti del *Giornale di giurisprudenza universale*, sotto il titolo *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, attraverso la quale l'opera poi ebbe effettiva diffusione, venne meno la parte introduttiva dove era indicata la "Ragione dell'Opera".

- ⁴ Semmai è indubitabile quanto osservato da L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, II, Milano 1987, 12, e cioè "che ci troviamo d fronte ad uno dei primissimi giuristi che si siano dedicati *consapevolmente* allo studio della nuova branca giuridica".
 - ⁵ F. Merusi, Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo, cit.

- nonché della problematica degli effetti dell'atto amministrativo nei confronti dei terzi;
- l'enunciazione del principio del minimo mezzo ove non possa arrivare la predeterminazione normativa.

Preliminarmente va osservato che tutto il discorso di Merusi presuppone l'idea che il diritto amministrativo sia sorto *ex novo* dalla Rivoluzione francese. Assunto questo che non può darsi affatto per scontato, trattandosi, come è noto, di questione da sempre assai controversa, tra tesi che segnano una chiara continuità con le istituzioni dell'*Ancien régime*, o che al contrario valorizzano massimamente la discontinuità rivoluzionaria, e tesi, per così dire mediane, che individuano la preesistenza di "regole" amministrative, sicché "le concezioni rivoluzionarie hanno all'evidenza apportato dei cambiamenti considerevoli, ma il diritto amministrativo non è sorto *ex nihilo* nel 1789 o nell'anno VIII" 6. Persino, sull'idea dell'atto amministrativo come atto di esecuzione della legge non mancano letture che riportano alla pubblicistica dell'*Ancien régime*⁷.

Senza poter qui approfondire un tema così impegnativo, possiamo accontentarci della constatazione che il diritto amministrativo, quale che in effetti sia stato il rilievo degli antecedenti, abbia comunque preso forma e ordine sistematico nel corso del XIX sec. In tal senso, ci sembrano sempre valide le considerazioni di sintesi di Maurice Hauriou: "è certo che la Rivoluzione e la separazione dei poteri hanno prodotto qualcosa di nuovo, che è il raggruppamento delle regole amministrative in un corpo distinto. Molte di queste regole esistevano sotto l'antico regime, ma erano sparse e confuse con le regole del diritto ordinario; la loro disposizione, il loro coordinamento in un corpo di diritto unico è stata l'opera dei tempi nuovi"⁸. Ma indicazioni similari possono invero ritrovarsi già in un saggio del 1839 di un autorevole consigliere di stato:

"La parola *Diritto*, quando serve a designare l'insieme della legislazione o una delle sue branche, comporta necessariamente l'idea di principi riuniti in corpi di dottrina dalla scienza e tradotti in regole obbligatorie

⁶ In questo ultimo senso di recente J.-L. Mestre, *L'histoire du droit administratif,* in P. Gonod, F. Melleray, P. Ypolka, *Traité de droit administratif,* I, Parigi 2011, 6.

⁷ B. PLESSIX, *Nicolas Delamare ou les fondation du droit administrative français*, in *Droits*, n. 38, 2003, 129: "Fedeli all'eredità di Delamare dei pubblicisti dell'Ancien règime, gli amministrativisti del XIX sec. restano visceralmente attaccati all'idea, ereditata dal diritto pubblico monarchico, che l'azione amministrativa è esecuzione delle leggi".

⁸ M. Hauriou, De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII, in Revue générale d'administration, 1892, 26 ss.

dal potere pubblico. Allorché una di queste condizioni manca, non si ha diritto nell'accezione scientifica del termine.

È partendo da queste idee che a volte si è detto che, sotto l'antica monarchia, non si aveva diritto amministrativo. (...). In effetti, allora come oggi, si avevano dei servizi pubblici (...) si aveva dunque una materia amministrativa, degli amministratori e delle regole d'amministrazione; ma queste regole, non più che per i servizi ai quali appartenevano, non formavano un sistema. L'assemblea costituente, separando nettamente l'autorità giudiziaria dall'autorità amministrativa, e conferendo questa ultima, sotto l'autorità del re, a sei ministri, le cui attribuzioni (..) si estendono a tutto il regno, ha gettato le fondamenta del nostro diritto amministrativo attuale"9.

In secondo luogo, sul quale si tornerà nelle conclusioni, è discutibile che dalla separazione dei poteri e dalla tipizzazione normativa degli atti derivi di per sé necessariamente la formazione del diritto amministrativo. Del resto, è assai risalente nella stessa dottrina francese la consapevolezza, in chiave comparativistica, della esistenza di esiti diversi (pur, aggiungeremmo, non augurabili), sicché "bisogna riconoscere che se il principio della separazione dei poteri è scritto nella più parte delle costituzioni moderne, non ha dappertutto lo stesso senso" 10.

3. Riprendendo comunque il filo della impostazione merusiana, ci appare anzitutto riduttivo, rispetto all'idea dell'atto amministrativo come atto esecutivo, considerare "inconsapevole" la trovata rivoluzionaria. La filosofia costituzionale dei rivoluzionari, dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 alla Costituzione del 1791, comprendeva certamente, oltre alla separazione dei poteri (senza la quale non vi è costituzione: art. 16 dich. dir.) da cui derivò l'enucleazione del potere amministrativo, sia l'idea della sovraordinazione della legge espressione della volontà generale (art. 6), cioè della Nazione nella quale risiede "ogni principio di sovranità", sia l'idea del carattere derivato di tutti gli altri poteri pubblici, tanto che "nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa" (art. 3).

⁹ M.J. BOULATIGNIER, De l'origine, dès progrès et de l'enseignement du droit administratif en France, in Revue étrangère et francaise de legislation et d'économie politique, 1839, 81 ss.

¹⁰ R. Dareste, La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration, 1862, 203.

Significativa è al riguardo l'interpretazione dei testi rivoluzionari offerta da Carré de Malberg¹¹:

- la sovranità è esercitata dal solo corpo legislativo, che rappresenta, senza vincolo di mandato imperativo, l'intera Nazione, non tanto perché eletto, bensì per la stessa funzione che è libera, appunto sovrana; mentre, anche qualora eletti, "gli amministratori non hanno alcun carattere di rappresentanza" (art. 2, tit. III, cap. IV, sez. 2, cost. 1791); gli amministratori, così come i giudici, proprio perché non rappresentativi, dice Malberg, "vogliono e agiscono in conseguenza ed in esecuzione della volontà generale", sono soltanto "funzionari" o "agenti"; si determina così un autentico "abisso" tra il Parlamento e gli altri poteri;

- "Non c'è in Francia autorità superiore a quella della legge" (art. 3, tit. III, cap. II, sez. I); ma "ben più", dice Malberg, "la legge non si ferma a dominare, limitandola, l'attività della autorità altre che la Legislatura; la condiziona, nel senso che ne deve fissare il punto di partenza e il fondamento giustificativo"; "non c'è spazio, al di fuori di essa, che per atti di potere derivato e subalterno"; tanto che il principio si applica anche al Re: "Non è che in nome della legge che il re può pretendere obbedienza" (art. 3 cit.); in altre parole, dice Malberg, "il re, come tutte le altre autorità non parlamentari, non può fare alcun atto, adottare alcuna misura, rivolgere ai cittadini o ai funzionari stessi alcun ordine, che non poggi nella legge il suo fondamento di legittimità".

Forse vi è una qualche esagerazione anticipatoria¹², senza però che siffatta rappresentazione sia priva di un nucleo di verità, quantomeno nel senso che i rivoluzionari avessero consapevolezza dell'idea che un qualsiasi atto dei pubblici poteri, che si trattasse dell'atto giurisdizionale o di quello che di lì a poco si sarebbe chiamato *ex lege* atto amministrativo (legge 16 fruttidoro anno III), dovesse costituire esecuzione della legge, della volontà generale, pur discettando tra la tesi che riduceva i poteri a due, quello legislativo e quello esecutivo, nel quale ultimo rientrava anche quello giurisdizionale, e quella che manteneva un assetto tripartito, distinguendo tra esecuzione (potere esecutivo) ed applicazione (potere giurisdizionale) della legge¹³.

¹¹ R. CARRÉ DE MALBERG, La Loi, expression della volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875, 1931, 16 ss.

¹² V.E. Maulin, Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française, in Annales Historiques de la Révolution française, 2002, n. 328 (http://abrf.revues.org).

¹³ V.M. Verpeaux, *La notion révolutionnaire de juridiction*, in *Droits*, n. 9, 1989, specie 35 ss.

In un contesto che respirava siffatti principi appare così improbabile e indimostrata l'affermazione di Merusi che la "trovata" rivoluzionaria sia stata "scoperta per caso dal signor Merlin", deputato all'Assemblea costituente (1789-1791) e protagonista di tutto il periodo rivoluzionario, concorrendo anche nella sua veste di giureconsulto di primissimo rango alla elaborazione della nuova legislazione¹⁴, nonché, come ricorderà Laferrière, "uno dei commentatori più autorizzati delle leggi rivoluzionarie"¹⁵.

Lo stesso Romagnosi per suffragare l'assunto del carattere "esecutivo" dell'atto amministrativo cita proprio la famosa definizione del signor Merlin ("L'atto amministrativo è un'ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa o un atto o un fatto dell'amministrazione, che si riferisce alle sue funzioni"), dove le funzioni evocano evidentemente un potere derivato dalla legge, e il decreto 2 frimale anno V, dove si caratterizzano gli "affari amministrativi" con riguardo alle "operazioni che si eseguiscono dietro gli ordini del governo", ampiamente riportato nelle diverse voci del Repertoire di Merlin (ad es. Dette publique o Pouvoir judiciaire), che ben conosceva il giurista selsese. Romagnosi, infatti, non fornisce una propria integrazione di tali fonti, ma attribuisce loro direttamente e pacificamente un significato comprensivo della sottordinazione alla legge: "Prova di ciò ne sia la definizione di atto amministrativo (ndr: con richiamo in nota a Merlin e al decreto), nel quale il soggetto essendo o un giudizio, o un ordine, o un fatto di un amministratore relativo alle sue funzioni, e necessariamente subordinato alla legge, si concentra la considerazione alle sole operazioni esecutive dell'incaricato di Governo"16.

4. Secondo Merusi, Romagnosi sarebbe anche l'inventore del diritto amministrativo perché applicò alla materia il metodo giuridico, tanto da evidenziare, nella "Ragione dell'opera" delle *Instituzioni di diritto amministrativo*¹⁷, che, per quanto vi siano "autori i quali hanno trattato della

¹⁴ Ancora nella seconda metà dell'Ottocento è indicato tra i grandi giureconsulti francesi: A. RODIÉRE, *Le grands iureconsultes*, 1874, 414 ss..

¹⁵ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, I, 1887, 167.

¹⁶ G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Milano 1837, 137.

Sulla derivazione merliniana della definizione di atto amministrativo, anche E. ROTELLI, op. cit., 72 ss.

¹⁷ G.D. ROMAGNOSI, Instituzioni di diritto amministrativo, Milano 1814, XI.

pubblica mministrazione", tuttavia "essi o ne trattarono da meri filosofi, o da materialissimi compilatori".

Ma il vero punto non era che mancasse un approccio giuridico sulla pubblica amministrazione. Basta al riguardo evocare il *Repertoire* del tecnicissimo Merlin, che peraltro presenta già tutto il rilievo "giuridico" dell'atto amministrativo come motivo di interdizione dei tribunali ordinari, secondo i principi fissati dalla legge 16-24 agosto 1790, che separa funzioni giudiziarie e funzioni amministrative, e, soprattutto, dalla legge 16 fruttidoro anno III, che fa interdizione ai tribunali di conoscere "gli atti amministrativi, di qualsiasi specie essi siano".

Si trattava piuttosto del fatto, come si aggiunge nello stesso passaggio della "Ragione dell'opera", che "niuno mi venne fatto di rinvenire che ne abbia trattato nel modo che conviene alle buone istituzioni, nella quali la ragion filosofica subordinata all'autorità positiva faccia sì che la teoria riesca fonte e supplemento della legislazione positiva". Questo assunto va colto nei suoi esatti termini, che non investono in realtà un'alternativa tra metodo giuridico e non giuridico, bensì le elevate aspettative teoriche che Romagnosi rimetteva alla figura del vero giureconsulto¹⁸.

In disparte i filosofi, vi erano allora in Francia raccolte compilative, come il *Code administratif* di Fleurigeon del 1806, strutturato con un ordine alfabetico delle materie, e il *Cours de Législation administrative* di Portiez del 1808, già con una qualche aspirazione sistematica, o rassegne di decisioni, come la *Recueil Sirey*. Ma vi erano anche i primi tentativi tutti giuridici di ricostruzione monografica o per voci, come *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caratère des ses actes* di Locré del 1810 e le voci delle *Questions de droit* o del *Repertoire* di Merlin. E non mancava soprattutto un tentativo, per usare l'aggettivazione di Hauriou¹⁹, "più pretenzioso", quello *De L'Importance et de la Nécessité d'un Code administratif* del 1808 di Bonnin, dove, rinunciando ad un approfondimento tecnico di dettaglio, come in Merlin, si ricercano delle coordinate concettuali più astratte e si punta con maggiore qualità teorica, rispetto

¹⁸ Anche in seguito, nella Orazione inaugurale al corso di giurisprudenza teorica, cui fu chiamato nel 1824 all'Università di Corfù: "Un mero commentatore positivo non merita il nome di giureconsulto. Questo titolo spetta solo a colui che erudito nelle ordinazioni positive, e in pari tempo conoscitore della intenzione e della prudenza delle leggi, sa con la filosofia e con la politica determinare nei casi concreti ciò ch'è di ragione" (in raccolta DE Giorgi, *Opere*, vol. III, parte II, 1127).

¹⁹ M. HAURIOU, De la formation du droit administratif, cit.

a Portiez, ad una codificazione come momento di fissazione dei principi generali, così come qualche anno prima, nel 1804, l'ingegno del *Conseil d'État* di Napoleone aveva condotto alla promulgazione del codice civile. L'anno dopo il saggio di Bonnin uscirà in una seconda più impegnativa edizione col titolo *Principes d'administration publique pour servir à l'étude des lois administratives*, e infine in una terza edizione, ancor più impegnativa, del 1812, che verrà anche pubblicata nel 1824 a Napoli, in traduzione italiana.

Quello di cui si cominciava a sentire il bisogno, già in Francia, era di mettere ordine alle leggi amministrative, poiché, per dirla con Portiez, "pretendere che le leggi amministrative non hanno dei principi è un errore" o, per dirla con Bonnin, occorre "coordinarle in un compiuto sistema, formarne una legge fondamentale dello Stato", stabilirne "principii fissi prendendo per base quelli che si trovano nelle leggi esistenti" on che vi fosse stata una negligente inerzia. Al contrario, si trattava di materia alquanto caotica e in parte nuova, fatta di un disperso groviglio di norme dell'Antico regime e di un numero sempre crescente di norme rivoluzionarie, nonché della sopravvenuta giurisprudenza del riesumato Conseil d'État. Il primo passaggio prezioso fu quindi quello della "ricognizione" dei compilatori, unitamente agli iniziali e assai difficoltosi tentativi di costruire un ordito sia legislativo, sia di teoria giuridica dell'amministrazione.

Romagnosi non ignorava affatto questi autori francesi e le relative opere. Se le *Instituzioni* sono avare di riferimenti, trattandosi di tracce didattiche, il *Giornale* contiene puntuali note dove sono citati Fleurigeon, Sirey, Locré e soprattutto Merlin. Ma Romagnosi conosceva non meno, avendoli citati altrove, il *Cours* di Portiez e il saggio di Bonnin del 1808, anzi, come ritiene Mannori, "pare impossibile" che "non abbia conosciuto" anche i *Principes* del 1809 "trovandosene un esemplare nella stessa biblioteca del Consiglio di Stato del Regno Italico"²².

In un inedito, pubblicato nella raccolta De Giorgi delle opere di Romagnosi²³, che lo stesso curatore ritiene "parte essenziale" delle *In*-

²⁰ L. Portiez, Cours de Législation administrative, 1808, XXII.

²¹ C.G. Bonnin, *Principes d'administration publique pour servir à l'étude des lois administratives*, 1812, tr. it. *Principi di amministrazione pubblica*, Napoli 1824, XVII, LVII nota.

²² L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, cit., II, 26 nota.

²³ G.D. Romagnosi, *Della scienza dell' Alta Legislazione*, in *Opere*, cit., vol. VII, parte II, 1419 ss.

stituzioni, il giurista selsese stigmatizza sia la compilazione del *Code* di Fleurigeon, che "ben lungi dal meritare questo titolo, essa non è che una raccolta fatta in ordine alfabetico di molte Leggi e Decreti", sia il *Cours* di Portiez, cattedratico dal 1805 delle scuole "legali" francesi di nuova istituzione, dal quale, ai fini dell'istruzione, ci si poteva aspettare "un Prospetto tanto più regolare e logico" e che invece ha adottato un "metodo viziosissimo tanto per la Legislazione, quanto per l'addottrinamento", avendo "preso di mira l'uomo individuo; ed incominciando dalla sua nascita, lo accompagna sino alla morte" (il riferimento è alla seconda parte del *Cours*, quella su "persone e cose amministrate"²⁴).

Diverso il trattamento riservato al "leggerissimo opuscolo" (quello del 1808) di Bonnin. Dell'opuscolo Romagnosi riporta lo schema di codice "perch'esso si avvicina assaissimo a quell'ordine di materie, il quale sebbene non possa servire all'istruzione, pure potrebbe giovare a ripartire un Codice amministrativo in una maniera armonica co'l Codice Napoleone". Nonostante "tutti questi vantaggi" si lamenta tuttavia che lo schema abbraccia "quella sola parte, la quale si riferisce all'amministrazione che noi appelliamo pubblica nelle relazioni del cittadino", e soprattutto che non è adatto ad una "trattazione dottrinale", poiché "si premette il Prospetto della gerarchia amministrativa", mentre "nell'ordine dell'istruzione" occorre "far precedere la cognizione e la ragione delle funzioni all'esercizio delle funzioni stesse", cioè i fini all'organizzazione. E solo questa previa indagine che consente di "conoscere le cose nella loro natura e nei loro rapporti di ragione naturale", così come "tutti gli enti amministrativi dovranno essere conosciuti in sé medesimi anteriormente alla combinazione e al maneggio che ne piacque di fare al Legislatore, e che può farne l'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni". Si comprende allora "che la partizione anche perfetta d'un Codice amministrativo non potrebbe servire all'istruzione particolare di una dottrina che deve seguire le relazioni logiche delle cose".

Queste considerazioni attengono alla "sola partizione delle materie", e già qui Romagnosi contrappone agli "autori su mentovati" il proprio "*metodo logico e naturale*". A ciò segue il "metodo d'istruzione": "buone definizioni, buoni teoremi, buone regole, ossìa canoni direttivi, procedimento logico, esposizione succinta".

²⁴ L. PORTIEZ, *op. cit.*, XXXVI: "Dopo aver fatto conoscere le autorità incaricate dell'applicazione della legge amministrativa, noi esporremo succintamente l'insieme delle diverse materie di cui il nostro corso si compone; noi vedremo l'uomo passare successivamente attraverso le diverse situazioni ove va a trovarsi durante la sua esistenza sociale".

La "scienza dell'alta legislazione" di Romagnosi, che comprende anche i rapporti tra tutte le branche legislative, era troppo ambiziosa perché Egli potesse accontentarsi non solo, come è ovvio, dei codici compilativi, ma anche dei suoi preferiti interlocutori nella ricostruzione tecnica degli istituti (da Merlin a Locré)²⁵, sino al "più pretenzioso" contributo di Bonnin. È entro questi limiti che si comprende e si giustifica la citata lagnanza della "Ragione dell'opera": non vi era "niuno" che avesse ancora saputo coniugare legislazione positiva e ragion filosofica.

Si trattò però di una pretesa che rimase tale. A parte come vedremo il principio del minimo mezzo, lo svolgimento delle *Instituzioni*, e ancor prima del *Giornale*, è, pur con talune varianti legate alle vicende del Regno d'Italia, in grossa parte condito dal contributo ideativo d'oltralpe, che si tratti di Merlin o di Locré, per l'elaborazione di concetti giuridici di livello intermedio, più calati nell'esperienza pratica del diritto positivo, o che si tratti di Bonnin, per la formulazione di categorie più generali.

5. Romagnosi invero non ha inventato né un approccio "giuridico" alla materia amministrativa, né, per tornare al tema centrale di Merusi, l'idea dell'atto amministrativo come esecuzione della legge, né tanto meno il diritto amministrativo.

Già Portiez osservava che "amministrare è agire" e che "i consigli, gli amministratori, gli agenti (...) sono unicamente incaricati, nell'ordine amministrativo, dell'applicazione della legge". Per quanto nel suo *Cours* abbia finito in concreto per mischiare le carte (v. infra la critica di Bonnin), Egli precisava significativamente anche ciò che intendeva "per leggi amministrative" e cioè "le leggi applicate dall'autorità amministrativa", così come giudiziarie sono quelle applicate dai giudici, e si trattava di un assunto che veniva tratto dalla perorazione di un consigliere di stato, oratore del Governo, sulle ragioni della legge istitutiva delle scuole legali (legge 22 ventoso anno XII)²⁶. In altre parole, per usare lo schema poi riprodotto da Romagnosi, le leggi amministrative sono quelle che non solo devono avere una "ragion pubblica", ma che devono anche essere "applicate" dall'amministrazione e attengono quindi inevitabilmente al modo o alla maniera di esercizio della funzione amministrativa.

²⁵ E. ROTELLI, *op. cit.*, 23, ritiene invece che la lagnanza di Romagnosi non debba ritenersi estendibile a Merlin.

²⁶ L. PORTIEZ, op. cit., XXIII, XXXV, IX, X e XV nota.

Più impegnativo il contributo di Bonnin del 1808, di cui ci limitiamo ad evocare in ordine sparso alcuni passaggi significativi:

"cosa è l'amministrazione nello stato, e quale è il suo carattere proprio e distintivo"? "l'amministrazione ha l'esecuzione di tutte le leggi che concernono i rapporti del cittadino con lo stato: agire è il suo carattere"; tali sono le leggi "amministrative"; "l'amministrazione e la giustizia hanno egualmente bisogno di regole fisse, e devono essere dirette da leggi positive. Altrimenti l'arbitrio prende il posto della legge e dell'equità" in danno della "sicurezza delle persone e delle proprietà"; a differenza dei tribunali, "non era mai venuto nel pensiero dei legislatori di alcun popolo che l'amministrazione avesse sue leggi, sue forme, e sue regole fisse e invariabili": "l'amministrazione pubblica non è un potere arbitrario: è un potere legale, così che la giustizia, a salvaguardia dei cittadini e della proprietà": "è la legge sola che può formare l'uomo pubblico, guidarlo nelle sue funzioni": l'amministrazione deve "marciare in una rotta tracciata ... retta dalle leggi positive" e ha "i suoi principi, la sua legislazione e le sue forme fisse"; i "veri principi" sono "il sistema rappresentativo per lo Stato, la divisione del diritto di adottare le leggi da quello di farle eseguire, l'unità del potere nell'autorità pubblica, un governo legale e positivo": "per sua natura, l'amministrazione è legata al governo, o piuttosto non è altra cosa che il governo considerato nella sua azione, parziale e di dettaglio, e il suo oggetto è l'esecuzione delle leggi dello stato nelle materie generali e comuni a tutti"; a differenza del codice politico (le leggi costituzionali), il "codice amministrativo ha per speciale oggetto l'organizzazione, la competenza e le attribuzioni dell'autorità pubblica secondarie, in ciascuna parte del territorio"27.

Significativo è anche un passaggio dell'edizione del 1812: "se l'amministrazione è passiva, nella qualità poi di determinante diviene attiva, sì perché ad essa è affidata direttamente l'esecuzione delle leggi e degli ordini del Governo, sì perché agisce immediatamente su gli amministrati, sì perché il Governo per mezzo suo è in contatto con questi, ed esercita la sua influenza sopra tutto lo Stato"²⁸.

Nulla di diverso quindi dall'amministrazione attiva, esecutiva e governativa di cui ci parla Romagnosi. Ed infatti nelle *Instituzioni della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle due Sicilie* del 1836, Liberatore, pur citando all'occorrenza Romagnosi, imputa proprio a

²⁷ C.-J. BONNIN, De l'importance et de la nécessité d'un code administratif, 1808, 3 ss.

²⁸ C.-J. BONNIN, *Principii*, 118.

Bonnin la seguente nozione di amministrazione: "l'autorità comune a cui in ciascun dipartimento Provincia o Valle appartiene l'esecuzione delle leggi d'interesse generale che stabiliscono su rapporti necessari di ciascun amministrato colla società"²⁹. Anche quel germe di distinzione, come diremmo oggi, tra politica e amministrazione che emerge in Romagnosi ("Amministrare egli è lo stesso che governare ... epperò il governare come funzione esecutiva")³⁰ deriva non meno da Bonnin, che già nel 1808, evidenziava che "il governo è dirigente e sorvegliante piuttosto che agente in sé stesso. La sua azione è propriamente nell'amministrazione"³¹ o ancora nel 1812 che "il Governo è la facoltà pensante che dirige: l'amministrazione è il braccio che esegue"³².

6. A percorsi non dissimili ci conduce l'impegno per le scuole legali, che è pienamente intrecciato con le prime riflessioni dottrinarie in materia.

Il giurista selsese come si evince dai contributi del 1807 a ciò dedicati³³, è chiaramente allineato, pur con qualche variazione³⁴, allo schema che era invalso in Francia, dove, come ricorda nel 1808 Bonnin, per quanto sotto il titolo legislativo non "ben esatto" di *droit civil dans ses rapports avec l'administration*³⁵, si era "saggiamente ordinato l'insegnamento delle

²⁹ P. Liberatore, Instituzioni della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle due Sicilie, 1836, 13.

³⁰ V. sul punto R. Lombardi, Gian Domenico Romagnosi: alle origini della scienza del diritto amministrativo in Italia, in R. Ferrara, S. Sicardi (a cura di), Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto, Padova 1998, 483.

³¹ C.-J. BONNIN, *De l'importance et de la nécessité d'un code administratif*, cit., 3 ss. Aspetto infatti ben evidenziato, nella dottrina francese, da P. ESCOUBE, *Charles Jean Bonnin, précurseur de la science administrative*, in *La Revue administrative*, 1958, 16: "Dire che l'amministrazione è azione non è sufficiente. Occorre aggiungere che deve essere accuratamente distinta dal Governo, ricevendo da questo le sue missioni. Bonnin sottolinea la confusione commessa da tanti pubblicisti del suo tempo tra Governo e Amministrazione".

³² C.-J. Bonnin, *De l'importance et de la nécessité d'un code administratif*, 1808, C.-J. Bonnin, *Principii*, cit., 117.

³³ Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale e Progetto di regolamento degli studi politico-legali per il regno d'Italia, in Opere, cit., 1142 ss e 1189 ss.

³⁴ Vedi L. Mannori, Uno Stato per Romagnosi, cit., II, 18 ss.

³⁵ Il dissidio tra il nome e la cosa desta un qualche sconcerto alla luce della tesi di L. DUGUIT, La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789, in Revue d'économie politique, 1893, 567 ss. e 604 ss., per il quale i costituenti intesero la stessa nozione di

leggi amministrative nelle scuole di diritto"³⁶. Romagnosi tenne a Milano i suoi corsi di Alta legislazione a partire dal 1809 ed evidente è la crescente attenzione prestata alle cose amministrative.

Nel Breve prospetto delle materie insegnate nella scuola di alta legislazione del 1810 (inedito della raccolta De Giorgi)³⁷, si evoca tra i "soggetti fondamentali" della scuola sia la Legislazione civile e penale, sia la "Legislazione amministrativa", affermando la "necessità di un Corso precedente della Giurisprudenza amministrativa": "io non potevo esimermi dal trattare particolarmente della pubblica amministrazione, perché manca una scuola apposita di questo ramo legale". Anzi, prendendo atto della presenza di questo nuovo comparto, la sua adeguata considerazione è essenziale nel quadro teorico romagnosiano, divenendo "impossibile il trattare dell'Alta Legislazione, perché è impossibile di dare una scienza comparata", ossìa tra le varie branche del diritto, "senza la cognizione della natura dei soggetti che si paragonano".

Nel Discorso su'l soggetto e su la importanza dello studio dell'Alta Legislazione³⁸ del 1812 si evoca non una scienza inventata da Romagnosi, ma una "scienza conosciuta oggidì col nome di pubblica amministrazione". Spunta fuori inevitabilmente il nome di Bonnin, di cui Romagnosi

giurisdizione in rapporto alle sole questioni riguardanti le leggi civili, mentre le leggi che riguardavano l'interesse collettivo, le leggi politiche, andavano rimesse all'autorità amministrativa (ordinaria o contenziosa). Tesi in seguito sostenuta anche J. Laferrière, Les raison de la proclamation de la règle de la séparation des autorites administratives et judiciarire par l'Assemblée constituante, in Melanges Négulesco, 1935, 440.

L'apparente dissidio si comprende meglio e si scioglie seguendo la diversa interpretazione di E. Arthur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, in *RDP*, 1903, 248 ss in nota, specie 253, il quale contestando espressamente Duguit, ritiene invece che nell'Assemblea costituente l'espressione *lois civiles*, in opposizione alle *lois politiques* (cioè alle *lois constitutionnelles*), era spesso usata in senso comprensivo delle stesse *lois administratives*. Possiamo aggiungere che questa tesi trova inequivocabilmente conferma in quell'opera di cui i francesi avevano da tempo perso le tracce (v. *infra* nota 72), proveniente proprio dal cattedratico del corso *de quo*, già deputato alla Convenzione, e cioè L. PORTIEZ, *op. cit.*, 30: "le leggi civili sono giudiziarie o amministrative".

Certo è che, come ricorda F. BOURDEAU, *Naissance d'un droit*, in *Melanges Gaudamet*, Paris 1999, 522, "ai tempi dell'Impero, è sicuro tuttavia che l'espressione si acclimata rapidamente. Si prende in effetti l'abitudine di sostituire l'interminabile intitolazione del corso creato nel 1804 con quello, molto più raccolto, di 'droit administratif'".

³⁶ Ma v. già L. PORTIEZ, *op. cit.*, XIII-XIV, che ricorda come il consigliere di stato che spiegò i motivi della legge facesse sul punto riferimento alla "leggi d'amministrazione pubblica", deducendone che "l'autore ha avuto in vista l'insegnamento delle leggi applicate dall'amministrazione".

³⁷ Opere, cit., 1319 ss.

³⁸ Opere, cit., 1276 ss.

cita nel testo un'intera pagina, per avallare la tesi che "è più importante per lo Stato avere dei buoni amministratori che dei buoni giudici" (così Bonnin), e ciò perché la giustizia "non ha che funzioni eventuali", mentre l'amministrazione, affidataria di "un gran numero di funzioni", "dee direttamente agire". Anche questo ultimo è concetto tratto da Bonnin, per il quale "amministrare è la regola generale, giudicare è la regola particolare" e mentre il giudice può anche non operare se non vi sono liti, l'amministrazione deve "agire senza interruzione"³⁹.

L'influenza bonniniana è dunque palese, avendo del resto Bonnin dedicato nel contributo del 1808 un intero capitolo al tema dell'insegnamento.

7. Merusi attribuisce al Romagnosi delle *Instituzioni* l'idea di un'amministrazione che si occupa del cittadino dalla culla alla bara.

Potrebbe sembrar strano che il giurista selsese si riallacciasse proprio a quel criterio adottato da Portiez e che aveva già ritenuto "viziosissimo" per la redazione di un corso di legislazione amministrativa.

Nella *Prefazione* del saggio del 1808, Bonnin evoca il *Cours* di Portiez, che "ha seguito un metodo di dottrina nel quale comprende l'uomo dalla nascita alla morte, facendolo passare per tutti i rapporti che può avere con l'Amministrazione". Critica quest'ultimo sia perché, pur "ingegnoso", non gli pare risponda ad una sistematica fedele alla legislazione, sia perché tratta anche di "Leggi che non sono nell'ordine amministrativo", non marcando così "la differenza che esiste tra le Leggi amministrative e le Leggi civili". Ma, con queste precisazioni, la premessa è condivisa, essendo "molto vero che l'uomo, dal momento in cui nasce al momento in cui cessa di vivere, sia sotto l'impero dell'Amministrazione". Anzi, in un ipotetico Titolo preliminare "dei Principi generali nell'amministrazione" dell'auspicato Codice amministrativo, Bonnin comprende, tra le altre, anche la seguente proposizione: "Il cittadino in ogni istante della sua vita è sottomesso all'azione dell'amministrazione"⁴⁰.

In altre parole, Romagnosi, se ritiene viziosissimo il criterio ai fini dell'ordito delle leggi amministrative, d'altro lato, condivide anch'Egli,

³⁹ Considerazioni similari si ritrovano nei *Prolegomeni dell' Alta legislazione dell' anno scolastico 1812-1813* (inedito della raccolta De Giorgi), che peraltro anticipa diversi contenuti delle *Instituzioni*, e in *Su la necessità delle scuole speciali di Milano e particolarmente di quella di pubblica amministrazione* del 1814: *Opere*, cit., 1351 ss. e 1235 ss.

⁴⁰ C.-I. BONNIN, De l'importance et de la nécessité d'un code administratif, cit., V, VI e 14.

insieme a Bonnin, la suddetta premessa, tanto da esplicitarla nelle *Instituzioni*⁴¹.

Verrebbe da dire, per la legge del contrappasso, che, se per Merusi "non manca chi cita ancora Romagnosi credendo di citare Lord Beveridge...", non manca altresì chi *mutatis mutandis* cita ancora Bonnin o Portiez o chissà chi altro⁴² credendo di citare Romagnosi⁴³.

8. Tutto ciò non deve tuttavia sorprendere perché Romagnosi, già costruttore, con l'Introduzione allo studio del diritto pubblico universale del 1804 di una cattedrale settecentesca all'insegna della ragione naturale. dovette confrontarsi con un ordinamento nuovo e vivente di Giurisprudenza amministrativa, già assai ricco di contenuti "positivi", rispetto al quale rimase inevitabilmente schiacciato, dovendone, in omaggio al suo stesso metodo, farne ancora oggetto di studio e adeguata compenetrazione per poter poi passare a più elevate mete. Non va dimenticato, al riguardo, che la filosofia romagnosiana non ricava le direttive da un fondamento metafisico, bensì dalla conoscenza dai fatti, i quali mostreranno l'intento naturale delle cose. La difficoltà di Romagnosi, o se si preferisce lo iato tra la sua matura attitudine teorica e lo stato di apprendista delle cose amministrative d'oltralpe, può rispecchiarsi in taluni assunti trancianti di Bonnin, forte invece della realtà imponente delle istituzioni giuridiche francesi: "non è più il tempo in cui lo spirito possa essere soddisfatto da teorie vaghe, da sistemi più ingegnosi che veri, più brillanti che solidi"; "gli uomini sentono la imperiosa necessità di attenersi soltanto al positivo, e di non ammettere altro"44.

Ciò fa anche comprendere le ricorrenti considerazioni sul carattere assai limitato delle *Instituzion*i: troppo poco tempo per andare al di là di una collazione e per aggiungere alla forma espositiva di uno studioso

⁴¹ Si ferma invece a constatare il giudizio di viziosità E. ROTELLI, *op. cit.*, 28.

⁴² Ad es. Delamare, stando almeno all'opinione di B. PLESSIX, *op. cit.*, 131, per il quale "nel XIX sec., per la dottrina, l'azione amministrativa continua ad essere questa 'polizia del benesserè caratterizzante l'Antico regime, ambendo tale azione a migliorare la sanità fisica e morale dell'individuo".

⁴³ L. Mannori, B. Sordi, *Science of administration and administrative law*, in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 9, 2009, 238, infatti, a proposito dello Stato amministrativo, che interviene senza interruzione in ogni momento della vita dei cittadini, citano sì Romagnosi, ma ancor prima Portiez e Bonnin.

⁴⁴ C.-J. BONNIN, *Principi*, cit., VIII.

aduso alle costruzioni concettuali una originale e pregnante "sostanza" teorica rispetto al nuovo e specifico oggetto delle cose amministrative⁴⁵.

L'ascendenza francese fu quindi inevitabilmente pervasiva.

Limitiamoci a qualche altro esempio, sempre per stare ai tributi di presunta originalità, conferiti da Merusi a Romagnosi.

È il caso del distinguo tra atto di autorità e atto di gestione, dove solo il primo dà luogo ad un "atto amministrativo" ai fini della separazione tra competenze amministrative e giudiziarie, poiché "non ogni atto della persona o individuale o collettiva di un amministratore, è atto di autorità amministrativa". In effetti, desta una certa impressione che si configuri una così esplicita contrapposizione tra questa tipologia di atti, di cui, in apparenza, non si ha ancora altrettanta letterale contezza nella letteratura francese dell'epoca.

Ma, a ben vedere, si trattava di contenuti già esistenti⁴⁶. Leon Duguit⁴⁷ ha chiarito quale sia stata l'origine della distinzione, prima che trovasse definitiva consacrazione nel *Traité* di Laferrière.

Tutto nasce dall'originario "sistema imperialista" per cui l'atto amministrativo è sempre "manifestazione dell'autorità", partecipe in via esecutiva dell'autorità della legge e del governo, e dalla citata formula della legge 16 fruttidoro anno III che faceva interdizione ai tribunali di conoscere "gli atti amministrativi, di qualsiasi specie essi siano".

Intesa nel suo ampio senso letterale, la formula legislativa avrebbe praticamente del tutto estromesso i tribunali. Una propensione estensiva era già emersa nelle decisioni direttoriali dell'anno V che comprendevano nella categoria "tutte le operazioni che si eseguono per ordine del Governo, dai suoi agenti immediati, sotto la sua sorveglianza, e con fondi del Tesoro pubblico" (2 germinale anno V). Ed è significativo, andando a curiosare nei repertori,

⁴⁵ L. Mannori, *Uno Stato per romagnosi*, cit., II, 12 osserva che "il pensiero romagnosiano, in realtà, collocandosi agli albori della dottrina amministrativistica, appare senz'altro immaturo per uno sforzo sistematico concreto". Sul punto v. anche A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009, 11.

⁴⁶ Si tralascia qui la tesi ancor più tranciante sull'origine della distinzione di P. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, 369-370: "agli occhi dei costituenti del 1790, agli occhi dei redattori della legge dell'Anno III, l'atto d'amministrazione la cui conoscenza era interdetta ai tribunali, non era affatto l'atto correntemente chiamato atto amministrativo, nel senso più largo; si trattava al contrario di una categoria particolare di atti amministrativi (...) implicante una comprensione determinata della nozione di autorità amministrativa": "l'atto d'amministrazione all'epoca rivoluzionaria (...) non aveva altro significato che di atto egualmente chiamato di alta amministrazione o di atto più generalmente chiamato atto di pura amministrazione".

⁴⁷ V., anche per i passi citati, L. Duguit, *Les transformations du droit public*, 1913, 145 ss.

che nell'anno X si dovette persino discutere sulla sindacabilità da parte dei tribunali dell'atto divorzio in quanto officiato dall'amministrazione⁴⁸.

È proprio per evitare una interpretazione rigorosa della legge 16 fruttidoro anno III che ha inizio, secondo Duguit, uno "sforzo dottrinale" che "rimonta a Merlin e a Locré". Fin "dall'anno XII", cioè dalle prime edizioni delle *Questions de droit*, "Merlin protesta energicamente contro le conseguenze che si pretende di tirare dalla legge 16 fruttidoro anno III e alla cui stregua si levano ai tribunali giudiziari anche i processi nati da contratti, come le locazioni fatte da persone amministrative"; anche in *Législation et Jurisprudence françaises* del 1810 Locré "sostiene la stessa opinione".

Più esattamente, nell'anno XII, Merlin, nella sua veste di procuratore generale, ebbe a sostenere inutilmente di fronte alla Cassazione che una concessione amministrativa "era della stessa natura di una locazione" e che "apparteneva più alla régie des biens, che all'exercice de l'autorité" ⁴⁹.

Di lì a poco questa indicazione cominciò a fare breccia nella giurisprudenza: così, il *Conseil d'État*, già con una pronuncia del 9 settembre 1806, considera una locazione come un "simple acte de régie" e "non un fatto di giurisdizione amministrativa"⁵⁰, sino ad arrivare nel giro di un ventennio a qualificare persino una decisione prefettizia (e ministeriale), che, in nome del demanio, si limita a riconoscere un diritto d'uso concesso a terzi in una foresta di Stato, come "un atto di economia demaniale o di gestione amministrativa: non un atto di autorità amministrativa"⁵¹.

Ma vedi anche, scorrendo i vari volumi della raccolta, le seguenti pronunce del Conseil d'État: un atto di concessione di un bene demaniale venne considerato non come un atto amministrativo, ma come un "acte de régie" (6 gennaio 1807); un certificato di un sindaco "non forma un atto amministrativo propriamente detto" (23 gennaio 1813); "una locazione fatta dall'autorità amministrativa non è atto amministrativo della specie di quelli la cui interpretazione appartiene esclusivamente all'autorità amministrativa" (30 giugno 1813); "la locazione di un'immobile fatta da un consiglio municipale non è un atto amministrativo la cui interpretazione è riservata alla giustizia amministrativa" (20 novembre 1815); "il contratto passato tra un'amministrazione municipale ed un'impresa di pavimentazione è un contratto ordinario la cui esecuzione è conferita ai tribunali" (6 novembre 1817): vol. II, 246 e 382, vol. III, 179, vol. IV, 182.

⁴⁸ V. J.-B. Sirey, Recuil général des lois et des arret, vol. II, parte 1, 1801, 65 ss.

⁴⁹ Cass. sez. civ. 15 pratile anno XII, in J.-B. Strey, *Recuil*, cit., vol. V, parte 1, 1804, 50-51.

⁵⁰ Conseil d'État 9 settembre 1806: J.-B. SIREY, Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806... jusqu'à la fin de septembre 1818, 1818-1825, vol. I, 3 e 21.

⁵¹ Conseil d'État 22 gennaio 1824 in L.M. Devilleneuve, P. Gilbert, *Jurisprudence du XIX siecle*, vol. I, 1852, 308.

Non è neanche privo di significato sistematico che nel contributo del 1808 Bonnin aveva avuto modo di affermare che "la parola diritto amministrativo in senso proprio ... esprimerebbe il diritto conferito all'autorità amministrativa, o il diritto ch'essa avrebbe come autorità"⁵².

Romagnosi semplicemente si accoda a siffatto orientamento, non a caso poggiando ancora una volta su Merlin, dall'importanza della nozione di atto amministrativo alla citazione, tra le esemplificazioni, delle *Questions de droit* (voce *Biens nationaux*) di Merlin a proposito delle "testificazioni": dice il sig. Merlin che l'amministrazione "agisce come autorità" nel "fare o ordinare ciò che è *nelle sue attribuzioni*", mentre nel solo "attestare... non agisce più come autorità", sicché non vi è ostacolo alla conoscenza da parte dei tribunali⁵³.

D'altro canto, con "l'atto di gestione" Romagnosi non fa altro che tradurre in italiano l'"acte de régie": la distinzione tra atto di gestione e atto d'autorità corrisponde cioè a quella di Merlin tra régie des biens ed exercice de l'autorité. Ed è soltanto (o almeno così appare) una pura casualità letterale che abbia finito per prevalere in Francia la diversa dizione "acte de gestion". Ma non è neanche da escludere che il termine "gestion", di consolidato uso civilistico, fosse sin dall'inizio non meno invalso, se in una pronuncia del 10 gennaio1821 il Conseil d'État fa riferimento, per affermare la giurisdizione dei tribunali, ad un "acte de gestion domaniale" Significativa è anche una pronuncia della Cassazione del 24 settembre 1825, ove si nega che una locazione sia "un atto amministrativo propriamente detto" e, a differenza del citato Conseil d'État del 1806, semplicemente si sostituisce alla dizione "acte de régie" quella equivalente "acte de gestion" 555.

Ovviamente altro è discutere dell'effettivo contenuto sostanziale che la distinzione poteva avere allora o avrebbe avuto in seguito⁵⁶. Secondo

 $^{^{52}}$ C.-J. Bonnin, De l'importance et de la nécessité d'un code administratif, cit., $52\,$ nota.

⁵³ Non meno circolante nel contesto francese doveva essere un'altra esemplificazione offerta da Romagnosi, quella degli "atti di economia domestica", se in una pronuncia del 1817 si afferma che "un atto amministrativo con il quale è abbandonato ad un privato un immobile fin lì nelle mani dello stato (...) non è una decisione propriamente detta della giustizia amministrativa", ma appunto "un atto di economia domestica": Conseil d'État 10 settembre 1817, in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'État*, cit., vol. IV, 138.

⁵⁴ Jurisprudence du XIX siecle, cit., vol. III, 582.

⁵⁵ Op. cit., vol. III, 638.

⁵⁶ Nel senso della non riconducibilità a Romagnosi del distinguo poi affermatosi nel corso del XIX sec., L. Mannori, *Uno stato per Romagnosi*, cit., II, 195. Si tratta di

studi più recenti, il criterio adottato, ad es. già in Locré, sarebbe stato in realtà quello della dicotomia tra *État administrateur* ed *État proprietaire*, che non corrisponderebbe, di contro ad una diffusa opinione dottrinaria, a quella tra atto di autorità e di gestione poi invalsa nella seconda metà dell'800, poiché nello Stato amministratore, ai fini della esclusione dei tribunali ordinari, entravano anche atti di gestione in quanto implicanti l'interesse pubblico⁵⁷.

Ma per che quello che qui rileva il discorso cambia poco, poiché, come che si ritenga più corretto interpretare l'orientamento di quegli anni, è a questo orientamento che si rifà pedissequamente Romagnosi: basti al riguardo soltanto ricordare il richiamo letterale che Egli fa, traducendola, alla massima di Locré sul riparto tra competenze amministrative e giudiziarie⁵⁸.

La tematica degli "effetti" dell'atto amministrativo non è poi altro che un corollario dello stesso ordine di problemi. Da un lato, trattare degli effetti veniva equiparato al trattare dell'atto, poiché altrimenti si sarebbe potuta eludere l'interdizione nei confronti dei tribunali⁵⁹, d'altro lato, si temeva che una rilevanza troppo lata ("lontana") degli effetti avrebbe

questione sulla quale, per la sua complessità sia tecnica che storica, non possiamo qui soffermarci.

⁵⁷ V. G. Quiot, La distinction entre État-administrateur et État-propriétaire: clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifes en France au début du 19e siècle, in Jahrbuch fur europäische Verwaltungsgeschichte, 1996, 65.

Esemplare per chiarezza è al riguardo la voce di M.J. BOULATIGNIER, *Baux administratifs*, in P. DUPONT, *Dictionnaire général d'Administration*, 1841, 129 ss, che citiamo nella edizione del 1884, nella quale, da un lato, si contrappongono due opinioni "assolute", ove si sostiene o "che tutti gli atti emanati dall'amministrazione quale che sia la loro denominazione devono esser apprezzati da questa autorità, e non potranno essere sottoposti all'esame dell'autorità giudiziaria senza violare i principi costituzionali sulla separazione dei poteri" o "che una locazione è, di sua natura, un contratto civile, e che le difficoltà che nascono dalla sua esecuzione devono essere portate davanti all'autorità giudiziaria", d'altro lato, si prospetta una terza opinione, ove bisogna vedere "l'oggetto", dipendendo la "natura della locazione dalla destinazione in vista della quale è stata fatta" (p. 144), concludendo che occorre distinguere tra locazioni riguardanti beni che lo Stato "detiene e sfrutta per un semplice interesse di proprietà" e locazioni "che hanno per oggetto l'esecuzione dei servizi pubblici, e che, per questo, sono degli atti amministrativi" (p. 148).

⁵⁸ J.G. Locre, Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caratère des ses actes, 1810, 190, così tradotto da Romagnosi: "La cognizione di un affare contenzioso fra i privati appartiene all'autorità amministrativa tutte le volte che la contestazione cade sopra obbligazioni, o diritti (di loro natura regolati da leggi civili), i quali nascono dal fatto dell'amministrazione pubblica, o sia da un atto amministrativo" (*Principii*, cit., 217).

⁵⁹ Così si afferma la competenza del consiglio di prefettura poiché la questione "ha

determinato, ancora una volta, delle conseguenze eccessive a scapito delle competenze giurisdizionali⁶⁰. Era, come è comprensibile, un confine sottile e incerto: emblematico è un caso, risolto a favore dei tribunali, in cui il ricorrente evidenziava "che non è necessario che un atto amministrativo venga materialmente attaccato, per determinare la competenza dell'autorità amministrativa; che è sufficiente che si abbia una domanda, il cui risultato tenda necessariamente ad annientare l'atto amministrativo, o ad attenuarne le conseguenze e gli effetti"⁶¹.

Romagnosi, trattando "degli effetti propri degli atti amministrativi", è perfettamente allineato alla giurisprudenza francese, poiché se, da un lato, "distruggendo un determinato effetto dell'atto amministrativo si distruggerebbe l'entità stessa dell'amministrazione", d'altro lato, la competenza amministrativa va circoscritta ai soli "effetti naturali e immediati" dell'atto⁶².

Anche la questione degli effetti dell'atto amministrativo sui "terzi" è non meno presente nelle vicende francesi, anzi investe uno degli oggetti più ricorrenti del contenzioso dei primi anni del XIX sec., quello della vendita dei beni nazionali sui quali un terzo vantasse un diritto. È infatti proprio questa l'esemplificazione che ci propone Romagnosi e che viene approfondita anche sul versante del riparto tra le competenze amministrative e giudiziarie, sempre alla luce di avvisi del *Conseil d'État*. Merusi, preso dalla presunta invenzione di Romagnosi, fa un passo in avanti per suggerire che a questa invenzione va ricondotto il fatto che i permessi edilizi "non hanno mai perso la formula", appunto, della salvezza dei diritti dei terzi. Più che Romagnosi, dove una tale esemplificazione è assente, si potrebbe invece evocare, se non già precedenti pronunce, una statuizione del Conseil d'État del 10 febbraio 1816, che rinvia ai tribunali ordinari: "L'autorizzazione data ad un privato da un consiglio municipale di costruire una casa su un terreno reputato municipale, non impedisce che i terzi interessati si oppongano a questa costruzione in quanto lesiva

per oggetto di distruggere l'effetto dell'atto amministrativo": Conseil d'État 22 gennaio 1808 in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'État*, cit., vol. I, 143.

⁶⁰ Così si afferma che, in materia di sequestro dei beni degli emigrati o della vendita di beni nazionali, "il Conseil d'État ha riconosciuto la giurisdizione dei tribunali ordinari, anche in queste materie, allorché non si tratta che di conseguenze lontane, e unicamente relative a degli interessi privati": Conseil d'État 20 settembre 1809 in J.-B. Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'État*, cit., vol. I, 311.

⁶¹ Conseil d'État 14 luglio 1811 in J.-B. SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État*, cit., vol. I, 510.

⁶² G.D. ROMAGNOSI, Principii, cit., 187-8.

dei loro diritti di proprietà o di servitù"⁶³. E non mancano precedenti dove il terzo appare persino come titolare di un mero interesse: così è ammesso il ricorso dei vicini contro l'autorizzazione alla costruzione di uno stabilimento insalubre (Conseil d'État 22 luglio 1818) o alla installazione di grandi balconi, sporgenze e tettoie (Conseil d'État 7 aprile 1924)⁶⁴.

9. Cosa è rimasto dunque delle direttive della ragion filosofica di Romagnosi da applicare al nascente diritto amministrativo francese, di una ragion filosofica "che sotto questo aspetto si potrebbe dire *positiva*" e che deve fare da complemento alla legge in luogo dell'arbitrio dei funzionari, "perché il Legislatore non può né deve, senza grave inconveniente, dir tutto e provvedere a tutto"⁶⁵?

Qui si può forse cogliere la differenza tra il settecentesco Romagnosi, figlio della ragione naturale, sicché "la Giurisprudenza è intimamente legata con la Filosofia razionale e con le leggi del giusto naturale" 66, e la prima dottrina francese, condizionata dal primato rivoluzionario della legge o, se si preferisce, dal presunto inveramento *positivo* dei principi giusnaturalistici.

Per Bonnin "l'insegnamento delle leggi amministrative (...) non potrà sussistere realmente, e non potrà rendere i servizi che il governo deve attendersi, fintantoché un Codice non avrà fissato tutte le idee, tutti i dubbi, tutte le opinioni sulla materia": la legge cioè è l'unico canale di regolamentazione giuridica dell'amministrazione. Significativo è al riguardo il non tenero giudizio di Hauriou⁶⁷: "Per lui (ndr per Bonnin) la Rivoluzione ha fatto tabula rasa di tutto. Il diritto non esiste più, non si ha che la legge. Si dovrebbe dire non *jurisconsulte*, ma *legisconsulte*"⁶⁸, laddove, ben inteso, si sta facendo censura non di un mero compilatore di leggi, bensì di un ideologo della legge come fonte esclusiva del diritto. Non è un caso che lo stesso Bonnin prenda un recisa posizione critica nei confronti del diritto naturale⁶⁹.

⁶³ J.-B. Sirey, Jurisprudence du Conseil d'État, cit., vol. III, 219.

⁶⁴ Per questi ultimi due riferimenti, v. P. Sandevoir, op. cit., 221.

⁶⁵ Opere, cit., 1279.

⁶⁶ Opere, cit., 1142.

⁶⁷ Che ben seppe cogliere il ruolo creativo e anche riequilibrante della giurisprudenza amministrativa rispetto al mito rivoluzionario della legge: v. M. Hauriou, *Police juridique et fond du Droit*, in RTDC, 1926, 304 ss.,

⁶⁸ M. HAURIOU, De la formation du droit administratif, cit.

⁶⁹ C.-J. BONNIN, Principi, cit., XXVI ss., nota 2: "Le leggi naturali adunque

È questo senza dubbio il tratto dominante, tuttavia, il giudizio di Hauriou ci sembra troppo perentorio. Bonnin è altresì consapevole che la legge non può tutto predeterminare e proprio per questo mira ad una formazione del buon amministratore che deve andare al di là della conoscenza delle leggi⁷⁰. Ed in questa saggezza, l'amministratore, per non cadere nell'arbitrio, deve trovare giustificazione nell'interesse pubblico, cioè nello spirito e nell'interesse della legge che lo prevede. Sembrerebbe quasi una anticipazione del détournement de pouvoir, se non fosse quasi certamente da escludere che Bonnin abbia inteso così rappresentare un concetto potenzialmente giuridico⁷¹. Una traccia in tal senso era peraltro già presente nel Cours di Portiez, dove la ricerca del "pensiero del legislatore" o della "intenzione della legge" appariva necessaria proprio per fronteggiare le situazioni non previste dalla legge⁷².

Romagnosi supera invece con certezza il limite di una giuridicità di

esprimono, e non possono altra cosa esprimere, che le leggi della natura, non nel senso però che sono leggi prescritte dalla natura, lo che sarebbe un errore, ma che sono le leggi alla quali la natura, cioè tutto ciò ch'esiste, è sottoposto. Il diritto o è la legge, o è l'elemento delle leggi, ma non può essere l'uno e l'altro nel tempo stesso"; "Le vaghe denominazioni, e divisioni del dritto naturale han sempre ottenebrato le prime nozioni della scienza legislativa" e "non mettono l'uomo al caso di valutare la differenza ch'esiste fra una facoltà naturale, un principio morale, ed una legge di Stato".

⁷⁰ V. al riguardo G. Thuillier, *Les principes d'administration publique de Charles-Jean Bonnin (1812)*, in *La revue administrative*, 1992, 209.

⁷¹ C.-J. Bonnin, *Principi*, cit., LVI ss.: "Nella gestione dè pubblici affari, si presentano sempre dè casi, nei quali sembra che l'amministratore allontanarsi possa dalla legge, che regola gli interessi dello Stato, per favorire quest'interesse medesimo. Perché ciò? Giusto perché bisogna pria di tutto, che l'amministrazione cammini, e che la cosa pubblica non venga compromessa dalle leggi medesime, che la garentiscono. Quindi la più difficil cosa in amministrazione, è di sapere, in quali casi, in quali circostanze, pel bene dello Stato, si può deviare per così dire, dalla legge e da' principii, e fino a qual punto, per non derogare formalmente alla legge ed al suo spirito. Se adunque molti oggetti sono e debbono rimettersi alla prudenza e sagacità dell'amministratore, ciò avviene, perché il potere dell'amministrazione operando sovente sopra di elementi, per loro essenza variabili, deve anch'esso variare secondo che l'interesse dello Stato richiede. Ma per non abusare di un tal dritto bisogna del pari, ch'egli non dimentichi che questo solo interesse può ciò autorizzare, senza di che si darebbe luogo all'arbitrio, e seguentemente a tutti gli abusi, ed alle vessazioni che esso produce. L'amministratore adunque dev'essere più che convinto per principio, che la legge sola è quella che deve imperare, che non vi è altra prescrizione che la eguagli, oltre di quella ch'è conforme al suo spirito (...). L'amministratore adunque quando per provata necessità, è forzato di allontanarsi un momento dalla legge, deve farlo bensì nell'interesse della legge".

⁷² L. PORTIEZ, Cours, cit., XIV: "non essendosi la legge pronunciata in una folla di casi particolari, è nella natura stessa dei poteri costitutivi di ciascuna autorità che bisogna scoprire la ragione del decidere".

esclusiva fonte legale. Né le leggi, né un codice ben ordinato possono bastare. Questi concetti furono già espressi in generale nel 1807, a prescindere cioè dalle norme amministrative: "siccome le leggi non possono statuire su tutti i casi", occorre la ragione filosofica che faccia da "sviluppamento", "sussidio" e "ultimo complemento della Legislazione"⁷³.

Il giurista selsese non intende certo contrapporsi al nuovo sistema francese, al primato dalla legge, ma lascia ancora aperta la strada della individuazione di regole giuridiche che derivano direttamente dalla ragione naturale.

Ed è proprio in questo spazio che Romagnosi, pur schiacciato dai contenuti positivi d'oltralpe, non rinuncia, nelle "basi direttrici" delle *Instituzioni*, a collocare, "per naturale pubblico diritto della pubblica amministrazione", almeno un principio fondamentale, articolato in due regole. La prima regola consiste nel "ottenere maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà", né tale regola, nel calcolo utilitaristico, viene smentita dall'eventuale sacrificio del privato: "il sacrificio non è che apparente, ed il suo risultato porta un ampio consenso alla proprietà e libertà, la quali non si sviluppa ... che mediante le funzioni pubbliche della società". La seconda, e più famosa, regola, in caso di "conflitto" tra pubblico e privato, consiste nel "far prevalere la cosa pubblica alla privata entro

Sul punto v. J.L. MESTRE, Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le "Cours de législation administrative" de Portiez de l'Oise (1808), in Rev. fr. droit adm., 1993, 240.

Qualche curiosità. Mestre ricorda che il testo era andato smarrito e si dà merito al nostro Luca Mannori di averlo ritrovato nella biblioteca del Consiglio di Stato del Regno d'Italia napoleonico. Contesta come eccessive le critiche che Hauriou riversa su Portiez ("fantaisiste"), anche perché Portiez fu il primo a prospettare per le leggi amministrative l'uso dello schema giustinianeo (persone, cose, azioni), che lo stesso Hauriou elogia nei successivi scritti di Batbie e Dareste (1861-62): con il che peraltro diviene ancor più anteriore la primazia francese su questo schema rispetto a quella presunta di de Gioannis Gianquinto (1864), già contestata nel 1876 da Leon Aucoc. Addirittura Mestre sospetta che Hauriou non abbia mai avuto tra le mani il forse già smarrito *Cours* di Portiez.

Questo sospetto ci pare più fondato e rende invero la vicenda molto più comprensibile. Se Hauriou non ha avuto contezza diretta di Portiez, ne ha potuto invece avere contezza indiretta attraverso Bonnin, che certamente conosceva. Nella *Prefazione* del contributo del 1808, Bonnin, a proposito di Portiez, non parla della sistematica romanistica, ma esclusivamente del criterio dell'amministrazione che accompagna il cittadino dalla culla alla bara, giudicandolo, pur "ingegnoso", negativamente. Se dunque Hauriou ha notizia di Portiez solo attraverso Bonnin, ben si comprende che abbia valutato Portiez con riferimento al suddetto criterio (dalla culla bara) e che non ne conoscesse affatto le velleità romanistiche.

⁷³ *Opere*, cit., 1144 ss.

i limiti della vera necessità", ossìa "col minimo possibile sagrificio della privata proprietà e libertà".

Si tratta invero dell'applicazione di un concetto, derivante dai principi di libertà ed eguaglianza, che era stato già espresso nella *Introduzione* del 1804, e di un concetto generalissimo, che riguarda la "comunanza" umana⁷⁴, il legislatore⁷⁵ o il governo⁷⁶. Romagnosi, stretto dall'ingombranza dello cose francesi, lo giustappone puramente e semplicemente come ragion filosofica positiva anche al nuovo potere amministrativo⁷⁷.

In cosa consiste qui l'originalità del giurista selsese?

Il concetto in sé costituisce uno dei fondamenti liberali del pensiero moderno, dal giusnaturalismo di Locke, che ammette una limitazione delle libertà naturali nella misura necessaria alla loro pacifica coesistenza, alla stessa dichiarazione del 1789: "Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo" (art. 3); "l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti" (art. 4); "La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie" (art. 8); "Tutti i cittadini hanno il diritto di constatare, da loro stessi o mediante i loro rappresentanti, la necessità del contributo pubblico" (art. 14); "La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità

⁷⁴ G.D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, I, 1804, 393: "Posti più uomini, o per fatto naturale o per dovere o per convenzione arbitraria, uniti ad operare in comune per ottenere uno scopo lecito qualunque senza spiegar altro che il fine di ottenerlo, non si potrà o dai compagni, o da un estraneo qual ch'ei siasi dotato di diritto, esigere da alcun membro della comunanza se non quel tanto che è puramente necessario al conseguimento dello scopo dell'opera loro".

⁷⁵ *Op. cit.*, I, 394: "ogni legislazione positiva non potrà essere conforme alla giustizia comune se non quando non sottometta a vincolo che quel numero precisato di azioni, di diritti alienabili, o di beni, che in forza delle circostanze reali ed indeclinabili delle cose risulta puramente necessario ad ottenere il vero e legittimo scopo delle società umane".

⁷⁶ *Op. cit.*, II, 176-177: il "dovere" del governo di perseguire il "maggior utile pubblico (...) però involge la doppia obbligazione di procurare con la direzione libera delle forze fisico-morali della nazione la più abbondante e la più estesa distribuzione di cose godevoli, e di farlo col minimo possibile dispendio della libertà di ogni cittadino, e perciò col massimo di libertà".

⁷⁷ Il principio del minimo mezzo applicato anche all'amministrazione, ancor prima delle *Instituzioni*, si ritrova già chiaramente enunciato nella inedita *Appendice al discorso precedente* al *Discorso su'l soggetto e su la importanza dello studio dell'Alta Legislazione* del 1812, in *Opere*, cit., 1315-7.

pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previo un giusto e preventivo indennizzo" (art. 17).

Per comprendere quanto fosse corrente questo ordine di idee, persino nell'evocare la proporzione, è sufficiente citare ancora una volta Bonnin, a proposito delle imposizioni fiscali, che si tradurrebbero in "un'arbitraria violazione della proprietà (...) se non venissero fissate secondo la giusta proporzione che passa fra' bisogni dello Stato, ed il diritto che ha lo Stato di esigere da' suoi cittadini i mezzi per soddisfarli": in altre parole, "lo Stato ha tutto il diritto di esigere da ciascuno dè suoi membri, che lo soccorrano nè suoi bisogni , ma è uopo ancora che i suoi bisogni sieno reali; dappoiché richiedendosi più di quello che i suoi bisogni esigono, si attenterebbe alla proprietà" "78.

La novità di Romagnosi si dischiara allora nel concorso di altri due piani.

In primo luogo, nell'aver, senza infringimenti, espressamente riferito tale concetto anche al nuovo potere amministrativo e nell'averlo formulato in termini di principio generale, involgente cioè tutta l'azione amministrativa.

In secondo luogo, nell'averne fatto un criterio che non si risolve nella mera educazione dei funzionari ad una buona amministrazione, ma che si atteggia già a criterio "giuridico" di limitazione dell'arbitrio, ed a criterio giuridico che fonda il suo carattere "positivo" non sulle leggi, ma sulla ragion naturale. È certo difficile dire che tipo di sindacato contenzioso si prefigurasse Romagnosi, che non ci offre al riguardo alcuna potenziale esemplificazione, anzi è probabile che non avesse alcuna idea precisa, essendosi trattato della pura giustapposizione di un concetto generale alle nuove cose amministrative. Ma non vi è dubbio che, nel suo costrutto teorico, il principio del minimo mezzo fosse rivestito di valore giuridico.

10. In conclusione, a seguire il criterio adottato da Merusi, quello dell'atto amministrativo come atto di esecuzione della legge, è semmai a Bonnin (o ancor prima a Merlin) che dovrebbe intestarsi l'invenzione del diritto amministrativo non solo in termini di priorità temporale, ma anche perché Bonnin è ben più *legisconsulte* di Romagnosi.

A nostro avviso, appare però più corretto affermare che l'idea dell'atto amministrativo come atto esecutivo della legge, se non già nei prece-

⁷⁸ C.-J. BONNIN, *Principi*, cit, 351-2.

denti dell'Ancien régime, come sostenuto da Plessix, debba comunque ritenersi inscritta nei primi testi fondamentali della Rivoluzione, e cioè nella Dichiarazione del 1789 e nella costituzione del 1791, di cui costituirono svolgimento la legge 16-24 agosto 1790 e la legge 16 fruttidoro anno III, e ancora il decreto 2 frimale anno V. Non è in tal senso casuale che la dottrina francese non sentì neanche il bisogno di riprendere Bonnin per affermare, qualche anno dopo, come nel caso di Macarel, che "provvedere, con ordinanze e regolamenti, alla esecuzione delle leggi del Regno, è dunque amministrare"79, o a distanza di qualche decennio, come nel caso di Vivien, che "la legge ordina e pone le regole", mentre "l'amministrazione applica o esegue" o che la legge "non agisce" ma "contiene soltanto il principio e la fonte dell'azione", mentre "l'amministrazione le imprime il movimento", sicché se la legge è un "principe silenzioso", l'amministrazione è la "legge parlante"; "l'amministrazione francese è subordinata al potere legislativo, di cui ha per missione principale di metterne in esecuzione le volontà" 80.

Ma il punto di maggior rilievo ci sembra che si collochi altrove. La sottoposizione dell'atto amministrativo alla legge, come si è già anticipato, non ha come conseguenza necessaria la nascita del diritto amministrativo, né la tipizzazione normativa può ritenersi sufficiente a comprendere le valenze garantiste di un diritto di prevalente creazione giurisprudenziale, sicché rimane da chiedersi se i rivoluzionari fossero stati consapevoli di questo ulteriore passaggio.

La riposta non è rintracciabile in asserti troppo trancianti, come nel caso dei nostri storici del diritto, secondo i quali "nello schema rivoluzionario un diritto specificatamente amministrativo non c'era", mentre "tutt'al più si poteva immaginare un diritto civile nei suoi rapporti con la pubblica amministrazione"81.

Occorre probabilmente distinguere tra il consapevole riconoscimento di uno spazio di specialità e l'effettiva costruzione di un'autonoma branca del diritto.

Sotto il primo profilo, e anche a voler prescindere dalle tesi che valorizzano la continuità con l'Ancien régime, appare difficile negare la prefigurazione di un settore di legislazione autonomo dal diritto civile.

⁷⁹ L.-A. MACAREL, *Introduction à la jurisprudence administrative*, in *Thémis*, 1891, 25.

⁸⁰ M. VIVIEN, Études administratives, 1845, 2 ss. e 41.

⁸¹ L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 270, i quali si sono forse fatti troppo condizionare dal "nome" del corso francese di studi legali (v. *supra* par. 6).

Significative sono al riguardo le considerazioni di Sandevoir: "la prima idea che si sia presentata allo spirito dei costituenti riguardo alla proposta di tribunali specializzati negli affari contenziosi dell'amministrazione, fu in effetti la necessità di giudicare questi litigi d'una natura particolare, secondo delle regole egualmente particolari"82. Si cita l'intervento di Thouret del 22 dicembre 1789, dove si parla di "discussioni d'una natura particolare" che non potranno essere giudicati dai tribunali (ordinari) "senza gravi inconvenienti", sicché si propone di "stabilire in ciascun dipartimento un tribunale d'amministrazione che giudicherà secondo delle leggi precise e delle forme determinate gli affari contenziosi"83. Niente dunque di inconsapevole, anzi, sempre secondo Sandevoir, "non solamente l'idea o anche il desiderio, ma la volontà, determinata, cosciente, ponderata, di far giudicare i litigi di carattere amministrativo secondo delle regole di diritto e seguendo delle regole di procedura particolari, derogatorie al diritto comune (...) la giustizia amministrativa avanti tutto è un diritto amministrativo"84.

Questo trova del resto conferma negli autori dei primi decenni del XIX sec., da Portiez a Bonnin (v supra), da Locré⁸⁵ a Sirey⁸⁶ o a Macarel, dove è palese la presa in carico di un distinto comparto, così come il trovarsi soltanto all'inizio di un percorso di riconduzione a sistema, dalle raccolte delle leggi amministrative alla formulazione dei principi. Significativo è quanto affermerà Boulatgnier nel 1836 a proposito degli *Eléments de jurisprudence administrative* del 1818 di Macarel, che sarebbe stato il primo ad abbordare il "vasto" compito di coordinare e constatare lo spirito delle leggi amministrative, tanto che il suo lavoro "fu accolto con

⁸² P. Sandevoir, *op. cit.*, 81, il quale aggiunge: "è la necessità di un corpo di regole specifiche e autonome, è la necessità di un Diritto amministrativo che è stato il primo motore della creazione della giustizia amministrativa sotto la Rivoluzione".

⁸³ Ma sul punto v. già A. DARESTE, *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France*, 1855-1857, 89, che evoca anche la legge 16 agosto 1790 sull'ordinamento giudiziario che rimanda alla legge la previsione di deroghe all'ordine costituzionale delle giurisdizioni e al principio del giudice naturale, con il che si "annuncia assai chiaramente l'intenzione di ristabilire in dettaglio un nuovo contenzioso amministrativo".

⁸⁴ P. Sandevoir, op. cit., 306.

⁸⁵ J.G. LOCRÉ, *Du Conseil d'État*, cit., 1810, 167, contrappone il "principio delle leggi che formano il diritto pubblico" al "principio delle leggi che formano il diritto civile o privato".

⁸⁶ J-B. Sirey, *Du Conseil d'État selon la Charte Constitutionnelle, ou: Notions sur la Justice d'ordre politique et administratif*, 1818, 168: "le regole o le garanzie, sia dell'amministrazione attiva, sia della giustizia ordinaria, non possono essere le regole che convengono alla giustizia amministrativa, o le garanzie ch'essa deve offrire".

un estremo favore; egli ha rivelato, per così dire, al pubblico *una nuova* branca nella scienza del diritto" (corsivo nostro)⁸⁷.

Non può quindi neanche condividersi l'opinione secondo la quale questa generazione (da Portiez a Serrigny) "non mirasse a fondare alcun nuovo sistema giuridico" Nero è piuttosto che l'avvento del potere "amministrativo", delle leggi "amministrative" o dell' atto amministrativo" interdetto ai tribunali fu soltanto costitutivo (o, secondo la tesi continuista, riesumatore) di uno "spazio" giuridico, i cui contenuti e la cui valenza sistematica, il vero coagulo del diritto amministrativo, avrebbero progressivamente trovato edificazione soltanto nel corso del XIX sec.. Sarebbe infatti opera vana, o meglio un'eccessiva pretesa, ricercare negli autori dei primi decenni dell'800 qualcosa di più di un regolamento di confini, qualcosa di più di generiche affermazioni di particolarità delle leggi "amministrative" o di impegnative vicende pratiche sull'interpretazione di tali leggi e sulla separazione delle competenze tra amministrazione, contenzioso amministrativo e tribunali.

Quel coacervo di leggi dette "amministrative" ben avrebbe potuto rimanere nell'alveo di un comparto legislativo caratterizzato soltanto dal suo ambito di applicazione, mentre è merito della giurisprudenza che si sia potuti pervenire nel tempo ad una effettiva costruzione del "sistema" giuspubblicistico, ossìa ad una vera e propria branca del diritto, distinta dagli altri rami dell'ordinamento, specie da quello civilistico, per i principi e i contenuti che ne segnano il regime giuridico⁸⁹.

Ma è proprio qui che si può forse cogliere l'importanza europea di Romagnosi. La formulazione amministrativistica del principio del minimo mezzo anticipa quello che i suoi più diretti contemporanei, almeno quelli maggiormente colti dal primato rivoluzionario della legge (come è il caso di Bonnin), avevano difficoltà ad immaginare, e cioè che lo spazio del diritto amministrativo stesse per diventare anche, e principalmente, uno spazio equitativo rimesso alla creazione giurisprudenziale. Potremmo dire, con una battuta, che il *Conseil d'État* ha inventato il diritto amministrativo esercitando pienamente, come avrebbe auspicato Romagno-

⁸⁷ M.J. BOULATIGNIER, De l'origine, dès progrès, cit., 82.

⁸⁸ L. Mannori, B. Sordi, Science of administration and administrative law, cit., 238.

⁸⁹ In questo senso, non può neanche condividersi la tesi, troppo dominata dal passaggio dal non-giuridico, cioè di un'amministrazione ancora vestita di politicità, al giuridico, che colloca la nascita del diritto amministrativo al momento in cui entrano in gioco con gli amministrati "rapporti reciproci di diritti e di obbligazioni", di F. BOURDEAU, *Naissance d'un droit*, cit,, specie 536 ss.

si, la ragion filosofica positiva, sino allo sviluppo di quelle straordinarie tecniche di controllo della discrezionalità, di cui in fondo il principio di proporzionalità non è che una possibile, fra tante, espressione di sintesi.

Ciò non significa tuttavia che, in qualche misura, non vi fossero già allora in Francia le premesse di una siffatta prospettiva.

Il ruolo del Conseil d'État non venne in evidenza soltanto come vigorosa supplenza giurisprudenziale alle caotiche leggi amministrative, come sottolineato da Cormenin nel 181890. La ratio del contenzioso amministrativo stava nell'esigenza di conciliare interesse pubblico e interesse privato, sacrificando "l'uno o l'altro dei due ordini di cose che bisogna egualmente mantenere, l'ordine pubblico e l'ordine privato". Si trattava così di una esigenza alla quale mal si adattava "l'essenza del diritto privato", fatto di "regole invariabili", di regole di "stretto diritto": "È dunque divenuto necessario istituire una giustizia amministrativa che, avendo maggiore latitudine, possa tutto bilanciare, formare un diritto misto di regole di diritto pubblico e di quelle di diritto privato, e fare prevalere, al bisogno l'equità e l'interesse dello Stato, che è l'interesse di tutti, sulle disposizioni inflessibili e più strette della legislazione positiva"91. Questa preziosa indicazione di Locré, che risale al 1810, lascia infatti pensare che la materia amministrativa, proprio perché intimamente bisognosa di regole flessibili, non solo non fosse adatta ad una codificazione, come, con buona pace di Bonnin, si finì generalmente per ritenere, ma non potesse che essere rimessa all'equità creativa della giurisprudenza, vera sede di conciliazione tra interesse pubblico e interesse privato.

Lo stesso generalissimo principio del minimo mezzo non mancò poi di trovare naturale ed autonoma esplicitazione nella più matura dottri-

⁹⁰ L.-M. CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, 1818, 230: di fronte al caos e alla cattiva fattura della legislazione amministrativa, "la giurisprudenza ha dappertutto spiegato, commentato, rimpiazzato la legge".

⁹¹ J.G. Locré, *op. cit.*, 1810, 166-168. Dopo più di un secolo e mezzo P. Sandevoir, *op. cit.*, 307-308, evoca proprio Locré per segnare il tratto essenziale del diritto amministrativo: "La conciliazione dell'ordine pubblico e dell'ordine privato, tale è la ragione profonda di questo diritto amministrativo (...). L'essenza generale del diritto amministrativo è di costituire un diritto d'equità".

V. di recente anche Y. LAIDIÉ, *La question du contentieux administratif*, in J. BART, J.-J. CLÈRE, C. COURVOISIER, M. VERPEAUX, *La Constitution de l'an III ou l'ordre républicain*, 1998, 224, per il quale "la devoluzione del contenzioso amministrativo ai tribunali giudiziari sembrò inadeguato, non tanto, come si pretende di sovente, in ragione della paura ossessiva dei rivoluzionari riguardo ai magistrati, ma perché la teoria del giudiziosillogismo era inadatto ai litigi amministrativi".

na amministrativistica francese della seconda metà del XIX sec.. Così Léon Aucoc, consigliere di stato, nelle sue conferenze del 1869, si rivolgeva introduttivamente ai funzionari amministrativi: "non dimenticate ... non solamente di rispettare il diritto del privato, ma anche di aver cura dell'interesse del privato... Non fate troppo sentire il sacrifico, addolcitelo; o almeno restringetelo nel limite di quello che è strettamente necessario"92.

L'esempio di Romagnosi è assai istruttivo perché mostra, di riflesso, come l'affermazione e la diffusione del contenzioso amministrativo francese fossero intrise di quelle idealità del liberalismo giusnaturalistico che, dopo le momentanee intemperie dittatoriali della Rivoluzione, poterono con immediatezza fiorire nella giurisprudenza creativa del Conseil d'État. Ed il concorso di questa originaria sensibilità garantista è sempre stata avvertita dalla dottrina francese, sia riguardo alle leggi rivoluzionarie, tanto da arrivare a ritenere che "le leggi del 1789 e del 1790 sono una reazione contro l'arbitrio amministrativo, ancor ben più che contro le invasioni dell'ordine giudiziario"93, sia, a maggior ragione, nel progressivo consolidamento della giustizia amministrativa nel corso del XIX sec.: da Léon Aucoc che individua le "basi" del ricorso per eccesso di potere, già "al suo debutto", nella "forza delle cose" e nella "necessità di proteggere gli interessi privati", sottolineando l'uso del détournement du pouvoir come esempio di una "giurisdizione amministrativa" che "è a volte meglio piazzata dell'autorità giudiziaria per proteggere i diritti dei cittadini"94, a Maurice Hauriou che vede nel diritto amministrativo, rispetto a quello civile, un diritto "di equità" e "più umano", valorizzando, nel caso del pieno contenzioso, "la teoria delle indennità per il danno risultante dalle operazioni amministrative o la teoria dell'indennità per fautes de service", da considerarsi "ben più eque di quelle che sono state edificate con i principi del diritto civile"95. O ancora, di recente, la più ampia prospettiva storiografica che fa riposare il diritto amministrativo, ancor prima della Rivoluzione francese, sulla "anzianità di un elemento fondamentale della civilizzazione francese: l'esistenza di regole per limitare l'arbitrio dei detentori del potere pubblico"96.

⁹² L. AUCOC, Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif faites à l'Ecole Impériale des Ponts et Chaussées, vol. I, 1869, XI.

⁹³ A. Dareste, op. cit., 1855-1857, 93.

⁹⁴ L. Aucoc, De recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État, 1878, 18 ss.

⁹⁵ M. HAURIOU, Principes de droit public, II ed., 1916, 592 ss.

⁹⁶ J.L. MESTRE, L'histoire du droit administratif, cit., 6.

Invero non può al riguardo che sottoscriversi integralmente quanto affermato da Bénoit:

"Storicamente, in effetti, il diritto amministrativo si sviluppa come un diritto di sottomissione, e non come un diritto di privilegi. Il signore, e poi il Re, disponeva d'un potere totale, delimitato dalla sola loro forza. Tutti gli sforzi dei giuristi hanno teso a scindere questo potere globale in delle competenze separate e definite, delimitate dal diritto, controllate dai giudici. È da questo sforzo che è nato il diritto amministrativo moderno, che, ben lontano dal conferire privilegi, è tutto al contrario un inquadramento della forza attraverso le regole giuridiche" ⁹⁷.

Sul versante nazionale, l'importanza di Romagnosi sta appunto nell'avere introdotto nella cultura giuridica italiana la vicenda ottocentesca del diritto amministrativo e del relativo contenzioso nella sua più genuina versione garantista, cioè come strumento di limitazione dell'arbitrio del potere amministrativo.

Un modello dottrinario che avrebbe potuto più limpidamente continuare ad evolversi e a consolidarsi, se non fosse venuto meno quel contesto istituzionale nel quale ebbe origine, sicché non è sempre facile registrarne l'importanza⁹⁸ in un destino sfilacciato tra le variegate vicende pre-unitarie e il passare dei decenni, mentre rigoglioso, senza interruzioni, continuava a farsi strada il paradigma francese.

Quando finalmente si addivenne, con l'unità d'Italia, ad un ordinamento stabile, il permanere del contezioso amministrativo avrebbe consentito di ricomporre al livello nazionale quella tradizione e di riallacciarsi quindi, con nuovo vigore, al contributo originario di Romagnosi. È certo invece, come suggerisce del tutto condivisibilmente Merusi, che la fama del giurista selsese trovò una ragione di appannamento nella frattura provocata dalla malaugurata scelta abolizionista del 1865, che non poteva certo coniugarsi con un antico sostenitore del contenzioso amministrativo alla francese⁹⁹.

⁹⁷ F.-P. BÉNOIT, Le fondaments de la justice administraive, in Mélanges Waline, Parigi 1974, 289.

⁹⁸ Sulla "eco" di Romagnosi nel corso del XIX sec. v. ora il contributo analitico di E. ROTELLI, *op. cit.*, 93 ss.

⁹⁹ F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, cit., che imputa la *damnatio memoriae* che colpì Romagnosi al "tragico errore, che ancor ci perseguita, commesso dai nostri padri risorgimentali al momento del varo delle leggi di unificazione nazionale", sicché "se il contenzioso amministrativo non c'era più hisogno di utilizzare un Autore che concepiva il diritto amministrativo in funzione del contenzioso amministrativo".

Ma non è men vero che la nostra dottrina ha sempre cercato, ove possibile, di recuperare frammenti tecnici o indicazioni sistematiche di quei risalenti contributi¹⁰⁰ e, soprattutto, non ha mai dimenticato il frutto più prezioso della sensibilità liberale di Romagnosi, cioè quel principio del minimo mezzo, applicato alle cose amministrative, che è sempre stato oggetto di citazione nel corso del XIX sec., dal saggio di Liberatore del 1836¹⁰¹ al Trattato Orlando¹⁰².

Per una lettura garantista della parabola del diritto amministrativa, si consenta anche un rinvio a M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli 2008.

Così, ad es., S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato Orlando*, vol. I, 1900, 176 ss., tra i "casi in cui l'individuo ha diritto a che la pubblica amministrazione emani un atto", evoca anche quello in cui la p.a. svolge "per dirla con Romagnosi, una funzione certificante"; o V.E. Orlando, *Principii di diritto amministarivo*, 1892, 15 ss., sulla priorità sistematica della trattazione dei "fini".

¹⁰¹ P. Liberatore, op. cit., 246.

102 G. VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, in Trattato Orlando, vol. III, 1901, 232: "principio informatore dell'attività dello Stato che il sommo Romagnosi indicava nella formola: cercare l'utile generale col minimo privato nocumento".

Si trattava del resto di un principio ormai tralaticio nella dottrina amministrativistica italiana. Così, ad es., V.E. ORLANDO, *op. cit.*, 346: "Anche quando l'utile generale deve prevalere sul particolare, sarà giusto e doveroso ricercare il modo onde la lesione che questo ne soffra sia la minima possibile e sia, quanto più è possibile, riparata".

Si ha difficoltà a seguire l'opinione espressa da G. Rossi, L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo, in Dir. pubb., 2012, 1 ss., che contrappone Romagnosi a Vittorio Emanuele Orlando, e ciò perché, similarmente ad altri autori (ad es., come ricorda lo stesso Rossi, Guido Corso, che propone una lettura liberale del vecchio Maestro), non si condivide affatto la coloritura di autoritarismo che si vorrebbe attribuire alla scuola palermitana: ma questa è altra e complessa questione che non può affrontarsi in questa sede.

IDENTITÀ DI GENERE, TRANSESSUALISMO ED EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ALLA SALUTE IN ITALIA*

Sommario: 1. Premessa: interpretazione conforme a Costituzione, diritto alla salute e transessualismo. – 2. Dal transgenderismo al transessualismo: definizione del campo d'indagine. – 3. Transessualismo e diritto alla salute. – 4. La rettificazione anagrafica del sesso: la necessità del previo intervento chirurgico. – 4.1. Il recente intervento della Corte di Cassazione. – 4.2. Rapporti con interesse pubblico. – 4.3. Il contesto sovranazionale. – 4.4. L'intervento della Corte costituzionale. – 4.5. I problemi pratici che ancora si riscontrano. – 5. La rettificazione chirurgica del sesso: c'è una effettiva tutela della salute del paziente?; 5.1. Percorso antecedente. – 6. Problemi sul piano processuale. – 6.1. Atto di citazione: convenuti e interessi contrastanti. – 6.2. Gli accertamenti giudiziali. – 6.3. La consulenza tecnica d'ufficio. – 6.4. Una possibile soluzione. – 6.5. Ulteriori problemi. – 7. Conclusioni.

1. Premessa: interpretazione conforme a Costituzione, diritto alla salute e transessualismo

Com'è noto, i giudici comuni sono tenuti ad adottare il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione¹; essi, cioè, devono proce-

- * Questo lavoro è il frutto di uno studio condotto dall'autore in qualità di vincitore di una borsa di studio (accordo di Collaborazione tra il Ministero della Salute e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre) destinata allo svolgimento di un'attività di ricerca semestrale avente ad oggetto "L'interpretazione conforme a Costituzione e l'effettività del diritto alla salute".
- ¹ Cfr. A. Anzon, Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente, in Giur. cost., 1998, 1082 ss.; R. ROMBOLI, Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge, in P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive, Torino 2008, 89 ss.; M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), Interpretazione conforme e tecniche argomentative, Torino 2009; G. Serges, L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione dei giudici, in Scritti in onore di Fran-

738 NICOLA POSTERARO

dere all'interpretazione adeguatrice delle norme positive coinvolte nelle questioni da decidere "*prima*, e preferibilmente al *posto*, della Corte Costituzionale"², onde evitare che quest'ultima, direttamente adita, adotti poi una formula sanzionatoria (emanando una pronuncia di inammissibilità³,

co Modugno, IV, Napoli 2011, 3380; M. Ruotolo, Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale, in www.gruppodipisa.it, 2011; G. Sorrent, Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión, in www.gruppodipisa.it, 2013; A. Bonom, Alcuni spunti sulle "tipologie" decisorie adottate dalla Corte costituzionale a seguito dell'accertamento dell'erroneità del presupposto interpretativo fatto proprio dal giudice a quo: non fondatezza "nei sensi di cui in motivazione", inammissibilità interpretativa, manifesta infondatezza e non fondatezza semplice (... alla luce della sentenza n. 140 del 2013 Corte cost.), in Forum di Quad. Cost., 2013; Id., Il limite oltre il quale non può spingersi l'interpretativa di inammissibilità per omessa interpretazione "conforme a" e il suo diverso "colore" rispetto alla decisione di infondatezza, in Forum di quaderni costituzionali, 2013; M. Luciani, Interpretazione conforme a Costituzione, in Enc. dir., ann. IX, 2016, 391 e ss.

- ² Cfr. E. Lamarque, Il seguito delle decisioni interpretative e additive della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005), in Riv. trim. di dir. pubbl., 2008, 715; R. Romboli, L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in G. Campanelli (a cura di), Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché), Torino 2009, 29-30.
- ³ G. Sorrenti, Intervento, in Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adequatrici, Milano 2010, 328. La vera e propria inaugurazione delle decisioni cosiddette interpretative di inammissibilità, come sono state definite in dottrina (E. LAMARQUE, Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?, in Giur. Cost., 1996, 3107; M.R. MORELLI, Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la «interpretativa di inammissibilità» (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa), in Giust. Civ., 1998, I, 2411), è dovuta dalla nota decisione n. 356 del 1996 (in Giur. Cost., 1996, 3096 ss.), in cui si legge che "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali". In verità, l'interpretazione conforme non nasce con la decisione del 1996; già verso la fine degli anni ottanta, infatti, più in particolare nella sentenza n. 456 del 1989 (in Giur. Cost. 1989, 2090), la Corte Costituzionale si era espressa nel senso dell'inammissibilità della questione dopo aver ritenuto "indispensabile che il giudice a quo prospetti... l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi [costituzionali]; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunziata in senso contrario alla Costituzione... Altrimenti tutto si riduce ad una richiesta di parere alla Corte cost., incompatibile con la funzione istituzionale di questo Collegio ...". Essa aveva poi ribadito questo concetto nei primi anni novanta (e più specificamente nell'ordinanza n. 451 del 1994, in Giur. Cost. 1994, 3916), in cui aveva pronunciato la manifesta inammissibilità della questione non solo per "l'immanente... carattere di ipoteticità [della questione sollevata]" ma anche a causa della riscontrata "abdicazione, da parte del giudice a quo, alla doverosa previa verifica di praticabilità di una interpretazione adeguatrice del dato normativo sospetto di illegittimità". La vera novità della decisione 356/1996, allora, sta nella configurazione di tale canone come costituzionalmente imposto

ovvero, interpretativa di rigetto⁴), per non avere il giudice remittente ricercato – oppure, per avere questi ricercato in modo inadeguato – il "*significato costituzionale*" da attribuire alla norma (inutilmente) contestata⁵.

L'utilizzo del canone in parola risulta essere particolarmente rilevante nella risoluzione di casi che richiedano l'applicazione di norme positive capaci di condizionare il (pieno esercizio del) diritto alla salute. In queste eventualità, infatti, è quanto mai opportuno che i giudici leggano le disposizioni interessate in una prospettiva costituzionale, al fine di valorizzare l'importanza assunta dalla persona nell'ordinamento e, contestualmente, evitare che il diritto scritto, nella sua staticità, limiti l'effettività d'un diritto fondamentale⁶.

Quella del transessualismo è una tematica in cui, di recente, sul piano giurisdizionale, si è stagliata in maniera evidente tale importante connessione tra canone dell'interpretazione conforme ed effettività del diritto alla salute: da una parte, i giudici comuni hanno riletto le norme esistenti (di cui alla legge 14 aprile 1982, n. 164, rubricata "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso") con l'intento di valorizzare il diritto dell'individuo a poter scegliere se e come curarsi, ribadendo la assoluta non coattività delle scelte terapeutiche (e, più nel dettaglio, come meglio

al giudice, semmai. In questo senso, G. LANEVE, L'interpretazione conforme a Costituzione, in federalismi.it, 2011.

- ⁴ Anche se "queste decisioni [quelle di inammissibilità], che si fondano sul principio della "centralità dell' interpretazione conforme alla Costituzione come compito dei giudici" (...), sono state adottate in misura esponenziale, in particolare negli ultimi quindici anni, dalla Corte al punto tale che è oramai un dato di fatto inoppugnabile la progressiva "residualità" e "recessività" delle sentenze interpretative di rigetto". Così, A. Bonomi, Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?, in Osservatorio AIC, 2013, 1.
- ⁵ A. Pace, I limiti dell'interpretazione "adeguatrice", in Giurisprudenza costituzionale, 1963, 1066 ss.; I. Ciolli, Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione, in AIC, 2012.
- ⁶ Diversi sono stati i casi in cui i giudici comuni, leggendo le norme in una prospettiva costituzionalmente orientata, hanno valorizzato i profili soggettivi della salute dell'individuo; a titolo esemplificativo, si consideri il caso della procreazione medicalmente assistita (e, quindi, della interpretazione e lettura delle norme di cui alla legge n. 40/2004): la legge è stata oggetto di una vera e propria «riscrittura» da parte della giurisprudenza ordinaria, alla luce della Costituzione. In altre parole, si sta facendo strada un ragionamento che porta a considerare la tutela della salute non tanto come una posizione giuridica dell'individuo nei suoi diversi rapporti, sia pubblici che privati, quanto piuttosto come un elemento essenziale della personalità umana. Sul concetto "nuovo" di salute, sia consentito rimandare a N. Posteraro, *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente tra guarigione effettiva e pericoloso sviluppo della tecnologia*, in *Med. e mor.*, 2015, 391 e ss., e la bibliografia ivi richiamata.

740 NICOLA POSTERARO

si evidenzierà *infra*, specificando che non sussiste la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari per i/le transessuali che vogliano ottenere la rettificazione anagrafica del sesso biologico)⁷; dall'altra, la Consulta, direttamente adita dal giudice *a quo*, a proposito della medesima questione, ha emanato una di quelle pronunce sanzionatorie *supra* richiamate (specificamente, una sentenza interpretativa di rigetto), ritenendo possibile (e offrendo essa stessa), proprio alla luce dell'articolo 32 Cost., una lettura costituzionalmente orientata di quelle disposizioni della l. 164/1982 che, poste al suo vaglio, erano state assunte illegittime dal giudice remittente-inadempiente⁸.

Le sopraindicate decisioni, quindi, offrono lo spunto per avviare uno studio approfondito delle effettive connessioni esistenti tra il diritto alla salute e il transessualismo⁹: quali sono e su quale piano si collocano tali intrecci? Davvero la salute delle persone transessuali trova adeguata tutela nel nostro ordinamento, tenuto conto della normativa di riferimento? Quali sono, consequenzialmente, i problemi pratici che si riscontrano (anche sul piano processuale)? E come è possibile, eventualmente, superarli, anche tenuto conto delle soluzioni che sono state offerte, rispetto al medesimo tema, negli altri ordinamenti giuridici (europei ed extraeuropei)?

La prima parte del lavoro è dedicata all'analisi delle suddette sentenze delle Corti e si concentra sul processo di rettificazione anagrafica del sesso: lo scopo sarà quello di ripercorrere nel dettaglio entrambe le decisioni (in modo descrittivo) al fine poi di evidenziare, criticamente, a) come, alla luce di esse, debbano essere lette, oggi, le norme della legge 164/1982; b) quali problemi persistano, sul piano pratico, per le persone transessuali.

La seconda parte, invece, ha ad oggetto il processo di rettificazione chirurgica del sesso: l'intento, in questo caso, è quello di studiare quali

⁷ Cfr. Corte Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in federalismi.it, osservatorio di diritto sanitario.

⁸ Cfr. Corte Cost., 21 ottobre 2015, n. 221, in federalismi.it, osservatorio di diritto sanitario.

⁹ Assai limitata appare essere l'attenzione dedicata al tema da parte delle discipline giuspublicistiche (rileva ciò A. LORENZETTI, Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali, Milano 2013, 16); 'l'attenzione prevalente della pubblica opinione si rivolge soprattutto nei riguardi delle problematiche degli omosessuali, mentre sembrerebbe che altre persone come i transessuali non siano oggetto del medesimo interesse, nonostante i pericoli di discriminazione cui possono andare incontro": così, L. FERRARO, Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata, in federalismi.it, 2013, 1.

siano i percorsi astratti stabiliti dalla legge al fine di rilevare le effettive difficoltà vissute dalle persone transessuali che vogliano procedere, in Italia, alla modifica dei propri genitali.

Il tutto sarà preceduto da una parte introduttiva contenente un *focus* sull'oggetto della ricerca e un'analisi dei suoi rapporti, in termini generici, col diritto alla salute.

L'indagine, condotta tramite lo studio della normativa (anche straniera), delle pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema, della prassi e della dottrina sull'argomento, viene arricchita dalle preziose testimonianze che, ai fini di questo studio, sono state offerte da persone concretamente vicine a questa realtà (o perché direttamente interessate, in quanto soggetti attivi del percorso di transizione, e/o perché operanti, professionalmente, in tale ambito)¹⁰.

2. Dal transgenderismo al transessualismo: definizione del campo d'indagine

L'Italia ha provveduto (in modo forse incompleto, come si vedrà) a disciplinare la condizione giuridica dei transessuali con la suddetta legge 164/1982¹¹. In Europa, prima di essa, solo la Svezia e la Germania avevano già adottato un'analoga soluzione legislativa¹².

- ¹⁰ I ringraziamenti vanno, fin da subito, all'ONIG, nella persona del Suo Presidente, il Prof. Paolo Valerio, all'associazione *Gay Lex*, alla dott.ssa Damiana Massara, agli avv.ti Rosario Procelli, Cathy La Torre e Alessandra Gracis, al prof. Antonio Prunas, alla Presidentessa dell'associazione MIT (Movimento Identità transessuale) Porpora Marasciano e ad Antonia Monopoli dello Sportello *ALA Trans* Di Milano. Per gli aspetti medico-scientifici, il ringraziamento va alla Dott.ssa Maria Caputo, chirurgo generale presso l'Ospedale San Giovanni Calibita di Roma.
- 11 La legge 14 aprile 1982, n. 164 è stata da poco riformata dal d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Tale novella normativa si è limitata, però, ad incidere prevalentemente sul profilo rituale: oggi, come si vedrà, il giudizio deve svolgersi secondo il rito ordinario di cognizione, con l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, con la previsione dell'atto di citazione che va notificato al coniuge, oltre che ai figli, e con una decisione finale che dovrà essere assunta con sentenza. Secondo S. PATTI, M.R. WILL, Mutamento di sesso e tutela della persona, Padova 1986, 59, "risulta...poco felice l'uso congiunto dei termini «rettificazione» e «attribuzione», che fa seguito ad una serie di incertezze e di ripensamenti riscontrabili nei lavori preparatori. Ciò che si può rettificare non è l'attribuzione di sesso ma l'originaria iscrizione di sesso in seguito alla nuova attribuzione".
- ¹² È stata per prima la Svezia a sensibilizzarsi su queste tematiche, con la legge del 21 aprile 1972; successivamente, è intervenuta la Germania, con la legge del 10 settembre 1980.

742 NICOLA POSTERARO

Prima di iniziare lo studio approfondito delle questioni sopra richiamate alla luce della suddetta normativa, occorre chiarire alcuni concetti basilari e preliminari, al fine di delimitare l'oggetto dell'indagine che ci si propone di effettuare.

È pacifico, ormai, il fatto che non tutti abbiamo la fortuna di nascere nel corpo giusto: delle persone, genotipicamente e fenotipicamente di un sesso determinato, hanno la consapevolezza di non appartenere a quel *genere* per tradizione connesso al *sesso biologico* che la natura ha attribuito loro; le persone appartenenti a queste categorie richiamate (cd. persone *transgender*) soffrono tutte di una cd. *disforia di genere*, posto che la loro *identità di genere* non risulta conforme a quelle aspettative sociali che sono associate al sesso biologico; per cui, chi nasce maschio non si sente (o non si sente soltanto) uomo e chi nasce femmina non si sente (o non si sente soltanto) donna¹³.

Alcune di queste persone sentono di appartenere al genere opposto e desiderano addivenire a un cambiamento fisico che faccia corrispondere

¹³ I termini sesso e genere vengono utilizzati spesso come sinonimi: essi hanno, in realtà, un significato diverso, perché il termine sesso identifica tradizionalmente il sesso biologico, quindi l'esistenza di caratteristiche sessuali primarie e secondarie. Per contro, il concetto di genere si riferisce non soltanto alla matrice biologica dell'essere uomo o donna, quanto piuttosto alla sua dimensione psicologica, relazionale, sociale, culturale. Con l'espressione identità di genere, ancora più chiaramente, si fa riferimento all'identità della persona, ricondotta alla percezione del proprio genere, anche in contrapposizione al proprio sesso biologico. L'espressione identità di genere è da poco entrata nel nostro ordinamento attraverso la Direttiva 2011/95/UE, che l'ha prevista, nel trentesimo considerando, tra gli aspetti connessi al sesso del richiedente che possono essere motivi di persecuzione. Ha, pertanto, assunto il rilievo di una caratteristica peculiare dell'individuo attinente all'espressione dell'identità personale. Sul punto, J. Bulter, Corpi che contano: i limiti discorsivi del sesso, Milano 1996; R.W. CONNEL, Questioni di genere, Bologna 2006; R. RUMMANTI, Uomini e donne, Bologna 2010; M. CARTABIA, Avventure giuridiche della differenziazione sessuale, in Iustitia, 2011, 3, 285. Nella letteratura psicoanalitica, quest'ultimo concetto è stato introdotto da Stoller nel 1968: l'a., il quale aveva già usato il termine nel corso di un congresso del 1963, ha definito l'identità di genere come "quel sistema complesso di credenze che ognuno ha su se stesso: il proprio senso di maschilità o femminilità. (....)", con "esclusivamente una connotazione psicologica: il proprio stato soggettivo" (R. STOLLER, Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity, Londra 1968). Non va dimenticato, però, che, in verità, il concetto de quo era stato già precedentemente presentato alla comunità scientifica da John Money, nel 1955, e che nel 1958, all'UCLA Medical Center venne avviato il "Gender Identity Research Project" (Progetto di ricerca sull'identità di genere). Attualmente, l'evoluzione della ricerca scientifica in questo ambito allarga il concetto e precisa che l'identità di genere "è una categoria di identità sociale e si riferisce all'identificazione di un individuo come maschio, femmina o, a volte, come appartenente a categorie diverse da maschio e femmina" (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5, APA, 2013).

il loro sesso biologico con quello psichico; altre, invece, sentono di appartenere a entrambi i generi, ovvero, di non appartenere né all'uno, né all'altro genere.

Le persone *transessuali* sono quelle che, appartenenti alla prima categoria, abbiano iniziato un percorso di *transizione verso il sesso connesso al genere cui sentono di appartenere*, al fine di diventare, esteticamente, quello che davvero sono¹⁴-¹⁵.

Le altre, invece, appartenenti alla seconda categoria, posto che non si collocheranno mai nell'uno o nell'altro genere, bensì, negli spazi di esistenza che si situano al di là del rigido binarismo di genere, saranno, per questo, a cavallo tra i due generi e saranno definite, a seconda del caso, persone *bi-gender* o *two spirits* (laddove sentano di appartenere a entrambi i generi), *gender questioning* (laddove si interroghino sul genere di appartenenza) o *gender variant* (anche detti *gender queer*, laddove sfidino le norme collegate al genere)¹⁶.

- ¹⁴ Le persone vengono indicate come transessuali MtF (*male to female*) se, nate maschio, vogliono diventare (meglio, stanno diventando) femmina; FtM (*female to male*) se, nate femmina, vogliono diventare (meglio, stanno diventando) maschio. A parere di chi scrive, le persone che terminano il proprio percorso di transizione non dovrebbero essere più definite persone transessuali: esse saranno nuove donne o nuovi uomini, a tutti gli effetti.
- 15 Il termine transessualismo è stato coniato in un periodo relativamente recente: agli inizi del 1900, Hirschfeld utilizzò questa espressione per distinguere la condizione transessuale dal travestitismo e dagli stati intersessuali. Il termine fu poi ripreso da David O.Cauldwell, nel 1949, per indicare il quadro clinico caratterizzato dall'angoscia che deriva dal rifiuto del proprio sesso anatomico propria di quanti non si identificano con il sesso assegnato alla nascita (Cfr. D. CAULDWELL, *Psycopathia Transexualis*, in *Sexology*, 1949) ed è diventato di uso comune dopo la pubblicazione del libro *The transexual phenomenon* del dott. Harry Benjamin, endocrinologo, edito nel 1966 (in questo testo, l'autore, che aveva già comunque trattato del transessualismo in un lavoro del 1953, rileva che si tratta di una patologia classificata come psichiatrica non curata psichiatricamente).
- ¹⁶ Ci si riferisce, infatti, a tali persone, senza declinare, ad esempio, gli aggettivi al femminile o al maschile: si usa l'asterisco "*" per riconoscere questa non identificazione della persona con i sue soli generi imposti. cfr. V.P. VALERIO, P. FAZZARI, Alcune note sul fenomeno transessuale oggi: un disturbo da depatologizzare?, in L. CHIEFFI (a cura di), Bioetica pratica e cause di esclusione sociale, Milano 2012, 307-323. Nella condizione transgender non rientrano sicuramente gli stati intersessuali: considerati disturbo di tipo cromosomico o genetico, vengono medicalmente indicati come "Disordini dello sviluppo sessuale" (DSD); fra questi, si ricordano la condizione dell'ermafroditismo, che vede la presenza contemporanea di caratteri sessuali maschili e femminili, e lo pseudo-ermafroditismo, che si verifica quando l'aspetto degli organi sessuali esterni è opposto a sesso cromosomico o a quello gonadico (cfr., sul punto, M. BALOCCHI, Intersex. Dall'ermafroditismo ai Disturbi dello sviluppo sessuale, in Zapruder, 2012, 76-84; L. GIACOMELLI, Quando

La distinzione è fondamentale, in concreto, posto che, spesso, si tende a confondere i vari piani¹⁷.

Questa ricerca avrà ad oggetto il transessualismo quale fenomeno che interessa, quindi, le persone transgender che, pur appartenendo a un sesso biologico predefinito, vogliano iniziare (o abbiano già iniziato) un percorso di adeguamento fisico al genere (opposto a quello cui dovrebbero appartenere ma) cui effettivamente appartengono¹⁸. Si tratterà delle altre ipotesi di transgenderismo, perciò, solo nel momento in cui i relativi aspetti (soprattutto nelle conclusioni) andranno a intrecciarsi con quelli dell'oggetto principale dell'indagine¹⁹.

la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali, in Riv. it. Dir. Priv., 2012, 425 e ss.).

¹⁷ Il termine *transgender* fu utilizzato per la prima volta negli anni '70 da Virginia Prince, in opposizione al termine *transsexual*, per definire coloro che non desiderano sottoporsi ad alcun intervento demolitivo-ricostruttivo degli organi genitali e che rivendicano per sé la possibilità di scivolare liberamente tra i generi sessuali. In questo senso, allora, il termine transgenderismo può essere definito come un *genus* entro cui si collocano, oltre ai transessuali, ai bi-gender (o two spirits), ai gender questioning, ai gender variant (o gender queer), anche i travestiti (cross dresser), che sono di solito maschi che indossano abiti femminili, le drag queen e i drag king che sono persone che mettono in scena l'iperfemminilità o l'ipermascolinità nel corso di spettacoli teatrali. La presenza di altra differenza fondamentale è quella tra transessualismo e omosessualità: l'omosessualità attiene, infatti, alla sfera della sessualità; dunque, una persona transessuale può contestualmente essere omosessuale. Per gli aspetti di differenziazione tra transessualismo e omosessualità, v. M.M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 575.

18 R. STOLLER, Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity, cit., definì il transessualismo come la condizione caratterizzabile per la discordanza tra i dati anatomici e gli aspetti psicologici: "Il transessualismo è la convinzione di una persona biologicamente normale di appartenere al sesso opposto: negli adulti tale credenza è oggi accompagnata dalla richiesta di un trattamento chirurgico ed endocrinologico in grado di modificare la loro apparenza anatomica nel senso del sesso opposto". Prima di Stoller sotto il profilo clinico tale fenomeno non era stato affrontato dal punto di vista psicoanalitico. Ad ogni modo, già Felix Abraham, nel 1931, aveva pubblicato degli studi sull'argomento, sebbene con diffusione limitata; inoltre, è possibile rintracciare alcuni riferimenti al fenomeno in uno scritto di Esquirol (1838), oltre che in un lavoro di Frankel del 1853, in una ricerca condotta da Westphal nel 1869 e in un testo del 1886, che tratta questo argomento in modo sistematico (Psychopathia Sexualis di von Krafft-Ebing).

Da sempre, la storia ha fatto i conti con l'esistenza di persone che non si riconoscono nel sesso loro assegnato dalla natura alla nascita. In alcune culture, questi individui erano addirittura venerati come divinità, per la loro straordinarietà. Anche l'antichità classica, invero, conosceva condizioni di transizioni di genere. Cfr. L. Benadusi, *Dalla paura al mito dell'indeterminatezza. Storia di ermafroditi, travestiti, invertiti e transessuali*, in E. Ruspini, M. Inghilleri, *Transessualità e scienze sociali*, Napoli 2008; L. Viola, *Al di là*

3. Transessualismo e diritto alla salute

La salute ha da sempre assunto un ruolo fondamentale, nella materia *de qua*: fin dagli anni 70, infatti, il transessualismo è stato inquadrato tra le patologie psichiche; e ancora oggi, nel Manuale Diagnostico sulle patologie mentali, revisionato nel 2013, esso figura, quale disforia di genere o incongruenza di genere, tra i disturbi di tipo ansiogeno²⁰.

Proprio alla luce dell'inquadramento come patologia di tale possibile disallineamento fra la percezione che un individuo ha del proprio io e il dato biologico e cromosomico, la scienza medica ha iniziato a sperimentare l'adeguamento del corpo al sentire del sé, per mettere le persone nella condizione di risolvere l'intimo disagio creato dalla dissonanza tra psiche e soma²¹. Essa ha, col tempo, sviluppato delle tecniche capaci di risolvere, sul piano interno, tramite "aggiustamenti" di tipo estetico, il

del genere, Milano-Udine 2013; P. HELZEL, A.R. RIZZUTI, Quale diritto all'identità per i transessuali, in Dike kai nomos, 2015, 31-32.

²⁰ La codifica del transessualismo come una condizione clinica e come patologia di natura psichiatrica risale ai primi anni 70. Il *transessualismo* ha però fatto la sua comparsa nel Manuale diagnostico dei disturbi mentali (DSM III) solo nel 1980. Nelle due edizioni successive di tale manuale (DSM IV e IV-TR, rispettivamente del 1994 e del 2000) si è parlato, invece, di *disturbo dell'identità di genere* (GID). Attualmente, il DSM-5, in uso dal 2013, ricorre alla definizione di *disforia di genere* (GD). Anche l'altro sistema internazionale di riferimento per le malattie mentali, elaborato in seno alla Organizzazione Mondiale per la Sanità, e in fase di aggiornamento, include la transessualità tra i disordini mentali e comportamentali. (Classificazione statistica internazionale delle malattie e dei corrispondenti problemi di salute, in sigla ICD).

²¹ La possibilità di modificare i caratteri sessuali attraverso un percorso medico chirurgico di adeguamento del corpo alla psiche rappresenta un'acquisizione relativamente recente da parte della scienza medica. È nella prima metà del secolo scorso che l'evoluzione della chirurgia ha reso possibile l'intervento di conversione dei caratteri sessuali, facendo progressivamente emergere una maggiore consapevolezza della matrice composita dell'identità di ogni individuo, che può conoscere una dissociazione fra sesso biologico, cromosomico, psicologico. Il primo caso documentato di modifica per via chirurgica dei caratteri sessuali risale al 1952 e ha dato il via a una serie di studi scientifici sull'argomento (è il caso di Christine Jorgensen, nata Jeorge William Jorgensen, ex soldato americano); cfr. J. BALDARO VERDE, A. GRAZIOTTIN, L'enigma dell'identità. Il transessualismo, Cuneo 1991; M. Bottone, P. Valerio, R. VITELLI, L'enigma del transessualismo. Riflessioni critiche e teoriche, Milano 2004. Tuttavia, va segnalato il caso di Lili Elbe, nata Mogens Einar Wegener, illustratrice specializzata in dipinti di paesaggi, la quale, nel 1930, si sottopose ad una serie di interventi di adeguamento dei caratteri sessuali, allora ancora sperimentali, e riuscì ad ottenere il riconoscimento negli atti di stato civile del nuovo sesso e del nuovo nome (cfr. R. Herrn, Schnittmuster des Geschlechts: Transvestitismus und Transsexualität in der frühen Sexualwissenschaft, Gießen 2005, 197 e ss.).

disagio vissuto dalle persone con disforia di genere, approntando delle pratiche medico-chirurgiche capaci di allineare fisico dell'interessato al genere psichico di appartenenza²².

In Italia, in verità, prima del 1982, questi interventi erano assolutamente vietati: giuridicamente, il diniego era fondato sulla illiceità della modifica chirurgica, quale atto di menomazione della integrità fisica e della capacità di procreare, perciò contrastante con l'articolo 5 c.c. e punibile sotto forma di reato di lesioni personali gravissime²³.

Venivano anche evocate la contrarietà alla morale e ad esigenze di certezza giuridica, in ragione delle ripercussioni gravissime che tale situazione avrebbe comportato su istituti fondamentali come quello del matrimonio²⁴. Gli italiani interessati, quindi, dovevano recarsi all'estero per poter superare il disagio provocato dalla mancata corrispondenza della loro psiche al proprio inadeguato soma²⁵.

Il disagio permaneva, comunque, anche laddove essi si fossero spostati altrove per guarire: al ritorno in patria, infatti, tali persone, nuove donne o nuovi uomini, si trovavano costrette a mantenere quella connotazione anagrafica che era stata loro riconosciuta alla nascita; la magistratura, infatti, cui prima degli anni '80 era affidata la tutela del transessualismo (e, meglio, delle persone che, avendo concluso il percorso di transizione sul piano chirurgico, fossero ormai anche fisicamente, perché operatesi, appartenenti al genere effettivo di appartenenza), in mancanza di una normativa positiva che regolasse e considerasse tale fenomeno, assumeva una posizione di chiusura al riconoscimento di un diritto all'i-

²² Solo nel 1960 si iniziò a pensare che la guarigione della persona transessuale si potesse ottenere adeguando il corpo alla psiche: prima di allora, le persone transessuali venivano sottoposte a tentativi di guarigione si attraverso la psicoterapia, sia attraverso la somministrazione di ormoni del proprio sesso genetico. Tentativi fallimentari, questi, che determinarono un numero elevatissimo di suicidi tra le persone transessuali.

²³ Cfr. Cass. Pen., 3 aprile 1980, n. 2161, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 1, 1515. Ciò nella più ampia concezione del generale divieto di abuso del diritto e nell'ottica del perseguimento dei principi della cd. dottrina etica dello Stato (cfr. R. ROMBOLI, *sub. art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja e Branca, Delle persone fisiche*, artt. 1-10, Bologna-Roma 1988, 225 e ss.).

²⁴ Cfr. L. Ferri, *Art. 454*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja Branca, Bologna-Roma 1973, 128, secondo cui una diversa concezione avrebbe comportato l'accettazione di un visione del sesso "solo in funzione dell'appagamento erotico e non in funzione del più ampio disegno di Dio o della Natura per la propagazione della specie (...)".

²⁵ S. Patti, M.R. Will, *La giurisprudenza italiana e... l'Europa (a proposito delle retti-ficazioni nei registri dello stato civile)*, in *Dir. fam. pers.*, 1981, 1224.

dentità sessuale come proiezione della percezione psicologica di genere del soggetto²⁶.

Tale orientamento (soprattutto supportato dalla Cassazione) era avallato dalla Corte costituzionale, la quale non ammetteva, fra i diritti inviolabili della persona, il riconoscimento di "un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica" ²⁷. La Consulta, avanzando un'interpretazione dell'art. 2 Cost. "come fattispecie chiusa" per il suo necessario collegamento con le singole norme costituzionali che discipli-

²⁶ I giudici consentivano la rettificazione anagrafica del sesso negli atti dello stato civile solo nelle ipotesi meno controverse, allorché si trattasse ad esempio di errore materiale connesso al momento della formazione dell'atto di nascita, di ambiguità dei genitali esterni dovuta ad infermità sanabile con opportuna terapia, di sviluppo naturale del soggetto verso il sesso opposto a quello inizialmente accertato, anche se reso agevole mediante terapie chirurgiche, di contemporanea presenza nello stesso individuo dei caratteri sessuali di entrambi i sessi. Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2161, in Giust. civ., 1980, 1513 e ss., secondo la quale "(...) può ammettersi il cambiamento dell'attribuzione del sesso in seguito all'opera del chirurgo che aiuti il naturale sviluppo del sesso del soggetto, correggendo imperfezioni o eventuali elementi equivoci del sesso somatico. In tali casi, infatti, non si tratta di cambiamento di sesso, ma di attribuzione di quello vero, essendosi rivelata erronea quella avvenuta al momento della nascita. Ma, al di fuori di tale ipotesi, non può ammettersi (...) il mutamento di sesso per l'artificiosa e volontaria alterazione dei caratteri sessuali (...) mediante intervento chirurgico (...)". Negli stessi termini, Tribunale Palermo, 17 marzo 1972, DFP, 1972, 507. Sulla stessa scia, Cass. civ., 3 dicembre 1974, n. 3948, in Giur. it., 1975, I, 1, 880 e ss.; Cass. civ., 9 marzo 1981, n. 1315, in Giur. it., 1981, I, 1, 1015 e ss. Si registrava comunque una giurisprudenza di merito propensa ad avallare, in diversi casi, la rettificazione del sesso anagrafica richiesta dai transessuali in ragione di una forte dissociazione della persona rispetto alla propria identità di genere (Trib. Bari, 22 gennaio 1962; Corte App. Milano, 28 gennaio 1971; Trib. Lucca, 17 aprile 1972, in Giurisprudenza italiana, 1973, I, 2, 374 ss.; Trib. Taranto, 28 gennaio 1974; Trib. Roma, 13 febbraio 1975; Trib. Livorno, 12 febbraio 1976; Corte App. Napoli, 06 dicembre 1978, in Il diritto di famiglia e delle persone, 1979, 709 ss.). Tali giudici di merito procedevano con una interpretazione adeguatrice degli artt. 2, 3 e 32 Cost., al fine di accogliere le istanze dei transessuali (Cfr. P. Veronesi, Il corpo e la Costituzione – Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma, Milano, 2007, 58; sul punto, interessante la testimonianza di R. CECCONI, Io, la "romanina": perché sono diventato donna, Firenze, 1976, in cui l'a. racconta del suo cambiamento anagrafico a seguito di un intervento chirurgico effettuato all'estero; in questo caso, i giudici del Tribunale di Lucca (con sentenza del 14 aprile 1972, cit.), avevano motivato la decisione non dando un peso preponderante alla dignità della persona e ai suoi bisogni, bensì, ponendosi a tutela dell'ordine sociale, al fine di preservarlo, attraverso l'utilizzo del criterio definito della prevalenza reale ex post, che imponeva di accostare il sesso più vicino alla realtà con quello legale. L'inserimento nella società di una persona con un sesso non corrispondente all'apparenza avrebbe potuto creare dei gravi inconvenienti, molta confusione e un forte pregiudizio per l'ordine sociale, compromettendo la tutela dell'affidamento dei terzi.

²⁷ Corte costituzionale, n. 98/1979, punto 2 del Considerato in diritto.

nano i diritti fondamentali, affermava che "non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti"²⁸.

Anche la dottrina, dal canto suo, riteneva immutabile l'attribuzione del sesso, salvo i casi di evoluzione naturale di una situazione di ambiguità e/o di vera e propria intersessualità²⁹.

È chiaro, quindi, che, a fronte di tale negazione, il disagio della persona transessuale continuava a permanere, anche dopo che quest'ultima avesse effettuato l'intervento di rettifica chirurgica del sesso: solo nel momento in cui il soggetto si veda riconosciuto, anche socialmente, un nome corrispondente al suo effettivo genere, infatti, la sua condizione di benessere psichico può trovare concreto accoglimento e piena esplicazione. In caso contrario, esso è costretto a vivere nel conflitto costante fra la propria identità anagrafica e il genere percepito³⁰.

²⁸ Corte costituzionale, ibidem. Per la critica alla tesi dell'art. 2 Cost. come fattispecie chiusa, il rinvio è chiaramente a F. Modugno, I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale, Torino 1995, 3 s. La Corte costituzionale, però, pur non riuscendo ad identificare un fondamento costituzionale per il riconoscimento del diritto all'identità di genere, senza sottovalutarne il profilo problematico, ne affidava al legislatore le "possibilità di soluzione". La posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale non coincideva con quella che era stata fatta propria l'anno prima dalla Corte costituzionale federale tedesca (Bundesverfassungsghericht, BVerfG, 11 ottobre 1978); essa aveva egualmente affrontato le tematiche transessuali in assenza di una disciplina legislativa. Alla luce degli artt. 1 (I) e 2 (I) del Grundgesetz (GG), che tutelano rispettivamente la dignità dell'uomo come intangibile e il libero sviluppo della personalità di ciascuno, il Tribunale costituzionale federale tedesco riconosceva la necessità "di adeguare al sesso lo stato personale dell'uomo, e precisamente a quel sesso cui appartiene in base alla propria costituzione psichica e fisica" (BVerfG, 11 ottobre 1978, in Foro italiano, 1979, IV, 273, con nota di G. Volpe). Cfr. S. Bartole, Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo, in Giurisprudenza costituzionale, parte prima, 1979, 1194 ss., il quale, pur riconoscendo "notevoli differenze nelle previsioni delle rispettive carte costituzionali, e diverso sembra essere da sempre il taglio argomentativo degli organi giudicanti", comunque sostiene che "il nodo centrale dei due giudizi essendo in definitiva il medesimo, cioè quello della definizione dello sviluppo della persona umana, tendenzialmente analoghe dovevano essere le conclusioni. Specie se ha fondamento la riconduzione dell'una e dell'altra esperienza costituzionale ad un'analoga matrice di pensiero quanto ai valori dell'individuo e dell'affermazione delle qualità che gli sono proprie".

²⁹ Si dà conto di questa prospettiva in G. Palmieri, *Il cambiamento di sesso*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Trattato di Biodiritto, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2011, 768 e ss.

³⁰ L. Lucchini, *Rettificazione di sesso e diritto al cambiamento del prenome: riflessioni in merito alla l. 164/1982*, in *Dir. fam.*, 1998, 2, 773 e ss. Le considerazioni valgono ancora oggi, ovviamente: facilmente intuibili sono le conseguenze negative, ad esempio, nella ricerca del lavoro, che conducono spesso a una marginalità sociale pericolosa. Disagio

Solo con la legge 164/1982, quindi, la rettificazione anagrafica del sesso è diventata possibile: essa, ai sensi dell'articolo 1 di tale normativa, si fa in forza di sentenza del tribunale (passata in giudicato) che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali ³¹.

È evidente che la legge 164/1982 ha superato il principio della non modificabilità del sesso, accogliendo al contrario la tesi della possibile trasformazione del profilo sessuale di una persona³². Lo scopo primario della legge, quando introdotta, è stato quello di far sì che chi avesse già effettuato l'intervento all'estero potesse ottenere la modifica del sesso anagrafico in Italia, al suo ritorno in patria. Essa, però, ha anche riconosciuto la legittimità dell'operazione chirurgica all'interno dell'ordinamento nazionale, stabilendo che, nei casi di *necessità*, la persona transessuale, previa autorizzazione del giudice, può intervenire sul proprio sesso biologico al fine di diventare, esteticamente, "quello che davvero è"³³.

La norma stabilisce infatti, che, quando risulti necessario un adegua-

presso gli uffici bancari o postali ma anche nei soggiorni alberghieri e in generale in ogni contesto in cui è richiesto di dimostrare di essere la persona che risulta dai documenti di identità personale, situazioni che rendono evidente la discrasia tra nome e genere.

- 31 S. Patti, M.R. Will, Comento alla legge 14 aprile 1982, n. 164, in Nuove Leggi Civ. Comm., 1983, 35 e ss.; B. Pezzini, Transessualismo, salute e identità sessuale, in Rass. dir. civ., 1984, 465; Id., Le persone transessuali, in P. Cendon, S. Rossi, I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli, I, Roma 2013, 715 e ss.; M. Dogliotti, Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della normativa, in Giust. civ., 1982, II, 467 e ss.; P. Stanzione, Transessualismo e tutela della persona: la l. 164 del 1982, in L. giust., 1984, 762 e ss.; Id., Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge 164/1982, in Dir. Fam., 2009, 2, 713 e ss.
- ³² Per superare la concezione restrittiva di immodificabilità anagrafica anche nel caso di intervenute modifiche volontarie dei caratteri sessuali, si impose, per questo, la ricerca di nuove vie di tutela: venne così proposta la possibilità ricondurre la vicenda nell'ambito dei diritti fondamentali a livello costituzionale, al fine di valorizzare il diritto della personalità (Cfr. P. Perlingeri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1970, 830; G. Petrina, *Problemi giuridici del transessualismo*, in *Temi*, 1972, 353; P. Zatti, *Il diritto all'identità e l'applicazione diretta dell'articolo 2 Cost.*, in *Il diritto all'identità personale*, Padova 1981).
- 33 "Il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo «naturale» modo di essere". Così, Corte Costituzionale, sent. n. 161/1985, punto 4 del Considerato in diritto. In proposito è significativo quanto sostiene P. Stanzione, Sesso e genere nell'identità della persona, in comparazionedirittocivile.it, gennaio 2011, 10 ss., secondo cui "Se, dunque, il luogo d'elezione dell'unità ideale del soggetto, la psiche appunto, già contiene in sé «il principio della separazione, perché come coscienza di sé, la psiche comincia a pensarsi per sé, e quindi a separarsi dalla propria corporeità», è in essa che si annida, si realizza e deve conseguentemente ricercarsi l'identità, altresì, sessuale del soggetto".

mento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato, ex articolo 31, comma 4D.lgs 150 del 1/9/2011 (articolo sostitutivo degli artt. 2 e 3 della L. 164/1982, ora abrogati)³⁴.

In altre parole, la legge ha indotto il nostro ordinamento a riconoscere in via definitiva il diritto all'identità di genere³⁵ quale elemento costitutivo della identità personale, esplicitazione della libertà di autodeterminazione del soggetto. A fornire la cornice e il fondamento costituzionale della legge 164/1982 è stata proprio la prospettiva della tutela della salute non più intesa come mera assenza di malattia, ma, alla luce della definizione offerta dall'OMS³⁶, condivisa dalla Comunità internazionale e sottoscritta da ciascuno degli Stati membri dell'Organizzazione stessa, quale bene *articolato*, la cui essenza si realizza non nella semplice inesistenza di stati patologici, ma in un complessivo stato di benessere fisico e mentale della persona umana nella sua interezza e globalità³⁷.

- ³⁴ C. Delle Donne, *Commento all'art. 31, d.lgs. 150/2011*, in B. Sassani, R. Tiscini (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma 2011, 282 e ss.
- 35 Né con riferimento al titolo, né all'interno del testo normativo sono precisati i destinatari della disciplina, che però la dottrina non dubita debbano essere identificati nei transessuali concordemente con quanto è stato stabilito dalla Consulta poiché ogni altra tipologia di persone (ad es.: ermafroditi e pseudoermafroditi) è da escludere. Per le ragioni di tale esclusione e l'individuazione dei transessuali "come unici destinatari della l. n. 164 del 1982", v. P. Stanzione, *Transessualità* (voce), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 884; questo indirizzo è confermato da S. Patti, M.R. Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, cit., 54 ss. e 79 ss. La stessa Corte Costituzionale, nel 1985, non ha avuto dubbi, in assenza di uno specifico riferimento da parte della legge, nell'identificare nei transessuali i destinatari della disciplina.
- 36 "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of healthisone of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition". La definizione, condivisa dalla Comunità internazionale e sottoscritta da ciascuno degli Stati membri dell'OMS, individua, chiaramente, un bene articolato, la cui essenza si realizza non nella semplice inesistenza di stati patologici, ma in un complessivo stato di benessere fisico e mentale della persona umana nella sua interezza e globalità. Lo Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è disponibile sul sito internet www.who.int.
- ³⁷ La tutela della salute umana, quale bene giuridicamente rilevante della persona, quale diritto fondamentale costituzionalmente garantito nell'ottica della de-patrimonia-lizzazione, è un obiettivo relativamente recente per la comunità internazionale e per gli ordinamenti giuridici statali. Fino al ventesimo secolo, infatti, le azioni statali volte alla protezione della salute erano finalizzate principalmente alla tutela della collettività e al perseguimento di un livello minimo di igiene e sanità nella popolazione. È soltanto con la fine della seconda guerra mondiale che il diritto alla tutela della salute, come oggi concepito, comincia ad affermarsi e ad incontrare un esplicito riconoscimento sia nelle

La forte valenza attribuita al profilo psicologico, che è alla base dell'intero fenomeno in esame, ha infatti consentito una apertura del diritto a tale tematica: se è vero che la salute passa anche per la mente della persona e che la mente del soggetto transessuale, come affermato dalla scienza fin dagli anni 70, è fortemente minata dal disagio che esso prova qualora si trovi a dover sopportare un sesso biologico e anagrafico che non gli è proprio, allora è opportuno e necessario che il diritto intervenga per tutelare l'identità di genere, da cui passa la sua salute, coniugando in modo costruttivo gli aspetti medico-scientifici con quelli soggettivi, legati all'autodeterminazione dell'individuo e alla concezione che ciascuno ha di sé³⁸.

Per tali motivi, era necessario che il legislatore a) legittimasse la mo-

dichiarazioni internazionali, sia nelle Carte costituzionali. Per la Corte di cassazione è utile ricordare le decisioni a sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461, e sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, dove si sottolinea, in quest'ultimo caso, "la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza" (punto 6.1). Su questi profili cfr. V. Durante, La salute come diritto della persona, in Trattato di Biodiritto, cit., 589 ss.

³⁸ La salute, quindi, è una condizione che viene percepita dal soggetto interessato, sì, ma che viene direttamente condizionata da tutti quei fattori esterni inerenti al contesto sociale entro cui lo stesso soggetto si colloca. È logico, quindi, che tale concetto di salute correlata anche all'elemento psicologico vale a far emergere gli stati propriamente soggettivi della salute umana, la quale dovrà essere valutata e tutelata avendo riguardo alle condizioni proprie di ognuno. La salute, infatti, non è mai la medesima tra due soggetti distinti (in merito, cfr. Corte Cost., 185/1998, relativa alla vicenda del cosidetto «multitrattamento Di Bella», in cui la Corte, nel dichiarare l'illegittimità della norma che non contemplava il diritto dei soggetti non inclusi nelle sperimentazioni ad ottenere i relativi farmaci a carico del servizio sanitario nazionale, assegna la valenza di elemento costitutivo del diritto alla salute alle «aspettative» che gli individui che si trovano in uno stato psicologico particolare, quale è quello di un malato terminale, possano riporre in un trattamento sanitario sottoposto a sperimentazione). E proprio la relatività del concetto, intesa in termini intersoggettivi (oltre che in riferimento al contesto spazio-temporale) costituisce il fondamento giuridico, alla luce del principio d'eguaglianza, in virtù del quale non sono tollerabili discriminazioni nella garanzia del godimento del diritto. Cfr. C. LEGA, Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale, Roma 1952, p.16; B. PEZZINI, Il diritto alla salute: profili costituzionali, in Diritto e Società, 1983, 1, p. 23. Da un punto di vista normativo, nel diritto interno questa stessa evoluzione relativa alla importanza attribuita al profilo psicologico dell'individuo è rintracciabile nelle previsioni della legge che istituisce il servizio sanitario nazionale (Legge 23 dicembre 1978, n. 833) e che sancisce la necessaria tutela della salute psichica oltre che fisica dell'individuo, nel rispetto della sua libertà e dignità; nella medesima direzione, si dirige la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (Legge 22 maggio 1978, n. 194), la quale sancisce la possibilità di ricorrere a questa pratica medica qualora si profili un serio pericolo per la salute non solo fisica,

difica chirurgica del sesso, soprattutto tenuto conto del fatto che, all'epoca, essa era considerata unica via capace di assicurare la guarigione dalla sindrome della disforia; b) apprestasse dei meccanismi procedurali atti a consentire la consequenziale rettificazione anagrafica del sesso, posto che, senza tale ulteriore modifica, il percorso di transizione (e, quindi, di guarigione) sarebbe rimasto a metà³⁹.

In questo modo, proprio sulla base di questa stretta connessione tra scelta autonoma e cura della propria salute, è chiaramente venuto anche meno il contrasto tra operazione chirurgica e indisponibilità del corpo ex art. 5 c.c.: tramite la rettificazione, infatti, si assicura alla persona transessuale la possibilità di addivenire ad una modificazione del proprio sesso biologico al fine di curarsi e guarire dal disagio che la stressa⁴⁰.

Il trattamento sanitario che abbia ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali morfologici esterni alla identità psico-sessuale, rientra,

ma anche psichica della donna, in relazione al suo stato di salute o alle sue condizioni economiche, sociali e familiari.

³⁹ Cfr. B. PEZZINI, Transessualismo, salute e identità sessuale, in Rassegna di diritto civile, 1984, 466.

⁴⁰ La tutela del transessualismo risente molto della normativa e della giurisprudenza sviluppatesi a livello europeo. Varie sono le disposizioni dei Trattati e della Carta dei diritti atte a garantire la persona transessuale sotto il profilo della salute (artt. 4, 6, 9, 168 e 191 TFUE; art. 35 Carta dei diritti fondamentali UE), oltre che in relazione ai profili discriminatori (artt. 2 e 3 TUE; artt. 8, 10, 19 e 157 TFUE; artt. 20 e 21 Carta dei diritti) e a quelli inerenti la vita privata, la vita familiare e il diritto di sposarsi (rispettivamente artt. 7 e 9 Carta dei diritti). Vi sono, poi, specifiche risoluzioni del Parlamento europeo sul tema: si vedano, per esempio, la risoluzione n. 1117, 12 settembre 1989 (che ha invitato, tra l'altro, gli Stati membri ad adottare disposizioni, se non l'abbiano già fatto, che disciplinino il diritto dei transessuali al mutamento di sesso) e la risoluzione del 28 settembre 2011 (con cui il Parlamento di Bruxelles ha denunciato "le diffuse discriminazioni connesse all'orientamento sessuale e all'identità di genere perpetrate sia nell'Unione europea che nei paesi terzi"). Rilevante, poi, la direttiva 2006/54, in cui viene affermato il principio di pari opportunità e di parità di trattamento tra donne e uomini, anche con specifico riguardo ai transessuali, sul tema dell'occupazione e dell'impiego. Accanto alle norme, poi, ruolo importante svolge la giurisprudenza della CGUE. Anche la CEDU prevede al suo interno una serie di norme che disciplinano tutti i profili sensibili nell'ottica dell'identità di genere, come il divieto di discriminazioni (art. 14), il diritto al matrimonio (art. 12) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8). Tali disposizioni costituiscono ovviamente la base normativa di cui si avvale la Corte EDU per sanzionare le fattispecie lesive dei diritti dei transessuali. Sui rapporti tra tutela dell'identità di genere e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. M.M. Winkler, Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere, cit., 576 ss.; L. Trucco, Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n. 1, 2003, 378.

cioè, tra quelli che, pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento, in quanto diretti a tutelare la salute del paziente⁴¹-⁴².

Proprio alla luce di ciò, nel 1985⁴³, la Corte Costituzionale, nel respingere una questione di legittimità costituzionale relativa alla citata legge sulla rettificazione di sesso, richiamando gli artt. 2 e 32 Cost.⁴⁴, ha osservato in un passaggio argomentativo come la persona transessuale, attraverso l'intervento chirurgico, da essa considerato, in quel contesto storico, unico mezzo rivolto a porre fine ad una situazione di "dispera-

- ⁴¹ Il dettato civilistico, in questo caso, non trova quindi applicazione, posto che esso tende ad evitare la commercializzazione del corpo e non anche a limitare la libertà di autodeterminazione qualora questa sia necessaria ai fini della tutela della propria salute. In questo senso, successivamente, ex multis, Corte costituzionale, sent. n. 253/2006; in dottrina, cfr. R. ROMBOLI, Art. 5 cod. civ., in F. GALGANO (a cura di), Commentario del Codice Civile Scialoja- Branca, Bologna-Roma 1988, 266 ss.: "Con riferimento all'articolo in esame si è così giunti generalmente a sostenere che, specie alla luce dei principi costituzionali, il concetto di integrità fisica doveva ritenersi ormai comprensivo anche della salute psichica, avvicinando quindi fino quasi a farli coincidere, nella valutazione necessariamente unitaria della persona, l'integrità fisica di cui all'articolo stesso e la salute di cui si occupa l'art. 32 della Costituzione" (235). In riferimento all'art. 5 cod. civ. nella fattispecie in esame, cfr. ancora G. Palmeri, Il cambiamento di sesso, in S. Rodotà e P. Zatti (diretto da), Trattato di biodiritto, Il governo del corpo, Milano 2011, 760 ss., che richiama sul punto un'interessante sentenza del Tribunale di Brescia del 27 dicembre 2004, in Famiglia e diritto, 5, 2005, 527 ss., con nota di P. VERONESI, Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica; in senso contrario, Trib. Pistoia, 24 maggio 1996, in Foro italiano, 1997, I, 1645 ss. Sul punto, inoltre, se si vuole, N. Posteraro, Il diritto alla salute, cit., 404 e ss.
- ⁴² "Sì che la pacificazione interiore che il transessuale persegue con la modificazione o con l'adeguamento sessuale è momento di realizzazione del pieno svolgimento della personalità umana" (cfr. P. Stanzione, Transessualità (voce), cit., 883; richiama il combinato disposto degli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost., M. Monina, Identità sessuale e sviluppo della persona, in Legalità e giustizia, n. 4, 1984, 781 ss.).
- ⁴⁵ Corte cost., 161/1985. La Consulta è stata chiamata ad esprimersi dalla Corte di cassazione, con l'ordinanza di rinvio n. 515, del 20/06/1983.
- ⁴⁴ Il richiamo all'art. 2 Cost. si giustifica in conseguenza del valore che riveste l'identità sessuale nei rapporti con gli altri: ciascuno ha il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale. In dottrina, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 26 s., "attiene al diritto all'identità personale anche il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale", tanto da essere considerato quest'ultimo "come corollario del diritto all'identità personale riconosciuto dall'art. 2". La coincidenza tra l'identificazione anagrafica del sesso e il sentire psicologico della persona non può che favorire, continua la Consulta, la chiarezza e la certezza dei rapporti sociali e giuridici (Corte costituzionale, sent. n. 161/1985, punto 10 del Considerato in diritto).

zione od angoscia", veda riconosciuta la propria identità, conquistando "uno stato di benessere in cui consiste la salute"⁴⁵.

In altri termini, il tema della salute può essere definito l'asse portante della disciplina giuridica del transessualismo: pertanto, le norme e le pratiche che lo interessino devono essere valutate tenuto conto di tale coinvolgimento del diritto fondamentale⁴⁶.

Resta da capire, quindi, se questa normativa, così per come scritta, riesca davvero a tutelare la salute della persona transessuale, oggi, assicurandone una effettiva guarigione, sia nel momento in cui le consente di ottenere la rettificazione anagrafica del sesso, sia nel momento in cui le consente di ottenere (e, in verità, la obbliga a ottenere, previamente) l'autorizzazione giudiziale a modificare chirurgicamente il proprio corpo.

Occorre, quindi, capire quali siano i rapporti sussistenti tra diritto all'autodeterminazione del singolo transessuale e procedure atte a tutelarlo e a soddisfarlo.

4. La rettificazione anagrafica del sesso: la necessità del previo intervento chirurgico

L'articolo 1 della legge 164/1982, come rilevato, stabilisce espressamente che "la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato (...) a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

- ⁴⁵ È palese il richiamo della Consulta all'argomentazione utilizzata in precedenza dal Bundesverfassungsghericht (vd. supra, nota 28), cioè la necessità di armonizzare la psiche con la physis. In tal modo, viene "conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero «naturalmente» evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale" (Corte costituzionale, sent. n. 161/1985, punto 4 del Considerato in diritto). Nello stesso punto, il giudice delle leggi continua: "Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa il o i fattori dominanti".
- ⁴⁶ Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel documento del 25 febbraio 2010, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici", in www.governo. it/bioetica/pareri, 10 s., evidenzia che "la sessualità ha componenti fisiche (somatiche, anatomo-fisiologiche, gonadiche e genetiche) e psichiche". Pertanto, continua il documento, l'assegnazione del sesso deve tenere conto degli "indici somatici" e degli "indici psichici".

Da sempre, questione dibattuta, nel nostro ordinamento, ha riguardato la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari per i/le transessuali che vogliano ottenere la mera rettificazione anagrafica.

L'interpretazione maggioritaria, anche alla luce delle conclusioni proposte dalla Corte Costituzionale n. 161/1985 cit. (la quale, come visto, configurava l'intervento chirurgico come unica terapia atta a supportare il superamento della sindrome), riteneva che l'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari al nuovo sesso fosse una condizione necessaria per la rettificazione anagrafica. Infatti, nonostante l'articolo 1 suddetto faccia riferimento genericamente ai "caratteri sessuali", senza specificare se primari o secondari, si riteneva implicito il riferimento ai caratteri primari⁴⁷: solo così, infatti si sarebbe potuta garantire la tutela dell'interesse alla definizione certa dei generi.

Qualcuno obiettava affermando che la ricordata espressione "quando risulta necessario" (contenuta all'articolo 3 della stessa legge, oggi abrogato e sostituito dall'articolo 31 del d.lgs. 150 del 1/9/2011, il quale ripropone la medesima formula al comma 4⁴⁸), screditasse questa tesi, poiché indirettamente atta a riconoscere la possibilità che l'intervento non fosse essenziale⁴⁹. A tale critica, i sostenitori della impostazione suddetta, però, rispondevano affermando che l'espressione andasse letta tenendo conto dello specifico contesto storico in cui la legge era stata emanata: in questo senso, l'intervento poteva non essere necessario in quanto poteva essere

⁴⁷ Ex multis, a titolo esemplificativo, tra quelle più recenti, cfr. Tribunale Trento, ordinanza 19 agosto 2014, in articolo29.it.

⁴⁸ Cfr. articolo 31, comma 4, del d.lgs. 150/2011: "Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato (...)".

⁴⁹ La giurisprudenza di merito che si era spinta oltre era quindi stata davvero molto rara; a titolo esemplificativo, cfr. Trib. Benevento, 16.01.1986, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, 470; Trib. Forlì, 18.12.1986; Tribunale di Roma, 18 ottobre 1997, in *DFP*, 1998, 1033; Trib. Monza, 08.11.2005, in *www.articolo29.it*; Tribunale di Roma, 22 marzo 2011, in *FM*, 2011, n. 7, 15; Tribunale Rovereto, 3 maggio 2013, n. 194, in NGCC. Secondo M.M. Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, cit., 584, "non si può non rilevare il conflitto latente tra il diritto individuale all'autodeterminazione e l'imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali... La concezione per cui per vedersi riconosciuto un proprio diritto una persona debba per forza sottoporsi a trattamenti clinici altamente invasivi, al limite da mettere in pericolo la propria salute, stride in maniera evidente con lo scopo della legge, che è quello di consentire alla persona transessuale di raggiungere l'equilibrio psico-fisico".

già stato eseguito all'estero da colui che stava richiedendo la rettificazione anagrafica⁵⁰.

La mancanza dell'operazione, in quest'ottica, poteva essere giustificata solo nei casi in cui il ricorrente si fosse trovato in una condizione di salute tale da "non consentir[gli] di sottoporsi all'operazione senza rischi, stante l'assoluta preminenza del diritto alla salute che altrimenti sarebbe [stato] leso"⁵¹; ma, anche in questi casi, la giurisprudenza riteneva quantomeno necessaria una operazione di sterilizzazione (la quale ultima, quindi, avrebbe plausibilmente sostituito l'originale presupposto di modifica chirurgica richiesto dalla legge, in quanto rientrante comunque nel genus degli interventi di adeguamento dei caratteri sessuali primari e capace di tutelare l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche, familiari e filiali)⁵².

4.1. Il recente intervento della Corte di Cassazione

Lettura opposta a quella maggioritaria, invece, è quella accolta dalla recente sentenza della Corte di Cassazione, n. 15138/2015⁵³.

Nella pronuncia, la Corte Suprema, rileggendo le norme scritte alla

- ⁵⁰ Cfr. Tribunale Cagliari, 25 ottobre 1982, in Giur. It., 1983, I, 2, 590; Tribunale Piacenza, 19 febbraio 2012; Tribunale Salerno, 1 giugno 2010, in articolo29.it; Corte App. Bologna, 20 marzo 2013, in articolo29.it; Tribunale Roma, 18 luglio 2014, in NGCC, 2015, 1, 39. S. Rodota, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Milano 2006, 88, mette in luce che "per realizzare questa armonia tra vita, corpo e diritto, non sempre è necessario passare attraverso la dolorosa, irreversibile e psicologicamente pesantissima modificazione dei caratteri sessuali".
- ⁵¹ Cfr. F. Bilotta, voce, 2013, 761; cfr, anche, F. Bilotta, Identità di genere e diritti fondamentali della persona, in Nuova giur. civ. comm., 2013, 12, 1116 e ss.
- Ju orientamento minoritario, in verità, anche al di fuori di questa ultima ipotesi, escludeva la necessità dell'operazione demolitivo-ricostruttiva dei caratteri sessuali primari; ciò, in quanto, in molti casi di soggetti femminili in transizione verso il genere maschile, si erano verificate crisi di rigetto dei tessuti a seguito di fallo plastica (cfr. Tribunale Benevento, 16 gennaio 1986, GI, 1986, I, 2, 470; più di recente, Tribunale di Taranto, 26 giugno 2013). Esso riteneva, però, comunque necessaria una operazione di sterilizzazione atta ad evitare confusione sul piano familiare e filiare. L'operazione di sterilizzazione, all'inizio, non era richiesta sempre, in quanto la modifica dei caratteri sessuali primari comportava, di per se stessa, la compromissione delle funzioni riproduttive; successivamente, però, tenuto conto dell'avanzamento delle tecniche medico-chirurgiche, onde evitare che alla modifica die caratteri sessuali non conseguisse la sterilizzazione del transessuale, la giurisprudenza ha iniziato a richiedere la presenza anche di tale requisito, al fine di assicurare la tutela di tale predicato interesse pubblico alla certezza delle relazioni familiari e filiali.

⁵³ Cass. Civ., 15138/2015, cit.

luce del dettato costituzionale, ha proprio riflettuto sul bilanciamento tra il diritto alla salute della persona transessuale e il suo diritto all'identità di genere.

I giudici hanno richiamato, preliminarmente, la suddetta sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale, sottolineando come quest'ultima abbia ricondotto il diritto al cambiamento di sesso nell'area dei diritti inviolabili della persona. In tal modo, essi hanno evidenziato l'importanza di un presupposto ineludibile, quale quello di considerare le norme coinvolte alla luce dell'orientamento personalistico che informa il nostro ordinamento e la nostra Costituzione.

Proprio tenuto conto di tale premessa, essi hanno esaminato, analiticamente, le norme di diritto positivo interno applicabili nella specie, al fine di evidenziarne la linearità o l'equivocità, l'ambiguità o la chiarezza, e determinare, di conseguenza, l'esigenza di procedere alla loro interpretazione costituzionalmente conforme alla luce dei principi costituzionali che regolano il catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona (art. 2, 3, 32 Cost.).

I Giudici hanno specificato che, nella legge n. 164 del 1982 il mutamento richiesto riguarda i caratteri sessuali senza specificazioni, e che, perciò esso può riferirsi tanto ai primari (identificandosi, questi, con gli organi genitali e riproduttivi, ossia, con l'aspetto strettamente anatomico della persona umana), quanto ai secondari (i quali sono l'insieme delle caratteristiche fisiche e psichiche di una persona, quali la conformazione del corpo nei suoi diversi tratti, il timbro della voce, gli atteggiamenti e comportamenti esteriori e percepibili da terzi).

Del resto, la Corte rileva come fosse ben nota al momento dell'approvazione della legge 164/82 la distinzione tra caratteri sessuali primari e secondari: di conseguenza, l'utilizzo del termine generale "caratteri sessuali" (all'art. 1) non può far sottintendere che si tratti dei caratteri primari se non è esplicitamente stabilito dalla legge⁵⁴.

Pertanto, in tale prospettiva, qualora una persona abbia proceduto con la modifica dei soli propri caratteri sessuali secondari, è ben possibile abbia comunque diritto a ottenere una rettificazione anagrafica del sesso, pur se non abbia modificato (e non abbia intenzione di modificare) chirurgicamente quelli primari: pure la modifica dei caratteri sessuali secondari, infatti, richiede un insieme di interventi modificativi "anche inci-

⁵⁴ Cfr. S. Patti, *Transessualismo* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., IV ed., Milano 1999, p. 424.

sivi", precisa la Corte, idonei a rivelare l'appartenenza del richiedente al genere opposto; interventi che ben si adattano al dettato legislativo e che rientrano nella modificazione richiesta dalla legge (nel caso di specie, la Corte precisa che si trattava di documentati trattamenti ormonali di lungo periodo, interventi di chirurgia estetica modificativi di tratti somatici appartenenti al sesso originario⁵⁵, interventi additivi o ricostruttivi quali quelli relativi al seno).

Tale visione viene supportata, secondo i giudici, anche da quanto stabilito dal suddetto articolo 3 della stessa legge (abrogato nella sua originaria formulazione per effetto dell'art. 34 comma 39 del d.lgs. n. 150 del 2011, e attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel quarto comma dell'articolo 31 del d.lgs. n. 150 del 2011); per la Corte, l'inciso "quando risulta necessario" non può essere semplicemente ricondotto ai casi di impossibilità di intervento (per motivi fisiologici o cronologici), posto che tale impossibilità "esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione". Di conseguenza, la concezione dell'intervento come terapeutica "liberazione" psicologica prefigurata dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia del 1985 non può applicarsi come regola generale: anzi, a giudizio della Cassazione, è necessaria una lettura evolutiva delle norme, dal momento che la stessa sentenza della Corte Costituzionale aveva definito la legge in questione frutto di una "civiltà giuridica in continua evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dionità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale". Dopotutto, quella decisione del giudice delle leggi era necessariamente calata nel contesto dello "stadio attuale delle conoscenze scientifiche", in base al quale, come rilevato supra, l'intervento demolitorio-ricostruttivo era considerabile l'unico trattamento che potesse consentire "al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale", garantendo positivamente sia il diritto alla salute (guarigione dalla sindrome), sia il diritto all'identità di genere⁵⁶.

Allo stato attuale, invece, la situazione che si presenta è ben diversa: la scienza medica e psichiatrica considerano la chirurgia non come una

⁵⁵ La Corte parla di "genere originario", ma è più corretto parlare di sesso originario: il genere cui la persona appartiene, infatti, è quello che, da sempre, la connota come tale; è il sesso biologico che risulta essere inadeguato (e, quindi, può essere eventualmente cambiato).

⁵⁶ Cfr. G. Palmieri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. Fam.*, 1999, 1339.

"soluzione, ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona". Il ricongiungimento "soma-psiche" si considera sempre di più basato su un profilo diacronico e dinamico (personalizzato), non già statico (e standardizzabile) come una mera operazione chirurgica. Per tali motivi, l'intervento chirurgico non è l'unica terapia atta a tutelare il diritto alla salute della persona transessuale: questa, infatti, può aver raggiunto un equilibrio con se stesso a prescindere dalla modifica dei caratteri primari e può, perciò, riconoscersi nell'atro genere pur vivendo con dei caratteri sessuali primari diversi.

Il momento conclusivo del percorso di mutamento dell'identità di genere, allora, è individuale e certamente non standardizzabile, attenendo alla sfera più esclusiva della personalità⁵⁷.

Dopotutto, autodeterminazione e dignità della persona non sono diritti *altri* rispetto a quello alla salute, in quanto concorrono a definirne il contenuto: è evidente, quindi, che quest'ultimo non potrà essere uguale per tutti, né potrà essere predeterminato in ogni suo aspetto⁵⁸.

⁵⁷ In effetti, sia il concetto di salute quanto quello di identità sessuale sono diacronici e dinamici, e non statici e uniformi nel tempo. Di conseguenza, diventa centrale l'esperienza individuale: le esigenze, i tempi, la volontà e lo stato fisio-psichico della persona in transizione di genere. L. Viola, Al di là del genere, Milano 2013, 154; F. Bilotta, Transessualismo (voce), in Digesto, discipline privatistiche, Torino 2013, 735. L'individualità del piano terapeutico per il trattamento della disforia di genere è ampiamente riconosciuta dagli "Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People" che, tuttavia, non sono tradotti in italiano. Anche da una lettura non specialistica delle linee guida, si evince una variegata differenziazione nel trattamento della patologia, differenziazione che tiene conto dell'età (bambino, adolescente e adulto), delle conseguenze dei trattamenti in termini di reversibilità e dell'assoluta necessità di concordare il piano terapeutico con il paziente. Difatti, la particolarità della patologia psichiatrica, che deve essere riconosciuta e valorizzata specialmente in tale contesto, risiede nell'assoluta rilevanza dell'elemento soggettivo a fronte di condizioni oggettive che non possono che essere un mero punto di partenza per l'analisi della situazione del paziente e che rendono ragione dell'inquadramento delle suddette patologie come spettri, piuttosto che come profili clinici standardizzati. F. COOLIDGE, L. THEDE, S. YOUNG, The Heritability of Gender Identity Disorder in a Chiald and Adolescent Twin Sample, in Behavior Genetics, vol. 32, 2002, 251 e ss.; G. Heylens, G. Decupyere, K. Zucker, C. Schefaut, E. Elaut, H. VANDENBOSCHEN, E. DEBAERE, G. T'SJOEN, Gender Identity Disorder in Twins: A review of the case report literature in the Journal of Sexual Medicine, col. 9, 2012, 751 e ss.

⁵⁸ La legge, infatti, deve astenersi il più possibile dal definire il contenuto concreto di prestazioni sanitarie. Posizione che la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare anche da ultimo nella sentenza n. 151 del 2009, con la quale è intervenuta a dichiarare l'illegittimità della legge 40 del 1994 nella parte in cui impone l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un numero massimo di tre embrioni nelle pratiche di fecondazione medicalmente assistita. Nel medesimo senso anche le sentenze n. 338 del

Inoltre, l'intervento chirurgico è un intervento che comporta rischi e che non è certo nella sua riuscita. Pertanto, la persona può legittimamente scegliere di non ricorrervi, temendo per la sua incolumità; essa non può essere costretta ad assoggettarsi a un intervento medico di questo tipo, posto che ciò metterebbe in forse il suo diritto all'autodeterminazione: ciascuno è libero di scegliere quello che ritiene sia meglio per la propria salute; perciò, laddove la guarigione personale della persona transessuale dalla sindrome non dipenda da una modifica di tipo chirurgico e/o l'intervento potrebbe farla peggiorare, questa non può esservi costretta a ricorrere.

Tutto ciò, del resto, è in sintonia con le indicazioni della Corte costituzionale, la quale autorevolmente ricollega la salute all'art. 13, 1° comma, Cost., sotto il profilo della "libertà, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo"⁵⁹.

In altre parole, riconoscere e autorizzare il cambio del nome alle sole persone che abbiano modificato i propri genitali vorrebbe dire violentare il diritto all'identità di genere e il diritto alla salute di quanti, pur sentendo di appartenere al genere opposto, non possano/vogliano/debbano accedere alle cure chirurgiche.

Questi, infatti, sarebbero obbligati a scegliere tra la tutela e il soddisfacimento del proprio diritto alla salute (decidendo di non sottoporsi alla modifica, per non mettere a repentaglio l'equilibrio psicofisico raggiunto e non assoggettarsi al rischio dell'intervento) e la tutela e il soddisfacimento del proprio diritto all'identità di genere (decidendo di assoggettarsi all'intervento non voluto al solo fine di ottenere un successivo cambio del sesso anagrafico⁶⁰).

2003 e n. 282 del 2002. cfr. A. Pioggia, Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute, in Riv. trim. dir. pubbl., 2013, 127 e ss.

punto, v. G. Palmeri, M.C. Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 135. Dopotutto, la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 282/2002, ha sottolineato come la pratica medica si ponga all'incrocio tra il diritto alla salute e la dignità umana, stabilendo che a presidio di questo crocicchio sono poste, soprattutto, le regole deontologiche, il cui rispetto è a sua volta garantito dagli organi della professione. Non spetta quindi al legislatore (e, analogamente, ai giudici) stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni; la pratica dell'arte medica si fonda, infatti, sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione. Cfr. R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 9 e ss.

60 Cambio che, sebbene diretto a soddisfare una parte del diritto alla salute della

Senza dimenticare, infine, che negare *il diritto al nome* (rectius, negare il diritto a ottenere una corrispondenza tra identità anagrafica e genere effettivo di appartenenza), vuol dire negare agli interessati la possibilità di ottenere il raggiungimento del pieno benessere psico-fisico, da cui la salute in senso complesso, come rilevato, senza dubbio dipende.

A maggior ragione, poi, la Corte di legittimità specifica che, a prescindere dall'intervento di rettificazione chirurgica, la nostra legge non richiede neppure specifici requisiti di incapacità procreativa al soggetto che voglia rettificare il proprio sesso, così chiarendo che questi, oltre a non doversi sottoporre a un intervento di modifica estetica dei propri genitali, non è neppure costretto a incidere negativamente sulla funzionalità dei propri organi, prima di ottenere il pieno soddisfacimento del proprio diritto al nome. La precisazione appare necessaria, visto che alcuni giudici, al posto o insieme alla rettificazione chirurgica del sesso, hanno spesso richiesto la presenza di tale ulteriore, diverso, requisito, anche al di fuori di quei casi cui *supra* s'è fatto riferimento (impossibilità dell'intervento di modifica dei caratteri sessuali primari): dopotutto, se così non fosse, la legge in commento contrasterebbe comunque con la nostra Costituzione, posto che inciderebbe allo stesso modo sul diritto all'autodeterminazione del paziente, costringendolo a privarsi di una funzione naturale⁶¹.

Ad ogni modo, la Corte precisa che i giudici aditi dalla persona transessuale che voglia addivenire a una rettificazione anagrafica devono concretamente accertare la serietà, l'univocità e il *completamento* del percorso da essa scelto (quindi, la sua appartenenza a un altro genere); e lo devono fare mediante dei rigorosi accertamenti tecnici da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, oltre che, se necessario, con indagini tecniche officiose volte ad attestare "*l'irreversibilità* personale della scelta".

Quest'ultimo inciso è fondamentale, in quanto consente di affermare

persona transessuale, perché le consente di raggiungere un benessere psico-fisico, come detto, consegue ad una scelta non voluta e dunque comporta un sacrificio dello stesso diritto alla salute maggiore rispetto al beneficio raggiunto con la modificazione del proprio sesso anagrafico.

⁶¹ Sterilizzazione e modifica dei caratteri sessuali primari sono, infatti, interventi differenti che non si accompagnano necessariamente: una persona può modificare i propri genitali e perciò restare fertile; un'altra può procedere alla propria sterilizzazione, pur senza intervenire chirurgicamente sull'estetica dei suoi genitali. Certamente, nella maggior parte dei casi, l'operazione di modifica chirurgica dei genitali comporta, contestualmente, la sterilizzazione del soggetto operato, nel senso che questo perde la propria capacità procreativa.

che l'oggetto di tale *irreversibilità* da accertare è, per la Corte, la scelta psicologicamente ferma e matura dell'individuo, e non il trattamento medico che abbia comportato le modificazioni dei caratteri sessuali secondari (comunque richieste dalla legge e, perciò, sempre necessarie in quanto atte a supportare e legittimare la richiesta di rettifica anagrafica). La Corte individua, cioè, il fondamento della *certezza* in un elemento interno al soggetto, piuttosto che in uno esterno⁶², ponendo tale requisito di "irreversibilità" a tutela della persona, onde evitare che questa possa, in futuro, nel caso di eventuale pentimento, vivere un forte malessere. Questa precisazione è molto importante, come vedremo, in quanto consente di sciogliere un nodo interpretativo di non poco conto.

4.2. Rapporti con interesse pubblico

I giudici, alla luce di tali asserzioni, affrontano il tema del bilanciamento fra l'interesse del singolo e l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi (anche considerando le implicazioni che ne possano conseguire in ordine alla certezza delle relazioni giuridiche, familiari e filiali).

Essi precisano che l'individuazione del corretto punto di equilibrio tra le due sfere di diritti in conflitto, oltreché su un criterio di preminenza e di sovraordinazione, può essere ancorata al principio di proporzionalità – di derivazione convenzionale – quale utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata degli artt. 1 e 3 della l. n. 164 del 1982⁶³.

⁶² In questo modo, come rilevato da G. Aprile, G. C. Malgieri, F. Palazzi, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 57 e ss., essa sposta la funzione giudiziale in materia da decisionale a ratificante: non risultando più vincolante l'intervento, la libertà di riconciliarsi con la propria identità di genere è pienamente nelle mani dell'individuo e non più limitata da una autorizzazione giudiziale funzionale al godimento di tale libertà. Nell'invertire il nesso di implicazione logica, il magistrato è garante e non più detentore di tale libertà.

⁶³ La Corte di Cassazione ritiene che il canone della proporzionalità – di derivazione convenzionale – può, di conseguenza, costituire un utile indicatore ermeneutico nella scelta dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. Il test di proporzionalità con riferimento all'art. 8, par. II, CEDU, secondo la Corte EDU, verifica se l'ingerenza dello Stato nei diritti fondamentali sia previsto da legge, persegua uno scopo legittimo e, infine, sia necessario in una società democratica. Qualora l'ingerenza dello Stato non soddisfi questi tre requisiti, vi è violazione dell'art. 8 CEDU, perché il sacrificio del diritto fondamentale dell'individuo non è necessario. CEDU, Godelli c. Italia, 25 settembre 2012, 33783/0, passim; Nada c. Svizzera [GC], 12 settembre 2012, n.

In questo senso, la Corte afferma che l'interesse pubblico non può richiedere il sacrificio del "diritto alla conservazione della propria integrità psico-fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche"; al contrario, deve essere messa al centro la tutela dell'autodeterminazione del soggetto: il ricongiungimento soma-psiche è auspicabile solo se corrisponde alle personali esigenze del soggetto, ma mai come esclusivo presidio di interessi pubblici.

L'interesse pubblico, dopotutto, è ampiamente soddisfatto dal legislatore con la previsione del controllo giudiziario sulla procedura di mutamento di sesso, che garantisce la definizione certa dei generi: in questo senso, per i giudici, l'accertamento della suddetta irreversibilità della scelta, posta a favore del soggetto interessato, vale, contestualmente, a tutelare l'interesse della collettività.

In quest'ottica, quindi, la coincidenza del sesso anagrafico con le apparenze esterne del soggetto interessato può semmai giovare alla trasparenza dei rapporti sociali e alla certezza dei rapporti giuridici, poiché valorizza l'orientamento psicologico dell'individuo e fa sì che esso, anche all'esterno, possa essere riconosciuto dai consociati per quel che è davvero⁶⁴.

In tal senso, alla luce di tali asserzioni, viene meno anche l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni familiari (connessa alla diversità sessuale dei componenti della coppia)⁶⁵ e filiali (connessa alla necessità di evitare casi di omogenitorialità)⁶⁶.

10593/08, § 88 e Animal Defenders International c. Regno Unito [GC], 22 aprile 2013, n. 48876/08, § 105; Y.Y. c. Turchia, cit., §100.

- ⁶⁴ A. LORENZETTI, Identità di genere e operazione di bilanciamento: modalità e limiti nella giurisprudenza delle corti nazionali e corti sovranazionali, in Bocconi Legal Papers, 2013, 99 e ss.
- questione dello scioglimento automatico de matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali), in Studi in onore di Claudio Rossano, Napoli 2013, 647 e ss. Quanto all'interesse correlato alla diversità sessuale nei rapporti familiari, si deve specificare che, in verità, esso è venuto meno già in seguito alla recente sentenza n. 170/2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale il divorzio imposto ad una persona sposata che successivamente rettifichi il proprio sesso (cfr. B. Pezzini, La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale, in www.confronticostituzionali.it, 2014; M. Acierno, Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio, in GenIus, 2014, vol II, 57 ss).
 - 66 L'omogenitorialità è fenomeno ormai ampiamente diffuso nella realtà sociale ita-

4.3. Il contesto sovranazionale

La Corte, nel decidere in questo senso, è stata fortemente (positivamente) condizionata dal contesto sovranazionale⁶⁷.

liana ed europea e verso il quale la giurisprudenza sovranazionale e nazionale ha ormai iniziato da tempo un percorso di riconoscimento, peraltro avallato da ampia dottrina. In giurisprudenza, CEDU, X. e al. c. Austria, 19 febbraio 2013, 19010/07. prima ancora, CEDU, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, 21 dicembre 1999, n. 33290/96, in Articolo29, www.articolo29.it.; Sul piano nazionale, cfr. Corte d'Appello, Torino, sez. famiglia, decreto 29 ottobre 2014, in Articolo29, www.articolo29.it, in base al quale deve essere trascritto l'atto di nascita, formato in Spagna, di un minore nato da due madri mediante la fecondazione artificiale, in quanto non sussiste contrarietà all'ordine pubblico. Inoltre, Cass., I sez. civ., 8 novembre 2012, n. 601 sull'affidamento di un minore ad una coppia omosessuale. Cass., I sez. civ., 21 aprile 2015, n. 8097, in www.articolo29.it che permette la permanenza (condizionata) del vincolo coniugale a due persone dello stesso sesso. Cfr. F. FERRARI, Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica, in GenIus, vol. II, 2014, 109 ss., C. Saraceno, Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso, in GenIus, vol. II, 2014, pp. 120 ss., F. BILOTTA, Omogenitorialità, adozione e affidamento famigliare, in Diritto della famiglia e delle persone, 2011, par. 1-3.1, vol. II, 899 ss. e par. 4 ss., vol. II, 1375 ss. A.M. LECISCOCCUORTO, L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri, in GenIus, vol. II, 2014, 96 ss.; A. Schuster, Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto, Milano 2011; K. CARR, "Famiglia e Famiglie". Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l'esperienza irlandese, in D. Amram, A. D'Angelo, (a cura di). La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea, Padova 2011, 81; E. FALLETTI, La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'adozione da parte dei singoli omosessuali, 2008, in Fam. Dir., 2008, 221.

⁶⁷ In realtà, il contesto sovranazionale sembra ormai unanime nel ritenere che l'intervento chirurgico non debba mai essere imposto come condizione per la rettificazione del sesso, ma debba invece solo essere frutto di una libera scelta personale. Ad esempio, numerosi strumenti internazionali sono stati adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si è espresso in una raccomandazione nel senso che "les traitements hormonaux ou chirurgicaux en tant que conditions pour se voir reconnaître légalement un changement de genre devraient ainsi être limités à ceux strictment nécessaires, et avec le consentement de l'intéressé.." (Recommendation CM/Rec (2010) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity, 31 March 2010, VII (Health), par. 35-36). În modo ancora più netto l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con una risoluzione relativa alla discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, ha raccomandato gli Stati Membri a far si che i documenti ufficiali delle persone transessuali riflettano il genere scelto "sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale" (Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly -Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity - 29 April 2010, par. 16.11.2). Il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa ha specificamente invitato a più riprese gli Stati Membri "[to]abolish sterilisation and other compulsory medical treatment as a necessary legal requirement to recognise a person's gender identity in

Essa, infatti, prima di affrontare la questione suddetta nel merito, ha proposto un esemplificativo esame sommario degli apparati normativi di Germania e Austria, affermando che, essendo caratterizzati questi ultimi paesi da una cultura giuridica e da una sensibilità costituzionale "analoga alla nostra", la previa analisi di tali sistemi avrebbe costituito un utile punto di partenza per l'indagine da svolgere.

In questi paesi, il requisito della previa operazione chirurgica, che era stato normativamente previsto in modo espresso dal legislatore, è stato abolito dall'intervento della magistratura: in Germania, secondo l'originaria prescrizione normativa, per procedere alla effettiva rettificazione di sesso (cd. grande soluzione) e non solo al cambiamento del nome (cd. piccola soluzione) erano necessarie l'incapacità di procreare e un intervento chirurgico in grado di avvicinare il più possibile le caratteristiche sessuali della persona a quelle dell'altro sesso. La Corte Costituzionale tedesca ha però ritenuto impretendibili tali condizioni per il mutamento di sesso, eliminando tale assurdo requisito. Allo stesso modo, in Austria, il tribunale amministrativo federale ha stabilito che l'intervento chirurgico, così invasivo, quale quello richiesto per l'eliminazione delle caratteristiche sessuali primarie, non può considerarsi necessario per un chiaro avvicinamento all'apparenza esteriore dell'altro sesso.

In questo senso, la Suprema Corte si rifà a tali sistemi al fine di evidenziare a) da una parte, quanto sia inopportuno che l'Italia possa pensare di adottare una interpretazione della norma così poco in linea con il contesto europeo di riferimento; b) dall'altra, che se il legislatore italiano avesse voluto imporre questa necessità del previo intervento, lo avrebbe espressamente previsto, al pari di quanto hanno fatto quello tedesco e quello austriaco; in verità, la non specificità della norma consente di procedere con una sua interpretazione costituzionalmente orientata e rende inutile l'intervento della Corte Costituzionale⁶⁸.

laws regulating the process for name and sex change" (Recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Issue Paper Human Rights and Gender Identity, Strasbourg, 29 July 2009, 44; Council of Europe Parliamentary Assembly Report Putting an End to Coerced Sterilisations and Castrations, Doc. 13.215, 28 May 2013).

⁶⁸ A questo proposito, nell'ordinamento dell'UE vengono in rilievo le linee guida adottate dal Consiglio che sottolineano come in alcuni Paesi Membri i requisiti previsti per il cambiamento anagrafico di genere – come la prova della sterilità o infertilità – siano eccessivi e "contrary to the right to equality and nondiscrimination as stated in Articles 2 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)" (Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual,

In verità, oltre a questi due paesi europei, altri ancora prevedono ormai la possibilità per il/la transessuale di addivenire a una rettificazione anagrafica senza aver previamente modificato chirurgicamente il proprio fisico: in Spagna, Argentina, Regno Unito, Malta, Irlanda e Portogallo, infatti, l'operazione non è obbligatoria per cambiare documenti⁶⁹.

Infine, i giudici, a supporto della propria interpretazione, richiamano la Corte EDU, rifacendosi alla recente pronuncia del 10 marzo 2015 (caso XY contro Turchia)⁷⁰: in tale sentenza, la Corte ha ravvisato una violazione del diritto al rispetto del vita privata e familiare nella normativa turca che condizionava il cambiamento di sesso alla incapacità di procreare intervenuta a seguito di un trattamento chirurgico di sterilizzazione e, su queste basi, ha fatto discendere l'illegittimità del

Transgender and Intersex (LGBTI) Persons, Foreign Affairs Council Meeting, Luxembourg, 24 June 2013, par. 20, 21). Anche il Parlamento Europeo in una sua risoluzione "incoraggia gli Stati a garantire procedure rapide, accessibili e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione" e inoltre "accoglie con favore il crescente sostegno politico per la messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere, come espresso dal relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, e condivide il punto di vista secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione del diritto all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti" (Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2014/2216(INI)), par. 163, 164). Anche l'organizzazione Mondiale della Sanità si è posta su questa scia (WHO, Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 2014, 10-12; The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity, 2006).

⁶⁹ Molti di questi paesi hanno risposto alle sollecitazioni provenienti dal contesto europeo o alle condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Cfr., poi, da ultimo, per uno sguardo oltre confine, la legge Maltese sull'Identità di genere, l'espressione di genere e le caratteristiche di genere, 1 Aprile 2015, trad. it. su www.articolo29.it e il Gender Recognition Act Irlandese, 15 luglio 2015, disponibile su http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf.

⁷⁰ Cfr. sentenza della Corte EDU, del 10 marzo 2015, ricorso n. 14793/08, YY. c. Turchia. Sul punto, A. Cordiano, La Corte di Strasburgo (ancora) alle prese con la transizione sessuale. Osservazioni in merito all'affaire Y.Y. c. Turchia, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2015, IX, 502-519. S. Patti, Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: il Tribunale di Roma e il contesto europeo, in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2015, II, p. 39. La Corte Edu perviene alla decisione dopo un'ampia panoramica delle normative dei paesi aderenti e rilevando come anche grazie ai rapporti delle Nazioni Unite (17 marzo 2011) e dello stesso Consiglio d'Europa (nel 2009 e nel 2011) si sia data sempre maggiore rilevanza al profilo del diritto alla salute nel riconoscimento del diritto al mutamento di sesso e nell'operazione di bilanciamento d'interessi da svolgere.

preventivo intervento chirurgico dalla tutela della libertà della persona di scegliere il proprio genere, sancita dai principi CEDU che salvaguardano più in generale la libertà di autodeterminazione⁷¹. Questo passaggio è rilevante in quanto evidenzia che i giudici di legittimità hanno voluto fornire un'interpretazione del quadro normativo della materia in oggetto anche secondo l'insegnamento ricavabile dai principi costituzionali e dalla CEDU, così come elaborata dalla giurisprudenza EDU⁷².

In conclusione, per la Corte di Cassazione, la l. 164 del 1982 così interpretata è costituzionalmente e convenzionalmente conforme al diritto alla identità di genere oltre che al diritto alla salute, alla luce delle elaborazioni che di esso sono state offerte dalla giurisprudenza costituzionale e da quella convenzionale. Una interpretazione differente delle norme, restrittiva, dopotutto, sarebbe incostituzionale rispetto agli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., oltre che contrastante con l'art. 3 CEDU e gli artt. 1 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: è per questo che il singolo deve poter esser libero di accedere alla terapia più semplice, quale la rettificazione degli atti anagrafici.

⁷¹ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, attraverso un approccio interpretativo, valorizza il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'articolo 8 della CEDU; nell'area di tutela dell'articolo 8, vi è lo sviluppo della personalità individuale, che si realizza anche attraverso il riconoscimento giuridico del cambiamento anagrafico del sesso. Altre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che si ritengono rilevanti in materia sono: 11. 9. 2007, ric. 27527/02, L. c. Lituania; 11.7.2002, ric. 25680/94, I. c. Regno Unito; 11.7.2002, ric. 2895/95, Goodwin c. Regno Unito; 22.4.1997, ric. 21830/93, XY e Z., c. Regno Unito; 25.3.1992, ric. 13343/87, B. c. Francia. Per un'attenta analisi, si rinvia a A. LORENZETTI, *I diritti in transito*, op. cit.; G. FERRANDO, *Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'evoluzione del diritto di famiglia*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, I, 266 ss.

⁷² Dopotutto, la stessa Corte, prima di iniziare a esplicitare i motivi di diritto, nella pronuncia, ha letteralmente specificato che, oltre a verificare la compatibilità delle norme con la Costituzione nazionale, avrebbe proceduto con una interpretazione di esse convenzionalmente conforme alla luce dei principi di provenienza CEDU che regolano il catalogo aperto dei diritti inviolabili della persona (art. 8 CEDU). Quanto affermato è chiara esplicazione del fenomeno che la dottrina ha definito «mutazione genetica» della Corte di cassazione, nella funzione nomofilattica, «ormai "giuridicamente obbligata" a garantire (anche) l'uniforme interpretazione della legge come reinterpretata alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto di matrice UE». Cfr. R. Conti, Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni, in consultaonline it, 2015, 807-817.

4.4. L'intervento della Corte costituzionale

La Corte Costituzionale, come rilevato *supra*, si è pronunciata con sentenza n. 221 del 5 novembre 2015 confermando l'interpretazione accolta dalla pronuncia della Corte di Cassazione e ritenendo pertanto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Trento sull'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164⁷³.

Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si pone in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché prevede la necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi, in questo modo "pregiudicando gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere"⁷⁴.

Nel merito, i giudici, con una interpretativa di rigetto, affermano che la normativa in esame costituisce l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona.

Essi richiamano espressamente la sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 sottolineando che, secondo tale pronuncia, la legge n. 164 del 1982 accoglie un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, dando rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale.

⁷³ Ordinanza del 20 agosto 2014.

⁷⁴ Il Tribunale rimettente, chiamato a fare applicazione dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, escludeva la possibilità di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari. In particolare, il giudice a quo osservava che l'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 2011, n. 150, prevedendo che "Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato", sembrasse consentire che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale. Il rimettente ha ritenuto, tuttavia, che la previsione di tale eventualità non significasse che la rettificazione di attribuzione di sesso potesse essere ottenuta a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che potessero esservi casi concreti nei quali gli stessi fossero già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero, ovvero per ragioni congenite).

Così, essi precisano che, interpretata alla luce dei diritti della persona ai quali il legislatore italiano ha voluto fornire riconoscimento e garanzia, la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione richiesta dalla legge, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico sui genitali, posto che questo costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali.

In questo modo, i giudici precisano che l'esclusione del carattere necessario dell'intervento di modifica dei genitali ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che, in coerenza con supremi valori costituzionali rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere.

La Corte, infatti, sottolinea che l'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive.

In questa prospettiva, essa precisa, va letto anche il riferimento, contenuto nell'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, alla eventualità («Quando risulta necessario») del trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali. In tale disposizione, infatti, lo stesso legislatore, nel 2011, ribadisce di volere lasciare all'apprezzamento del giudice, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alle specificità del caso concreto. Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica.

In tal modo, l'affermata prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta i giudici costituzionali a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione ma

come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico.

Anche per la Corte Costituzionale, comunque, si badi bene, resta ovviamente ineludibile un "rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo".

La pronuncia, quindi, si pone a riprova del fatto che la normativa garantisce il diritto al nome della persona transessuale, il quale, quindi, si pone quale *summa* di due diritti fondamentali dell'individuo: quello all'identità di genere, espressione del diritto all'identità personale, tutelato dagli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, e quello alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost. in combinato disposto con l'art. 13 Cost., inteso non solo come diritto a ricevere le cure necessarie, ma anche (e soprattutto) quale diritto a poter scegliere se e come addivenire a una effettiva cura di sé.

4.5. I problemi pratici che ancora si riscontrano

A questo punto, occorre verificare cosa succederà, sul piano pratico, quando i giudici si troveranno a dover decidere se accogliere o meno le avanzate domande di rettificazione anagrafica del sesso, tenuto conto di tali intervenute pronunce giurisdizionali.

Di sicuro, non potranno fare a meno di quanto affermato dalla Corte Costituzionale; ma, verosimilmente, terranno anche in debito conto quanto statuito dalla Corte di Cassazione (la cui pronuncia verrà sicuramente richiamata, a supporto della propria richiesta, dagli attori, nell'atto di citazione).

Questo orientamento, a parere di chi scrive, potrà concretamente aiutare a superare lo spinoso tema del doppio cambio di sesso: i giuristi si sono chiesti più volte se l'autorità giudiziaria sia tenuta ad autorizzare un intervento chirurgico e/o una rettificazione degli atti anagrafici che consenta alla persona un percorso a ritroso per il sesso di partenza.

Nonostante la giurisprudenza di merito si sia espressa per una risposta negativa, il dato testuale, obiettivamente, non impedisce tale doppio cambio di sesso. E anzi, alla luce di questi orientamenti descritti, sembra chiaro ed evidente che l'interesse dell'ordinamento sia la tutela del diritto alla salute e all'autodeterminazione sessuale della persona-paziente: in questo senso, allora, l'autorità giudiziaria non solo ha facoltà, ma è addirittura tenuta ad autorizzare tale "secondo" cam-

bio di sesso richiesto, qualora ciò corrisponda alle reali esigenze salutari della persona⁷⁵.

In altre parole, i giudici aditi non potranno fare a meno di riconoscere il diritto della persona transessuale a ottenere una modifica anagrafica del nome anche senza avere questi previamente effettuato l'intervento chirurgico di rettificazione dei propri genitali; ma potranno, contestualmente, rifarsi ai principi enunciati dalla Corte di Cassazione, al fine di decidere in un senso o nell'altro.

Proprio tale eventualità, però, potrebbe creare dei problemi, sul piano pratico, in quanto i giudici comuni potrebbero interpretare in modo differente e restrittivo alcuni passi della sentenza che, non molto chiari, potrebbero perciò incidere negativamente sulla effettività del diritto alla salute della persona transessuale, oltre che sul suo diritto all'identità di genere.

Si proporrà una riflessione rispetto a questi punti ambigui della pronuncia, allora, cercando di capire se, alla luce delle affermazioni operate successivamente dalla Corte costituzionali, tali difficoltà potranno essere superate, oppure no.

a) la necessaria modifica dei caratteri sessuali secondari

Anzitutto, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Cassazione, affinché la mancata modifica dei caratteri sessuali primari possa comunque consentire alla persona di ottenere un nome in linea col suo vero genere, è opportuno che sussista, oltre al pieno benessere psico-fisico del soggetto e alla sua irreversibile scelta di riassegnazione del sesso anagrafico, la modificazione dei caratteri sessuali (almeno) secondari.

Ciò, dopotutto, risulta essere in linea con la lettera della legge, la quale comunque espressamente richiede una qualche forma di modifica estetica dei caratteri sessuali della persona transessuale, affinché la rettificazione anagrafica posa esser accordata (articolo 1).

Resta tuttavia da capire, tuttavia, in cosa consista tale obbligo "minimo" di adeguamento tramite modifica dei caratteri sessuali secondari. In

⁷⁵ Ciò in linea, come visto, con l'art. 13, II co., della Costituzione, la quale, con la riserva di giurisdizione ivi prevista "appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona" (Così, Corte Cost., sent. n. 238 del 1996).

altre parole, non è chiaro se la Corte alluda ad una modificazione totale di tali caratteri, richiedendo quindi un intervento di modifica chirurgico-estetica dei tratti somatici (come una mastoplastica additiva o una adenectomia sottocutanea, nel caso, rispettivamente, delle persone transessuali MtoF e FtoM), ovvero se ritenga sufficiente anche una semplice terapia ormonale.

Alla luce della pronuncia e all'importanza che la Corte ha offerto, si dovrebbe deporre a favore della seconda eventualità.

In primo luogo, l'obbligo di intervento "chirurgico-estetico" contrasterebbe con la suddetta impossibile standardizzazione del percorso di transizione: se è vero che ogni percorso è individuale (quindi libero nei suoi esiti), allora non si può pretendere che il soggetto necessiti di interventi di chirurgia plastico-estetica, per star meglio con se stesso.

Dopotutto, tali interventi sono complessi ed invasivi: anch'essi, infatti, comportano inevitabilmente un rischio per la salute del paziente che vi si assoggetta. Ritenerli fondamentali ai fini della legittimità della richiesta, quindi, vorrebbe dire, ancora una volta, come rilevato *supra*, limitare il diritto alla salute quale *summa* del diritto all'autodeterminazione e all'integrità fisica, oltre che, contestualmente, frustrare il diritto alla identità di genere.

Né si può affermare che la richiesta di tali interventi possa essere stata richiesta dai giudici in quanto strumentale alle esigenze pubbliche di certezza dei rapporti socio-giuridici, visto che la sentenza espressamente ritiene che a) nel bilanciamento degli interessi coinvolti debba darsi preminenza a quelli vantati dalla persona, fulcro dell'ordinamento; b) la tutela della certezza dei rapporti socio-giuridici debba essere ancorata all'accertamento della cd. irreversibilità della scelta psichica dell'interessato, e non all'aspetto estetico dell'interessato.

Richiedere la necessaria modifica chirurgica dei caratteri secondari facendo leva su tale elemento, allora, vorrebbe dire interpretare negativamente e in modo errato quel requisito della irreversibilità summenzionato: si arriverebbe a considerare tale presupposto come correlato all'estetica del soggetto, quando invece la Corte ha espressamente alluso, proprio al fine di valorizzare l'individuo, alla psicologia del/della transessuale⁷⁶.

⁷⁶ In modo esplicito, A. VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 752, riteneva che il "mutamento irreversibile" dei caratteri sessuali "non debba necessariamente conseguire ad un intervento chirurgico, ma possa essere anche desumibile da altre modificazioni, specialmente

Inoltre, i giudici esplicitamente citano gli interventi chirurgia estetica solo quando, alludendo al caso concreto oggetto della decisione, elencano i vari interventi medici cui il richiedente si era assoggettato; dunque, tale espresso riferimento a questi interventi all'interno della pronuncia, non vale a dimostrare la loro differente intenzione di considerarli sempre e comunque imprescindibili, ai fini della legittimità della richiesta.

Tale obbligo, inoltre, se sussistesse, deporrebbe a sfavore della classe economicamente disagiata, posto che la persona transessuale sarebbe costretta a modificare esteticamente i propri tratti, prima di rivolgersi al giudice, di tasca propria. L'alternativa, infatti, per l'interessato che volesse operarsi in una struttura pubblica ponendo tali interventi di modifica dei caratteri sessuali secondari a carico del SSN, sarebbe quella di adire il tribunale, instaurando un processo civile ordinario di cognizione: infatti, poiché tali interventi, di base, non devono essere previamente autorizzati e chiunque vi si può assoggettare in via privata⁷⁷, non esiste, concretamente, la possibilità di ottenere in altro modo un eventuale supporto economico da parte del sistema sanitario nazionale.

Ma ciò, concretamente, vorrebbe dire: a) dover intraprendere un giudizio civile al fine di ottenere la modifica dei caratteri sessuali secondari, con tutte le conseguenza che ciò comporta sul piano economico; b) dover attendere i tempi processuali del giudizio civile, prima di potersi assoggettare alla modifica dei tratti secondari; c) doversi assoggettare alla discrezionalità del giudice adito, il quale non è detto che autorizzi la modifica dei caratteri sessuali secondari, visto che la legge non disciplina

laddove le particolari circostanze del caso rendano impossibile o oltremodo pericoloso il ricorso all'intervento stesso"; egualmente, se non in modo ancora più esplicito, cfr. S. PATTI, M.R. WILL, Mutamento di sesso e tutela della persona, cit., 23. Favorevoli anche all'intervento esclusivamente farmacologico sono stati, prima della pronuncia in commento, A. SCHUSTER, Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?, in La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 3, 2012, 262, e M.G. Ruo, Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale, cit., 506; A. LORENZETTI, Diritti in transito, cit., passim. In senso contrario, cioè favorevole al solo intervento chirurgico, si esprimeva, invece, P. STANZIONE, Transessualismo e tutela della persona: la legge n° 164/1982, in Legalità e giustizia, n. 4, 1984, 754 s.

⁷⁷ Anche se, come si rileverà meglio *infra*, la legge, al comma 4 dell'articolo 31 del d.lgs. 15072011 stabilisce che "*Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato*. in questo modo, in una prospettiva riduttiva, si potrebbe arrivare a ritenere necessaria la previa autorizzazione anche per tali tipi di interventi: la prospettiva sarebbe pericolisissima.

espressamente tale aspetto e molti tribunali reputano che tali interventi non possano essere autorizzati (e, quindi, addebitati al SSN, in quanto considerati meramente estetici); d) doversi assoggettare alle liste d'attesa degli ospedali pubblici, una volta autorizzato, e, così, ottenere solo dopo molto tempo la effettiva modifica chirurgica necessitata; e) doversi nuovamente rivolgere al giudice, poi, una volta ottenuta la modifica dei caratteri sessuali secondari, per ottenere autorizzazione alla concreta modifica del sesso anagrafico (non è pacificamente ammessa, infatti, come si vedrà meglio infra, la possibilità di cumulare le domande di modifica chirurgica e di rettifica anagrafica)⁷⁸; f) ottenere il soddisfacimento del proprio diritto al nome (da cui dipende, come visto, il soddisfacimento del proprio diritto all'identità di genere oltre che, chiaramente, il miglioramento del proprio benessere psico-fisico) in tempi molto più ampi rispetto a quelli che si dovrebbero attendere se tale previa operazione di modifica non fosse richiesta.

Tutto ciò, potrebbe spingere il soggetto transessuale a rinunciare all'esercizio del suo diritto, laddove questi non abbia la possibilità economica di procedere privatamente e a spese proprie, posto che solo tale ultima soluzione sarebbe quella praticamente più idonea ad alleviare le difficoltà summenzionate.

La Corte Costituzionale nulla ha specificato a questo proposito, probabilmente perdendo una importante occasione di precisazione; ed anzi, si è concretamente espressa in un modo che potrebbe acuire la problematica: essa espressamente ha rilevato che resta ineludibile un "rigoroso accertamento giudiziale" del "carattere definitivo" del cambiamento. Si può affermare, quindi, che, letteralmente, il suo intento sia stato quello di correlare il requisito della definitività al cambiamento estetico attualizzato dal /dalla transessuale, non alla sua scelta psicologica. A rigore, infatti, la persona in transizione cambia solo esteticamente; a livello interno essa non attua alcun tipo di cambiamento, in quanto appartiene già, per natura, al genere opposto. E può farlo in modo

⁷⁸ Come si vedrà, la richiesta autorizzazione potrebbe essere legittimata sulla base del comma 4 dell'articolo 31 del d.lgs. 150/2011 cit., secondo cui: "Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato". Non alludendo ai caratteri sessuali primari, nulla osta a che l'autorizzazione possa essere richiesta anche per i caratteri sessuali secondari. Più tardi, il problema si rileverà a proposito dei rapporti tra domanda di rettificazione chirurgica die caratteri sessuali primari e domanda di rettificazione anagrafica; è chiaro, però, che la problematica potrà essere estesa a tale eventualità qui contemplata.

definitivo solo incidendo sui suoi caratteri chirurgicamente: la terapia ormonale, negli adulti, com'è noto, non riesce a far sì che essi ottengano una modifica irreversibile. In questo senso, allora, applicando quanto affermato dalla Corte Costituzionale, i giudici comuni potrebbero arrivare a richiedere un effettivo utilizzo della chirurgia estetica, al fine di legittimare le richieste di rettificazione anagrafica non supportate da una previa, avvenuta, rettificazione chirurgica.

Ad ogni modo, tenuto conto di quanto *supra* affermato, in una prospettiva costituzionale, a parere di chi scrive l'unico trattamento minimo che può ritenersi necessario, alla luce della richiesta modifica dei caratteri sessuali secondari avanzata dalla legge, è quello di tipo endocrinologico, il quale comunque comporta una modifica dei caratteri sessuali così come richiesto dalla norma e incide anche sull'estetica e la fisicità dell'interessato (per esempio, nel caso dei transessuali MtoF esso provoca una vera e propria femminilizzazione del corpo della persona transessuale che li assume⁷⁹).

In conclusione, poi, ci si deve chiedere se, però, anche tale ultimo requisito contenuto nella legge sia davvero necessario, ai fini di una rettifica anagrafica del nome, oppure risulti essere in qualche modo rischioso e contrastante con la tutela del diritto al nome (e, quindi, con quella del diritto alla salute alla identità di genere); può darsi, infatti, il caso limite di un individuo per cui anche interventi di carattere ormonale siano "impossibili". Quali sarebbero le sorti di queste persone, in tali eventualità?

È davvero opportuno, allora, che qualcuno, concretamente appartenente al genere opposto, si modifichi esteticamente, anche se solo nei tratti secondari e tramite l'assunzione di ormoni, al fine di vedersi riconosciuto anagraficamente per quello che in concreto già è?⁸⁰

⁷⁹ In verità, gli stessi giudici affermano che "il punto d'arrivo ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. In questo senso, essi non menzionano esplicitamente gli interventi di tipo chirurgico estetico e sottolineano che sono i trattamenti medici e psicologici a sostenere l'adeguamento del proprio corpo alla psiche. in un altro passaggio, la corte specifica ancora che: "Il momento conclusivo non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali. Non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso, realizzato mediante i trattamenti medici e psicologici necessari, ancorché da sottoporsi a rigoroso controllo giudiziale".

⁸⁰ Vi sono paesi che non richiedono, ai fini del "riconoscimento del genere" né l'intervento chirurgico e la sterilizzazione, né la sottoposizione a terapie ormonali o ad altro

b) il requisito ambiguo del percorso completato

Altri problemi pratici potrebbe comportare l'interpretazione della parte in cui la sentenza richiede, esplicitamente, che i giudici, ai fini di accordare la richiesta, accertino il concreto *completamento* del percorso di transizione intrapreso.

Dalle ricerche effettuate ai fini di questo studio, è emerso che i tribunali, in quest'anno appena trascorso, proprio basandosi su una diversa interpretazione di questo requisito, hanno deciso in modo diverso questioni praticamente uguali: prendendo ad esempio due pronunce, in entrambi i casi l'interessato aveva avanzato domanda di rettificazione chirurgica e contestuale domanda di rettificazione anagrafica, chiedendo che l'accoglimento di quest'ultima richiesta potesse avvenire prima dell'avvenuta, autorizzata, rettificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il Tribunale di Bologna ha accolto la domanda di rettificazione anagrafica senza ravvisare la necessità del completamento del previo intervento richiesto, comunque autorizzato; il Tribunale di Lucca, invece, ha negato la richiesta, perché ha evidentemente affermato che, avendo il soggetto richiesto l'intervento, il suo percorso di transizione non poteva considerarsi concluso; il suo benessere psico-fisico, cioè, imprescindibile ai fini dell'accoglimento della domanda di rettificazione anagrafica, non risultava essere stato raggiunto, posto che, se lo fosse stato, l'interessato non avrebbe richiesto anche l'autorizzazione a intervenire chirurgicamente sui propri genitali.

È chiaro, quindi, che la mancanza di una disciplina positiva, in questo senso, incide negativamente sul diritto al nome dell'interessato, il quale ultimo, ancora una volta, in tali evenienze, rischia di trovarsi costretto a scegliere quali, tra i suoi personali diritti, soddisfare⁸¹.

La circostanza, poi, incide negativamente sugli aspetti processuali della vicenda, come si vedrà *infra*, posto che l'interpretazione riduttiva di tale aspetto potrebbe portare a rilevare un rapporto di dipendenza tra le due domande avanzata dall'attore.

tipo di trattamento medico o psicologico (vd. legge argentina e portoghese: articolo 4, Ley 26.743 Establecése el derecho a la identidad de género de las personas, promulgada Mayo 23 de 2012; Ley n. 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome proprio no registor civil e procede à décima sétimana alteração ao Còdigo do Registro Civil).

⁸¹ Cfr. Tribunale di Lucca, sentenza 117/2016; Tribunale di Bologna, sentenza 450/2016.

5. La rettificazione chirurgica del sesso: c'è una effettiva tutela della salute del paziente?

I problemi che interessano la tutela della salute della persona transessuale, però, non si riscontrano solo nel momento in cui si affronti la tematica della rettificazione anagrafica del sesso; essi, infatti, sorgono, si ripropongono (e, anzi, per certi versi si acuiscono) laddove si approfondisca l'aspetto relativo alla rettificazione chirurgica dei propri genitali.

Concretamente, la persona affetta da disforia di genere che voglia esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione, incidendo positivamente sulla propria salute, deve rivolgersi alla magistratura (e, quindi, prima ancora, ad un avvocato che possa guidarla in questa azione legale) per chiedere all'ordinamento una "autorizzazione a guarire".

Solo una volta ottenuta questa autorizzazione, al passaggio in giudicato della sentenza, la persona potrà rivolgersi ad uno dei centri ospedalieri che, in Italia, effettua questo tipo di operazioni chirurgiche.

Gli interventi sono a carico del SSN, tenuto conto del fatto che mirano a far guarire la persona transessuale da un disagio di tipo psichico. In verità, per le transessuali MtoF tale asserzione vale per metà: resta a carico loro, infatti, il pagamento del cd. tutore vaginale, indispensabile per il decorso post-operatorio.

Concretamente, però, le strutture ospedaliere che effettuano questo tipo di interventi, in Italia, sono poche; per cui, non tutte le persone transessuali hanno la fortuna di rinvenirne una, nel territorio di riferimento. Esse si trovano a Trieste, Torino, Genova, Bologna, Perugia, Roma, Perugia, Bari.

Ciò comporta, quindi:

- a) la necessità, per la persona transessuale, di effettuare uno spostamento verso la regione/città in cui il centro si colloca, spostamento al quale si riconnette, chiaramente, un esborso monetario non indifferente per quanto riguarda le spese di viaggio e di alloggio;
- b) un affollarsi di richieste, posto che queste pervengono sia da parte dei residenti nella intera regione in cui il centro si colloca, sia da parte di pazienti provenienti da altre regioni d'Italia: le liste di attesa perciò, risultano essere piene e zeppe, e i tempi correlati sono molto lunghi (2 anni, mediamente).

Motivo per cui molti transessuali sono quasi costretti a doversi rivolgere a strutture private, per guarire quanto prima dal disagio che li afflig-

ge. Chiaro, quindi, che tale condizione avvantaggia le persone transessuali che versano in una condizione economica agiata, posto che le restanti, al contrario, dovranno necessariamente sottostare a tali dinamiche, non potendo sopportare costi immani e ulteriori rispetto a quelli che già hanno dovuto sostenere, nel momento in cui hanno deciso di rivolgersi a un giudice.

È opportuno, allora, che, semplicemente in ragione del territorio di residenza, la decentralizzazione territoriale possa compromettere un livello di eguaglianza nell'accesso alle prestazioni fornite dalle pubbliche istituzioni? E, prima ancora: è opportuno che una limitatezza delle strutture nazionali possa mettere in forse il pieno esercizio e il soddisfacimento del diritto alla salute dell'individuo?

Sussiste, inoltre, un problema pratico, che riguarda molti di questi centri ospedalieri: le persone transessuali lamentano, infatti, la prassi di collocare il paziente nel reparto ospedaliero tenendo conto del suo sesso biologico e non di quello psichico, sebbene quest'ultimo sia stato concretamente accertato in sede processuale, posto che è su di esso che la sentenza del tribunale si è basata, quando ha autorizzato⁸².

Si lamenta, inoltre, una scarsa specializzazione e scarsa preparazione del personale medico nel trattamento dei casi in parola: molti sono i casi in cui la persona transessuale subisce gravi danni permanenti a causa dell'inesperienza dei medici coinvolti, che, spesso, non conoscono le tecniche più avanzate⁸³. Ciò parrebbe dipendere dal fatto che in Italia si

82 Problema che riguarda, da un punto di vista sanitario, i ricoveri in genere, per qualsiasi ragione essi avvengano: le persone transessuali che possano dimostrare di essere in percorso di transizione dovrebbero essere sistemate nei reparti del sesso psicologico (di arrivo) e non quello genetico ed anagrafico (di partenza).

83 Di recente, ha avuto particolare risonanza la denuncia presentata da un gruppo di donne che ha tentato di cambiare sesso. Chiamati a pagare i danni sono stati il Policlinico Umberto I (4 casi) e il San Camillo (2 casi) di Roma, e diversi nosocomi di Brescia, Chieti, Pietra Ligure, Bologna. Particolarmente grave il caso dell'Umberto I di Roma: quattro pazienti hanno denunciato penalmente l'equipe di chirurghi per "lesioni personali gravissime", chiedendo anche l'interdizione dal ripetere lo stesso tipo di intervento in futuro. "I medici – spiega l'avvocato delle pazienti – hanno utilizzato una tecnica del tutto sperimentale, senza fornire informazioni adeguate: hanno ricostruito la vagina partendo da tessuto prelevato dalla bocca e poi coltivato in vitro. I risultati sono stati disastrosi, ma l'Umberto I ha continuato per almeno due anni dopo il primo intervento a utilizzare questa tecnica. Addirittura l'estate scorsa hanno pubblicato gli esiti in un articolo scientifico sul PRSJournal, la rivista dei chirurghi plastici americani, definendo l'operazione fattibile, sicura e vantaggiosa'".

fanno pochi interventi di questo tipo in tanti centri ospedalieri, il che non permette ai medici di specializzarsi⁸⁴.

Alla luce di queste difficoltà pratiche, è chiaro che chi ha la possibilità economica di farlo (il costo delle operazioni si aggira tra gli 8 mila euro e i 20-25 mila euro) sceglie di effettuare l'intervento all'estero.

Non si dovrebbe quindi pensare, forse, al contrario, anche tenuto conto della comunque scarsa presenza di strutture locali, all'eventualità di istituire un unico centro specialistico nazionale, al fine di puntare su un solo ospedale di eccellenza e tutelare concretamente le persone transessuali che a tali interventi decidano di sottoporsi, come succede, tra gli altri, nel caso del Charing Cross Hospital di Londra?

Ciò, dopotutto, sarebbe anche un'ottima occasione per l'Italia, la quale potrebbe diventare meta ambita da parte dei cittadini esteri, con tutto ciò che ne consegue sul piano delle nuove entrate finanziarie dovute al pagamento delle prestazioni erogate dalla sanità italiana⁸⁵.

Infine, altro problema che è stato evidenziato dalle ricerche condotte, attiene all'urgenza: gli interventi in commento vengono considerati "non urgenti" e tutto questo determina un ulteriore prolungamento del percorso di transizione. Proprio per questo, inoltre, capita che, se nel giorno in cui è prevista l'operazione di rettificazione arrivi un caso differente ritenuto più grave, quello venga rinviato a data da destinarsi e slitti, perciò, ulteriormente, provocando un ulteriore allungamento dei tempi.

Altro problema, poi, attiene alla modifica dei caratteri sessuali secondari. Di base, la persona transessuale che voglia modificare i propri caratteri sessuali secondari può ben procedere rivolgendosi a uno specialista privato; la legge non richiede espressamente, infatti, che anche tali tipi di interventi debbano essere autorizzati. È chiaro, però, che, quando la persona interessata si rivolgerà allo specialista al fine di adattare l'estetica al proprio genere, lo farà di tasca propria.

⁸⁴ Interessante, ma in questa sede non percorribile, è la strada relativa alla responsabilità del medico che erri nell'effettuare un intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali. La tematica rientra nel più ampio genus della responsabilità medica, per un'analisi della quale sia consentito rimandare a N. POSTERARO, *Liceità del trattamento medico arbitrario: osservazioni critiche sui profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale,* in federalismi.it, 2015; Id., La responsabilità medica, in G. CASSANO (a cura di), Il danno alla persona, Milano 2016, e ai riferimenti ivi richiamati.

⁸⁵ Sul punto, sia consentito rimandare, in una prospettiva più generale, a N. Posterraro, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2016, 489 e ss. (in particolare, 526).

È importante precisare che, stando alla lettera della norma, come accennato *supra*, il soggetto *può* chiedere al giudice l'autorizzazione a intervenire sui propri caratteri sessuali secondari, al fine di ottenere, poi, a spese del SSN, gli interventi che valgano a modificare i suoi tratti estetici secondari: il legislatore, infatti, come visto, non specifica quali siano i caratteri sessuali da autorizzare, così lasciando aperta la possibilità di inglobare, nel *genus*, entrambe le species.

Dopotutto, trattasi di interventi che, lungi dall'essere meramente estetici, valgono davvero a rendere migliore la vita della persona transessuale sul piano personale e sociale, visto che le consentono, laddove questa ne abbia la necessità, di avvicinarsi sempre più, esteticamente, al vero genere di appartenenza.

Potremmo dire, quindi, che trattasi, semmai di veri e propri interventi di chirurgia plastico-ricostruttiva, intesi, in senso a-tecnico, quali interventi che incidono sul corpo dell'interessato non al fine di "modificare" esteticamente organi sani, bensì al fine di riparare ciò che la natura, in concreto, ha errato nell'attribuire⁸⁶.

In verità, non tutti i giudici sembrano ragionare in questo modo: alcuni non accordano la possibilità di autorizzare anche gli interventi di modifica dei caratteri sessuali secondari, che vengono considerati spesso meramente estetici, dunque economicamente non coadiuvabili. Altri, decidono di autorizzare interventi maggiormente invasivi (a titolo esemplificativo, resta spesso al di fuori di tale autorizzazione l'intervento laser cui deve sottoporsi la transessuale MtoF per eliminare il problema della barba⁸⁷).

Inoltre, il fatto stesso che la norma non specifichi nulla rispetto a quali siano i caratteri sessuali da autorizzare, comporta, qualche volta, sul piano pratico, un problema non indifferente: alcuni giudici, infatti, reputano che tale mancata specificazione dei caratteri da autorizzare valga non a facoltizzare la richiesta del privato, bensì, ad obbligarlo a ottenere una previa autorizzazione anche nel caso esso voglia procedere con la

⁸⁶ Per una disamina della chirurgia plastica e le dovute differenze tra chirurgia plastico-estetica e chirurgia plastico-riparativa, se si vuole, N. POSTERARO, *Vanità, moda e diritto alla salute: problemi di legittimazione giuridica della chirurgia estetica,* in *Med. e mor.*, 2014, 275 e ss.

⁸⁷ Per quanto concerne la rimozione della barba, essa rappresenta – così come per i transessuali gino-androidi la presenza del seno – il più grave fattore di disagio di genere e come tale dovrebbe far parte integrante dell'iter verso la rettificazione di genere sessuale.

modifica dei propri tratti secondari⁸⁸. È chiaro, quindi, che, da questo punto di vista, l'ambiguità della norma comporta delle evidenti e pericolose difficoltà pratiche.

Si consideri, poi, che molti transessuali rinunciano a esercitare tale diritto prima ancora, in quanto consci di doversi sottomettere a delle tempistiche ampie che non aiutano e anzi aggravano il problema: si trovano costretti a modificare il tutto a proprie spese, quindi, quando possono, al fine di evitare di instaurare un apposito, lungo, giudizio civile.

Sembra quindi che, tenuto conto di tali difficoltà, il bene salute, bene fondamentale della persona, venga assoggettato a tempi e scelte capaci chiaramente di comprometterlo⁸⁹ e diventi, in quest'ottica, un diritto per soli ricchi: soltanto chi vive una condizione economica agiata, infatti, riesce a superare le varie problematiche di cui s'è detto, ricorrendo a specialisti privati e/o a spostamenti, non rimborsati, all'estero⁹⁰.

⁸⁸ Tant'è che, per alcuni giudici, nel silenzio della legge, è addirittura opportuno che anche la somministrazione di ormoni sia previamente autorizzata: cfr. Tribunale di Pesaro, ordinanza 18 giugno 2011, in cui il giudice ha constatato la mancanza della autorizzazione giudiziale per il solo trattamento ormonale e, ritenendola necessaria, ha inviato gli atti alla Procura della Repubblica.

89 Il tema della salute, poi, presenta una propria peculiare autonomia riguardo all'intervento chirurgico da eseguire su una persona minorenne. Non è questa la sede per approfondire aspetti così delicati e problematici. Si rimanda, quindi, per ora a studi già effettuati sul tema oltre che ad approfondimenti che verranno proposti, in vista di future e più approfondite ricerche. Tuttavia, è necessario dar conto, comunque, del fatto che, in questi casi (in costante aumento) sorgono alcuni problemi giuridici non indifferenti. In verità, la legge non richiede il requisito della maggiore età, ai fini dell'intervento. Quindi, in astratto, il minore transessuale ben potrebbe assoggettarsi ad un percorso e concreto cambiamento del proprio sesso biologico; ma chi è che può integrare la volontà del minore ed esprimere il consenso a un trattamento irreversibile e invasivo, tenuto conto del fatto che l'ordinamento non riconosce al minore una piena capacità di intendere e di volere? Come si può tutelare il diritto alla salute del minore, in questi casi? Sul punto, M. G. Ruo, Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale, in Fam. Dir., 2012, 502; E. CECCARELLI, A. GAMBA, Il consenso informato e i minorenni. Aspetti giuridici, in A. Santosuosso (a cura di), Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto del paziente, Milano 1996, 133 e ss.; G. Ferrando, Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali, in Pol. Dir., 1998, 167 e ss.. La Commissione Minorenni dell'ONIG ha stilato delle linee guida per la presa in carico dei Minorenni Gender Variant. Il documento è stato redatto dal gruppo di professionisti che in Italia si occupa di questo argomento dopo approfondito studio della letteratura, formazione presso le cliniche che all'estero hanno più esperienza nel campo e un lungo e approfondito dibattito interno. Un ringraziamento va alla Dott.ssa Damiana Massara, che ha fornito tale documento e illustrato le problematiche sottese alla questione.

⁹⁰ Non è affatto pacifico, infatti, che il rimborso per le operazioni effettuate all'estero debba essere accordato: molti giudici lo negano tenuto conto del fatto che lo spostamento

5.1 Percorso antecedente

Il percorso di adeguamento del corpo alla psiche si compone di una serie di azioni che non sono disciplinate dalla legge suddetta: essa, infatti, regola soltanto il momento finale *supra* analizzato (eventuale, tra l'altro, come rilevato).

In verità, però, solo al termine di questo previo percorso non disciplinato dalla legge la persona transessuale può concretamente accedere alla fase giudiziale dell'autorizzazione al trattamento chirurgico. L'avvio e la conclusione del percorso giudiziario, infatti, risultano condizionati dai risultati ottenuti dalla persona nel periodo antecedente a quello della richiesta: il giudice, concretamente, si baserà sulla relazioni tecniche rilasciate nel periodo di cura dagli operatori del settore, per poter vagliare la legittimità della richiesta: e, proprio sulla base dei risultati dell'istruttoria e dell'esito del percorso intrapreso dalla persona (cd. perizie di parte), autorizzerà l'operazione chirurgica di adeguamento dei caratteri sessuali presso i centri ospedalieri specializzati, dopo che avrà verificato che il percorso individuale abbia rispettato l'iter configurato dalla pratica clinica come più adeguato.

Tuttavia, uno dei maggiori ostacoli per le persone che desiderino transitare da un sesso all'altro è proprio ottenere delle sistematiche e precisa informazioni sui servizi di supporto già esistenti, oltre che sul processo di transizione, sulle sue implicazioni mediche e psicologiche, sui passaggi necessari per esercitare i propri diritti. La persona transessuale, infatti, è costretta ad orientarsi come meglio può ricorrendo a sporadici interventi di associazioni attive in alcuni territori della repubblica⁹¹.

Il complesso percorso (rectius, molti dei passaggi necessari per com-

resta ingiustificato in quanto sussiste, in Italia, la possibilità di addivenire alla modifica. Allo stato, inoltre, non si potrebbe neppure applicare la direttiva transfrontaliera 2011/24/UE (e, meglio, il suo decreto nazionale di attuazione n. 38/2014): è previsto, infatti, che i costi sostenuti siano rimborsati qualora la prestazione erogata sia compresa nei LEA (cfr. articolo 7, paragrafo 1 della direttiva, oltre che art. 8, comma 1, del decreto). Le operazioni de qua, però, non rientrano nei LEA. quindi, ad esse non potrà applicarsi la normativa in commento. Se si vuole, N. Posteraro, Assistenza, cit., 522, in cui si evidenziano, inoltre, i problemi che può comportare la formula dell'assistenza sanitaria indiretta sull'esercizio dei propri diritti. Interessante, comunque, a questo proposito, una recente sentenza del Tribunale di Treviso, n. 577/2015, la quale ha riconosciuto il diritto del transessuale a essere rimborsato per le spese sostenute all'estero.

⁹¹ Rilevano questa difficoltà, P. Marasciano, C. La Torre (a cura di), *Guida al transito delle persone transessuali e transgender*, in www.mit-italia.it.

porlo), come specificato, non è contemplato dalla legge 164/1982; esso è quasi interamente rimesso a strumenti di *soft law*, a delle cd. linee guida a carattere operativo⁹², e si avvia con delle fasi preliminari a carattere informativo (colloqui presso i centri e i consultori convenzionati con il sistema sanitario nazionale), proseguendo con dei programmi di sostegno e supporto medico, ormonale e psicologico.

L'assenza di una normativa che, nel dettaglio, disciplini le fasi del percorso, rende possibile la massiccia presenza di verifiche e autorizzazioni testualmente non previste dalla legge (ma concretamente richieste, dalla prassi, affinché le persone transessuali possano proseguire nella transizione) e ha l'effetto di sottrarre la persona a qualsiasi forma di tutela durante simili fasi che, spesso, si protraggono per anni.

Il cammino che conduce al cambiamento di sesso, infatti, si compone di una serie di verifiche e controlli che consentono il passaggio alla fase successiva soltanto in caso di esito positivo. Una valutazione negativa degli *step* intermedi, quindi, determina un vero e proprio blocco del percorso; tale aspetto è particolarmente degno di attenzione, visto che si tratta di decisioni capaci di frenare il percorso di transizione e concretamente inappellabili: a fronte della loro presenza, l'interessato può solo cambiare consulente (oppure, ricominciare il percorso in altra sede).

In questo senso, c'è il concreto pericolo che con gli strumenti di soft law, allora, la persona coinvolta venga sottratta a quelle tutele e garanzie che soltanto il livello normativo, al contrario, può garantire?

In Italia, esistono dei gruppi di lavoro interdisciplinari, nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, che possono supportare la persona in questo percorso che l'aiuta ad addivenire al momento della richiesta della rettificazione chirurgica. Alcuni di essi si rifanno alle linee guida dell'Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere (ONIG), altri a quelle del The World Professional Association for Transgender Heath (WPATH).

Quasi tutti questi centri offrono, poi, anche la possibilità di effettuare l'intervento chirurgico.

Il percorso previsto dai protocolli medici è in gran parte fornito a titolo gratuito, posto che l'accesso e la fornitura dei costi delle prestazioni mediche sono garantiti dal Servizio sanitario nazionale.

⁹² Spesso la persona non riesce ad aspettare che trascorrano i tempi previsti dalle linee guida; e, perciò, inizia autonomamente la terapia ormonale, in modo clandestino, senza essere seguita da un medico, rischiando di rovinarsi la salute e seguendo i consigli ed i dosaggi di amici ed amiche.

Sussistono, però, delle differenze territoriali, tra i vari centri, posto che alcuni centri assicurano un tot di sedute gratuite, assoggettate al solo pagamento della previa impegnativa; altri, invece, richiedono concretamente il pagamento di una somma predefinita per ogni seduta dallo psicologo e per ogni visita dell'endocrinologo.

Inoltre, in concreto, i suddetti centri non si trovano in tutto il territorio nazionale: ve ne sono soltanto a Bari, Bologna, Firenze, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Salerno, Torre del lago, Torino, Trieste, Verona⁹³.

Molte persone transessuali, quindi, sono costrette a spostarsi dal proprio territorio di riferimento, al fine di potere usufruire di questi servizi. Ciò comporta, chiaramente, dei costi non indifferenti, per gli interessati, i quali sono costretti a recarsi periodicamente nel territorio di riferimento del centro per potere proseguire, una volta iniziato, il percorso di transizione. In certi casi, in verità, i centri cercano di ovviare al problema rifacendosi a degli specialisti che, nel territorio di riferimento dell'interessato, possano seguirlo così evitandogli lo spostamento continuo e periodico; ma nel corso delle ricerche condotte è stato evidenziato che tale opzione non si rivela sempre efficiente, in quanto i professionisti scelti in loco non sono, spesso, specializzati nella risoluzione di tali problematiche.

Inoltre, il fatto che essi scarseggino, comporta un affollamento di richieste da parte di interessati provenienti da vari altri posti d'Italia, con una conseguente difficoltà di gestione da parte del personale coinvolto e un pericoloso allungamento dei tempi di cura e guida delle persone transessuali.

Come rilevato, tale percorso antecedente comprende anche il percorso di terapia ormonale che la persona transessuale deve necessariamente intraprendere al fine di iniziare ad assumere quei caratteri estetici tipici del genere cui in concreto appartiene.

Qui, si stagliano due tipi di problemi: anzitutto, in alcuni casi, i centri suddetti riescono ad assicurare la sola cura psicologica e non anche quella, successiva e fondamentale, di tipo endocrinologico.

In secondo luogo, tali cure richiedono l'assunzione di farmaci specifici che non vengono dispensati dal SSN: si tratta in molti casi di farmaci rientranti nella cd. fascia A, cioè nella fascia dei farmaci gratuiti, perché ritenuti essenziali ed indispensabili per garantire le cure previste nei livelli essenziali di assistenza. La disforia di genere non rientra, però, tra le

⁹³ Maggiori dettagli sono rinvenibili in onig.it.

indicazioni terapeutiche di questi farmaci, in quanto tale patologia non è prevista nell'elenco del Ministero della Sanità. Per tale motivo, i suddetti farmaci non sarebbero prescrivibili da parte dei medici curanti a pazienti transessuali⁹⁴

Il problema *de quo* si acuisce, chiaramente, per le persone transessuali che non vogliano completare il percorso di transizione con la modifica chirurgia dei genitali: esse, infatti, saranno costrette ad assumere tali medicinali per tutta la vita, provvedendovi di tasca propria.

Per superare questa difficoltà, la Regione Toscana, ad esempio, con Deliberazione della Giunta Regionale 29 maggio 2006, n. 396, sul Trattamento ormonale dei soggetti affetti da disturbo dell'identità di genere, ha stabilito la gratuità anche del percorso ormonale.

Questo, però, comporta delle differenze su base regionale nella fruizione di un diritto che è costituzionalmente garantito e che dovrebbe essere garantito allo stesso modo, per tutti, sul piano nazionale.

Sarebbe pertanto auspicabile una omogeneizzazione di trattamento, prevedendo la disforia tra le patologie curabili con terapia ormonale⁹⁵.

6. Problemi sul piano processuale

Altri problemi, poi, si pongono sul piano delle procedure atte a garantire e consentire al privato la possibilità di ottenere la rettificazione anagrafico e/o chirurgica del sesso.

La legge stabilisce che le "controversie" aventi ad oggetto la rettificazione di attribuzione di sesso ovvero la richiesta di autorizzazione al

- ⁹⁴ Ciò determina anche delle difficoltà legali nello stabilire responsabilità nel caso di effetti collaterali gravi e non previsti. Senza considerare che spesso si determinano dei trattamenti diversi tra estroprogestinici ed antiandrogeni (a carico del SSN ma per altre patologie) e testosterone (non coperto in ogni caso).
- ⁹⁵ Per stabilire quali estroprogestinici, antiandrogeni e testosterone siano utili ed utilizzabili nella terapia ormonale sostitutiva per persone transessuali, sarebbe utile che il Ministero della Sanità ascoltasse anche le indicazioni di esponenti ed associazioni mediche e di tutela dei diritti delle persone transessuali quali l'ONIG, il Mit, Crisalide AzioneTrans, Arcitrans, Ufficio Nuovi Diritti C.G.I.L. Rilevante, in questo senso, una recente sentenza del Tribunale Spoleto, Ufficio di Sorveglianza, ordinanza 13 luglio 2011, in *articolo29.it*, secondo cui le terapie ormonali non attengono a scelte personali, ma al diritto soggettivo alla salute: il detenuto transessuale ha diritto a proseguire il proprio percorso ormonale con spesa a carico del SSN, anche in assenza di una normativa regionale che ne disciplina l'erogazione e di una espressa previsione nel livello essenziale di assistenza.

trattamento medico-chirurgico, sono regolate dal rito ordinario di cognizione.

Ciò vuol dire che la persona transessuale – cittadina italiana, anche se non residente in Italia⁹⁶, o straniera⁹⁷ –, deve esperire un vero e proprio giudizio ordinario di cognizione (dinanzi al tribunale, in composizione collegiale, del luogo dove ha residenza).

In primo luogo, si consideri che l'instaurazione di un giudizio civile di questo tipo comporta delle spese legali non indifferenti, per l'interessato; questi, qualora non rientri nella soglia del gratuito patrocinio e abbia comunque una disponibilità economica ridotta, potrebbe quindi rinunciare a esercitare i propri diritti.

Inoltre, com'è noto, i tempi della giustizia sono spesso molto, troppo, ampi. È davvero opportuno, allora, che si insaturi un giudizio civile di questo tipo, sul piano pratico?

Bisogna verificare se vi siano dei concreti motivi atti a giustificare la necessità di tale procedimento (e, quindi, il sacrificio economico e temporale che il soggetto transessuale è costretto a sopportare al fine di ottenere il riconoscimento pieno di un diritto personale). Contestualmente, occorre verificare a) se questo processo, alla luce delle norme e delle esperienze nelle aule di tribunale, sia efficiente; b) come eventualmente si possa rispondere alle inefficienze che si riscontrano; c) quali vie alternative a quella giurisdizionale si possano proporre, tenuto conto anche della normativa degli altri paesi.

Prima del 2011, era stato introdotto nell'ordinamento giuridico un procedimento camerale *ad hoc* per disciplinare i giudizi di rettificazione di attribuzione di sesso: tale rito si riteneva il più idoneo a soddisfare le ormai note esigenze di accelerazione processuale⁹⁸.

- ⁹⁶ Cfr. S. Patti, M.R. Will, cit., 39, secondo il quale anche i cittadini italiani non residenti in Italia sono destinatari della legge: in tal caso, potrebbe considerarsi competente il Tribunale di Roma o quello del Comune in cui è avvenuta l'iscrizione nei registri di stato civile alla nascita.
- ⁹⁷ Numerosi ordinamenti non riconoscono la possibilità di intraprendere il percorso di conversione del sesso e di modifica anagrafica. Per questo, la condizione dei migranti transessuali presenta un peculiarità rispetto al tema della salute. La giurisprudenza, a questo proposito, ha avuto modo di confrontarsi sulla configurabilità del trattamento chirurgico di rettificazione del sesso come diritto da garantire a prescindere dalla cittadinanza. È stato riconosciuto, in verità, che anche i cittadini stranieri possono sottoporsi all'intervento di riassegnazione chirurgica, giacché si tratta di tutelare il diritto fondamentale al rispetto alla identità sessuale. Cfr., tra le altre, Tribunale di Milano 17 luglio 2000, in Fam. Dir., 2000, 608. Su punto, A. LORENZETTI, *Diritti in transito*, cit., 89-90.
 - 98 Più nel dettaglio, il procedimento era retto dagli artt. 737-742 c.p.c. (introduzione

Nel 2011, invece, il legislatore delegato è intervenuto, con il decreto 150, incidendo sulla disciplina della legge del 1982 e optando per tale rito ordinario. Come evidenziato nella *Relazione* illustrativa del Governo, la scelta di questo rito dipende dalla mancanza di elementi che consentano di ritenere il procedimento *de quo* connotato da peculiari esigenze di concentrazione processuale, di ufficiosità dell'istruzione, di semplificazione della trattazione e di istruzione della causa.

Ma ciò è vero? Siamo sicuri del fatto che questo, tra quelli già disciplinati dal codice di procedura civile, sia il rito più idoneo ad assicurare, in maniera celere ed efficace, il c.d. "diritto al mutamento del sesso", quale specifica declinazione dei diritti all'identità di egnere e alla salute⁹⁹?

6.1. Atto di citazione: convenuti e interessi contrastanti

Anzitutto, un primo problema, per l'attore, si pone in relazione all'individuazione del convenuto: posto che la legge nulla dice a proposito, sussiste la inevitabile necessità di individuare il soggetto legittimato passivo di questo atto di citazione con cui si domanda al giudice la rettificazione anagrafica.

La necessità di identificare un convenuto, quando vigeva il giudizio camerale abrogato, azionabile con ricorso, non si poneva; oggi, invece, l'esigenza in commento deriva dalla stessa natura del processo contenzioso, il quale presuppone la contestazione (da parte di qualcuno) della pretesa oggetto della domanda¹⁰⁰.

In verità, il problema non si pone nei casi in cui la parte attrice abbia coniuge e/o figli: in quest'ultima ipotesi, infatti, gli atti introduttivi del processo andrebbero *tout court* notificati, per espressa disposizione di legge, a questi ultimi.

con ricorso, fissazione della prima udienza con decreto, investitura dell'intero Collegio nella decisione, assenza di udienza pubblica), ma si concludeva con una sentenza idonea a passare in giudicato e impugnabile per cassazione. Cfr. A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss., secondo cui "probabilmente anche a causa del difetto di sufficiente riflessione teorica sull'argomento, certamente a causa del 'modo disordinato e frettoloso con il quale fu affrontato il problema' della giurisdizione volontaria 'in sede legislativa', il nostro legislatore al posto di un unico modello generale ha previsto e continua a introdurre una miriade di processi speciali tipici", taluni dei quali sono "inutilmente diversificati e soprattutto difettosi sul piano delle garanzie".

⁹⁹ Cfr. P. Stanzione, Transessualità (voce), in Enc. dir., XLIV, Milano, 1992, 883.

¹⁰⁰ Requisito di validità dell'atto di citazione è, dopotutto, l'indicazione in esso del soggetto che si intende convenire in giudizio *ex* art. 163 c.p.

Negli altri casi, la prassi odierna, come si evince dalle prime decisioni in materia, individua, nel Procuratore della Repubblica, il convenuto del giudizio¹⁰¹.

Sulla base di quanto disposto dall'art. 31, comma III, d. lgs. 150/2011, però, il Pubblico Ministero è tenuto a "partecipare al giudizio" nella sua qualità di interveniente necessario: gli atti del processo, quindi, andrebbero comunicati al medesimo organo dall'ufficio e non già notificatigli direttamente dalla parte 102. La notificazione dell'atto di citazione al Pubblico Ministero, quindi, provoca inevitabilmente una sovrapposizione tra la figura del pm interveniente necessario, così come prefigurata dal legislatore, e quella del Pubblico Ministero legittimato ad agire e a resistere in una controversia. La scelta non convince, inoltre, perché il Pubblico Ministero è munito di legittimazione attiva e passiva in materia di *status* soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge, ex art. 69 c.p.c.: in questo caso, quindi, non essendo sancita da alcuna disposizione la sua legittimazione a promuovere il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso¹⁰³, la notificazione nei suoi confronti degli atti di citazione non può che essere, quindi, una vera e propria forzatura, un atto necessario solo per far sì che il giudizio possa essere instaurato anche nei casi in cui convenuti, in verità, non ve ne siano, visto che, altrimenti, la persona transessuale non potrebbe concretamente adire il Tribunale.

A prescindere da ciò, poi, resta comunque da capire perché, stando a quanto stabilito della norma, l'interessato debba notificare l'atto di citazione a tali soggetti.

In tempi meno recenti, si riteneva che il Pubblico Ministero, così come il coniuge e i figli di parte attrice, nel giudizio di mutamento del sesso, potessero farsi latori e garanti di interessi propri o privati ("difesa" del vincolo matrimoniale da parte del coniuge), o di quelli di certezza giuridica dei terzi che avessero fatto legittimo affidamento sul sesso

¹⁰¹ Cfr. ex pluribus: Trib. Venezia 30 gennaio 2015 n. 355, inedita.

¹⁰² Sul legittimato passivo, cfr. G. CARDACI, *Per un giusto processo di mutamento di sesso*, in *Diritto di famiglie e delle person*e, 2015, 1459 e ss. e la bibliografia ivi richiamata alla nota 27.

¹⁰³ Cfr. Trib. Parma 27 marzo 1970, cit., 87, secondo cui "appare inopportuno consentire al P.M. di determinare modifiche dello stato civile tali da incidere sulla capacità giuridica dei cittadini. Volere estendere l'ambito della legittimazione del P.M. determinerebbe la creazione di una figura di P.M. 'onnipotente'"; Nello stesso senso, ADAMI, Rettificazione di attribuzione di sesso e stato civile, in Stato civ., 1982, 388.

originario dell'interessato ¹⁰⁴, oltre che di quelli dello Stato e dell'ordine naturale della società ¹⁰⁵.

È ormai chiaro, invece, anche alla luce di quanto affermato sinora, oltre che all'esito dell'elaborazione dottrinale privatistica e pubblicistica in materia, che tali interessi siano giocoforza destinati a soccombere di fronte alla tutela del diritto all'identità sessuale e, soprattutto, del diritto alla salute di chi intenda mutare il proprio sesso anagrafico e/o chirurgico al fine di raggiungere un pieno benessere psico-fisico; in altri termini, risulta oggi fuori di dubbio come "l'interesse all'identità sessuale, in quanto involge la dignità della persona umana, il suo diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, lo stesso diritto alla salute, inteso, anche e soprattutto come salute psichica, è un interesse essenziale della persona e, come tale, destinato a prevalere su qualsiasi altro interesse" 106.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. Civ., 20 giugno 1983 n. 515, in Giust. civ., 1983, 3245, secondo cui la persona transessuale, in virtù del proprio aspetto esteriore e dell'impossibilità per i terzi di conoscere, nemmeno su autorizzazione giudiziale, lo status anagrafico originario, potrebbe contrarre matrimonio con un soggetto ledendo il suo legittimo affidamento, ponendolo nelle "condizioni di cadere nell'errore previsto dall'art. 122, n. 1, c.c., quello che, cioè, relativo all'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale". Cfr. Trib. Napoli 13 marzo 1978, cit., 220, secondo cui il mutamento del sesso lederebbe la certezza dei rapporti giuridici, "con possibilità, inoltre, di traumatizzanti errori e aberrazioni a danno dei terzi, che hanno diritto alla certezza e all'obiettività delle registrazioni anagrafiche, a prescindere dalla diversità, dalla gradualità, dal compiacimento, dalla mutevolezza degli atteggiamenti psichici e comportamentali di ciascun individuo"; più nello specifico: Cass. 20 giugno 1983 n. 515, in Giust. civ., 1983, 3245, secondo cui la persona transessuale, in virtù del proprio aspetto esteriore e dell'impossibilità per i terzi di conoscere, nemmeno su autorizzazione giudiziale, lo status anagrafico originario, potrebbe contrarre matrimonio con un soggetto ledendo il suo legittimo affidamento, ponendolo nelle "condizioni di cadere nell'errore previsto dall'art. 122, n. 1, c.c., quello che, cioè, relativo all'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale".

105 Cfr. Cass. 20 giugno 1983 n. 515, cit., 3245, secondo cui il mutamento di sesso sconvolge l'ordine naturale della società familiare, "dando luogo, al limite, a situazioni in cui" uno dei coniugi "dovrebbe contestualmente svolgere le sue funzioni di 'padre' nella famiglia il cui matrimonio viene sciolto a causa del mutamento di sesso, e di 'madre' nella famiglia, nei confronti di figli adottivi e fecondati in modo innaturale ed eterologo", sì da "sconvolgere l'ordine naturale e costituzionale della società familiare".

106 Cfr. P. D'Addino Serravalle, Mutamento volontario di sesso ed azione di rettificazione, in Rass. dir. civ., 1980, 231, secondo cui "la Costituzione ha ribaltato l'ordine dei valori e ha posto l'uomo al centro dell'ordinamento e questo al servizio della persona umana. Ciò significa, anche e soprattutto, indisponibilità da parte della collettività dei diritti dell'uomo. Nel nostro ordinamento all'apice dei valori vi è la tutela della persona umana e, pertanto, il diritto al riconoscimento della propria identità sessuale, fondamentale diritto

Il ruolo del Pubblico Ministero nel giudizio in parola, allora, sarà quello di supervisionare il regolare svolgersi del procedimento, mentre il coniuge e i figli, laddove esistenti e ritualmente evocati in giudizio, parteciperanno non già perché interessati ad opporsi alla realizzazione del diritto dell'attore, ma perché è opportuno che vengano resi edotti dell'eventualità che tale mutamento venga disposto per via giudiziale, in quanto destinato a produrre effetti giuridici concreti nei loro rapporti giuridici con la parte attrice (*id est*, secondo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 170 del 2014, a provocare d'ufficio lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio e la sua trasformazione in "unione civile registrata") ¹⁰⁷.

In concreto, non si instaura, quindi, una vera e propria "lite"; si versa, anzi, in un'ipotesi di giudizio contenzioso meramente "fittizio".

Se così è, appare chiaro che l'instaurazione di un giudizio civile ordinario di questo tipo (con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano delle spese e dei tempi di attesa) non risulta essere giustificata dall'esigenza di coinvolgere i soggetti su richiamati.

Non sussistono dei motivi plausibili, quindi, da questo punto di vista, atti a giustificare l'instaurazione di processi giurisdizionali da cui derivano evidenti sacrifici (sul piano economico e su quello temporale) che devono essere sopportati dal/dalla transessuale e che sono capaci di incidere negativamente sul suo diritto alla salute.

È chiaro, infatti, che il soggetto transessuale, laddove volesse evitare tali sacrifici, dovrebbe rinunciare a instaurare il giudizio (e, quindi, rinunciare a soddisfare il proprio diritto all'identità di genere e consequenzialmente, quello alla sua salute).

della personalità, deve essere tutelato contro ogni altro interesse, che altrimenti si affermerebbe in violazione della persona"; P. Perlingeri, Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, in Rass. dir. civ., 1980, 116; cfr. anche S. Bartole, Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo, in Giur. cost., 1979, 1178; P. Martini, Diritto alla sessualità come diritto alla salute, in Riv. it. med. leg., VII, 1985, 1289.

107 Secondo S. Patti, M.R. Will, Legge 14 aprile 1982, n. 164, norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, in Nuove leggi civ. comm., 1983, 739, va biasimata la scelta del legislatore di imporre la partecipazione al processo ai figli, dacché il giudizio potrebbe "non concludersi con il risultato auspicato dal richiedente, nel qual caso appare evidente che l'acquisita conoscenza da parte dei familiari dell'aspirazione del loro congiunto – in ipotesi, tenuta nascosta – avrebbe il risultato di turbare l'equilibrio familiare, nei casi in cui sopravvive, oltre a determinare una probabile violazione del diritto alla riservatezza".

6.2. Gli accertamenti giudiziali

Resta da capire se il giudizio civile possa comunque ritenersi essere necessario in quanto atto ad assicurare la presenza di un giudice.

Il giudice, come rilevato, deve valutare che la domanda avanzata dall'attore sia fondata; in questo senso, alla luce dei principi rinvenibili nelle pronunce suddette, il giudicante pronuncerà una sentenza avente ad oggetto, *in primis*, l'accertamento *ex* art. 34 c.p.c. del sesso psichico di parte attrice e, susseguentemente, l'autorizzazione ad effettuare il trattamento sanitario richiesto, *ex* art. 31, comma IV, d. lgs. 150/2011, ovvero a modificare il nome all'anagrafe.

Nel dettaglio, nel caso di domanda di rettificazione chirurgica del sesso, il tribunale dovrà successivamente accertare la sussistenza della necessità dell'intervento, al fine poi di autorizzarlo.

La legge nulla precisa rispetto ai confini che al requisito della necessità devono e possono essere attribuiti, né quanto ai parametri da assumere per valutarli: la necessità va dunque valutata in riferimento alla persona e ai suoi bisogni individuali, o nel bilanciamento con altri principi e valori, ad esempio la certezza dell'ordinamento circa i rapporti giuridici e gli status?

Tenuto conto di quanto si è affermato *supra* rispetto al bilanciamento degli interessi in gioco quando si è discusso a proposito della necessità di notificare l'atto a dei convenuti, sembra chiaro che la necessità in commento debba essere valutata in riferimento al singolo soggetto richiedente. Essi dovranno accertare, cioè, la presenza del disallineamento del sesso psichico dell'attore e, consequenzialmente, la sua possibile guarigione tramite (dunque la necessità dell') intervento chirurgico richiesto.

Nel caso di domanda di rettificazione anagrafica del sesso avanzata da chi non abbia previamente effettuato l'intervento, invece, il giudice dovrà successivamente accertare che l'attore abbia raggiunto un benessere psico-fisico con sé, pur senza avere proceduto a un rettificazione chirurgica del sesso; che abbia quantomeno operato una modifica dei propri caratteri sessuali secondari; che la scelta psichica effettuata sia irreversibile o, volendo rifarsi alla corte costituzionale, che il cambiamento attualizzato sia definito¹⁰⁸.

In verità, i due requisiti del benessere psico-fisico raggiunto e della modifica dei caratteri sessuali secondari non vengono esplicitamente annoverati dalla Corte Costituzionale come fondanti ai fini dell'accertamento giudiziale. Sembra plausibile, però, ritenerli comunque indirettamente richiamati, in quanto è chiaro che se mancasse l'accertamento

È chiaro, però, che i giudici non potranno essi stessi né rinvenire previamente la presenza di questo disallineamento soma-psiche, né valutare, successivamente, l'opportunità della modifica (chirurgica o anagrafica) richiesta.

Inevitabilmente incapaci di operare un esame di merito, essi dovranno tener necessariamente conto dei certificati medici che, rilasciati dagli specialisti del settore, saranno stati esibiti e allegati da parte attrice a sostegno della domanda.

Allora, se così è, non potrebbero essere questi accertamenti già di per se stessi capaci di e sufficienti a legittimare la richiesta del/della transes-suale?¹⁰⁹

Di sicuro, non si può giustificare la presenza dell'autorità giudiziaria precisando ad esempio che essa vale, nel caso di rettificazione chirurgica, a tutelare il diritto all'autodeterminazione dell'interessato, perché verifica che vi sia stata una effettiva informazione e ponderazione, da parte dello stesso, rispetto alla decisione di sottoporsi a trattamenti invasivi e irreversibili: la scelta di cura e, dunque, la contestuale e previa ponderazione dei rischi e benefici del trattamento medico può e deve essere effettuata esclusivamente dal paziente, nella fase antecedente a quella strettamente esecutiva. Nel caso contrario, si rischia di far entrare nel processo decisionale valutazioni a carattere paternalistico, che condizionano l'effettivo esercizio del diritto alla salute (e, quindi, all'identità di genere, in esso inglobato).

Non si può nemmeno giustificare la necessità del giudice affermando che la sua presenza vale a contemperare gli interessi del singolo transessuale con gli altri pubblici coinvolti ed eventualmente con esso contrastanti: come rilevato, infatti, se è vero che la necessità va valutata in relazione al singolo richiedente, allora è anche vero che essa non potrà essere disconosciuta per degli interessi pubblici preminenti¹¹⁰.

rispetto a tali due elementi, il giudizio di fondatezza della pretesa si baserebbe sulla mera definitività del cambiamento estetico intervenuto (e verrebbe meno sia il fondamentale aspetto di salute psicologica della persona, sia il requisito espressamente richiesto dalla legge al comma 4 dell'articolo 31 del d.lgs. 151/2011).

109 Cfr. G. GEMMA, voce *Integrità fisica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino 1993, 464, nota 77, il quale rimarca come l'autorizzazione all'intervento chirurgico costituisca una vera e propria "eccezione al regime ordinario dei diritti (costituzionalmente sanciti), per i quali non è di regola pensabile un sindacato nell'interesse del titolare del diritto (quando mai si ammetterebbe un intervento tutorio per l'esercizio di un diritto di libertà)?".

¹¹⁰ Al contrario, F. D'AGOSTINO, (a cura di), *Identità sessuale e identità di genere,* Atti del convegno nazionale dell'UGCI, Palermo, 9-11 dicembre 2010, Milano 2011. Per

Anche da questo punto di vista, allora, il processo civile resta ingiustificato (e, consequenzialmente, restano ingiustificati i sacrifici che la persona transessuale deve sopportare da un punto di vista temporale ed economico, posto che questi incidono negativamente sul suo diritto alla salute).

A volte, inoltre, come si è evinto dalle interviste effettuate ai fini di questa ricerca, sembra che alcuni giudici si mostrino ostici con la tematica e, quindi, non diano il giusto peso alla questione trattata, sottovalutando i motivi salutari sottesi alla richiesta.

6.3. La consulenza tecnica d'ufficio

Il problema si acuisce se si considera che il giudice, proprio perché non possiede gli strumenti medici per valutare quanto suddetto, potrebbe sentirsi quasi costretto (e, prima ancora, legittimato) a richiedere una CTU, per accertarli. In questo modo, però, esso non farebbe altro che alimentare un aumento dei costi per il cliente, sia in termini strettamente economici, sia in termini temporali, posto che il processo, così, si allunga.

Inoltre, nella pratica si lamenta il fatto che queste CTU vengono spesso effettuate da persone non esperte del settore, da psichiatri non specializzati nella tematica della disforia di genere: così, c'è il rischio che non siano del tutto attendibili e che non rispecchino la circostanza concretamente ravvisabile¹¹¹.

La CTU, invece, potrebbe essere tranquillamente evitata, soprattutto laddove il singolo attore abbia presentato una documentazione atta a supportare la sua richiesta di guarigione:

a) perché il legislatore delegato, nel 2011, oltre alle predette modifiche inerenti al rito, ha abrogato la previgente disposizione in base alla quale, prima di pronunciare la sentenza autorizzatoria del trattamento sanitario, il giudice istruttore era tenuto a disporre consulenza tecnica obbligatoria volta "ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato" ¹¹². La stessa Corte di Cassazione, nella suddetta sentenza

il prevalere delle istanze individuali, L. Ferraro, *Transessualismo e Costituzione*, cit., 11; A. Marchiori, N. Coco, Il *transessuale e la norma*, cit., 102 ss.

¹¹¹ In astratto, essa può rivelarsi necessaria, qualora ricondotta alla sua naturale funzione, nei casi in cui si versi in totale assenza di elementi istruttori che consentano di addivenire ad una decisione in merito all'autorizzazione del trattamento chirurgico.

La norma abrogata è l'art. 2, comma IV, della l. 14 aprile 1982 n. 164, secondo

15138/2015, lo ha specificato, precisando che la documentazione sanitaria fornita dal richiedente va integrata con indagini tecniche d'ufficio "solo se necessario".

b) perché le certificazioni rilasciate da parte di medici psichiatri o psicologi clinici, laddove rilasciate da medici operanti in qualità di pubblici ufficiali all'interno di strutture pubbliche, e laddove soddisfino i requisiti di completezza, chiarezza, veridicità, fanno prova fino a querela di falso: così che la loro produzione in giudizio deve considerarsi sufficiente ad evitare un'inutile e dispendiosa duplicazione di attestazioni.

6.4. Ulteriori problemi

Infine, si considerino due ulteriori problemi:

a) come si deve procedere al fine di coordinare la richiesta di modifica chirurgica dei caratteri sessuali primari con quella di modifica anagrafica del sesso? Tali domande sono cumulabili?

Nel vigore del rito precedente, il processo di mutamento di sesso era diviso in due fasi disgiunte: la prima, si riteneva, avente natura contenziosa, e la seconda di volontaria giurisdizione; per tali motivi, la giurisprudenza negava il cumulo. Nel vigore dell'attuale rito ordinario, invece, tale soluzione potrebbe essere superata: le due domande giudiziali, infatti, sono sì differenti, in quanto differente è il *petitum*, ma sono fondate sulla medesima *causa petendi* (sesso psichico dell'interessato che non corrisponde al suo sesso biologico e provoca la cd. disforia di genere). Inoltre, i due atti di citazione devono essere notificati nei confronti degli stessi soggetti: si tratta, quindi, di un caso di connessione forte, alla luce del quale è possibile che tali domande siano trattate in un unico contesto processuale.

La soluzione opposta, dopotutto, creerebbe non pochi problemi pratici, visto che allungherebbe i tempi del processo e farebbe aumentare le spese di lite: andrebbe iscritta al ruolo contenzioso sia la causa di autorizzazione chirurgica che quella, successiva, di rettificazione di attribuzione di sesso presso gli atti di stato civile; l'interessato, pertanto, dovrebbe procedere col pagamento di un duplice contributo

cui: "quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato"; in verità, la lettera della norma era chiara: la consulenza non era affatto obbligatoria; ma la parassi tendeva a interpretarla in questo modo.

unificato, calcolato sull'ammontare dovuto per le cause di valore indeterminabile¹¹³.

Tale soluzione dovrebbe valere sia nell'ipotesi in cui si accettasse la possibilità di decidere della domanda di rettificazione a prescindere dall'avvenuta modifica chirurgica del sesso, benché richiesta e accettata, sia nel caso opposto.

Nella prima eventualità, infatti, il Collegio, una volta accertata la sussistenza della disforia di genere, potrebbe pronunciare sentenza di merito, idonea a definire l'intero giudizio, così autorizzando l'interessato a sottoporsi all'intervento chirurgico richiesto e, contestualmente, ordinando all'ufficiale di stato civile di rettificare l'indicazione del sesso e del prenome di parte attrice di cui ai relativi registri.

Nell'altra, invece, il tribunale potrebbe emanare una sentenza di autorizzazione a sottoporsi all'intervento chirurgico definitiva parziale, di cui all'art. 279, n. 5, c.p.c. e, una volta rimessa la causa in istruttoria, offerta la prova in giudizio, da parte dell'attore, dell'esecuzione dell'intervento chirurgico¹¹⁴, pronunciare, poi, la sentenza di rettificazione anagrafica, con la quale chiudere il processo in parola¹¹⁵.

b) resta da capire, poi, se si possa consentire la modifica del nome direttamente con la sentenza che autorizza la rettificazione anagrafica del sesso, oppure no. La prassi sembrerebbe offrire risposta affermativa nei soli casi in cui la persona transessuale, chiedendo la rettifica, lasci invariato il nome originario e chieda il semplice adeguamento del genere grammaticale; al contrario, la volontà di modificare radicalmente il nome obbligherebbe a procedere secondo le regole fissate dall'ordinamento dello stato civile.

Il procedimento sullo stato civile per il cambiamento del nome, però,

¹¹³ Il cumulo, infatti, consentirà un significativo risparmio di attività processuale nella fase di introduzione della causa, quali la redazione di un unico atto introduttivo, l'iscrizione della causa al ruolo, la formazione del fascicolo d'ufficio, la designazione del giudice istruttore, attività che, "stante la unicità del procedimento instaurato, debbono essere compiute una sola volta". Cfr. G. CARDACI, *Il giusto processo*, cit.

¹¹⁴ Con l'abrogazione dell'art. 3, legge 164/1982, non è più previsto – almeno esplicitamente – che il Tribunale debba accertare "l'effettuazione del trattamento autorizzato", per cui una volta completato il trattamento la persona transessuale potrà avanzare l'istanza definitiva alla magistratura per la rettifica del sesso. In ogni caso, però, una qualche verifica dovrà comunque essere effettuata dal Tribunale, se l'attribuzione di un sesso diverso potrà essere riconosciuta con sentenza solo "a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali" (art. 1).

Depone a favore di questa prospettiva, anche G. CARDACI, Il giusto processo, cit.

richiede ampia pubblicità e rischia quindi di compromettere la riservatezza dell'individuo, interessato spesso a mantenere il riserbo su una vicenda personale¹¹⁶. In questo modo, inoltre, si allungano ulteriormente i tempi di soddisfacimento del diritto¹¹⁷⁻¹¹⁸.

6.5. Una possibile soluzione

In conclusione, la scelta operata dal legislatore del 2011 si è dimostrata inidonea a soddisfare le esigenze di razionalizzazione, semplificazione e riordino dei riti civili che lo stesso legislatore si era prefissato. Il rito ordinario di cognizione è di per sé idoneo a provocare una dilatazione della durata del processo, in contrasto col principio di ragionevole durata ex art. 111 Cost.

La scelta del legislatore delegato appare, poi, ulteriormente discutibile considerato che il rito ordinario non è idoneo a garantire la tutela del diritto alla riservatezza della persona interessata al mutamento del sesso, riservatezza che, in materia, rappresenta un interesse preminente.

Inoltre, questa previa richiesta giurisdizionale non pare necessaria, né opportuna; essa, anzi, mina il concreto soddisfacimento del diritto alla salute del soggetto a) perché incide sui tempi e, quindi sull'aggravamento della patologia; b) perché fa sì che i soggetti economicamente svantaggiati possano evitare di sottoporsi a simili procedure, non facilmente sostenibili.

Si dovrebbe allora pensare all'eventualità di:

a) rimettere all'interessato-paziente, supportato dagli specialisti medici del settore, la scelta rispetto al se e come intervenire chirurgicamente su di sé, al fine di modificare i propri caratteri sessuali primari (e demandare semmai a un organo tecnico di natura amministrativa la competenza ad autorizzare l'esecuzione dell'intervento chirurgico¹¹⁹);

¹¹⁶ Cfr. S. Patti, Sul diritto alla riservatezza della persona transessuale, in Diritto dell'informazione dell'informatica, 1986, 907 e ss.

¹¹⁷ F. BILOTTA, *Transessualismo*, cit., 764, afferma che la scelta del nome andrebbe riservata alla persona interessata, in quanto momento di "rigenerazione identitaria" anche simbolica, dunque di rottura con la precedente identità.

¹¹⁸ Secondo P.M. VECCHI, Transessualismo (voce), cit., 9, "dato che l'attribuzione del nuovo nome si giustifica in quanto quello precedente non può più essere portato, si deve ritenere che essa non presupponga un'apposita domanda, ma possa essere pronunciata anche d'ufficio, là dove il desiderio di un particolare prenome può essere manifestato informalmente durante il procedimento" (cfr.: Trib. Pisa 22 dicembre 1984, in Foro it., 1984, I, 1986).

¹¹⁹ E infatti, come osservato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. sentenza Y.Y.

b) rendere possibile la proposizione dell'istanza di correzione del prenome e del sesso indicati alla nascita direttamente all'ufficiale di stato civile: dovrebbe essere quest'ultimo, poi, a provvedere sulla base della congrua documentazione clinica allegata, comprovante l'identità di genere dell'interessato ¹²⁰; tale opzione, già adottata in altri ordinamenti giuridici – tra di essi, quelli di Spagna, Argentina, Portogallo, Belgio –, conserterebbe anche di evitare l'inutile aggravio della giurisdizione civile ordinaria ¹²¹.

contro Turchia del 10 marzo 2015, in partic. par. 37, in www.articolo29.it), nella maggior parte dei Paesi aderenti alla Convenzione, la decisione di autorizzazione al trattamento di conversione dei caratteri sessuali compete ad una équipe di medici di ospedali specializzati o commissioni *ad hoc*, mentre solo in Italia, Bulgaria, Polonia e Romania l'intervento chirurgico deve essere previamente autorizzato da un giudice; per un confronto con gli altri ordinamenti dell'Unione europea sul punto, cfr. G. Cardaci, *Access to justice for transgenders: toward a quick, accessible and unified procedure of gender reassignment in Europe*?, cit., 10.

120 Secondo agli artt. 2, 3, 4, della legge spagnola (LEY 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificaciòn registral de la menciòn relativa al sexo de las personas), la rettificazione si ottiene senza necessità di un previo intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali, in base ad un procedimento amministrativo, in deroga, quindi, all'art. 97 della Ley de Registro Civil sulle rettificazioni degli atti di stato civile: l'autorità competente ad effettuare la rettificazione, previa produzione di congrua documentazione, è, infatti, l'incaricato del registro civile del domicilio del richiedente; allo stesso modo, dispongono che l'istanza vada presentata direttamente all'ufficiale di stato civile: la legge argentina (in partic. art. 4, LEY 26/743, de identidad de genero), quella portoghese (art. 3, Lei 7/2011, de 15 de Março, Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil), quella belga (art. 2, Loi 10 Mai 2007, Loi relative à la transsexualité), quella della Repubblica Sudafricana (par. 1, Alteration of Sex Description and Sex Status Act, 2003, ove l'istanza è effettuata presso il Department of Home Affairs, responsabile del National population register, equivalente del nostro registro di stato civile).

121 In questo senso, cfr. il disegno di legge n. 405, recante "Norme in materia di modificazione dell'attribuzione di sesso", presentato in Senato il 9 aprile 2013. Con i suoi quindici articoli, questo disegno di legge semplifica, notevolmente, il procedimento di rettificazione del sesso e di cambio del nome per assicurare, in ogni caso, la dignità della persona e la sua libertà di autodeterminarsi, senza doversi, per forza di cose, sottoporre a invasivi interventi medico-chirurgici. Ai sensi del suo articolo 1, chiunque intenda modificare il sesso indicato nell'atto di nascita, deve farne istanza al prefetto della provincia del luogo in cui risiede. L'art. 3 affronta la questione del trattamento medico-chirurgico, delle terapie ormonali e dei trattamenti di carattere estetico, specificando che ad essi può essere fatto ricorso, qualora la persona che intende procedere all'adeguamento lo ritenga necessario per il suo equilibrio psico-fisico e che esso non costituisce un atto contrario alla legge. Attualmente, il disegno di legge n. 405, presentato il 9 aprile 2013 a firma dell'On. le Lo Giudice del PD, giace ancora in Senato.

7. Conclusioni

In conclusione, si può affermare che vari sono i problemi pratici riscontrati dalle persone transessuali che vogliano legittimamente esercitare i propri diritti all'identità di genere e alla salute. Sarebbe opportuno, quindi, che le istituzioni prendessero coscienza di ciò e si attivassero, sul piano pratico, per garantire e tutelare soggetti appartenenti all'ordinamento giuridico.

La norma positiva potrebbe, in questo senso, aiutare molto il superamento di tali difficoltà, chiarendo aspetti ambigui e ponendo al centro delle decisioni la persona, fulcro dell'ordinamento.

Anzitutto, si dovrebbe semplificare la procedura atta a far sì che il soggetto possa ottenere autorizzazioni a modificarsi chirurgicamente e a modificare il proprio sesso anagrafico, tenuto conto di quanto rilevato *supra*.

Prima ancora, però, bisognerebbe concretamente agire sul piano pratico per far sì che l'ordinamento assicuri e appresti gli strumenti adeguati e atti a supportare la piena esplicazione dei diritti fondamentali della persona transessuale.

Con riferimento al fenomeno del transessualismo, si può dire che il diritto alla salute si conforma proprio sia in quanto diritto di libertà, sia in quanto diritto sociale, nella prospettiva costituzionale che questo evoca¹²². In altre parole, non basta stabilire e offrire alla persona gli strumenti per potersi sentire libera nella scelta, ma occorre anche far sì che questa scelta, quando assunta, possa essere effettivamente percorsa; ché, altrimenti, si rischia di garantire il diritto alla salute solo a metà: si offrono, cioè, in astratto, gli strumenti per poterlo esercitare pienamente, ma lo si

¹²² Il diritto alla salute è un fascio di diritti (L. PRINCIPATO, Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?, in Giur. cost., 1999, II, 2513): se è vero che esibisce aspetti tipici dei diritti di libertà, quando si presenta come diritto a determinarsi in ordine alle proprie scelte terapeutiche, è anche vero che esso esibisce, contestualmente, aspetti ritenuti tipici dei diritti sociali, quando si presenta come diritto a ottenere delle cure (pretesa che ha ad oggetto una prestazione). B. PEZZINI, Il diritto alla salute: profili costituzionali, in Dir. soc., 1983, I, 52 e ss.; M. LUCIANI, Salute (diritto alla), in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, XXVII, 5; A. ROVAGNATI, La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano e E. CAVASINO, Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni". Considerazioni sull'effettività della tutela, entrambi in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Napoli 2013, 147 e ss.; 335 e ss.

limita, in concreto, perché non lo si arricchisce di ciò che solo le istituzioni, dall'esterno, possono garantire.

La sanità è il mezzo con il quale un ordinamento risponde alla «domanda di salute» proveniente dai propri consociati; e la risposta che l'ordinamento deve fornire alle richieste di prestazioni sanitarie muta, necessariamente, tenuto conto dell'evoluzione delle istanze e dei bisogni della società.

Di conseguenza, è opportuno che gli ordinamenti adattino le proprie risposte ai bisogni emergenti nella popolazione, perfezionando gli istituiti sistemi sanitari complessi, al fine di ridistribuire, sul territorio, le considerevoli moli di risorse finanziarie, umane e scientifiche¹²³.

È evidente, in questo senso, il ruolo di primaria importanza che assume il legislatore, in vista del conseguimento dell'effettività dei diritti a prestazione: spetta ad esso, infatti, assumere responsabilmente le decisioni di fondo in tema di risorse organizzative, finanziarie ed umane necessarie per assicurare le prestazioni oggetto del diritto.¹²⁴.

Concretamente, quindi, si dovrebbe intervenire al fine di a) agire sul problema delle strutture sanitarie, pensando all'eventualità di prevedere l'istituzione di una unica struttura nazionale specializzata; b) dare una concreta applicazione della legge 164/82, istituendo dei centri regionali interdisciplinari capaci di seguire il paziente transessuale nel suo percorso di transizione, così potenziando la realtà locale che resta inadeguata; c) normare il percorso antecedente che il/la transessuale deve seguire per poi addivenire a rettificazione chirurgica del sesso, al fine di fornire maggiore tutela all'interessato sul piano delle tempistiche e della uniformità delle procedure; d) risolvere il problema della modifica dei caratteri sessuali secondari, chiarendo che si tratta di interventi di chirurgia estetica ma, quando necessitati, di veri e propri interventi di chirurgi plastica

¹²³ A. Pioggia, Diritti umani e organizzazione sanitaria, in Rivista del Diritto della Sicurezza sociale, 2011.

¹²⁴ Sul rapporto fra organizzazione amministrativa e tutela dei diritti, la Corte costituzionale, nella sentenza 383 del 1998, ha significativamente affermato che "organizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione". Cfr. M. NIGRO, Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano 1966; N. SAITTA, Premesse per uno studio delle norme di organizzazione, Milano 1965, 21; E. CARLONI, Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione, Torino 2004, passim, spec. 203 ss.; 234 ss.; 267 ss.

riparativa, i quali, come tali, previamente autorizzati secondo procedure più snelle, dovrebbero essere sempre assicurati dallo Stato sociale¹²⁵.

Inoltre, se è vero che il requisito della sterilità non è affatto richiesto della norma, allora bisognerebbe pensare all'attivazione di un servizio a carico del S.S.N. capace di far sì che le donne transessuali (MtF) possano conservare il proprio sperma e che gli uomini transessuali (FtM) possano conservare i propri ovuli (se lo desiderano): chi decide di assoggettarsi al cambiamento chirurgico del sesso (perché di esso necessita) rischia, concretamente, di non potere più procreare.

Infine, tenuto conto delle evoluzioni, bisognerebbe agire a livello legislativo per coordinare legge e realtà concreta, ad esempio assicurando la pienezza di certi altri diritti che, per tradizione, dipendono dall'appartenenza a un determinato sesso anagrafico: colui che, nato femmina, ora anagraficamente uomo, ha mantenuto gli organi sessuali femminili e ha, quindi, poi, procreato, non gode, allo stato, della tutela della maternità, posto che questa risulta essere riservata alle donne anagrafiche, piuttosto che essere costruita come tutela dello stato interessante in quanto tale.

Bisognerebbe poi chiarire a) sul piano positivo gli aspetti relativi al doppio cambio di sesso, al fine di evitare che la mancanza di una norma esplicita sul punto possa comportare la messa in forse dei diritti del singolo; b) quali siano i caratteri sessuali secondari necessari ai fini della rettifica anagrafica del sesso e ragionare sulla opportunità di continuare a prevedere, sul piano legislativo, la necessaria modifica di tali caratteri, quantomeno stabilendo comunque delle eventuali eccezioni alla regola generale; c) come si possa coordinare tale domanda di rettificazione anagrafica con quella di rettificazione chirurgica, non soltanto provvedendo a tenerle slegate sul piano processuale, bensì, anche sottolineando esplicitamente che trattasi di domande separate, correlate a due petita differenti e, come tali non condizionate l'una dall'altra.

Resta poi da risolvere un problema grave, che indirettamente attiene pure al diritto alla salute, in quanto capace di minarlo e metterlo in forse: quello della discriminazione¹²⁶. Purtroppo, l'ignoranza che pervade

¹²⁵ Per quanto concerne la mastoplastica additiva – al fine di evitare abusi – potrebbero istituirsi delle tabelle che rapportino i parametri fisici dell'individuo (peso, altezza, giro-torace) a misure di seno compatibili con un aspetto femminile armonico, al quale il chirurgo plastico che segue la paziente transessuale dovrebbe attenersi. Nel caso in cui tali parametri fossero raggiunti mediante la sola terapia estrogenica, l'intervento dovrebbe essere considerato esclusivamente "estetico" e, quindi, a carico della paziente.

^{126 &}quot;Ouello delle discriminazioni perpetrate dall'ordinamento giuridico a danno di gay,

la società odierna rispetto a questi temi non gioca a favore delle persone transessuali, le quali vivono uno stato di tensione perenne nei rapporti con gli altri, sociali e lavorativi¹²⁷. In Italia, poi, il problema è accentuato dal fatto che non esiste, ancora, una normativa capace di punire i casi di transfobia¹²⁸.

Il problema si acuisce, inoltre, se si considera che la discriminazione deriva, spesso, dallo stigma che, ancora, viene associato al transessualismo come malattia mentale: non è difficile comprendere perché, quindi, alcuni settori della comunità trans si battano per la depatologicizzazione del transessualismo. Il Parlamento europeo ha, più volte, invitato gli Stati membri dell'Unione e la Commissione europea a "collaborare con l'Organizzazione mondiale della sanità per depennare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali e", da ultimo, a "garantire una riclassificazione non patologizzante in sede di negoziati relativi all'undicesima versione della classificazione internazionale delle malattie (ICD-11)" 129.

lesbiche e transessuali è un tema di vitale importanza per ogni cittadino: per chiunque si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione; per chiunque aspiri a vivere in una società davvero libera e pluralista, nella quale la diversità rappresenti un valore, e non qualcosa da nascondere o al più da tollerare (brutta parola, tolleranza!)". Così, E. Dolcini, Omosessualità, omofobia, diritto penale Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 2012, 1. Sulla discriminazione e sui suoi riflessi sulla psicologia, quindi sulla salute del discriminato, cfr. A. Amodeo, P. Valerio, Gender-based violence, Homophobia and transphobia, Milano 2014, in particolare, 136 e ss.; A. Amodeo, C. Scandurra, Stigma anti-gender: una potente barriera all'accesso di risorse, in S. OLIVIERO, LM.M. SICCA, P. VALERIO (a cura di), Trasformare le pratiche elle organizzazioni di lavoro e di pensiero, Napoli 2015, 179 e ss.; P. VALERIO, M. STRIANO, S. OLIVERIO, Nessuno escluso, Formazione, inclusione sociale e cittadinanza attiva, Napoli 2013. L'Engendered Penalties, uno dei pochi studi condotti sulla discriminazione nei confronti delle persone trans, stima che soltanto il 21% delle persone transessuali intervistate abbia un lavoro a tempo pieno. Questi dati sono indirettamente confermati anche dalla prima indagine sul lavoro delle persone LGBT in Italia (2011 Arcigay) che sottolinea la gravità delle ingiustizie subite dalle persone transessuali.

Discriminazioni che si rinvengono soprattutto nel campo del lavoro. Per questi aspetti, A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., 139 e ss.; molto forte e pericoloso per la persona, poi, il disagio che la persona transessuale si trova a dover vivere negli ambienti di studio, come a scuola o in università: in questo senso, un importante passo avanti è stato fatto dagli Atenei di Napoli, Torino, Bologna e Padova che hanno deliberato la possibilità del doppio libretto per gli studenti transgender.

¹²⁸ Rispetto al tema delle discriminazioni si è dimostrato particolarmente sensibile il Parlamento australiano che recentemente (2013) ha modificato il Sex Discrimination Act del 1984 per garantire nuove tutele contro le discriminazioni di genere.

¹²⁹ In questi termini, la Risoluzione approvata in data 4 febbraio 2014 sulla tabella di

Concretamente, però, si tarda a intervenire su questo aspetto; e ciò, soprattutto, per un motivo pratico: la presenza della disforia nel DSM, infatti, garantisce che le prestazioni mediche necessarie alla transizione siano coperte economicamente dal servizio sanitario nazionale¹³⁰. Con la depatologicizzazione si rischierebbe di addebitare alla persona transessuale il costo delle intere prestazioni¹³¹. Non è questa la sede per dilungarsi ulteriormente; certo è che la questione merita una riflessione profonda e attenta.

marcia dell'U.E. contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere. In sostanza, il/la transgender che non si ritenga affett* da una patologia, è costrett* dall'ordinamento in una posizione alquanto difficile. Il legislatore italiano potrebbe guardare con interesse a quei Paesi nei quali, recentemente, sono state approvate norme che permettono di accedere ai trattamenti sanitari di riattribuzione senza la necessità di stabilire la presenza della disforia. A tal proposito, è utile ricordare che la Francia, nel febbraio 2010, primo Paese al mondo, ha eliminato il transessualismo dall'elenco delle malattie psichiatriche.

¹³⁰ A questo proposito, la dottoressa Peggy Cohen-Kettenis, docente di psicologia presso la Vrije Universiteit di Amsterdam e responsabile del gruppo sui disturbi dell'Identità di Genere del Dipartimento di Psicologia del Centro Medico della stessa Università, nel corso di una conferenza tenutasi a Bari, nel 2003, ha affermato che le ragioni principali che stanno alla base della classificazione del transessualismo come patologia psichiatrica risiedano nel fatto che senza un disturbo classificato nel DSM, in molti paesi gli interventi resterebbero a carico del privato.

Inoltre, alcuni studiosi dichiarano che l'aggiornamento di un testo diagnostico non avrebbe conseguenze effettive sulla percezione sociale dei soggetti trans, e ci si dovrebbe attivare, quindi, semmai, per contrastare direttamente le forme di discriminazione. Altri ancora affermano che, paradossalmente, il linguaggio della malattia potrebbe facilitare l'accettazione dell'identità di genere da parte della società e dei familiari della persona interessata, fornendo una forma di legittimazione alla sua situazione. Sulla questione della depatologicizzazione, R. VITIELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?, in F. Corbisiero, (a cura di), Comunità omosessuali, Milano 2014; P. VALERIO, P. FAZZARI, Alcune note sul "fenomeno transessuale" oggi: un disturbo da depatologizzare, in L. CHIEFFI (a cura di), Bioetica pratica e cause di esclusione sociale, Milano 2012. Il contributo trae spunto dalla discussione sollevata dalla American Psychiatric Association (APA) sulla patologizzazione e la de-patologizzazione del "fenomeno transessuale" in vista dell'uscita della quinta edizione del Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM-5). L'articolo ricostruisce, ed analizza criticamente, le principali posizioni teoriche emerse all'interno di tale dibattito al quale hanno preso parte anche molti rappresentati di associazioni di persone transessuali e transgender tra cui il WPATH, la World Professional Association for Transgender Health. Nell'articolo vengono ricostruite, inoltre, alcune fondamentali tappe del pensiero scientifico sul tema della "psico-sessualità": in particolare vengono approfonditi i riferimenti teorici sottostanti ai concetti di "sesso"/"genere", "identità di genere", "ruolo di genere" e "orientamento sessuale", di grande utilità non solo per comprendere il "fenomeno transessuale" ma per gettare una nuova luce sulle identità soggettive e le "neo-sessualità" presenti nel nostro tempo.

Di sicuro, frattanto, bisognerebbe concretamente incidere sull'art. 85 del Testo Unico di Pubblica Sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, a norma del quale "è vietato comparire mascherato in luogo pubblico". Purtroppo, infatti, c'è il rischio che tale norma venga applicata nei confronti di chi si "travesta" per assumere connotazioni fisiche e comportamentali quanto più possibile eguali a quelle che assumerebbe se, biologicamente, fosse inquadrabile nel sesso correlato al suo vero genere di appartenenza.

Bisognerebbe stabilire, quindi, che non è punibile chi modifichi, alteri o camuffi il proprio aspetto esteriore per adeguare il proprio genere di appartenenza anagrafica alla propria identità di genere.

In conclusione, poi, occorre porre l'attenzione su una questione finale: anche alla luce di questi percorsi giurisprudenziali, resta irrisolto, infatti, il problema delle persone che, pur restando a cavallo tra il maschile e il femminile, non sentono di appartenere ad alcun genere.

Può affermarsi che il riconoscimento giuridico viene concesso, nel nostro ordinamento, soltanto a coloro che portano a termine il percorso di transizione, non agli individui transgender. Questi ultimi, all'opposto, restano stranieri agli occhi dell'ordinamento, ed anzi etichettati come coloro che, pur avendo a disposizione un preciso *iter* di "normalizzazione", decidono comunque di non servirsene, creando confusione all'interno dell'ordinamento.

In verità, è poco plausibile chiedere ad un individuo di adattare il proprio essere a uno standard predefinito secondo cui è concesso essere alternativamente e rigidamente maschi o femmina (*rectius*, donne o uomini). Vuol dire guardare in modo acritico al dismorfismo sessuale, anche nell'evidenza per cui alcune persone non rientrano in questo schema binario. Si attua una vera e propria compressione della dignità umana, e consequenzialmente del diritto alla salute di queste persone, minate nel proprio benessere psico-fisico.

Appare necessaria, al contrario, una visione dei "generi" e dei "sessi" fluida, capace di rivendicare il diritto di ogni persona ad autodeterminarsi e collocarsi in una qualsiasi posizione intermedia rispetto agli estremi stereotipati di "maschio" e "femmina"¹³².

Dopotutto, sono gli stessi studi psicologici e biologici a ritenere che debba essere rivista l'immutabilità o definitività della distinzione tra es-

¹³² Cfr. P.B. HELZEL, A.R. RIZZUTI, *Quale diritto all'identità per i transessuali,* cit., 31-32.

sere-uomo ed essere-donna e che esista una "terza ipotesi", di un "terzo sesso" ¹³³.

Il diritto, allora, dovrebbe intervenire concretamente, al fine di introdurre strumenti di tutela a garanzia di queste condizioni¹³⁴. Se è vero che lo sviluppo di una cultura si fonda sulle differenze individuali e sul principio di non discriminazione e che il benessere della comunità non può prescindere dal diritto della persona di vivere in relazione con il proprio contesto secondo la propria identità, allora è necessario riconoscere giuridicamente, la presenza reale di tali altri soggetti

L'espediente è rinvenibile già in altri ordinamenti, quale quello indiano, quello australiano o, per rimanere in ambito europeo, quello tedesco e quello francese¹³⁵.

Lo Stato costituzionale di democrazia pluralista, fondato sul principio personalista e d'eguaglianza, deve porsi come finalità ultima il rispetto della dignità umana, che a sua volta costituisce uno dei principali pilastri su cui lo Stato stesso si regge: esso deve agire e intervenire per eliminare le disparità¹³⁶.

¹³⁴ La Convention on preventing and combating violence against women and domesti violence, di cui l'Italia è parte, elabora nel suo rapporto esplicativo, la nozione di discriminazione per motivo di identità di genere in modo molto ampio: avviandosi verso l'abbandono del rigido dualismo di genere, essa ammette che ci possano essere persone che non vogliono essere ricondotte o non sono riconducibili ad alcun sesso, senza che ciò determini, però, una carenza di tutela.

¹³⁵ È interessante qui segnalare una recente sentenza della Corte Suprema Indiana che ha compiuto proprio tale passo (seppur in un ordinamento di common law) introducendo con sentenza il "terzo sesso" nell'ordinamento indiano: Corte suprema dell'India, 15 aprile 2014, National Legal Services Authority v. Union of India and others, consultabile all'indirizzo judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41411 (cfr. il commento di A. SCHILLACI, Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India, in GenIus, vol. II, 2014, 175 ss.); cfr., inoltre, il caso di Norrie May Welby. La Suprema Corte Australiana ha riconosciuto a Norrie il suo diritto a non essere né donna né uomo e, quindi, neutro rispetto alla propria sessualità. Paesi come il Nepal, Bangladesh, Nuova Zelanda hanno già legiferato da tempo in materia di "terzo sesso". La Germania, invece, a partire dal novembre 2013 è il primo Paese europeo che con una legge ha riconosciuto il "terzo genere". I genitori di bambini con identità sessuale ambigua possono non specificare il sesso all'anagrafe, facendo intravedere così i primi fiocchi a metà tra il rosa e l'azzurro. La Svezia, poi, gode di un primato non trascurabile, in quanto è il Paese dove, dagli anni '60, si è iniziato ad utilizzare il pronome neutro hen per indicare, oltre agli oggetti, le persone che non desiderano identificarsi né al femminile, né al maschile.

¹³³ A.R. CILLIS, C. Franceschini, V. Pini, *Da oggi cambio sesso*, in *La Repubblica Inchieste*, 28 agosto 2013.

^{136 &}quot;L'eguaglianza, come valore supremo di una convivenza ordinata, felice e civile, e

Anche considerando gli spunti che provengono dal panorama sovranazionale e straniero, si auspica, quindi, un intervento del legislatore che sappia tener conto di queste esigenze, che tuteli il singolo, che non si preoccupi di normalizzare il diverso ma, al contrario, che sappia riconoscere l'esistenza di una normalità diversa dalla tradizione e sappia positivizzarla, in nome della tutela dell'individuo che è il fulcro dell'ordinamento.

L'auspicio, quindi, è che la materia, ricca di implicazioni di varia natura, sia affrontata con la massima attenzione e sensibilità da parte di tutti i soggetti protagonisti (istituzioni politiche, strutture sanitarie, professionisti sanitari, giudici, avvocati), con un atteggiamento privo di soggettivi condizionamenti ideologici e improntato al rispetto di diritti costituzionalmente garantiti¹³⁷.

quindi, da un lato come aspirazione perenne degli uomini viventi in società e dall'altro come tema costante delle ideologie e delle teorie politiche, viene accoppiata spesso con la libertà". N. Bobbio, Eguaglianza e libertà, Torino 1995, 3.

137 A questo fine, bisognerebbe promuovere, ad esempio, programmi di sensibilizzazione e di formazione del personale sanitario (in particolare, dei medici di base) anche attraverso l'integrazione dei programmi di studio dei diplomi universitari e dei programmi di specializzazione delle professioni socio-sanitarie con contenuti concernenti la conoscenza della disforia di genere e l'intervento e il sostegno a favore delle persone transessuali e transgender. Di recente, rilevante la proposta contenuta in un disegno di legge depositato al Senato da alcuni senatori del PD, di Sinistra italiana, delle Autonomie e del Gruppo Misto. Il ddl, denominato "Norme di contrasto alle terapie di conversione dell'orientamento sessuale dei minori", è composto da tre articoli che definiscono il campo d'azione, i destinatari e le sanzioni, e mira a regolare i comportamenti volti a scoraggiare una libera elaborazione dell'identità sessuale, che viene giustamente ricondotta alla "libera espressione della personalità" tutelata dalla Costituzione.

ATTUALITÀ

La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*

Marco Calabrò

SOMMARIO: 1. Premessa. Le difficoltà connesse all'individuazione di un efficace modello di tutela dell'ambiente. – 2. La "statalizzazione" delle funzioni di protezione delle risorse ambientali. – 3. Situazioni giuridiche soggettive e legittimazione ad agire in sede processuale a tutela dell'ambiente: diritti, doveri, interessi. – 4. La controversa nozione di ambiente. La prospettiva dei beni comuni. – 5. Per un nuovo ruolo del cittadino, tra sussidiarietà orizzontale, *vicinitas* in senso sostanziale e giurisdizione soggettiva "attenuata".

1. Premessa. Le difficoltà connesse all'individuazione di un efficace modello di tutela dell'ambiente. – L'ambiente e la sua tutela rappresentano ormai da tempo i temi forse di maggiore rilevanza in termini di attualità e urgenza in diversi settori della scienza. Come dimostrano anche i numerosissimi programmi di finanziamento della ricerca europei ed internazionali che hanno ad oggetto il settore in esame, questioni quali il cambiamento climatico, la preservazione degli habitat naturali, la lotta alle forme più aggressive di inquinamento, impegnano da anni chimici, fisici, agronomi, come anche economisti, giuristi e sociologi¹.

In tale contesto, il compito del giurista (o, meglio, del diritto) è, da un lato, quello di garantire l'implementazione di modelli di regolazione adeguati, tali da consentire la migliore gestione delle risorse ambientali, alla luce del fonda-

^{*} Il presente scritto è destinato al volume in onore del prof. Franco Gaetano Scoca, di prossima pubblicazione.

¹ Basti qui ricordare come ben due delle sfide prioritarie che l'ultimo Programma Quadro UE per la ricerca e l'innovazione (Horizon 2020) siano legate a tematiche ambientali: 1) clima, ambiente, efficienza delle risorse e materie prime; 2) energia sicura, pulita ed efficiente. A ciò deve aggiungersi il Programma LIFE, piattaforma parallela presente sempre a livello Europeo, anch'essa finalizzata a promuovere e finanziare la ricerca su temi quali l'uso efficiente delle risorse, la biodiversità e i modelli di governance ambientale. A livello internazionale possono segnalarsi, tra le principali fonti di finanziamento della ricerca finalizzata a garantire una più efficiente protezione delle risorse ambientali, il Global Environment Facility (GEF), cui aderiscono più di 180 Paesi; il Green Climate Fund (GCF), istituito nel 2010 e collegato alla Convenzione sui cambiamenti climatici; nonchè il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), organizzazione internazionale che opera dal 1972 sul tema dei cambiamenti climatici, della tutela dell'ambiente e dell'uso sostenibile delle risorse naturali.

808 MARCO CALABRÒ

mentale principio dello sviluppo sostenibile² e, dall'altro, quello di forgiare un impianto procedimentale e processuale tale da assicurare la massima protezione dell'ambiente nelle sue diverse manifestazioni³. Al riguardo, appare evidente che un presupposto essenziale per garantire la protezione giuridica di un bene è rappresentato dalla chiara e certa individuazione dei soggetti legittimati a tanto; eppure proprio tale profilo presenta ancora oggi diverse incertezze e criticità, legate invero alla intrinseca peculiarità che connota la figura delle risorse ambientali, difficilmente inquadrabili mediante il ricorso agli impianti classificatori tradizionali.

Si intendono, dunque, illustrare analiticamente i diversi aspetti della suddetta problematica, con la premessa che la Corte Costituzionale, in una delle più rilevanti pronunce sul tema – dopo aver qualificato espressamente l'ambiente un "bene giuridico" in quanto riconosciuto e tutelato da norme – afferma che esso «non è certamente possibile oggetto di una situazione soggettiva di tipo appropriativo: ma, appartenendo alla categoria dei c.d. beni liberi, è fruibile dalla collettività e dai singoli»⁴. Affermare la non sussumibilità del bene ambiente in alcuna situazione soggettiva "appropriativa" indica, evidentemente, l'impossibilità di determinare la titolarità del bene stesso, dal che emerge immediatamente la complessità della tematica a fronte di un ordinamento, quale quello italiano,

² Il principio dello sviluppo sostenibile rappresenta evidentemente il fulcro attorno al quale ruotano le politiche ambientali in una prospettiva complessiva di integrazione con le altre politiche (economiche e sociali) impattanti sul territorio. Introdotto dal Rapporto Brundtland (Our Common Future – Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, WCED, 1987), tale principio è stato poi codificato nel Principio n. 3 della Dichiarazione adottata a Rio de Janeiro (Earth Summit, United Nations Conference on Environment and Development, 1992). Oggi la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea recita, all'art. 37, che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Una recente ed esaustiva formulazione del principio in esame è rinvenibile nell'art. 3-quater, co. 3 del d. lgs. n. 152/2006 (t. u. ambiente), laddove si dispone che «il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro». La dottrina si è ampiamente occupata delle applicazioni di tale fondamentale principio; per tutti v. E. Frediani, Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile, in Il diritto dell'economia, 2015, 49 ss.; C. Videtta, Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, I, Milano 2014, 221 ss.; F. Fracchia, Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti, Napoli 2013, 137 ss.; ID., Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana, Napoli 2010; F. BIFULCO, Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Milano, 2008; M.C. CAVALLARO, Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente, in Riv. trim dir. pubbl. comunitario, 2007, 467 ss.

³ Si interroga diffusamente sul ruolo del giurista nei confronti delle problematiche connesse al complesso rapporto uomo-ambiente R. Ferrara, Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, I, Milano 2014, 19 ss.

⁴ Corte Cost, 30 dicembre 1987, n. 641, in *Le Regioni*, 1988, 525 ss., con nota di E. Ferrari, *Il danno ambientale in cerca di giudice e...d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore.*

che impone (almeno di regola) la sussistenza di un interesse qualificato in capo a chi intende intervenire a tutela di un bene, e che non sembra contemplare modelli relazionali tra "uomo" e "res" alternativi a quello della proprietà (pubblica o privata).

Proprio al fine di fornire adeguata copertura giuridica a quelle categorie di interessi che, pur non essendo riconducibili né alla sfera pubblica, né a quella privata-individuale, si presentano tuttavia come socialmente rilevanti, il nostro ordinamento ha, negli anni, introdotto la figura degli interessi diffusi⁵. È stata, al riguardo, adoperata anche la nozione di "interesse adespota"⁶, intendendo così sottolineare come le istanze di tutela sottese al bene ambiente non siano suscettibili di essere ascritte, in modo frazionato, ai singoli individui di volta in volta interessati⁷, né all'amministrazione in via esclusiva, bensì – facendo capo all'intera collettività – necessiterebbero di un centro istituzionalizzato cui attribuirne la titolarità⁸. La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato tale aspetto, evidenziando che la natura dell'ambiente come bene non suscettibile di appro-

- ⁵ Si pensi alla tutela della salute o, appunto, alla tutela dell'ambiente e dei suoi componenti: la portata oggettiva, il valore, di tali interessi ne esige una adeguata considerazione da parte dell'ordinamento, ma la simultanea riferibilità degli stessi ad un numero indefinito di soggetti facenti parte di un gruppo più o meno omogeneo, ne evidenzia le peculiarità rispetto alle altre situazioni giuridiche esistenti. Sulla tematica esiste una vastissima letteratura; senza alcuna presunzione di esaustività si rinvia a: G. Berti, Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi), in Studi in onore di A. Amorth, Milano 1982, I, 67 ss.; V. Denti, Interessi diffusi, in Noviss. dig. it., Appendice, IV, Torino 1983, 305 ss.; B. Caranuta, La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi, in Riv. crit. dir. priv., 1985, 31 ss.; V. Caianiello, La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale, in Foro amm., 1987, 1313 ss.; F.G. Scoca, Interessi protetti (dir. amm), in Enc. giur., XVII, 1989; G. Alpa, Interessi diffusi, in Dig. disc. priv., XI, Torino 1993, 609 ss.; S. Cassese, Gli interessi diffusi e la loro tutela, in La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi, L. Lanfranceli (a cura di), Torino 2003, 569 ss.; R. Lombardi, La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo, Torino 2008, 77 ss.
- ⁶ Gli interessi diffusi all'ambiente si configurerebbero come adespoti in quanto appartenenti «ad una serie indeterminata di soggetti» e nel contempo «riferibili a ciascuno di essi nella loro interezza» (V. Caianiello, *La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale*, cit., 1318). In termini v. anche M.S. Giannini, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova 1976, 23 ss.
- 7 «Il fenomeno degli interessi diffusi riguarda le utilità che pertengono identicamente e indivisibilmente ad una pluralità di soggetti, nessuno dei quali, pertanto, ne ha la totale disponibilità» T.A.R. Lazio, sez. I, 19 gennaio 1983, n. 47, in *Foro amm.*, 1983, 1071.
- ⁸ Definire l'ambiente come oggetto di interessi diffusi non presuppone in alcun modo l'irrilevanza in senso assoluto della sfera giuridica del singolo. In ipotesi di danno ambientale, ad esempio, ben può accadere che si realizzino lesioni di situazioni giuridiche soggettive ben individuate, con la conseguenza che in tal caso non si porrà alcun problema di titolarità dell'eventuale azione di tutela, risultando questa naturalmente in capo al titolare del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo leso. La giurisprudenza, al riguardo, ha chiarito come il carattere diffuso degli interessi ambientali e i relativi nodi problematici connessi all'individuazione di un soggetto legittimato a richiederne il risarcimento in caso di danno, non privano affatto «altri soggetti della legittimazione diretta a rivolgersi al giudice per la tutela di altri diritti, patrimoniali o personali, compromessi dal degrado ambientale» (Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 440, in *Giust. civ.*, 1989, 560). In dottrina, sul punto, v. G. Alpa, *Pubblico e privato nel danno ambientale*, in *Contratto e impresa* 1987, 685.

810 MARCO CALABRÒ

priazione individuale, indivisibile, non attribuibile, unitario, multiforme «rende problematica la sua tutela a fronte di un sistema giudiziario che non conosce, se non quale eccezione, l'azione popolare, che guarda con sfavore la legittimazione di aggregazioni di individui che si facciano portatori occasionali di interessi esistenti allo stato diffuso»⁹.

Le vie alternative che il legislatore avrebbe potuto intraprendere sono: optare per l'introduzione di una forma di tutela diffusa – scissa dalla titolarità come tradizionalmente intesa – attraverso il riconoscimento della legittimazione a tutti i singoli cittadini, sia individualmente che in forma associata¹⁰; o, al contrario, individuare un'unica figura soggettiva pubblica cui imputare formalmente l'interesse diffuso in rappresentanza dell'intera collettività¹¹. Esaminando la complessa ed eterogenea disciplina della protezione delle risorse ambientali emerge chiaramente come l'ordinamento italiano abbia prescelto la seconda soluzione, individuando in particolare nello Stato il soggetto di riferimento a cui affidare non solo gran parte delle funzioni amministrative, ma anche e soprattutto un ruolo principale (in alcun casi esclusivo) in termini processuali. La scelta effettuata, sia detto fin d'ora, se da un lato ha escluso il dover affrontare problematiche di difficile soluzione quali l'individuazione dei criteri idonei a differenziare le posizioni dei singoli di fronte ad un bene di cui non sono titolari in via esclusiva, dall'altro lato cela non poche criticità, quali il rischio dell'indebita inclusione dell'interesse diffuso nell'ambito della categoria dell'interesse pubblico¹², nonché la sostanziale rinuncia al ruolo attivo che i privati cittadini potrebbero ricoprire nell'ambito della tutela dei beni ambientali¹³.

La ricostruzione che si intende prospettare, al contrario, fa emergere l'esigenza di riconoscere un nuovo ruolo in capo al cittadino e alla comunità di

⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1600, in Foro amm.- C.d.S., 2003, 1108.

¹⁰ Si osservi, al riguardo, che l'originario art. 16 (ora art. 18) del disegno di legge confluito nella l. n. 349/86, definiva espressamente il danno ambientale come "lesione dell'interesse della collettività" e, di conseguenza, attribuiva alle associazioni di settore la legittimazione ad esercitare poteri sia sostanziali che processuali, perché portatrici "di interessi alla tutela dell'ambiente". Altra soluzione, prospettata dall'on. Barbera ed altri parlamentari, sarebbe potuta essere quella dell'introduzione della figura di un difensore civico per l'ambiente, competente ad agire con l'azione di danno ambientale sia in sede civile che penale; sul punto v. F. GIAMPIETRO, La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi, civili e penali, Milano 1988, 32.

¹¹ In termini v. W. Giulietti, Danno ambientale e azione amministrativa, Napoli 2012, 56.

¹² Scoca evidenzia come la scelta di "forzare" la natura dell'interesse diffuso imputandolo formalmente in capo ad un solo soggetto pubblico si riveli «di difficile attuazione, in quanto l'organizzazione del gruppo facilmente si pubblicizza, con la conseguenza che l'interesse diffuso rivelerà semplicemente come interesse pubblico. Essa è peraltro anche poco opportuna, perché la figura soggettiva espressa dal gruppo, per la forza delle cose, quanto più sarà formalizzata tanto più sarà interprete meno autentica del modo di avvertire l'interesse da parte del gruppo stesso» (F.G. Scoca, Interessi protetti (dir. amm), cit., 15).

¹³ Sul punto, in particolare in relazione ai procedimenti di ripristino ed alle azioni di risarcimento del danno ambientale, v. M.P. GIRACCA, *Il danno ambientale ed il diritto comunitario*, in R. FERRARA (a cura di) *La tutela dell'ambiente*, Torino 2006, 232.

riferimento di ciascuna risorsa ambientale, in particolare sotto il profilo della legittimazione ad agire avverso decisioni pubbliche potenzialmente impattanti. A tal fine, dopo aver contestato la legittimità, nonché l'opportunità, della suddetta "statalizzazione" dell'intera disciplina della tutela delle risorse ambientali, si procederà con l'analisi del "nodo" rappresentato dalla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive connesse ai beni ambientali, per poi passare all'esame della corretta configurazione della natura giuridica dell'ambiente. Infine, si cercherà di delineare possibili soluzioni alle diverse aporie che l'attuale disciplina della tutela ambientale presenta, attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e della teorica dei beni comuni. La recente emersione - sia nel dibattito dottrinale che in numerosi testi normativi – di questi due elementi, infatti, appare profondamente legata alla sostanziale inadeguatezza del modello della centralizzazione delle funzioni di gestione dei beni di interesse generale: l'applicazione del principio di cui all'art. 118, co. 4 Cost. ed il rinnovato interesse per i beni comuni sono entrambi fenomeni tesi a mettere in risalto la figura dei singoli, come della collettività organizzata, nelle attività di "presa in cura" di beni, quali le risorse ambientali, per natura destinati al libero godimento da parte di chiunque e, per questo, richiedenti forme di tutela particolarmente intense¹⁴.

2. La "statalizzazione" delle funzioni di protezione delle risorse ambientali.

– L'avvenuta "statalizzazione" dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente appare innanzitutto evidente laddove si analizzi la disciplina del risarcimento del danno ambientale¹⁵. Ai sensi dell'art. 311 del d. lgs. n. 152/2006 (d'ora in avanti t. u. ambiente) è, infatti, riconosciuta al solo Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare la titolarità di intraprendere l'azione giudiziaria (sia in sede civile che penale) per ottenere il risarcimento di un danno ambientale. Deve segnalarsi, sul punto, che tale disposizione segna il definitivo passaggio ad un modello profondamente accentrato, laddove la disciplina precedente – sebbene comunque non attribuisse la legittimazione ad agire ai singoli cittadini –

¹⁴ Parlano, in questo contesto, di «crisi della statualità» V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso, in www.labsus.org, 2014, 2.

La letteratura in tema di danno ambientale, sia pubblicistica che privatistica, è molto vasta. Ex multis, oltre all'ampio e completo recente lavoro monografico di W. Giulietti, Danno ambientale e azione amministrativa, cit., si rinvia a U Salanitro, Il danno ambientale, Roma 2009; F. Giampietro (a cura di), La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE, Milano 2006; P. Dell'anno, Profili evolutivi del danno ambientale, dopo la costituzionalizzazione dell'ambiente, in Iustitia, 2003, 192 ss.; B. Pozzo, Il danno ambientale, in Riv. giur. ambiente, 1999, 731 ss.; C. Vivani, Il danno ambientale, Padova 2000; F. Fonderico, La tutela dell'ambiente, in Trattato di diritto amministrativo (a cura di S. Cassese), Milano 2000, 1521 ss.; P. Maddalena, Danno pubblico ambientale, Rimini 1990; A. Albamonte, Danni all'ambiente e responsabilità civile, Padova 1989; F. Lubrano, Danno ambientale e tutela giudiziaria, in Riv. amm. della Repubblica italiana, 1989, 1465 ss.

812 MARCO CALABRÒ

prevedeva che l'azione di risarcimento fosse esperibile anche da parte di regioni, province e comuni, in relazione a danni arrecati all'interno dei rispettivi territori, nonché da parte delle associazioni ambientali riconosciute¹⁶.

L'aver optato per una legittimazione accentrata pubblicistica, in capo allo Stato – che pure sembrerebbe rinvenire giustificazione, almeno *prima facie*, non solo nella difficile introduzione nel processo delle situazioni giuridiche adespote connesse al bene ambiente, ma anche nella indubbia dimensione globale¹⁷ e non meramente locale del tema¹⁸ – è stata invero oggetto di critiche sotto molteplici aspetti.

In primo luogo, si può registrare un evidente passo indietro rispetto al regime precedente, nella misura in cui si è passati da un modello di tutela affidato allo Stato come "ordinamento" – inteso quale insieme di enti rappresentativi della collettività – ad un sistema che affida l'intera sfera di intervento processuale alla figura dello Stato come "soggetto"¹⁹, finendo tra l'altro per configurare impropriamente il danno ambientale come danno "pubblico" e non collettivo²⁰.

- ¹⁶ In particolare, l'art. 18 della l.n. 349/1986, oggi in parte abrogato dal t.u. ambiente, disciplinava un'ipotesi di legittimazione concorrente tra gli enti locali e lo Stato in materia di azione risarcitoria per danno ambientale. Sul punto cfr. Corte Conti, Sez. contr., 15 gennaio 2003, n. 1, in Riv. corte conti, 2003, 1; Tribunale Venezia 12 giugno 2001, in Riv. giur. ambiente 2002, 124; Pretura di Rovigo, 4 dicembre 1989, in Riv. giur. edilizia, 1990, I,1057. L'art. 9, co. 3 del d.lgs. n. 267/1990 (t.u. enti locali) attribuiva poi alle associazioni ambientali riconosciute il potere di proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario spettanti al comune e alla provincia nell'ipotesi in cui tali enti, pur se titolari di un diritto al risarcimento, fossero rimasti inerti (cfr. Tribunale di Orbetello, 14 aprile 2005, in Riv. giur. edilizia, 2005, I, 1367) La disposizione proseguiva prevedendo la liquidazione dell'eventuale danno a favore dell'ente sostituito, potendosi liquidare alle associazioni unicamente le spese processuali (cfr. Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2002, n. 43238, in Riv. pen., 2003, 790). Oggi ad associazioni ambientali ed enti locali è, invece, riconosciuto unicamente un potere di segnalazione al Ministro dell'esistenza di un danno ambientale, nonché la possibilità di agire avverso il silenzio inadempimento del Ministro e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale (cfr. art. 310, t. u. ambiente).
- ¹⁷ Cfr. F. SPAGNUOLO, I profili organizzativi della governance ambientale multilivello, in A. MASSERA (a cura di) Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra scienze, istituzioni e diritto, Napoli 2011, 51 ss.
- ¹⁸ A ben vedere emergono anche ulteriori ragioni a favore della legittimazione esclusivamente pubblica, quali, ad esempio, le inevitabili difficoltà che incontrerebbe il singolo cittadino nel dimostrare il nesso di causalità a fronte della situazione di asimmetria informativa che generalmente caratterizza il rapporto tra soggetto che inquina (spesso un'impresa, quindi economicamente forte e tecnicamente informata) e il cittadino comune. Si sofferma sulle diverse problematiche connesse all'applicazione *tout court* al settore ambientale del modello civilistico di responsabilità W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 85.
- ¹⁹ In termini v. R Leonardi, L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del «federalismo ambientale», in Foro amm.-T.A.R., 2013, 2925 ss.
- ²⁰ Il nuovo assetto rende ambigua, controversa, la valenza da riconoscere all'intervento dello Stato, ovvero se esso agisca in quanto soggetto direttamente leso o in quanto soggetto deputato alla tutela dell'ambiente nell'interesse della collettività. Sul punto si rinvia a C. Volpe, Giudice amministrativo e codice dell'ambiente. Il danno ambientale nel riparto di giurisdizione, in www.giustamm. it, 2006. Sotto la vigenza del precedente regime la giurisprudenza aveva, invece, chiarito che «La legittimazione ad agire, che è attribuita allo Stato ed agli enti minori non trova fondamento nel fatto

Come, invece, dimostrato dalla più accorta dottrina in relazione alla pur meno accentrata normativa precedente, il riferimento esclusivo del danno allo Stato si spiega «unicamente con l'origine storica» della relativa disciplina²¹: allo Stato appartiene il solo potere di gestione e di rappresentanza degli interessi propri della collettività, di talché il soggetto legittimato ad agire (Stato-apparato) non corrisponde affatto al soggetto concretamente danneggiato (Stato-comunità)²².

Tra l'altro – come ampiamente stigmatizzato da parte della Conferenza delle Regioni in sede di parere reso nel 2006 sul testo del t.u. ambiente – l'estromissione degli enti locali dal potere di proporre autonomamente e direttamente azioni di risarcimento danni a fronte di episodi che avvengono all'interno dei rispettivi territori appare del tutto incoerente con l'attuale impianto costituzionale, ispirato ai principi di sussidiarietà verticale e orizzontale²³. Né può sostenersi che il riconosciuto potere di denuncia in capo a enti locali ed associazioni compensi l'esclusione della loro legittimazione ad agire; al riguardo, basti ricordare che lo Stato – anche a seguito di denuncia – non è certo obbligato ad attivarsi con l'azione di danno, con il conseguente rischio di subordinare le istanze di tutela ambientale a valutazioni ampiamente discrezionali da parte del Ministero (finanche a criteri di opportunità politica), senza alcuna possibilità, da parte della comunità, vera titolare dell'interesse sotteso, di porre in essere scelte autonome a difesa dell'ambiente nel quale vive²⁴.

che essi hanno affrontato spese per riparare il danno o nel fatto che essi abbiano subito una perdita economica ma nella loro funzione a tutela della collettività e delle comunità nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico e sociologico del territorio che ad essi fanno capo» (Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, I, 3).

- ²¹ Cfr. F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989, 547 ss., il quale ricorda che «il danno all'ambiente trova la sua matrice culturale più prossima in una notissima giurisprudenza della Corte dei conti, in cui essa si autoproclama il giudice naturale degli interessi diffusi relativi all'ambiente; e costruisce questi interessi diffusi come interessi dello Stato, in quanto rappresentante della collettività nazionale [...] fuori da questo quadro, e cioè sul piano sistematico, il riferimento del danno ambientale necessariamente e solo allo Stato non ha né significato né giustificazione», 560.
- ²² Sul punto cfr. P. Landi, La tutela processuale dell'ambiente, Padova 1991, 36; P. Maddalena, Il diritto all'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, in Cons. St., 1983, II, 427 ss. Parla espressamente di centralizzazione delle azioni di tutela del danno ambientale P. Fimiani, Le nuove norme sul danno ambientale, Milano 2006.
- ²³ Interessante, in tal senso, la tesi di chi in dottrina ha proposto di distinguere tra danni macroambientali, la cui legittimazione sarebbe da attribuire allo Stato, e danni microambientali, il cui riferimento, anche in termini processuali, dovrebbero essere al contrario gli enti locali (R Leonardi, L'esclusione della legittimazione ad agire degli enti locali nell'azione risarcitoria in tema di danno ambientale: la negazione del «federalismo ambientale», cit., 2938). Si esprime criticamente nei confronti dell'avvenuto centralismo non solo per ragioni di contraddittorietà con il principio di sussidiarietà, ma anche perché potenzialmente foriero di inefficienza ed inidoneo a garantire una tutela piena delle risorse ambientali W. Giulietti, Danno ambientale e azione amministrativa, cit., 143. L'autore sottolinea, tra l'altro, come gran parte dei Paesi europei (tra i quali Spagna e Francia) abbia al contrario adottato un modello organizzativo di tutela a carattere decentrato.
- ²⁴ In termini v. C.M. Verardi, La tutela degli interessi collettivi in campo ambientale nel processo tra l'art. 18 della L. n. 349 del 1986 ed il nuovo codice di procedura penale, in Giur. merito. 1989, 1059.

814 MARCO CALABRÒ

Il profilo della tendenziale statalizzazione della tutela delle risorse ambientali emerge, poi, anche se si sposta l'oggetto dell'analisi dal piano processuale a quello sostanziale: dall'esame del t.u. ambiente si evince come le funzioni pianificatorie, programmatorie, autorizzatorie siano detenute quasi in via esclusiva dallo Stato, in parziale condivisione con le Regioni²⁵. Un ruolo che potrebbe definirsi "defilato" è affidato agli enti locali²⁶, mentre nessun ruolo, o quasi, è riconosciuto nella sostanza – al di là di mere dichiarazioni o disposizioni normative a carattere meramente programmatico – alla società civile e, in ultima analisi, al singolo cittadino.

A favore di tale modello accentrato potrebbe in effetti richiamarsi la circostanza che, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s) Cost., è assegnata allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, il che avrebbe coerentemente indotto il legislatore ad affidare al Ministero competente il compito di esercitare gran parte delle funzioni pubbliche in materia di tutela, prevenzione e riparazione dei danni all'ambiente (cfr. art. 311, t.u. ambiente). Una diversa ragione che condurrebbe alla suddetta statalizzazione riposerebbe, poi, nella natura demaniale dei beni ambientali (o, almeno, di buona parte di essi), il che li farebbe confluire nella categoria dei beni pubblici, per l'appunto statali. In tal senso si sono espresse in passato sia la Corte Costituzionale, che ha individuato nel Ministro il centro dell'interesse "pubblico" ambientale²⁷, sia la Corte dei Conti, laddove ha legato la tutela dei beni pubblici ambientali all'attivazione dell'interesse pubblico, inteso come «interesse proprio della persona dello Stato»²⁸.

Anche la direttiva europea in materia di danno ambientale (dir. 2004/35/CE, art. 12) chiarisce che l'amministrazione, a seguito di denuncia, non è costretta ad agire con un'azione di danno: su di essa, infatti, incombe semplicemente il dovere di esaminare la fondatezza della richiesta di azione, ben potendo però, al riguardo, operare discrezionalmente una valutazione circa la sussistenza o meno dei presupposti dell'azione stessa.

²⁵ Sulla sostanziale incompatibilità tra tale processo di accentramento dei poteri in capo allo Stato e la piena e completa attuazione dell'ordinamento regionale v. G. CAIA, *Il Ministero dell'ambiente*, in *Costituzione e struttura del governo. La riforma dei Ministeri (parte seconda)*, Padova 1988, 487. Al riguardo F. De Leonardis, nel suo *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, 273 ss., sottolinea non solo la necessità che il sistema di tutela ambientale non sia fortemente accentrato, ma anche l'opportunità di dare vita ad una vera e propria rete tra i diversi attori istituzionali chiamati a contribuire – in attuazione del principio di leale collaborazione – alla più idonea azione di tutela del bene ambiente.

²⁶ Per una disamina dell'evoluzione del sistema nazionale della tutela ambientale, caratterizzato da una andamento ciclico volto a riconoscere maggiore o minore peso al contributo degli enti locali nell'attuazione delle politiche di protezione delle risorse ambientali si rinvia a M. RENNA, L'allocazione delle funzioni normative e amministrative, in G. ROSSI (a cura di), Diritto dell'ambiente, 2015, 139 ss.

²⁷ Cfr. Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, 329. Al riguardo Scoca sottolinea come la Corte all'epoca guardasse positivamente all'accorpamento delle funzioni a livello statale, quasi ignorando il «percorso sinusoidale seguito, in tema di funzioni regionali, dal legislatore statale», F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, cit., 540.

²⁸ Corte Conti, Sez. I, 16 dicembre 1980, n. 115, in *Foro it.*, 1982, III, 24. In termini v. anche Corte Conti, Sez. I, 22 gennaio 1982, n. 10, in *Foro amm.*, 1983, I, 503; Id., 14 settembre 1984, n. 170.

In ordine a tale secondo profilo ci si soffermerà criticamente nel prosieguo del lavoro, mentre per quanto attiene il primo elemento richiamato a supporto dell'avvenuto accentramento funzionale è fin troppo noto come la giurisprudenza costituzionale, affiancata dalla dottrina, abbia da tempo chiarito che la materia "ambiente" – atteso il suo carattere intrinsecamente trasversale – non può essere intesa «come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata»²⁹.

A tacer d'altro, l'elemento palesemente dissonante è rappresentato dalla contraddizione esistente tra il soggetto titolare delle funzioni di tutela e la comunità (essenzialmente locale) destinata a subire gli effetti di quelle scelte³⁰. È, tra l'altro, ormai innegabile come in assenza del contributo degli enti locali e della società civile – in una prospettiva di *governance* multilivello ispirata al principio di leale collaborazione³¹ – si rivelerebbe sostanzialmente illusorio l'ottenimento di una tutela effettiva dei beni ambientali³². È proprio la natura di enti generali, rappresentativi dei diversi interessi della collettività insediata sul rispettivo territorio, riconosciuta dal nostro ordinamento agli enti locali che avrebbe dovuto condurre il legislatore ad affidare un ruolo ampio e significativo a tali soggetti anche nella disciplina di settore della tutela ambientale; eppure così non è stato³³. A ciò si aggiunga che – come si cercherà di chiarire *infra* – una corretta interpretazione degli artt. 2 e 118 Cost. non può che condurre a sostenere l'illegittimità di un regime in base al quale la tutela degli interessi meta-individuali finisca per essere appannaggio esclusivo dello Stato³⁴.

- ²⁹ Corte Cost., 22 luglio 2002, n. 407, in *Regioni*, 2003, 312; Corte Cost., 18 aprile 2008, n. 104, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2008, II, 1029; Corte Cost., 1 dicembre 2006, n. 398, in *Giur. cost.*, 2006, 6. Sul punto v. F.G. Scoca, *Brevi osservazioni sulla disciplina del danno ambientale*, C. Lenoci (a cura di), *Ambiente è sviluppo*, Neldiritto, 2010, 258; D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, 264.
- ³⁰ Vedi da ultimo, a favore della centralizzazione delle funzioni, Corte Cost., 23 luglio 2009, n. 235, in *Foro amm-C.d.S.*, 2009, 1622, laddove si afferma che non può ravvisarsi, in tema di danno ambientale, alcuna "interferenza" fra competenze legislative, che costituirebbe il presupposto per l'applicazione del principio di leale collaborazione. È stato altresì sostenuto che l'asserita rilevanza almeno nazionale della tutela dell'interesse ambientale imporrebbe l'avvenuto accentramento a livello statale anche per consentire che le politiche di protezione possano essere ispirate, nelle loro linee essenziali, a criteri di uniformità (v. A Gustapane, *Tutela dell'ambiente (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, Milano 1993, Vol. XLVI, 419).
- ³¹ Cfr. A. Romano Tassone, *Stato, Regioni e enti locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 1993, 108 ss.
- ³² Per un'ampia disamina dei diversi documenti di diritto internazionale ove è espressamente riconosciuto un ruolo di assoluta rilevanza all'attività degli enti locali nelle politiche di protezione delle risorse ambientali e nelle azioni di sensibilizzazione della popolazione nei confronti delle emergenze ambientali v. F. De Leonardis, *Politiche e poteri dei governi locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2012, 779 ss.
- ³³ In termini si rinvia alle osservazioni di F.G. SCOCA, *Il vincolo ambientale e la tutela dei terzi*, in *Riv. amm. Reg. Veneto*, 1995, 236. Si interroga sulla correttezza del prescelto modello di *governance* fortemente statale anche E. FERRARI, *Il danno ambientale in cerca di giudice e... d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore*, cit., 548.
- ³⁴ In termini analoghi si è già espresso in passato F. Salvia, *L'inquinamento. Profili pubblicistici*, Padova 1984, 65.

Ciò posto, l'aspetto di maggiore criticità connesso al ruolo pseudo-esclusivo riconosciuto allo Stato, sia in termini funzionali che processuali, è probabilmente da rinvenire nella circostanza che l'attuale sistema fa sì che decisioni pubbliche direttamente o indirettamente incidenti sull'ambiente (e, pertanto, anche potenzialmente atte ad arrecare danni allo stesso) risultano difficilmente contestabili in sede giurisdizionale, in ragione della problematica individuazione di soggetti legittimati ad agire differenti dalla stessa amministrazione statale³⁵.

Al di là dei già evidenziati profili di inadeguatezza in termini di mancata attuazione dei principi di sussidiarietà verticale (nei confronti degli enti territoriali e locali) e sussidiarietà orizzontale (rispetto al ruolo della comunità di riferimento), il rischio riposa, pertanto, nella limitata sindacabilità di provvedimenti incidenti sull'ambiente emanati da uno Stato che potrebbe rivelarsi, da un lato, debole, ossia facilmente "catturabile" dagli interessi delle *lobbies* multinazionali³6 e, dall'altro, disponibile a "monetizzare" anche risorse che dovrebbero essere prima di tutto preservate, sia in quanto tali, sia perché strumentali al soddisfacimento di diritti fondamentali ed allo sviluppo del singolo, dell'intera collettività, nonché delle generazioni future³7.

3. Situazioni giuridiche soggettive e legittimazione ad agire in sede processuale a tutela dell'ambiente: diritti, doveri, interessi. – Nell'indagare le forme attraverso cui un ordinamento garantisce la tutela di un bene è doveroso un esame preliminare delle situazioni giuridiche soggettive ad esso correlate, quale substrato sostanziale, presupposto indispensabile per l'esercizio di eventuali azioni processuali³⁸. Al riguardo, è ormai pacifico che il bene ambiente risulta oggetto di

³⁵ Al riguardo, è stato osservato come le restrizioni in termini di strumenti di garanzia introdotte dalle recenti riforme, oltre a disattendere le aspettative provenienti dalle sedi sovranazionali, configurano «un vero e proprio *vulnus* in sede di definizione di un livello di tutela effettiva per la salvaguardia dell'ambiente», D. Siclari, *Profili di diritto processuale amministrativo:* class actions *e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, 423.

³⁶ Cfr. U MATTEI, Beni comuni. Un manifesto, Roma-Bari 2012, 17.

³⁷ Anche in relazione alla gestione di alcune risorse ambientali è stato condivisibilmente osservato che «l'elemento più inquietante di questa stagione normativa – strumentale al più ampio disegno dello Stato di "far cassa" immediatamente ed ad ogni costo – è stato dunque quello di prevedere ipotesi di commercializzazione o valorizzazione economica di beni comuni senza la contestuale introduzione di garanzie adeguate per il mantenimento della loro destinazione pubblica», R. LOMBARDI, Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni, in A. CROSETTI, R. FERRARA, C.E. GALLO, S. GRASSI, M.A. SANDULLI (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente. I. Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno, 2014, 70. Sul tema v. anche S. SETTIS, Azione popolare. Cittadini per il bene comune, Torino 2012, 93.

³⁸ Sul punto, diffusamente, C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano 2014, 399 ss. Non sono mancati in dottrina, invero, posizioni tese a slegare l'elemento soggettivo (situazione giuridica) dalle dinamiche di risarcimento del danno ambientale, laddove si è sostenuto che la peculiarità

situazioni giuridiche sia individuali che collettive, in quanto esso investe l'uomo come singolo, incidendo nella sua sfera privata e – spesso contestualmente – come membro di una comunità più ampia di persone.

Originariamente, invero, sia in dottrina che in giurisprudenza si inquadrava la protezione dell'ambiente in un modello soggettivo, individuale, di tutela, attraverso la previsione di una insopprimibile connessione tra la risorsa ambientale ed il diritto di proprietà sul bene stesso³⁹: in altri termini, l'ambiente riceveva protezione non in quanto tale, bensì in via indiretta, con la conseguenza che il danno all'ambiente era configurato (e protetto) come danno al diritto soggettivo di proprietà sul bene⁴⁰. Tale prospettiva, tuttavia, è stata in seguito abbandonata, e non solo perchè evidentemente inidonea a garantire forme di protezione piene ed adeguate, ma anche in ragione della sua ormai inattuale impostazione puramente antropocentrica, ispirata ad una posizione culturale che concepiva la tutela delle risorse ambientali solo in ragione della loro utilità nei confronti dell'uomo⁴¹.

Un parziale passo in avanti si è registrato grazie ad una nota pronuncia della Cassazione del 1979, con la quale – attraverso la valorizzazione degli artt. 2 e 32 della Costituzione – si è inteso riconoscere in capo a ciascun cittadino un diritto all'ambiente salubre, configurato come diritto fondamentale dell'uomo, non soggetto a limiti⁴². Tale impostazione ha avuto il pregio di segnare il distacco dalla dimensione proprietaria, sottolineando in particolare come il cittadino

del bene in questione richiederebbe di spostare l'attenzione dall'interesse al danno, finendo per impostare l'intero regime di responsabilità sull'esigenza (oggettiva) di riparazione o risarcimento. In termini v. L. Francario, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli 1990, 67. Per una ricostruzione dell'orientamento che individua nella responsabilità per danno ambientale un modello di responsabilità oggettiva v. A. Scacchi, *Profili civilistici*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padoya, 2012, 331.

- ³⁹ Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia a F.G. SCOCA, La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo, in AA.Vv., Le azioni a tutela di interessi collettivi, Padova 1976, 43 ss. il quale ricorda come la giurisprudenza amministrativa abbia in passato negato la legittimazione ad agire proprio ogniqualvolta non emergeva il collegamento tra provvedimento lesivo del bene ambiente e diritto di proprietà, o di impresa, 50.
- ⁴⁰ Sul punto cfr. M. Interlandi, *Ambiente, beni di interesse comune e diritti «collettivi»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 231; S. Rodotà, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, Bologna 1990.
- ⁴¹ Analizza ampiamente il passaggio dalla prospettiva meramente antropocentica a quella tendenzialmente ecocentrica o biocentrica P. MADDALENA, L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni, in www.federalismi.it, 2011. W. GIULIET-TI, Danno ambientale e azione amministrativa, cit., 4,1 osserva, inoltre, che un ulteriore limite di tale impostazione era rappresentato dal fatto che il tipo di risarcimento connesso alla lesione al diritto di proprietà fosse puramente pecuniario, con la conseguenza che il privato avrebbe potuto rinunciarvi o non utilizzare la somma per ripristinare (ove possibile) lo stato precedente della risorsa ambientale lesa.
- ⁴² Cfr. Cass. civ., Sez. Un. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur it.*, 1980, I, 1, 464. Per una ricostruzione delle reazioni, principalmente critiche, della dottrina dell'epoca a seguito della citata pronuncia della Cassazione si rinvia a F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, cit., 548, il quale sottolinea come la ricostruzione prospettata si mostrasse eccessivamente rigida, laddove configurava il diritto all'ambiente salubre come diritto assoluto, non affievolibile nemmeno da parte del potere pubblico.

esercitasse i propri diritti inviolabili sia *uti singulus* che in forma associata⁴³, ma finiva pur sempre per proporre un modello di tutela individuale all'interno del quale la risorsa ambientale non raffigurava il reale oggetto della situazione giuridica protetta, essendo quest'ultima piuttosto rappresentata dal diritto alla salute dell'uomo⁴⁴. Si confermava, in altri termini, una prospettiva esclusivamente antropocentrica.

A posizioni in qualche modo volte a ricondurre la tutela dell'ambiente nell'ambito del modello dei diritti soggettivi⁴⁵, si sono poi affiancate tesi che hanno prospettato un approccio diametralmente opposto, volte a sottolineare come il bene in esame sia non tanto oggetto di diritti, quanto di doveri⁴⁶. Numerose disposizioni del t.u. ambiente, in effetti, introducono situazioni giuridiche di doverosità che gravano tanto sugli apparati pubblici – in qualità di titolari di funzioni di protezione in nome della collettività – quanto sul singolo individuo. Quest'ultimo, di fronte all'ambiente, veste contemporaneamente i duplici panni di "aggressore" e "difensore", il che – in funzione dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. – gli impone di agire, indipendentemente da un proprio interesse personale, in chiave solidaristica a tutela delle risorse naturali di cui gode

⁴³ R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo*), voce in *Dig. pub.*, VIII, Torino 1993, 483.

⁴⁴ Chiarisce come tale ricostruzione finisse, in ultima istanza, non a fondare un diritto soggettivo all'ambiente autonomo, quanto, piuttosto, ad ampliare il diritto alla salute di ciascun uomo, esteso a tutela del bene salute anche dalle aggressioni di carattere ambientale (ad es. inquinamento), F.G. SCOCA, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, in Dir. e società, 1993, 406. Nel medesimo scritto, l'Autore ricorda altresì che a sostegno della configurabilità di un diritto soggettivo all'ambiente sì è anche richiamata la stessa disciplina del danno ambientale, la quale "imporrebbe" implicitamente l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva individuale in capo al bene. Invero – alla luce della considerazione che il risarcimento del danno ambientale deve essere corrisposto allo Stato – tale impostazione presupporrebbe «non il riconoscimento di un diritto di tutti (o collettivo) all'ambiente, ma di un diritto dello Stato» 413, del tutto incompatibile con quanto si è visto – e meglio si dirà – in relazione all'ambiente come bene nei confronti del quale lo Stato assume il ruolo di "tutore" e non di proprietario. In relazione a tale ultimo profilo sia consentito rinviare a M. CALABRO, Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale, in F. Giampietro (a cura di), La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE, Milano 2006, 224.

⁴⁵ Non sono mancate interessanti ricostruzioni in dottrina tese a teorizzare l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo alla tutela dell'ambiente, avente un contenuto autonomo e più ampio rispetto ai singoli interessi (di natura culturale, sanitaria o urbanistica) di volta in volta protetti dall'ordinamento. In termini si rinvia a A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 ss.; S. Patti, *Diritto dell'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 859 ss.

⁴⁶ Cfr. T. Martines, L'ambiente come oggetto di diritti e doveri, in V. Pepe (a cura di), Politica e legislazione ambientale, Napoli 1996, 23 ss.; G. Morbidelli, Il regime speciale dell'ambiente, in Scritti in onore di A. Predieri, Milano 1977, 1166 ss; L. Iannotta, F. Pugliese, Principio di solidarietà e tutela dell'ambiente, relazione inedita tenuta in occasione del Convegno Il diritto dell'ambiente nell'Europa del mercato unico, Cervia 1992.

liberamente insieme alla comunità a cui appartiene⁴⁷. L'eventuale danno alla risorsa ambientale, pertanto, rileva non in termini di necessario risarcimento di un diritto leso, bensì di obbligo di riparazione a seguito dell'inosservanza di un dovere (pubblico o privato) di conservazione. L'impostazione appare pienamente condivisibile e foriera di interessantissimi spunti di riflessione sui quali si tornerà, ma non risolve la diversa e successiva problematica connessa all'individuazione dei soggetti legittimati ad agire in giudizio per contestare la violazione del comportamento doveroso⁴⁸.

Più di recente, invero – pur perdurando il dibattito tra i diversi approcci ricostruttivi – ciò che sembra emergere con una certa nitidezza è che l'ambiente rappresenta un bene intrinsecamente collettivo⁴⁹, il che finisce per rendere vano (se non dannoso in termini di protezione) qualsiasi sforzo volto a teorizzare un modello di tutela fondato sull'esercizio di diritti soggettivi individuali⁵⁰. Ciò nonostante, è indubbio che la relazione esistente tra il singolo individuo ed il bene ambiente (o, meglio, come vedremo, i diversi beni a valenza ambientale) assurge comunque al rango di "interesse protetto", ritenuto degno dall'ordinamento di un autonomo riconoscimento⁵¹.

È proprio sulla base di tali considerazioni che si profila quella che rappresenta la tesi attualmente prevalente, ovvero, la configurazione dell'ambiente come bene oggetto di interessi diffusi (di accesso e godimento), idonei a soggettivizzarsi in interessi collettivi di partecipazione e – in presenza di determinati presupposti – di reazione processuale⁵². Anche la direttiva europea in materia

- ⁴⁷ Approfondisce i diversi profili, teorici e applicativi, della tutela ambientale letta in chiave solidaristica F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doversi di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 ss., il quale sottolinea, tra l'altro, come la solidarietà ambientale rappresenti ormai «una precondizione, almeno nel lungo periodo, per la sopravvivenza stessa della collettività e degli individui cui i doveri sono imputati», 234. Dello stesso autore, sul tema, v. anche *The Legal Definition of Environment : From Right to Duties*, in *ICFAI Journal of Environmental Law (IJEL)*, 2006, 17 ss.
- Sul punto v. F. Fracchia, I procedimenti amministrativi in materia ambientale, in A. Crosetti,
 R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason (a cura di), Diritto dell'ambiente, Roma-Bari 2008, 305.
 In termini v. F.G. Scoca, Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico, cit., 555.
- ⁵⁰ Al riguardo, è stato evidenziato che «ove si configuri l'ambiente come oggetto di un diritto soggettivo, è giuoco-forza concepire tale diritto non come situazione giuridica individuale ma come diritto collettivo. Cosicchè, se si sostituisce il termine "diritto" (che nella locuzione "diritto collettivo" non ha più il significato tecnico che usualmente gli è proprio) con il termine "interesse", ci si trova di fronte ad una situazione soggettiva di interesse collettivo», F.G. Scoca, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, cit., 404.
- ⁵¹ Secondo l'insegnamento di Scoca, per interessi protetti devono intendersi «tutte le situazioni giuridiche soggettive che hanno per sostrato extragiuridico (o naturale) un interesse, ossia un'entità fenomenica che indica la tensione di un soggetto (il titolare) verso un bene (l'oggetto dell'interesse), il cui conseguimento determina la realizzazione (o soddisfazione) dell'interesse medesimo», F.G. Scoca, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., 1.
- ⁵² La giurisprudenza amministrativa ha da tempo individuato nell'interesse collettivo «l'interesse al corretto esercizio del potere amministrativo da parte di un'organizzazione di tipo associativo.

di danno ambientale (dir. 2004/35/CE), del resto, utilizza la locuzione interessi diffusi, riferendosi per l'appunto a quelle posizioni giuridiche tutelate in quanto appartenenti non ad un singolo individuo bensì ad una collettività indeterminata di soggetti⁵³. Come efficacemente chiarito dalla più accorta dottrina, tuttavia, gli interessi diffusi non sono altro che un'accezione peculiare della categoria generale degli interessi legittimi, quale situazione giuridica soggettiva strumentale che si modula venendo in contatto con l'esercizio del potere pubblico e che si esprime nell'esercizio di facoltà procedimentali e processuali⁵⁴.

Nonostante tali ultimi approdi, e sebbene appaia evidente la profonda differenza di contenuto (e di titolarità) che esiste tra un interesse diffuso ed un interesse propriamente pubblico⁵⁵, – come già si è avuto modo di osservare, il tentativo di offrire un impianto di protezione efficace all'ambiente ha spinto il legislatore italiano a "risolvere" il problema della legittimazione ad agire, da un lato, riconoscendo una legittimazione *ex lege* al solo Stato (in relazione al risarcimento del danno ambientale), e dall'altro, disciplinando in modo evidentemente parziale – e comunque inadeguato – il profilo della sindacabilità delle scelte pubbliche incidenti sulle risorse ambientali.

Al di là degli aspetti connessi all'intrinseca contraddittorietà sottesa alla

Tale interesse risulta differenziato sia rispetto a quello facente capo alla generalità dei cittadini (interesse diffuso, n.d.r.), sia rispetto a quello proprio dei singoli appartenenti alla categoria (interesse legittimo, n.d.r.)», Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 1985, n. 176, in Cons. St., 1985, I, 550. Vedi anche Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2921, in Foro amm.-C.d.S., 2002, 1197. Sul tema è doveroso il richiamo allo scritto di M. Nigro, Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, in Foro it., 1987, 7 ss. Più in generale, sui caratteri propri degli interessi diffusi e collettivi, nonché sulle rispettive differenze, sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente, Napoli 2004, 205 ss.

- ⁵³ Cfr. il considerando 25 della dir. 2004/35/CE (*Responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*), dove dopo essersi sottolineata l'esigenza che chiunque subisca o rischi di subire un pregiudizio scaturente da un danno ambientale sia legittimato a rivolgersi all'autorità competente si osserva come la protezione dell'ambiente raffiguri «un interesse diffuso, per il quale i singoli non sempre agiscono o sono in grado di agire».
- ⁵⁴ Cfr. F.G. Scoca, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., 16. Si tratta, evidentemente, di una accezione di interesse legittimo maggiormente ampia, elastica, rispetto a quella tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza, difettando quasi del tutto i requisiti della individualità e della differenziazione (F.G. Scoca, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova 1976, 59). In giurisprudenza cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 giugno 1980, n. 432, in *Foro amm.*, 1980, I,1472.
- ⁵⁵ L'interesse diffuso è, per natura, un interesse appartenente ad una collettività di soggetti, e pertanto non può e non deve confondersi con l'interesse pubblico, il cui unico titolare è, invece, lo Stato. Sul tema si rinvia alle riflessioni di W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 62 Al riguardo, è stato altresì affermato che la valorizzazione della figura degli interessi diffusi nel settore in esame deve essere interpretato come «maturazione della coscienza sociale» (F.G. Scoca, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., 15), come segno della mancanza di fiducia nella idoneità dei pubblici poteri ad ergersi, da soli, come soggetti di riferimento per l'esercizio di efficaci azioni di tutela dei beni ambientali (v. M. Delsignore, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo* standing *a tutela di* environmental interests *nella* judicial review *statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 741).

scelta di assurgere a pubblico un interesse per sua natura collettivo⁵⁶, la scelta operata dal legislatore italiano presenta una serie di criticità in termini di adeguatezza della tutela del bene ambiente. L'esercizio di un'attività di pianificazione o programmazione poco attenta agli impatti ambientali; il rilascio di una concessione o di un'autorizzazione per la realizzazione di attività lesive per l'ambiente: un'attività di controllo insufficiente o addirittura omessa: sono. queste, solo alcune delle ipotesi nelle quali è l'amministrazione (sovente statale) a mettere in pericolo (direttamente o indirettamente) una o più risorse ambientali. Ebbene, nell'indagare con quali strumenti l'ordinamento reagisca di fronte a tali eventualità e, in particolare, quali soggetti siano legittimati ad agire avverso atti o comportamenti pubblici illegittimi che rischiano di nuocere all'ambiente, deve innanzitutto ricordarsi che, ai sensi del t.u. ambiente, regioni, enti locali e associazioni ambientali non solo hanno la facoltà di partecipare ai procedimenti tesi all'adozione di misure di ripristino⁵⁷ (art. 306) e di sollecitare l'azione del Ministero⁵⁸ (art. 309), ma sono altresì legittimati ad agire avverso l'adozione da parte del Ministero di atti illegittimi perché adottati in violazione delle disposizioni relative ai procedimenti di tutela risarcitoria dei danni ambientali presenti nel medesimo d. lgs. n. 152/2006 (art. 310). Il quadro delineato sembrerebbe, dunque, offrire un panorama soddisfacente in termini di sindacabilità delle decisioni pubbliche, ma la realtà si mostra ben più problematico e fragile.

In merito a regioni ed enti locali la normativa di riferimento si limita a consentire loro di contestare i soli provvedimenti statali illegittimi concernenti misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno ambientale di cui alla parte VI del t.u. ambiente. È evidente che in tal modo si preclude a tali soggetti la possibilità di sindacare eventuali atti ministeriali (di tipo programmatorio, pianificatorio, autorizzatorio, ecc.) che – pur non rientrando nei procedimenti connessi al risarcimento di un danno arrecato all'ambiente da un privato – sono comunque idonei a ledere risorse ambientali. Sul punto, invero, deve segnalarsi un positivo indirizzo del giudice amministrativo che tende comunque a riconoscere la legittimazione in capo agli enti territoriali a fronte di provvedimenti di altre amministrazioni che impattano sulle risorse ambientali rientranti nella rispettiva area territoriale di riferimento⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. cons., 25 agosto 2003, n. 1440, in Foro amm. – C.d.S., 2003, 2343.

⁵⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 marzo 2008, n. 2121, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, 1185. In ordine alla possibilità di derogare alle generali regole partecipative a fronte di comprovate ragioni di urgenza cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 11210, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 23 luglio 2009, n. 235, in Foro amm.-C.d.S., 2009, 1622.

⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 1269; Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8683, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1435; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 maggio 2009, n. 1040, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 1570; Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1725, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Maggiormente complessa è, invece, la questione connessa alla perimetrazione della legittimazione ad agire in sede processuale in capo alle associazioni ambientali. Il t.u. ambiente, infatti, riconosce la legittimazione a coloro «che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino». L'art. 306 del d.lgs. n. 152/2006 chiarisce, in particolare, che tali soggetti sono da identificare in coloro che, ai sensi degli artt. 12 e 7, comma 4, della direttiva 2004/35/CE, «vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente».

Il "nodo" della questione, pertanto, riposa evidentemente nella corretta individuazione del significato della locuzione *interesse sufficiente* introdotta dalla normativa europea. Lo stesso legislatore italiano, invero, sembra voler indicare l'interpretazione da dover dare alla formula adoperata nella direttiva, laddove al secondo comma dell'art. 309 del t.u. ambiente dispone che le associazioni ambientali riconosciute dal Ministero ex art. 13, l. n. 349/1986 sono ritenute *a priori* titolari dell'interesse legittimante alla partecipazione e, quindi, alla presentazione di un ricorso innanzi al g.a. Non si ritiene, tuttavia, che in tal modo il legislatore abbia inteso precludere ad altre formazioni associative la possibilità di essere ritenute titolari dell'interesse sufficiente ad agire in giudizio⁶⁰; e ciò anche alla luce dell'ormai quasi trentennale indirizzo giurisprudenziale venutosi a formare non solo in relazione ai procedimenti connessi alle azioni di risarcimento del danno ambientale (recupero, prevenzione, ecc.), bensì con riferimento all'impugnazione di qualsiasi provvedimento destinato ad incidere sull'ambiente.

Ci si riferisce evidentemente alla nota applicazione del c.d. criterio della *vicinitas*, in base al quale il giudice amministrativo è chiamato a selezionare di volta in volta le associazioni legittimate ad agire attribuendo rilevanza ai caratteri della stabilità dell'organizzazione e della effettiva rappresentatività degli interessi⁶¹. In pratica, ai fini dell'ammissibilità in giudizio, si richiede che il soggetto rappresentativo dimostri di svolgere concretamente attività di tutela nei confronti del bene ambientale minacciato o danneggiato, facendo emergere così uno stabile collegamento con gli interessi di una determinata porzione di territorio e, di

⁶⁰ In dottrina è stato sostenuto che il richiamo all'art. 13, l. n. 349/1986 andrebbe interpretato non in senso limitativo, volto ad escludere dalla legittimazione le associazioni non riconosciute, bensì come disposizione di riferimento, nel senso di estendere la legittimazione a tutti quei soggetti associativi che dimostrano di perseguire i medesimi fini dell'art. 13 cit. Cfr. W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 268.

⁶¹ Sul tema sia consentito rinviare a M. Calabrò, Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste, in Foro amm.-TAR, 2003, 412 ss., nonché a R. Lombardi, La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo, cit., 84 ss.; G. Mastrodonato, Le posizioni giuridiche soggettive nella materia ambientale: dagli interessi diffusi al nuovo ruolo del cittadino, in Il diritto dell'economia, 2001, 349 ss.; F. Pugliese, La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: il limite è nella legge, in Dir. proc. amm., 1994, 511 ss.; L. Maruotti, La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati all'impugnazione, in Dir. proc. amm., 1992, 308 ss.

conseguenza, la sussistenza di un pregiudizio "personale", concreto ed attuale⁶². Accogliendo, quindi, la teoria del c.d. doppio binario, al riconoscimento ministeriale di cui alla l.n. 349/1986 si attribuisce un carattere non preclusivo, bensì permissivo, con la conseguente configurazione di un duplice sistema di accertamento della rappresentatività dell'associazione, in sede amministrativa (attraverso il riconoscimento ministeriale) e in sede giurisdizionale (attraverso il criterio della *vicinitas*)⁶³.

Nel tirare le fila di quanto è sinora emerso è possibile, dunque, segnalare alcune aporie del sistema: si pensi all'ipotesi in cui, a fronte dell'emanazione di un provvedimento statale lesivo di un bene ambientale, sia assente sul territorio un'associazione riconosciuta o ritenuta titolare di un interesse "sufficiente"; o, ancora, al caso in cui un'amministrazione locale, seppur sollecitata, per ragioni politiche o di altro tenore decida di non agire a difesa dell'ambiente. Sono, questi, alcuni dei possibili scenari nei quali il singolo cittadino si ritrova sostanzialmente privo di "armamentario giuridico" idoneo a tutelare il proprio interesse legittimo (*sub specie* di interesse diffuso) alla protezione delle risorse ambientali.

Tale situazione appare ancor più grave nella misura in cui segna una evidente mancata attuazione di quanto previsto dalla Convenzione di Aarhus, alla quale l'Italia ha pur aderito sin dal 2001, e che individua nel diritto di accesso ai documenti, nell'ampia partecipazione procedimentale e, per l'appunto, nel più ampio accesso alle forme di tutela (processuale e non), gli strumenti indispensabili per la realizzazione di un modello efficace di protezione dell'ambiente⁶⁴.

⁶² Cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4728, in Foro amm., 2014, 2287; Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1217, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Molise, Sez. I, 23 dicembre 2011, n. 992, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 2001, in Foro. amm.-C.d.S., 2011, 1015; T.A.R. Toscana, Sez. II, 25 giugno 2007, n. 939, in Riv. giur. ambiente, 2008, 459; Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 1998, n. 1088, in Giust. civ., 1999, I, 308; Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 1993, n. 774, in Cons. St., 1993, I, 925; Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 1988, n. 754, in Riv. giur. edilizia, 1989, I, 109.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107, in Foro it., 2012, 1, III, 19; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, in Riv. giur. ambiente, 2011, 528; T.A.R. Veneto, 12 agosto 1998, n. 1414, in Riv. giur. ambiente, 1999, 364; Cons. Stato, Sez. Vi, 7 febbraio 1996, n. 171, in Cons. St., 1996, I, 258; Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 1992, n. 1168, in Giur. it., 1993, III, 431. In dottrina v. P. Durett, Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà, in Dir. proc. amm., 2008, 688 ss.; N. Lugaresi, Diritto dell'ambiente, Padova, 2004, 69 ss.; M. Franco, La titolarità dell'azione di impugnazione di atti amministrativi in materia di tutela ambientale dopo l'entrata in vigore della legge 8 luglio 1986 n. 349, in Quaderni regionali, 1989, 1095 ss. È stato, inoltre, sostenuto che l'utilizzo del criterio della vicinitas fungerebbe anche da strumento utile ad evitare che la legittimazione processuale possa essere riservata esclusivamente alle associazioni in qualche misura "istituzionalizzate", ossia a quelle realtà associative che – collaborando quotidianamente con il Governo in funzione consultiva – rischiano di essere di fatto omologate all'interno del circuito dei pubblici poteri. In termini v. M.R. Spasiano, Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale, Napoli 1994, 144; M. Calabro, Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente, cit. 211.

⁶⁴ La Convenzione di Aarhus (1998), sottoscritta da oltre 45 nazioni, è il frutto del lavoro della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) ed è stata ratificata dall'Italia

Per quanto maggiormente rileva in questa sede, la Convenzione stabilisce che chiunque sia titolare di un *interesse sufficiente* ad una decisione pubblica in materia di ambiente, o titolare di un diritto laddove la disciplina del Paese membro lo richieda, deve essere posto nelle condizioni di sindacare la suddetta decisione innanzi ad una Corte o ad un diverso organo indipendente ed imparziale⁶⁵.

Si pone nuovamente la questione della corretta interpretazione del concetto giuridico indeterminato "interesse sufficiente": al riguardo, il *Compliance committee* della Convenzione ha chiarito che, pur non essendo gli Stati obbligati a prevedere un'azione popolare, essi non possono utilizzare la "clausola" che fa salvi i criteri di legittimazione interni per escludere buona parte dei soggetti (associativi e non) potenzialmente interessati dalla possibilità di contestare in giudizio l'operato della p.a. 66. Dello stesso tenore anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia in ordine alle modalità di applicazione della Convenzione da parte degli Stati membri, laddove sottolinea che il giudice nazionale non può "svuotare" di qualsiasi effetto utile il contenuto della Convenzione ed è pertanto tenuto ad interpretare le norme processuali interne quanto più possibile in conformità agli obiettivi di ampio accesso alla giustizia ivi previsti ogni qual volta si tratti di sindacare una decisione pubblica contraria al diritto ambientale dell'Unione 67.

con la l. n. 108/2001. In generale, sul contenuto della Convenzione e sulla sua innovatività e influenza v. J. Harrison, Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus, in Riv. giur. ambiente, 2000, 27 ss.; B. Gebers, Proposte avanzate dalla Commissione europea per l'applicazione della Convocazione di Aarhus, in Riv. giur. ambiente, 2001, 189 ss.; M. Macchia, La compliance al diritto amministrativo globale: il sistema di controllo della convenzione di Aarhus, in Riv. trim. dir. pubblico, 2006, 639 ss.; G. Ligugnana, La Convenzione di Aarhus nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE del 2011, in Riv. trim. dir. pubbl. comunitario, 2012, 331 ss.

- ⁶⁵ L'unione Europea ha da tempo provveduto a dare attuazione ai primi due "pilastri" che compongono la Convenzione di Aarhus, attraverso la dir. 2003/4/CE in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi e la dir. 2003/35/CE in materia di partecipazione procedimentale. A tanto non si è pervenuto, invece, in relazione al terzo pilastro, quello dell'accesso alla giustizia, solo in parte recepito con la dir. 2003/35/CE, e destinato a confluire in maniera organica in una direttiva proposta sempre nel 2003, ma mai approvata. Sul tema si rinvia a M. ONIDA, Accesso alla giustizia ambientale nell'Unione Europea; un percorso ancora incompiuto?, in Riv. giur. ambiente, 2014, 441 ss.
- 66 Cfr. il documento del Compliance Committee del giugno 2006 Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters. Findings and reccomendations with regard to compliance by Belgium with its obligations under the Aarhus Convention in relation to the rights of environmental organizations to have access to justice, in http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2005-11/ece. mp.pp.c.1.2006.4.add.2.e.pdf. Sul punto si rinvia a F. Goisis, Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea, in Dir. proc. amm., 2012, 101 ss.; M. MACCHIA, La compliance del diritto amministrativo globale: il Sistema di controllo della Convenzione di Aarhus, cit.
- ⁶⁷ In termini cfr. Corte Giust. UE, Sez. IV, 12 maggio 2011, causa C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein Westfalen; Corte Giust. UE, 8 marzo 2011, causa C-240/09, Lesoochranàrske zoskupenie VLK; Corte Giust. UE, Sez. II, 15 ottobre 2009, causa C-263/08, Djurgarden-Lilla Värtans Miljöskyddsförening. Per un commento alle posizioni espresse sul tema dalla Corte Europea si rinvia a G. MASTRODONATO, L'accesso alla giustizia per la protezione

In definitiva, l'attuale scenario dell'accesso alla giustizia ambientale in Italia cela anche una grave violazione del principio chi inquina paga, "perno" dell'intera disciplina europea e nazionale della responsabilità in materia ambientale. Dato per pacifico, infatti, che tale principio vincola tanto i soggetti pubblici quanto quelli privati⁶⁸, la mancata previsione di un adeguato sistema regolativo in grado di garantire che i soggetti realmente titolari dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente possano sindacare innanzi al giudice competente (g.a.) atti e comportamenti pubblici potenzialmente lesivi del medesimo interesse, finisce inevitabilmente per creare un corto circuito nel meccanismo della responsabilità ambientale, che pretende, invece, che a colui (soggetto pubblico o privato) in capo al quale sono imputabili la messa in pericolo o il danneggiamento di una risorsa ambientale debba poter essere imposto il ripristino dello *status* della risorsa ovvero il pagamento del risarcimento.

Alla luce di quanto sin qui osservato, pertanto, l'ordinamento italiano non sembra rispondere adeguatamente alle richieste – manifestate in sede internazionale ed europea – di piena tutela delle risorse ambientali. Si pone, in particolare, l'esigenza di individuare soluzioni giuridiche in grado di ampliare la sindacabilità dell'operato dell'amministrazione e in tal senso – attese le delineate criticità dell'attuale modello fortemente accentrato a livello statale – può rivelarsi utile "spostare lo sguardo" ed approfondire il rapporto che lega la comunità (e, singolarmente, gli individui che la compongono) alle risorse ambientali. Sul punto, viene in soccorso una pronuncia della Corte Costituzionale del 2009 nella quale si riconosce espressamente l'esistenza di un interesse legittimo di ciascun cittadino alla conservazione dell'ambiente⁶⁹, affermazione dalla quale appare possibile far discendere conseguenze anche in termini di legittimazione processuale. A tal fine, nel prosieguo del presente scritto, si intende indagare la tematica nella prospettiva dell'ambiente come oggetto di interessi collettivi, di cui godono i membri della comunità in funzione del rapporto privilegiato che lega la persona

dell'ambiente nell'interpretazione della Corte di Giustizia e nel diritto interno, in Dir. giur. agraria, alimentare e dell'ambiente, 2012, 28 ss.; M. ELIANTONIO, La tutela diffusa dell'ambiente, in www. labsus.org; M. CERUTI, L'accesso alla giustizia amministrativa in materia ambientale in una recente sentenza della Corte di Giustizia e la lunga strada per il recepimento della Convenzione di Aarhus da parte dell'Italia, in Riv. giur. ambiente, 2010, 114 ss.

⁶⁸ Ai sensi dell'art. 3-ter del d. lgs. n. 152/2006 la tutela dell'ambiente deve essere garantita «da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio chi inquina paga». In generale, sulla rilevanza e sulle modalità di applicazione del principio in questione v. F. Goisis, Caratteri e rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nell'ordinamento nazionale, in Foro amm.-C.d.S., 2009, 2711 ss.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 22 luglio 2009, n. 225, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 2585. Per un ampio commento della pronuncia e delle conseguenze che possono trarsi dai risultati cui essa giunge si rinvia a A. Cioffi, *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte Cost. n. 225 del 2009, in <i>Riv. giur. ambiente*, 2009, 970 ss.

alle specifiche risorse ambientali che lo circondano⁷⁰, in adesione, quindi, ad una qualificazione dei beni ambientali come beni comuni.

- 4. La controversa nozione di ambiente. La prospettiva dei beni comuni. È nota l'evoluzione che la nozione di ambiente ha conosciuto nel nostro ordinamento: dalla tesi di Giannini volta a dimostrare la non configurabilità dell'ambiente come bene giuridico autonomo quanto piuttosto come mera sintesi verbale di realtà profondamente differenti l'una dall'altra⁷¹, alla teorizzazione dell'ambiente come bene immateriale unitario⁷² ed alla conseguenziale definizione dello stesso come materia (sebbene a carattere trasversale)⁷³, fino alla più recente ed accreditata posizione ai sensi della quale quasi a cercare di "fondere" le precedenti contrapposte tesi l'ambiente rileva come bene della vita materiale ma eterogeneo, la cui disciplina comprende anche la tutela separata delle sue singole componenti⁷⁴, accomunate, in una prospettiva valoriale, dall'essere tutti beni liberamente fruibili e strumentali allo sviluppo della persona ed all'esercizio dei diritti fondamentali dell'uomo⁷⁵.
- ⁷⁰ Una delle prime e più complete teorizzazioni, orientate nel senso indicato, del rapporto esistente tra una determinata comunità ed i beni a destinazione collettiva in generale di cui la medesima può liberamente fruire può rinvenirsi in V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983.
- 71 M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, 15 ss. In senso analogo, sebbene in ragione di una ricostruzione fondata sull'esame delle norme costituzionale e non della legislazione di settore, E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, Ambiente (tutela dell'), voce in Noviss. Dig. It., App. I, Torino 1980, 257 ss. Cfr. anche V. CAIANIELLO, La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale, in Foro amm., 1987, I, 1313 ss., laddove si afferma che «Ambiente può significare dal punto di vista giuridico tutto e nulla. È noto come da alcuni si tenti di affermare l'esistenza di una nozione unitaria di "ambiente", ma probabilmente si è in presenza di tentativi che hanno dato finora scarsissimi risultati, ma che spesso hanno finito con l'ingarbugliare i termini del problema [...] in presenza di tanta eterogeneità di concetti una nozione monistica dell'ambiente appare addirittura impossibile, perchè finirebbe per annegare in una notte hegeliana la molteplicità degli interessi, ognuno dei quali presenta invece proprie peculiarità che rischierebbero di essere sacrificate», 1314.
- ⁷² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463; Id., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Giur. it.*, I, 227, laddove si afferma che l'ambiente configura «un bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e tutela; ma tutte nell'insieme riconducibili ad unità». In dottrina si sofferma sulle conseguenze scaturenti dalla prospettazione in termini unitari del bene ambiente *G.* Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino 1987, 189 ss.
- ⁷³ Corte cost., 12 dicembre 2012, n. 278, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 341; Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Foro it.*, 2003, I, 688; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 2858, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 3668.
- ⁷⁴ Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378 in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, 23; Corte cost., 18 aprile 2008, n. 104, in *Foro it.*, 2008, 11, I, 3017; Corte cost., 17 marzo 2006, n. 103, in *Giur. it.*, 2007, 5, 1102.
- ⁷⁵ Ripercorre la complessa evoluzione della nozione di ambiente F.G. SCOCA, *Brevi osservazioni* sulla disciplina del danno ambientale, cit., 257-258. Lo stesso Autore osserva che la disciplina in

L'ambiente in senso giuridico viene, pertanto, oggi concepito, anche dal legislatore, come un insieme di beni eterogenei e materiali, quindi misurabili, fruibili, ma insuscettibili di appropriazione esclusiva, legati da una medesima identità valoriale che ne impone una regolazione che vada al dì là della valutazione della singola risorsa in sè considerata⁷⁶.

Da un punto di vista sistematico, le risorse ambientali sono inquadrate nell'ambito dei beni pubblici, oggetto però – come già osservato – non di diritti di proprietà pubblica, bensì di interessi diffusi propri della collettività. A ciò deve aggiungersi come il loro *status* di «beni a consumo non rivale, ma esauribile»⁷⁷, ossia il loro regime di libero godimento collettivo letto insieme ai caratteri della "scarsità" e della non agevole riproducibilità che li contraddistingue, impone l'individuazione di forme di *governance* a garanzia rinforzata⁷⁸ e fa emergere l'inadeguatezza della scarna disciplina civilistica in materia di beni pubblici⁷⁹.

Al riguardo, è stato evidenziato come la natura demaniale – propria di gran parte delle risorse ambientali – non rimandi necessariamente al classico modello relazionale di tipo proprietario tra titolare (Stato) e bene, potendosi piuttosto valorizzare – in ciò supportati dalla più recente giurisprudenza della Cassazione⁸⁰ – il profilo funzionale, dinamico, del bene stesso, ponendo in tal modo in rilievo

materia di danno ambientale non fa alcun riferimento alla concezione unitaria di ambiente, laddove l'oggetto delle norme di protezione sono le diverse componenti dell'ambiente, le risorse autonomamente considerate, 260. Nota come, al contrario, la prima parte del t.u. ambiente sembri concepire l'ambiente in termini unitari, astratti, come realtà "lontana" dalla figura del cittadino come individuo M. Interlandi, *Ambiente, beni di interesse comune e diritti «collettivi»*, cit., 223.

- ⁷⁶ Cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., XVI. Corte cost., 30 dicembre 2002, n. 536, in *Regioni*, 2003, 819. E. Ferrari, nel suo *Il danno ambientale in cerca di giudice e...d'interpretazione: l'ipotesi dell'ambiente-valore*, cit., ricostruisce il concetto giuridico di ambiente non come un bene autonomo, né come il complesso di una serie di beni, bensì come «il rapporto, la particolare situazione di equilibrio dei vari beni tra di loro», 542. Per una ricostruzione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente tutelato si rinvia a D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., 247.
 - ⁷⁷ M. RENNA, I "beni comuni" e la Commissione Rodotà, in www.labsus.org, 2009.
- ⁷⁸ In termini v. P. Duret, Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente comune e legitimatio ad causam, in Riv. quadr. dir. ambiente, 2013, 9.
- ⁷⁹ Il codice civile si limita essenzialmente a regolamentare il profilo della titolarità, del contenuto del diritto di proprietà (demaniale o patrimoniale), senza approfondire il diverso aspetto della destinazione e della funzionalità dei beni. Sul punto si rinvia alle osservazioni di R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, cit., 82 e A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione, gestione*, Milano 2008.
- ⁸⁰ «In tema di beni pubblici, il connotato della "demanialità" esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità in senso stretto come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione; ne consegue che la titolarità dei beni demaniali allo Stato o agli altri enti territoriali non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano della "proprietà", ma comporta per l'ente titolare anche la sussistenza di oneri di governance finalizzati a rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene», Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Dir. e giur. agr.*, 2011, 7-8, 473. In termini v. anche Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3813, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss., con il commento di F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*

l'elemento "fulcro" rappresentato dal libero godimento collettivo. Lo Stato, in altri termini, si pone al centro tra i beni demaniali e la collettività alla quale i medesimi sostanzialmente appartengono come «interposizione solo strumentale», finalizzata a garantire la conservazione e la regolare fruizione collettiva delle risorse⁸¹. Ebbene, sia detto per ora solo per inciso, l'adesione a tale ricostruzione non può non avere conseguenze anche sul piano processuale: se lo Stato non è libero di gestire discrezionalmente le risorse ambientali – perché vincolato dalla loro intrinseca dimensione collettiva a predisporre tutte le misure necessarie a garantirne protezione e libero godimento – a fronte di un illegittimo esercizio della pubblica funzione deve conseguentemente riconoscersi in capo a ciascun individuo la facoltà di agire a tutela della risorsa ambientale localizzata nell'ambito della comunità territoriale cui egli appartiene.

Ad ogni modo, ciò che si intende per ora sottolineare è che la lettura proposta consente l'inquadramento delle risorse ambientali nell'ambito della eterogenea e discussa categoria dei beni comuni⁸², il che, del resto, non rappresenta affatto una novità, se solo si pensa che Giannini già definiva beni comuni quei beni liberamente disponibili rispetto ai quali lo Stato non ricopre il ruolo di amministratore, bensì di autorità incaricata di assicurarne la conservazione⁸³. Come è noto, in Italia è sorto negli ultimi anni, non solo in ambiente accademico, un ampio ed acceso dibattito sulla figura dei beni comuni e sul loro ruolo nel contesto della società contemporanea⁸⁴. Esso ha, tra l'altro, condotto, nel 2007, alla istituzione di una Commissione presso il Ministero della Giustizia, presieduta da Stefano Rodotà e incaricata di proporre modifiche alla parte del Codice civile che disciplina la proprietà pubblica. Sebbene lo schema di disegno di legge frutto dei lavori della Commissione non sia stato poi recepito dal legislatore nazionale, esso ha il pregio di aver introdotto formalmente la categoria dei beni comuni,

⁸¹ A. Romano, *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano 1999, 412. In termini anche S. Cassese, *I beni pubblici*, Milano 1969, laddove – nell'esaminare la figura dei beni che hanno strutturalmente la funzione di soddisfare gli interessi della collettività – sottolinea come non abbia alcun senso parlare di proprietà pubblica funzionalizzata a fronte di beni rispetto ai quali i fini "pubblici" non sono altro che i fini della collettività: lo Stato non è, pertanto, *dominus*, bensì strumento dei cittadini, reali titolari del bene, 175 ss.

⁸² Sulle molteplici conseguenze derivanti dall'accoglimento di tale prospettiva si rinvia al lavoro monografico di A. Farì, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli 2013.

Si segnala, altresì, come il *Code de l'environnement* francese definisca espressamente le risorse ambientali *patrimoine commun de la nation*, facendone derivare un preciso dovere di protezione in capo a ciascun cittadino (cfr. art. 110-1, I)

⁸³ M.S. GIANNINI, Diritto pubblico dell'economia, Bologna 1989, 93 ss.

⁸⁴ Per tutti v. U. Mattei, Beni comuni. Un manifesto, cit.; G. Arena, C. Iaione (a cura di), L'Italia dei beni comuni, Roma 2012. Come è stato correttamente osservato, tuttavia, in altre realtà, quali Stati Uniti, America Latina, Inghilterra, il tema dei beni comuni aveva già da tempo rappresentato l'oggetto di «studi e ricerche che spaziano dal diritto all'economia alle scienze sociali» (S. Nespor, Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni, in Riv. giur. ambiente, 2013, 665 ss.).

connotati dal non assolvere ad interessi dell'amministrazione, bensì dall'essere direttamente funzionali all'essercizio dei diritti fondamentali da parte della collettività nonché al libero sviluppo della persona⁸⁵.

Attesa l'eterogeneità del fenomeno⁸⁶, appare, invero, arduo tentare di fornirne un'efficace definizione unitaria, rivelandosi, piuttosto, maggiormente proficua l'individuazione di quelli che possono essere considerati i tratti distintivi essenziali dei beni comuni, quali l'estraneità al modello proprietario esclusivistico⁸⁷, la fruizione collettiva del bene, la strumentalità rispetto al godimento di diritti fondamentali⁸⁸. Si tratta, per quanto si è avuto modo di osservare, di caratteri che senza dubbio appartengono (seppur non in via esclusiva) alle risorse ambientali e non è un caso che in quei Paesi del Sud America dove maggiormente si è affermato il concetto di bene comune – a difesa dei modelli tradizionali di *governance* delle risorse territoriali e ambientali delle popolazioni indigene – si sia poi espressamente inserito all'interno delle Costituzioni il diritto alla tutela dell'ambiente, inteso come bene collettivo appartenente al popolo⁸⁹.

- ⁸⁵ Per un ampio commento ai lavori della Commissione Rodotà si rinvia a P. Duret, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente comune e legitimatio ad causam*, cit., 5 ss.
- 86 Sottolinea la difficoltà di inquadrare i beni comuni nell'ambito delle tradizionali categorie sistemiche R. Lombardi, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, cit., la quale propone, piuttosto, una elencazione non tassativa dei beni in questione: «l'atmosfera, il clima, l'energia fossile e solare, le acque, i giacimenti minerari, gli animali, le piante selvatiche, il germoplasma, così come i patrimoni culturali accumulati nel tempo, i saperi, le lingue, le acquisizioni scientifiche, i beni artistici», 77. In V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, cit., 3-8 è, invece, presente una proposta di inquadramento sistematico dei beni comuni, sia materiali che immateriali, distinti in: 1) obiettivi di interesse generale, la cui realizzazione consente anche lo sviluppo della sfera individuale (es. istruzione); 2) beni immateriali che hanno assunto importanza centrale nella società contemporanea (es. software e genoma umano); 3) beni strumentali all'esercizio di diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona (es. acqua e etere); 4) spazio fisico in cui la collettività è insediata (es. risorse ambientali e paesaggio).
- ⁸⁷ Il carattere della inappropriabilità impone, evidentemente, il ricorso ad un diverso modello di relazione tra soggetto e bene. Si è parlato, al riguardo, di «superproprietà collettiva» (S. Settis, Azione popolare. Cittadini per il bene comune, cit., 138), di «un altro modo di possedere» (P. Grossi, Un altro modo di possedere, Milano 1977), e financo di «opposto della proprietà» (S. Rodotà, Il valore dei beni comuni, in www.acquabenecomune.org), sempre al fine di sottolineare la dimensione collettiva degli interessi che collegano l'uomo, come individuo facente parte di una comunità territorialmente determinata, al bene.
- ⁸⁸ In termini v. P. Chirulli, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it, 2012, 4.
- 89 Ci si riferisce, in particolare, all'art. 33 della Costituzione della Bolivia, all'art. 71 della Costituzione dell'Ecuador, nonché all'art. 41 della Costituzione Argentina, laddove l'ambiente è espressamente qualificato come bene oggetto di diritti e doveri «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo». Sul punto si rinvia alle osservazioni di U. Mattei, Beni comuni. Un manifesto, cit., 22. Auspica che una disciplina dei beni comuni trovi collocazione all'interno della Costituzione Italiana al fine di far uscire tale tematica «dal limbo dell'utopia, e farne invece il manifesto di una politica dei cittadini non solo auspicabile, ma

Rispetto alla richiamata concezione gianniniana, tuttavia, la qualificazione delle risorse ambientali come beni comuni impone l'introduzione di un ulteriore elemento, ovvero la configurazione del cittadino non solo come colui che è libero di godere del bene comune, bensì anche come colui che – in quanto titolare del bene insieme alla collettività di riferimento – ha l'interesse ad attivarsi per tutelarlo e conservarlo in collaborazione o, se del caso, anche in contrapposizione, con lo Stato. Al riguardo, sono di particolare interesse i risultati cui è giunta quella dottrina che ha evidenziato come il *proprium* dei beni comuni rispetto ai beni pubblici non si trovi tanto nella libera fruizione collettiva, quanto nei diritti della collettività ad essere coinvolti nella formazione delle decisioni pubbliche incidenti sul bene e sulla regolazione degli usi dello stesso⁹⁰.

Emerge, pertanto, una visione moderna, sostenibile⁹¹, solidaristica della disciplina della tutela dell'ambiente e della sua relazione con l'individuo che ne fruisce, non più inteso come soggetto meramente passivo e destinatario solo indiretto di scelte prese altrove.

La delicatezza degli interessi sottesi ai beni ambientali e la complessità strutturale connessa alla loro gestione non consentono, tuttavia, una assoluta esautorazione dell'apparato pubblico, chiamato a svolgere funzioni essenziali in termini di programmazione, controllo e promozione; di contro, la qualificazione delle risorse ambientali come beni comuni impone una rimodulazione del ruolo dello Stato. Convince, in tal senso la ricostruzione di chi, proprio rafforzando il valore della demanialità, ne sottolinea la valenza sociale o, meglio, collettiva, che imporrebbe all'amministrazione di gestire i beni in nome e per conto della comunità di riferimento⁹². L'elemento che contraddistingue il modello di relazione individuo-risorsa ambientale (intesa come bene comune) è, pertanto, il carattere inclusivo dello stesso (in antitesi con il carattere esclusivo

possibile» S. Settis, *Una Repubblica fondata sul bene comune*, introduzione in P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma 2014. Per una classificazione comparata delle Carte Costituzionali in relazione al ruolo rispettivamente attribuito al bene ambiente si rinvia a G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Padova, 2012, 101 ss.

⁹⁰ In questo senso, P. Chirulli, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, cit., 21. Non trova, pertanto, applicazione nell'ambito dei beni comuni quel remoto indirizzo giurisprudenziale sorto in relazione ai provvedimenti attinenti ai beni pubblici demaniali in base al quale il cittadino non avrebbe titolo per ricorrere a tutela del suo interesse all'uso collettivo del bene (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 1973, n. 829; Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 1950, n. 1227).

⁹¹ La configurazione dell'ambiente come bene comune comporta, tra l'altro, che la collettività è chiamata a sopportare i costi dell'inquinamento "lecito" – ossia di quel danno ambientale "minimo", necessario per consentire lo sviluppo dell'economia e della società in generale – proprio in ragione dell'applicazione del principio di sostenibilità. In termini v. W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 32.

⁹² P. Maddalena, L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni, cit., 20.

proprio del regime proprietario)⁹³, comportante, da un lato, la generale accessibilità del bene, e, dall'altro, la valorizzazione della funzionalità dello stesso, la sua dimensione valoriale (in termini di strumento essenziale per la piena realizzazione della persona). Tale ricostruzione, tra l'altro, si pone nella scia di quella giurisprudenza della Suprema Corte che, come già osservato, mostra evidenti aperture nei confronti di una rivalutazione del profilo della funzionalità e non solo di quello della titolarità del bene, sebbene poi finisca comunque per legare la concreta protezione delle risorse ambientali all'iniziativa dell'ente pubblico esponenziale⁹⁴.

La prospettata ricostruzione dell'ambiente come bene comune trova conferma, a ben vedere, anche nella disciplina relativa al risarcimento del danno. Ci si riferisce, in particolare, al ruolo sussidiario ivi riconosciuto allo Stato nei confronti dell'operatore, ossia di colui che interviene sull'ambiente ponendolo in pericolo o danneggiandolo. Tale soggetto, in quanto con-titolare (insieme alla collettività) di un bene inappropriabile che ha contribuito a mettere in pericolo o addirittura a ledere, ha per primo la responsabilità di attivarsi e gli sono, infatti, imposti una serie di doveri di intervento da ottemperare senza il previo consenso dello Stato; solo in caso di sua inerzia o di intervento inadeguato il Ministro ha la facoltà di emettere ordinanze a carattere autoritativo a tutela del bene⁹⁵. Se la risorsa ambientale fosse pubblica, nel senso di bene in titolarità dello Stato, tale meccanismo non sarebbe ammissibile, nella misura in cui non troverebbe giustificazione l'intervento spontaneo del privato (per quanto a carattere riparatorio) nei confronti di un bene di proprietà pubblica, laddove, al contrario, esso appare pienamente coerente con la ricostruzione delle risorse ambientali come beni collettivi.

La configurazione delle risorse ambientali quali beni comuni, appartenenti contestualmente e non esclusivamente all'intera collettività, giustifica inoltre pienamente quel riconoscimento di interessi (diffusi) legittimi (di accesso e fruizione del bene⁹⁶) in capo a ciascun individuo, che – come si è osservato – sono passibili di limitazione laddove necessario per una più efficace tutela dell'ambiente

⁹³ In termini v. R. Lombardi, Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni, cit., 85.

⁹⁴ Per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Cassazione v. la precedente nota n. 80. Per una critica della posizione espressa dalla Corte, laddove – pur aderendo ad una visione più flessibile della proprietà pubblica, che contempla una distinzione tra beni demaniali "puri" e beni comuni – si ferma però su un piano formale, continuando a ritenere necessaria l'applicazione, anche in relazione ai beni comuni, di un modello di governance fortemente pubblicistico, v. P. Chirulli, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, cit., 5; P. Duret, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente comune e legitimatio ad causam*, cit., 14.

⁹⁵ Per un'analisi completa dei doveri dell'operatore all'interno della disciplina del danno ambientale presente nel t.u. ambiente v. W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 178 ss.

⁹⁶ Scoca parla, al riguardo, di "utilità sostanziali" legate all'ambiente, contrapposte ad "utilità strumentali", legate alla percezione dell'ambiente come luogo di insediamento e di esercizio di

o per consentire il contestuale esercizio delle medesime facoltà da parte di altri soggetti (con-titolari del bene ambiente)⁹⁷. E, ancora di più, trovano coerente spiegazione quelle facoltà di intervento procedimentale, connesse al diritto ad essere coinvolti nelle decisioni sulla gestione del bene, che la normativa internazionale, europea e nazionale oggi riconosce in materia ambientale a ciascun individuo, atteso l'evidente legame tra beni comuni e implementazione di modelli di democrazia partecipativa⁹⁸.

Gli obiettivi dichiarati della presente indagine impongono, dunque, di procedere con la verifica delle conseguenze derivanti dalla qualificazione delle risorse ambientali come beni comuni in termini di eventuale incremento della sindacabilità delle scelte pubbliche impattanti sull'ambiente.

5. Per un nuovo ruolo del cittadino, tra sussidiarietà orizzontale, vicinitas in senso sostanziale e giurisdizione soggettiva "attenuata". – L'art. 3-ter del d.lgs. n. 152/2006 chiarisce espressamente, almeno a livello programmatico, che la tutela ambientale per essere efficace necessita di un modello di azione multilivello, che coinvolga non solo le diverse amministrazioni interessate, ma anche i cittadini. In tal senso, del resto, si esprimono anche alcuni tra i più rilevanti documenti di diritto internazionale di settore⁹⁹, il che induce a ritenere tutt'altro che azzardata la prospettazione di un ruolo più centrale del singolo nelle attività di protezione delle risorse ambientali, non solo a livello di partecipazione procedimentale, ma anche di intervento attivo in sostituzione della p.a. ex art. 118, co. 4 Cost¹⁰⁰,

attività umane (F.G. Scoca, Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile, in Dir. soc., VIII, 637).

⁹⁷ Sul punto si rinvia a F.G. Scoca, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, cit., 408; R. Ferrara, Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo), cit., 484.

- 98 «I beni comuni sono la base della democrazia partecipativa autentica, fondata sull'impegno e la responsabilità di ciascuno nel raggiungimento dell'interesse di lungo periodo di tutti», U. MATTEI, Beni comuni. Un manifesto, cit., 60.
- 99 Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Dichiarazione di Stoccolma delle Nazioni Unite sull'Ambiente umano del 1972, il cui punto 7 del Preambolo afferma che «sarà necessario che tutti, cittadini e collettività, imprese ed istituzioni ad ogni livello, assumano le loro responsabilità e si dividano i rispettivi compiti. Gli uomini di tutte le condizioni e le più diverse organizzazioni possono, sulla base dei lavori da essi stessi ammessi e dall'insieme dei loro atti, determinare l'ambiente futuro». Tale disposizione è stata successivamente rafforzata dalla Convenzione di Aarhus del 2001, il cui art. 3 sancisce che ogni Paese firmatario si impegna ad accordare «il riconoscimento e l'appoggio appropriato alle associazioni, organizzazioni o gruppi, il cui obiettivo è la tutela dell'ambiente e fa in modo tale che il proprio sistema giuridico nazionale sia compatibile con questo vincolo». Analizza la documentazione internazionale ed europea tesa a favorire un ampio coinvolgimento dei cittadini nelle politiche di tutela ambientale F. De Leonardis, La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO, in Dir. amm., 2004, 524-533.
- 100 In tal senso appaiono condivisibili le posizioni di coloro che sostengono non si possa ridurre il contenuto dell'art. 118, co. 4 cit. al mero aiuto finanziario ad attività del terzo settore (cfr. P. Duret, *Riflessioni sulla* legitimatio ad causam *in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 690). È stato osservato, al riguardo, che proprio in materia ambientale è possibile registrare un

nonchè – per quanto maggiormente rileva in questa sede – di legittimazione a ricorrere avverso attività (anche solo potenzialmente) lesive del bene ambiente.

In relazione alla disciplina delle azioni volte al risarcimento del danno ambientale, come si è già avuto modo di evidenziare, il legislatore italiano ha optato per il riconoscimento di una legittimazione accentrata a livello esclusivamente statale¹⁰¹. Al riguardo, invero, si rivelerebbe maggiormente coerente con la ricostruzione prospettata, nonché con una lettura sistematica del t.u. ambiente, distinguere due regimi di responsabilità: uno, speciale, nei confronti dell'operatore, e uno, generale, nei confronti di "chiunque" commetta un danno ad un bene ambientale¹⁰². Nel primo caso appare corretto attribuire un ruolo prevalente e financo esclusivo allo Stato, alla luce del fatto che l'ordinamento gli riconosce compiti specifici di prevenzione e riparazione proprio nei confronti di coloro che sono considerati "operatori" nel senso della direttiva 2004/35/CE¹⁰³; nella seconda ipotesi, al contrario, trattandosi di responsabilità civile relativa al danneggiamento di un bene comune, non trova alcuna giustificazione il regime

fenomeno peculiare, in base al quale il legislatore procede all'affidamento di compiti di interesse generale a soggetti privati *ab initio* e non, come solitamente accade, a seguito della privatizzazioni di precedenti funzioni pubbliche (v. S. Amorosino, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di) *Ambiente e diritto*, Firenze 1999, 350).

In caso di intervento statale di tipo amministrativo (ordinanza di ripristino ai sensi dell'art. 313 del t. u. ambiente) la disciplina prevede non solo (correttamente) la possibilità di impugnare il provvedimento da parte dei soggetti interessati (intesi sia come il destinatario dell'ordinanza, ossia l'operatore, sia come gli altri consociati nel caso ritenessero inadeguate le prescrizioni imposte), ma anche la possibilità di proporre un ricorso in opposizione avverso l'ordinanza (art. 310 co. 2, t. u. ambiente). Anche tale disciplina, tuttavia, non si rivela adeguata, anche in ragione del fatto che non attua in maniera soddisfacente quanto imposto dalla dir. 2004/35/CE: la disposizione europea richiedeva che al cittadino fosse data la possibilità di rivolgersi ad un soggetto pubblico indipendente e imparziale per contestare le azioni dell'amministrazione, laddove, al contrario, la competenza a decidere su tale rimedio amministrativo è stata in Italia affidata al Ministero, ovvero alla medesima amministrazione che ha emanato l'atto che si intende contestare. Sul punto v. M. Calabro, *Il ruolo delle associazioni ambientaliste in tema di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, cit., 218 ss. In generale, sull'inadeguatezza in termini di reale tutela dei ricorsi di tipo amministrativo strutturati sul modello del ricorso in opposizione di cui all'art. 7 del d.P.R. n. 1199/1971 sia consentito rinviare a M. Calabro, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Napoli 2012, 81 ss.

Per un'analisi comparata dei due regimi di responsabilità si rinvia a W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 130 ss. Anche nel caso dell'ordinanza ministeriale (modello parallelo di tutela) emerge il profilo del duplice regime di responsabilità. Si può ipotizzare, pertanto, che lo strumento della tutela amministrativa sia esercitabile nelle sole ipotesi di responsabilità dell'operatore e non nelle ipotesi di danno arrecato da un *quivis de populo*. Del resto, la direttiva che ha introdotto la responsabilità amministrativa disciplina unicamente il danno ambientale arrecato dall'operatore qualificato.

103 È «operatore qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività o la persona che registra o notifica l'attività medesima», art. 2, co. 6, dir. 2004/35/CE.

accentrato di legittimazione¹⁰⁴. In tal senso, non sono mancate ricostruzioni volte ad introdurre un'azione popolare¹⁰⁵, rimedio peraltro ampiamente diffuso, proprio nel settore della tutela ambientale, in ordinamenti quali quello statunitense¹⁰⁶ o di alcuni paesi sudamericani¹⁰⁷.

In ordine, poi, al tema centrale dell'indagine, ovvero alla sindacabilità delle decisioni pubbliche impattanti sulle risorse ambientali – come visto consentita (con non poche limitazioni) ai soli enti territoriali e alle associazioni riconosciute o ritenute sufficientemente rappresentative degli interessi della collettività – è emerso come diversi siano gli elementi che inducono a ritenere opportuna una modifica della disciplina attuale in funzione del riconoscimento di una più ampia legittimazione¹⁰⁸. Ci si riferisce, in particolare: alla necessità di procedere ad un definitivo e completo adeguamento a quanto disposto dal terzo pilastro della Convenzione di Aarhus; all'essenziale ruolo delle istanze di democrazia partecipativa nell'ambito delle politiche pubbliche di tutela ambientale, con la connessa esigenza di valorizzare i diritti e i doveri solidaristici dei cittadini "attivi" ai sensi dell'art. 118, co. 4 Cost. ¹⁰⁹; nonché, per l'appunto, alla riconosciuta natura giuridica di beni comuni delle risorse ambientali. In tal senso, invero, già da tempo la dottrina più accorta aveva avvertito l'esigenza di individuare strumenti

- Come osservato da parte della dottrina, procedere anche in tali ipotesi all'identificazione della collettività nazionale con lo Stato si rivela un'operazione discutibile sul piano ideologico, nonché pericolosa nella misura in cui finisce per negare l'esercizio del diritto al risarcimento del danno in capo ai reali danneggiati (F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, cit., 654).
- ¹⁰⁵ Sul tema v. P. Maddalena, L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni, cit., 40.
- 106 Per una rassegna dei sistemi nordamericani di *citizen suits* nel settore ambientale ovvero laddove si riconosce la facoltà in capo a qualsiasi cittadino di rivolgersi alle Corti per chiedere l'adozione di misure inibitorie e risarcitorie in caso di danno alle risorse ambientali v. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, cit., passim; W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 59 ss. Per un interessante confronto tra il modello italiano e statunitense della legittimazione ad agire in materia ambientale in capo a soggetti associativi si rinvia a V. Molaschi, *Standing to Sue of Environmental Groups in Italy and in United States of America*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 1/2006, 52 ss.
- l'art. 34 della Costituzione della Bolivia, ove si dispone che «Ogni persona, a titolo individuale o in rappresentanza di una collettività, ha la facoltà di eseguire le azioni legali in difesa del diritto all'ambiente, senza pregiudizio per gli obblighi delle istituzioni pubbliche di intervenire contro gli attentati all'ambiente». L'art. 43 della Costituzione argentina riconosce, invece, in capo a ciascuna persona il diritto di agire in giudizio contro atti o omissioni di una pubblica amministrazione in relazione alla protezione dell'ambiente.
- 108 Sottolinea l'esigenza di una riforma che consenta una più ampia partecipazione dei privati a tutela dell'ambiente, sia in sede sostanziale che processuale F.G. Scoca, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, cit., 412.
- ¹⁰⁹ In merito alle esigenze di valorizzazione di strumenti di concreta democrazia partecipativa alla luce di quanto disposto dalla Convenzione di Aarhus, si rinvia allo studio di V. Molaschi, *The Implementation of the Second Pillar of the Aarhus Convention in Italy: The Need for Reform and for Introduction of the So-Called "Deliberative Arenas"*, in B. Vanheusden, L. Squintani (a cura di) *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Cambridge 2016, 143 ss.

(processuali) idonei ad ovviare al fenomeno della «progressiva espulsione del singolo dal processo amministrativo», allorquando si tratti di tutelare posizioni giuridiche superindividuali¹¹⁰.

A tal fine, la strada della valorizzazione dell'endiadi partecipazione procedimentale-legittimazione processuale non sembra la più idonea, né la più proficua, da intraprendere. Come noto, in passato una parte della dottrina che si è occupata dello studio dei modelli relazionali tra procedimento e processo¹¹¹ ha individuato tra i due elementi l'esistenza di un rapporto di necessaria integrazione: l'avvenuta partecipazione procedimentale, in altri termini, rappresenterebbe un indice di stretta relazione tra individuo e bene della vita tale da far acquisire la legittimazione ad agire in sede processuale¹¹². Ebbene, affidarsi a questa ricostruzione per ampliare la legittimazione ad agire in materia ambientale non appare, innanzitutto, una scelta idonea, e non solo perché la giurisprudenza maggioritaria ha da sempre sostenuto la sussistenza di una reciproca non interferenza tra contraddittorio procedimentale e processuale¹¹³ (ad eccezione delle ipotesi di c.d. partecipazione organica¹¹⁴), ma anche in ragione del fatto che si finirebbe

- 110 R. FERRARA, Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo), cit., 490.
- Le tesi emerse in dottrina possono essere essenzialmente suddivise in due gruppi: a coloro che hanno propugnato l'esistenza di una contiguità funzionale tra procedimento e processo, con le relative conseguenze in termini di legittimazione ad agire (cfr. A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova 1999) si è contrapposta la posizione di coloro che, al contrario, hanno sottolineato la non correttezza di tale operazione ricostruttiva, essendo il procedimento sostanzialmente teso a consentire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, laddove nel processo domina l'esigenza della tutela delle posizioni giuridiche delle parti (cfr. V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 266 ss.; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 27 ss.).
- La partecipazione procedimentale, in tal modo, assurgerebbe a «sede di coagulazione degli interessi diffusi» (M. NIGRO, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in Riv. dir. proc., 1980, 252 ss.). In termini v. anche F. TRIMARCHI, Procedimento amministrativo e riforma del processo, in Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione, Milano 1990, 119 ss.
- Venezia Giulia, 30 ottobre 1993, n. 541, in *TAR*, 1993, 4561; T.A.R. Umbria, 19 agosto 1996, n. 304, in *Foro amm.*, 1997, 1188; Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1683, in *Giur. it.*, 2001, 1967. Da ultimo cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2011, n. 5063, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 2724, che ha riformato T.A.R. Liguria, Sez. II, 15 giugno 2011, n. 938, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1883, ove si era invece riconosciuta in capo ai soggetti residenti alla luce delle nuove disposizioni partecipative in materia di federalismo demaniale la legittimazione ad impugnare gli atti di destinazione dei beni pubblici comunali. Sostengono che la partecipazione procedimentale sia inidonea a sancire *ex se* la titolarità della legittimazione processuale L. Maruotti, *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione, in <i>Dir. proc. amm.*, 1992, 310 ss.; A. Angiuli, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli 1986.
- ¹¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 1982, in *Foro amm.*, 1981, I, 1718, e Cons. Stato, Sez. VI, 7 luglio 1986, n. 491, in *Foro amm.*, 1986, I, 1367, ove si lega espressamente la legittimazione di alcune associazioni naturalistiche a proporre ricorso giurisdizionale per ottenere l'annullamento di provvedimenti concernenti l'esercizio venatorio per determinate specie faunistiche e per determinati

per porre sul medesimo piano due realtà profondamente differenti: l'intervento del privato in fase procedimentale non possiede una configurazione unitaria, nella misura in cui esso può tanto essere preordinato alla tutela dell'interesse del singolo, quanto essere volto alla più completa ricostruzione dei fatti e degli interessi coinvolti, al fine di consentire una più giusta ed efficace decisione finale (c.d. partecipazione in senso collaborativo)¹¹⁵.

D'altro canto, la valorizzazione del momento partecipativo in funzione legittimante non si rivelerebbe nemmeno proficua, in quanto comunque non "coprirebbe" coloro che – pur titolari dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente – non avendo partecipato ad alcun procedimento (spesso, si pensi ai procedimenti di pianificazione o programmazione, perché non adeguatamente sollecitati) sarebbero esclusi dalla possibilità di agire in sede processuale¹¹⁶. In tal senso, sembra orientarsi anche la giurisprudenza europea, laddove configura la partecipazione in materia ambientale come un istituto del tutto distinto dal punto di vista funzionale rispetto al ricorso avverso la decisone finale, con la conseguenza che l'aver preso parte al procedimento non è in grado di incidere sulle condizioni di esercizio dell'azione processuale¹¹⁷.

Al fine di conseguire un avanzamento del livello di tutela ambientale in termini di un più ampio riconoscimento della legittimazione ad agire occorre, piuttosto, procedere ad una attualizzazione del criterio della *vicinitas*, da utilizzare non solo nei confronti delle soggettività collettive rappresentative di una determinata comunità (associazioni ambientali, comitati di quartiere, consulte cittadine), ma anche del cittadino residente nell'area interessata dal provvedi-

ambiti territoriali e temporali alla legislativamente contemplata loro partecipazione alla composizione di organi statali di gestione degli interessi pubblici lesi dai provvedimenti contestati.

115 Sul punto sia consentito rinviare a M. CALABRO, Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente, cit., 217 ss. In termini v. anche R. VILLATA, Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale, in Dir. proc. amm., 1992, 171 ss., il quale sostiene che il privato, dalla semplice circostanza di aver partecipato al procedimento «non vede mutata la sua relazione con quel bene e quindi non può ricavare una legittimazione processuale per la contestazione delle scelte della Pubblica Amministrazione in ordine alla disciplina finale dello stesso», 182.

116 In termini v. F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 454. Deve, tuttavia, segnalarsi che, ai sensi dell'art. 310 del d.lgs. n. 152/2006, sono legittimati ad agire per l'annullamento di atti adottati in violazione delle disposizioni relative alla disciplina del danno ambientale tutti coloro che sarebbero stati in astratto legittimati a partecipare. Legge in tale disposizione un deciso incremento del livello di tutela, auspicabilmente da estendere all'intera materia della tutela ambientale, F. De Leonardis, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Soveria Mannelli 2010, 51 ss.

¹¹⁷ Corte Giust. UE, 15 ottobre 2009, C-263/98, *Djurgärden-Lilla Värtans Miljöskyddsförening*. In dottrina v. F. Cortese, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Giorn dir. amm.*, 5/2010, 500.

mento contestato o, comunque, di colui che è in grado di dimostrare una relazione qualificata con la risorsa ambientale interessata¹¹⁸. L'estensione del criterio anche al singolo, tra l'altro, consentirebbe all'individuo che intendesse partecipare concretamente alla tutela del bene collettivo che "gli sta a cuore"¹¹⁹, di non essere costretto ad aderire ad una o un'altra associazione¹²⁰, adeguandosi così a modelli di intervento che non necessariamente condivide¹²¹. Non mancano, del resto, anche recenti pronunce del giudice amministrativo in tal senso che, nel sottolineare lo stretto rapporto tra interesse diffuso alla tutela ambientale e singolo individuo, riconoscono la legittimazione a ricorrere a ciascun "residente" avverso autorizzazioni per la realizzazione di impianti inquinanti, programmi e

118 In termini v. M. Interlandi, Ambiente, beni di interesse comune e diritti «collettivi», cit., 239. Non mancano, in giurisprudenza, sporadiche pronunce che sembrano accogliere la prospettiva proposta, volta a riconoscere anche in capo al singolo – a fronte della lesione di interessi superindividuali ed a particolari condizioni – la legittimazione ad agire in giudizio avverso provvedimenti amministrativi illegittimi. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 7 febbraio 1987, n. 196, in Giust. civ., 1988, I, 843 «Le disposizioni dell'autorità amministrativa, che regolano il transito sulle strade e sulle autostrade per la tutela della sicurezza pubblica, riguardano non soltanto gli interessi diffusi della collettività, ma anche in particolare gli interessi dei singoli utenti e delle associazioni di questi, costituite per la tutela della sicurezza della circolazione; pertanto sia i singoli che dimostrino di avere in concreto i requisiti per usare la strada, sia le associazioni costituite fra gli appartenenti a questa categoria sono legittimati a impugnare le disposizioni amministrative in questa materia». Contra T.A.R. Toscana, III, 13 aprile 2006, n. 1203, in Comuni d'Italia, 2006, 7-8. 90, laddove si afferma che «I cittadini - ivi - residenti non sono legittimati ad impugnare i provvedimenti comunali che dispongono il rifacimento di una strada con abbattimento di numerosi alberi, trattandosi di un interesse diffuso di protezione ambientale. A differenza infatti di quanto accade per le associazioni ambientaliste, legittimate ai sensi della legge n. 349 del 1986, il nostro ordinamento amministrativo non prevede in generale una sfera di protezione processuale dell'ambiente in titolarità di singoli cittadini tutelabile innanzi al giudice amministrativo».

Adopera per la prima volta tale formulazione F. Pugliese, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: il limite è nella legge*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 511 ss., proprio al fine di prospettare un utilizzo del criterio della *vicinitas* più attento ai reali legami che si creano tra soggetti titolari di interessi diffusi e beni della vita.

120 Per una disamina del tentativo, poi abbandonato, da parte dell'ordinamento statunitense di ampliare la legittimazione ad agire a tutela dei beni ambientali fino a ricomprende anche il singolo cittadino in una prospettiva di azione popolare si rinvia a M. DELSIGNORE, La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense, cit., 734 ss.; B. POZZO, Responsabilità per danni all'ambiente: valutazioni giuridiche ed economiche, in Quaderni Crasl, 2003, 10 ss.

Nel commentare la disciplina allora vigente in materia di valutazione di impatto ambientale, Scoca sottolineava come il legislatore europeo non riconoscesse una posizione privilegiata alle associazioni ambientali rispetto al resto del "pubblico interessato", evidentemente anche uti singuli (F.G. SCOCA, La valutazione di impatto ambientale alla luce della direttiva CEE, in Tutela dell'ambiente. Procedura di impatto ambientale e legge Galasso, Perugia 1987, 82). Sul rischio di depauperamento delle potenzialità degli interessi diffusi, laddove necessariamente fatti convogliare in realtà associative più o meno istituzionalizzate v. P. DURET, Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà, cit., 744-754. Sottolinea l'esigenza di superare il "monopolio" delle associazioni ambientali anche S. BELLOMIA, Territorio e beni comuni (a proposito di un recente volume di Paolo Maddalena), in Riv. giur. edilizia, 2014, 109 ss., facendone discendere l'opportunità dell'introduzione di una vera e propria azione popolare.

piani di bonifica, o comunque provvedimenti potenzialmente lesivi di una determinata risorsa ambientale¹²².

Giova a questo punto chiarire come non si intenda con ciò prospettare l'introduzione di un'azione popolare e, pertanto, la legittimazione di "chiunque" a contestare scelte pubbliche attinenti ai beni ambientali, a prescindere da qualsiasi valutazione in merito al rapporto tra soggetto e bene della vita oggetto dell'azione. Sebbene, infatti, non siano mancate in dottrina letture in tal senso 124, si ritiene che una simile ricostruzione finirebbe per incorrere inevitabilmente nella violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., e, di fatto, rischierebbe di non rivelarsi nemmeno particolarmente utile in termini di incremento del livello di tutela delle risorse ambientali 125. Al riguardo è stato condivisibilmente sostenuto che «in Italia la tragedy of the commons 126 consiste in ampia misura nell'indifferenza della collettività» e che, pertanto, la valorizzazione della dimensione collettiva, accanto a quella pubblica ed a quella privata, non necessariamente rappresenta la soluzione, dovendosi poi concretamente verificare chi e a quali

- 122 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2234, in Foro amm.-C.d.S., 2012, 946; T.A.R. Liguria, Sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348, in Urb. e app., 2013, 203; Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760, in Riv. giur. ambiente, 2007, 360; T.A.R. Liguria, Sez. I, 8 settembre 2004, n. 267, in Riv. giur. ambiente, 2004, 898; Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2001, n. 4206, in Riv. giur. ambiente, 2002, 61; Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2001, n. 5411, in Riv. giur. ambiente, 2002, 72. Sul punto si rinvia alle osservazioni di A. Cioffi, L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte Cost. n. 225 del 2009, cit., 970 ss.
- 123 È nota la vicenda relativa alla materia urbanistica ed alla formula dell'art. 10, l.n. 765/1967 che sembrava, per l'appunto, legittimare chiunque all'impugnazione di provvedimenti amministrativi incidenti sul territorio. Al riguardo, proprio al fine di scongiurare l'introduzione di un'azione popolare, il Consiglio di Stato si vide costretto ad elaborare un ulteriore criterio di differenziazione in qualche modo antesignano del criterio della *vicinitas* consistente nella dimostrazione dell'insediamento abitativo sul territorio interessato (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523). Per una completa ricostruzione della vicenda si rinvia a F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, cit., 642-654; nonché a E. Guicciardi, La decisione del "chiunque", in Giur. it., 1970, III, 193 ss.
- 124 S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, cit. Contesta, anche in chiave storica, la veridicità del principio in base al quale l'ordinamento italiano non ammetterebbe l'azione popolare P. Duret, *Riflessioni sulla* legitimatio ad causam *in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 694-706.
- 125 Che il processo amministrativo sia essenzialmente strutturato come processo a tutela di situazioni giuridiche soggettive e non a tutela dell'interesse pubblico in quanto tale è affermazione ormai da tempo acclarata e, da ultimo, confermata anche dal Codice del processo amministrativo, la cui relazione governativa lo definisce «processo di parti, connotato dal principio della domanda e dal dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato».
- ¹²⁶ Il riferimento è, evidentemente, al noto saggio di G. Hardin, *The tragedy of commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss., nel quale si sostiene che i beni comuni sarebbero inevitabilmente destinati a deteriorarsi, nella misura in cui il loro "destino" dipenderebbe da singole scelte non coordinate fra loro e tutte finalizzate a massimizzare il proprio vantaggio senza in alcun modo preoccuparsi del contestuale esercizio dei diritti degli altri, né tantomeno della sostenibilità del bene comune stesso: le soluzioni proposte sarebbero, pertanto, la soppressione dei beni comuni (mediante l'introduzione di diritti di proprietà esclusiva) ovvero la loro gestione attraverso una rigida regolamentazione pubblica.

condizioni sia disposto ad attivarsi per contribuire alla gestione ed alla tutela del bene comune¹²⁷.

Del resto, non è affatto necessario introdurre un'azione popolare per estendere anche ai cittadini *uti singuli* la legittimazione ad agire in sede processuale a tutela del bene ambiente: a tal fine, infatti, è sufficiente rinviare alla già richiamata ricostruzione dell'interesse diffuso come espressione affievolita dell'interesse legittimo¹²⁸ ed individuare criteri idonei a differenziare l'interesse diffuso di un individuo rispetto ad uno specifico bene ambientale, per restare nel "recinto" di una giurisdizione di tipo soggettivo (seppur meno "rigida")¹²⁹. In tal senso, come già sottolineato, si rivela essenziale la prospettata rivisitazione (ampliata) della nozione di vicinitas, intesa in senso sostanziale e non (solo) spaziale, come rapporto peculiare, anche di mero fatto, instauratosi tra soggetto e bene¹³⁰, a prescindere da qualsiasi forma di istituzionalizzazione dello stesso, nella prospettiva della valorizzazione della figura del public-spirited citizen di matrice anglosassone¹³¹. Come è stato efficacemente osservato, in tema di interessi diffusi, ciò che "differenzia" (e, quindi, qualifica) la titolarità in capo al singolo è il suo interesse al ricorso, ovvero la dimostrazione di una concreta aspettativa di vantaggio a seguito della caducazione degli effetti del provvedimento contestato: è tramite la valorizzazione dell'interesse al ricorso che, in altri termini, si individuano i

¹²⁷ V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni* de iure condendo *su un dibattito in corso*, cit., 32.

¹²⁸ Cfr. supra § 3.

¹²⁹ Per un'apertura verso la legittimazione del singolo, purchè però in grado di dimostrare la titolarità di una posizione in qualche modo differenziata rispetto alla collettività, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, in Riv. giur. ambiente, 2011, 528 ss., con nota di A. MAESTRONI, Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire?. F. GIGLIONI, nel suo La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, cit., 441, considera «inappropriato pretendere dai soggetti ammessi al processo attraverso la sussidiarietà orizzontale di dimostrare la lesione specifica di un interesse chiaramente differenziato: si tratta di una pretesa non coerente con il valore della sussidiarietà orizzontale».

¹³⁰ Cfr. in tal senso T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 dicembre 2012, n. 2023, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, 3846; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 28 marzo 2013, n. 316, in *Riv. giur. ambiente*, 2013, 613. Da ultimo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4775, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, 983, dove la prossimità con il realizzando intervento edilizio è ritenuta condizione sufficiente a radicare la legittimazione ad agire avverso i relativi titoli, senza che venga in rilievo la circostanza che l'associazione ricorrente sia straniera. In dottrina è stato osservato criticamente che «la legittimazione ad agire in giudizio a tutela di interessi di tutela dell'ambiente – ad eccezione del ristretto novero delle associazioni riconosciute – passa sostanzialmente ancora sotto le (troppo) strette maglie della dimostrazione di un rapporto di *vicinitas* secondo l'accezione anche di recente riproposta dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sent. n. 7264/2004», M.R. Spasiano, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano 2006, 187.

¹³¹ In termini v. P. Duret, *Riflessioni sulla* legitimatio ad causam *in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 759.

soggetti legittimati all'impugnazione, recuperando il deficit normativo in punto di legittimazione¹³².

È evidente che un'operazione del genere tende verso forme di processo maggiormente oggettivo¹³³, ma unicamente nel senso che l'interesse (che permane soggettivo) di colui che agisce coincide con quello di tutti coloro che, nel loro far parte di una comunità in una dimensione non meramente passiva, hanno goduto e contribuito alla conservazione di quel determinato bene (comune) ambientale¹³⁴. Non si intende affatto, in altri termini, riproporre la tesi dell'interesse legittimo come figura meramente strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa¹³⁵: la posizione giuridica di cui è titolare il cittadino attivo nell'ergersi a tutore dell'ambiente è finalizzata al conseguimento di un bene della vita non astratto (garantire il corretto esercizio del potere pubblico) ed esterno, bensì concreto e "proprio", ovvero il poter continuare a godere (per sé, per la comunità a cui appartiene e per le generazioni future) di quella determinata risorsa ambientale.

Si potrebbe, in effetti, obiettare a tale ricostruzione che la dimensione "globale" dei beni ambientali non consentirebbe l'applicazione del collegamento bene-comunità territoriale proprio del criterio della *vicinitas*, bensì rinvierebbe tutt'al più ad una legittimazione diffusa, giustificando così al massimo l'introduzione di un'azione popolare¹³⁶. Tuttavia, i due profili (globale e locale) non appaiono inconciliabili. Se è vero che la qualificazione dei beni ambientali come beni comuni comporta, tra l'altro, che il loro accesso è aperto a chiunque, indipendentemente dal fatto che l'individuo appartenga o meno alla comunità di

¹³² R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, cit., il quale sottolinea inoltre come, proprio attraverso tale ricostruzione, si è in grado di assicurare, anche nel processo amministrativo, adeguata tutela a valori costituzionali che altrimenti ne risulterebbero privi: «La differenziazione dell'interesse diffuso, cui è subordinata la sua giustiziabilità, avviene pertanto sulla base di questo semplice, ma irrinunciabile, presupposto, nel senso che la sua riferibilità ad un fondamentale valore dell'ordinamento costituzionale rappresenta la condizione necessaria e sufficiente della sua giuridicizzazione, pur in difetto di ogni ulteriore fattore di qualificazione normativa».

¹³³ Cfr. R. Lombardi, *Le azioni collettive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2013, 208 ss.

¹³⁴ In relazione ad analoga ricostruzione F. CASAVOLA, in *Studi sulle azioni popolari romane.* Le «actiones populares», Napoli 1958, parlava di un'azione popolare situata "tra il ius privatum e il ius publicum", affidata non a ciascun membro della comunità, bensì solo a coloro che vivono "l'ambiente comune in cui si svolgono le loro individuali e quotidiane attività", 17-18. Il pensiero dello studioso è ampiamente illustrato ed esaminato da P. Duret, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente comune e legitimatio ad causam*, cit., 28-32.

¹³⁵ Per una ricostruzione di tale posizione, a cui in passato ha aderito numerosa dottrina, ma ormai da tempo abbandonata per una concezione maggiormente sostanziale dell'interesse legittimo, inteso come «interesse alla disciplina favorevole dell'interesse finale» (F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 113), si rinvia a F.G. Scoca, *Interessi protetti (dir. amm)*, cit., 7.

¹³⁶ Sul punto si rinvia alle osservazioni di R. Lombardi, La tutela delle posizioni giuridiche metaindividuali nel processo amministrativo, cit; Id., Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni, cit., 78.

riferimento¹³⁷, ciò non preclude la prospettazione di una duplice forma di rapporto tra uomo e risorsa ambientale: "chiunque" può goderne (nel rispetto delle generali regole di conservazione), ma solo colui che fa parte della comunità di riferimento (perché residente, o perché singolarmente o in forma associata si è attivato per la tutela di quel bene) è titolare dell'interesse ad agire attivamente per la sua tutela, sia in termini gestionali (*sub specie*, ad esempio, di partecipazione procedimentale o di esercizio di attività di interesse generale) che processuali¹³⁸.

In tal senso, è stato giustamente osservato che «nella realtà il danno ambientale si riferisce normalmente ad un determinato bene ambientale, rispetto al quale è identificabile la collettività dei fruitori, che può avere dimensioni più o meno ampie, ma difficilmente (e comunque non necessariamente) coincide con l'intera collettività nazionale. Se si vuole agganciare la tutela giurisdizionale agli interessi diffusi, occorre riferirsi volta a volta alle collettività effettivamente interessate e non alla collettività nazionale»¹³⁹. Al riguardo, appare interessante – seppur non del tutto condivisibile – quella dottrina che ipotizza nel caso di specie l'applicazione di un'accezione differente della nozione di legittimazione: mentre tradizionalmente tale presupposto dell'azione ha la funzione di accertare la sussistenza di un rapporto qualificato tra soggetto e bene, nel contesto in esame la *ratio* della legittimazione riposerebbe piuttosto nella valutazione circa l'idoneità del soggetto ad ergersi a difensore dell'interesse diffuso che condivide con il resto della comunità¹⁴⁰.

L'estensione della legittimazione prospettata (e in parte già riconosciuta, sebbene unicamente in via pretoria e non al singolo bensì alle sole associazioni) si rivela, tra l'altro, pienamente coerente con la più recente tendenza evolutiva del processo amministrativo, quale emerge da alcune disposizioni introdotte con il Codice del processo amministrativo, tutte tese a sancire una sorta di "temperamento" della giuri-

¹³⁷ In termini v. V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso, cit., 18.

Al riguardo Mattei utilizza la locuzione "comunità ecologica", intesa come quella comunità «organizzata intorno a una struttura comunitaria in equilibrio, in cui il tutto (la comunità) non si riduce all'aggregato delle sue parti (gli individui), ma presenta tratti suoi propri che ricevono senso proprio dalla loro capacità di soddisfare esigenze comuni», U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 28

¹³⁹ F.G. Scoca, Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile, cit. 653-654.

¹⁴⁰ Secondo tale tesi, in altri termini, il filtro della legittimazione sarebbe funzionale alla verifica in capo al ricorrente delle competenze e delle conoscenze necessarie per rappresentare (come singolo o in forma associata) la collettività con la quale condivide il diritto di godere e il dovere di preservare quel bene comune (cfr. M. Delsignore, La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense, cit., 749). Tale ricostruzione ha il pregio di evidenziare la non applicabilità dei tradizionali modelli processuali alla materia della tutela ambientale, ma finisce per privare di qualsiasi rilevanza – se non in termini di mera conoscenza e competenza – la dimensione soggettiva del rapporto che lega l'individuo alla risorsa ambientale che intende difendere.

sdizione soggettiva così come tradizionalmente intesa¹⁴¹. Ci si riferisce, in particolare, all'irrevocabilità dell'istanza di fissazione dell'udienza (art. 71 c.p.a.); alla rilevabilità d'ufficio della nullità del provvedimento (art. 31. co. 4 c.p.a.); al "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera" che il giudice è tenuto a valutare in sede cautelare nell'ambito di controversie riguardanti infrastrutture strategiche (art. 125, co. 2 c.p.a.); al dovere del giudice di pronunciarsi – una volta annullata l'aggiudicazione – sull'inefficacia del contratto anche in assenza di una domanda in tal senso da parte del ricorrente (art. 122 c.p.a.)¹⁴².

Del resto, come è stato ampiamente dimostrato, è tendenzialmente il frutto di una mistificazione l'idea che il legislatore italiano abbia sin dal principio inteso escludere dal processo amministrativo adeguate forme di tutela degli interessi collettivi: l'impianto marcatamente individualistico¹⁴³ è, piuttosto, il risultato di «una scelta di cui porta la responsabilità principale il Consiglio di Stato; responsabilità che esso divide peraltro con la Corte regolatrice della giurisdizione e, in parte, anche con la dottrina»¹⁴⁴. In altri termini, il prospettato temperamento dell'accezione soggettiva del processo amministrativo non si concretizzerebbe affatto in una "rivoluzione", implicando semplicemente una meno rigida applicazione dei criteri da cui sia possibile desumere la sussistenza dell'interesse qualificato, che pure però deve sussistere¹⁴⁵, seppur con un "grado" di soggettivizzazione meno forte¹⁴⁶.

¹⁴¹ In relazione, nello specifico, alla materia ambientale, si rinvia alle riflessioni di A. Police, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano 2006, 297 ss., il quale – dopo aver aderito alla tesi che esclude che nel nostro ordinamento costituzionale possa trovare legittimamente luogo una giurisdizione del giudice amministrativo di carattere marcatamente oggettivo – si dichiara non soddisfatto da tale conclusione nella misura in cui «proprio in materia ambientale, il processo di tipo soggettivo presenta dei limiti evidenti rispetto ai quali è compito della dottrina segnalare le possibili (e necessarie) prospettive evolutive a fronte dei riconosciuti limiti ordinamentali», 306.

sul tema v. diffusamente P. Lombardi, Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata", in Dir. proc. amm., 2016, 85 ss.; B. Marchetti, Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato, in Dir. proc. amm., 2014, 74 ss.; N. Paolantonio, Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse), in www.giustamm.it, 2013; R. Lombardi, Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo, in Foro amm.- T.A.R., 2004, 2181 ss. Parla di "parentesi" di giurisdizione oggettiva in relazione alla rilevabilità d'ufficio della nullità del provvedimento Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 27 luglio 2012, n. 721, in Foro amm. – C.d.S., 2012, 2117.

 ¹⁴³ Cfr. A. ROMANO, *Intervento*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova 1976, 289 ss.
 ¹⁴⁴ F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, cit., 60.

¹⁴⁵ Non si intende, pertanto, aderire alla posizione di coloro che auspicano l'introduzione di un processo di diritto oggettivo in materia ambientale (cfr. F. Goisis, Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea, cit., 125). Né tantomeno si concorda con quella giurisprudenza che configura le associazioni ambientali come soggetti che agiscono a tutela dell'interesse pubblico e non di un proprio interesse, in una posizione assimilabile a quella di pubblici ministeri (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in Foro amm. – C.d.S., 2012, 425).

¹⁴⁶ È stato osservato, al riguardo, che una valutazione dell'interesse è comunque presente, o *ex*

Per concludere sul punto, la prospettata legittimazione del singolo cittadino non presuppone né, per un lato, il riconoscimento in capo allo stesso di una posizione di diritto soggettivo individuale alla tutela dell'ambiente¹⁴⁷, né, per altro verso, l'introduzione di un'azione popolare, bensì un'estensione applicativa del criterio della *vicinitas*, che, alla luce della qualificazione del bene ambiente come bene comune e del principio di sussidiarietà orizzontale, possa essere utilizzato tanto per le associazioni e i comitati, quanto per i singoli cittadini, purchè in grado di dimostrare un loro previo e serio interessamento alla protezione di quella determinata risorsa ambientale alla cui tutela ambiscono di concorrere.

Il richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴⁸ si giustifica non solo alla luce della considerazione che l'ambiente, ed i beni comuni in generale¹⁴⁹, sono unanimemente considerati il settore ideale di applicazione del suddetto principio¹⁵⁰, ma anche e soprattutto in ragione del fatto che quest'ultimo mira a valorizzare i cittadini che si prendono cura degli interessi generali sia come singoli che come associati. Attraverso un'attualizzazione della teoria del "nuovo cittadino" delineata da Benvenuti¹⁵¹, viene con sempre maggior forza a segnalarsi l'esigenza di agevolare lo sviluppo del nuovo ruolo che l'ordinamento affida al cittadino ed alla sua autonoma iniziativa nell'esercizio di attività di interesse generale. Al riguardo, è stato sottolineato come la qualificazione dei beni comuni come *tertium genus* rispetto alle "cose private" e alle "cose pubbliche" consente di rinvenire il loro fondamento costituzionale – oltre che negli artt. 2 e 3 Cost. –

ante, da parte del legislatore in relazione alle associazioni riconosciute, o ex post, da parte del giudice attraverso l'applicazione del criterio della vicinitas, il che «impedisce al processo amministrativo di porsi quale mero controllo del rispetto della legalità» (F. FIGORILLI, L'azione popolare. Profili generali, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, (a cura di), Cittadinanza ed azioni popolari, Soveria Mannelli 2010, 9 ss.). Nemmeno si aderisce alla tesi di chi suggerisce di parlare, in tale contesto, di legittimazione oggettiva, intesa come forma di legittimazione assegnata a tutela di interessi generali, tale da prescindere dalla dimostrazione della sussistenza di un interesse differenziato (cfr. V. Cerulli Irelli, Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm., 2014, 341 ss.).

¹⁴⁷ In tal senso v. la ricostruzione operata da C. CUDIA, nel lavoro monografico *Gli interessi* plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo, Santarcangelo di Romagna 2012.

148 La letteratura in tema di sussidiarietà orizzontale è ormai vastissima. Ex multis: F. GIGLIONI, Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione, in Foro amm.-C.d.S., 2009, 2909 ss.; A. POLICE, Ruolo e responsabilità dei cittadini, delle formazioni e dei gruppi sociali nella lotta alla povertà ed alla esclusione. Problemi giuridici della "sbared governance", in Il dir. dell'economia, 3/4-2004, 539 ss.; P. Duret, La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto, in Jus, 2000, 95 ss.; G. Pastori, La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative, in Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto, (a cura di) A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova, 1999, 169 ss.; A. D'Atena, Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, 603 ss.

- ¹⁴⁹ G. Arena, Beni comuni. Un nuovo punto di vista, in www.labsus.org.
- ¹⁵⁰ C. DONOLO, *Sussidiarietà e beni comuni*, in *www.labsus.org*, 2010, definisce, tra l'altro, il principio di sussidiarietà orizzontale la «capacitazione al governo di beni comuni».
 - ¹⁵¹ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994.

proprio nell'art. 118 Cost., co. 4 «che ne legittimerebbe l'affidamento della cura alle collettività interessate»¹⁵².

Ebbene, se il principio di cui all'art. 118, co. 4 Cost. rappresenta il fondamento costituzionale dei diritti dei cittadini di essere coinvolti operativamente nella gestione dei beni comuni (fase fisiologica)¹⁵³, non possono non vedersi le immediate conseguenze anche in relazione alla fase patologica, ovverossia allorquando sia necessario intervenire processualmente a tutela del bene danneggiato o messo in pericolo. In altri termini, a fronte della dimostrazione della concreta attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale in relazione ad un determinato bene ambientale da parte di un individuo o di un'associazione – attraverso l'esercizio di attività di interesse generale (nel caso di specie, di conservazione o sensibilizzazione) – non può non riconoscersi agli stessi soggetti la possibilità, in sede processuale, di contestare le modalità con cui l'amministrazione ha esercitato le sue funzioni di protezione e gestione della medesima risorsa¹⁵⁴. In tal senso. del resto, parte della giurisprudenza – come anche la dottrina che ha avuto modo di occuparsi approfonditamente di tali tematiche – da tempo riconosce che una corretta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale richiede, in settori quali quello della tutela ambientale, di privilegiare le interpretazioni più avanzate in tema di legittimazione ad agire¹⁵⁵.

Come è stato efficacemente osservato, una buona politica di tutela ambientale necessita di un approccio di ampio respiro, che tenga conto unitamente delle esigenze dell'individuo, della collettività e delle generazioni future¹⁵⁶: in tal

P. CHIRULLI, I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà, cit., 3-4.
 In tale prospettiva parla di "nuova dimensione pubblica dell'ambiente" A. FARì, Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema, cit., 108.

¹⁵⁴ «Sarebbe dubbia alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale la legittimazione di comitati di cittadini o anche di singoli cittadini che si attivino solo per contestare in sede processuale la decisione dell'amministrazione; il processo deve essere considerato come la sede maturale di prosecuzione di un confronto preesistente, che manifesti con evidenza l'impegno dei cittadini per un interesse generale», F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 453. Sul tema v. anche P. Duret, *Riflessioni sulla* legitimatio ad causam *in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 786.

¹⁵⁵ Cfr. T.A.R. Liguria Sez. I, 18 marzo 2004, n. 267, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, 1444; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 5 aprile 2005, n. 1847, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 322; T.A.R. Puglia, Lecce, 7 luglio 2009, n. 1786, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, in *Riv. giur. ambiente* 2011, 527; Cons. Stato, Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Giur. it.*, 2012, 939; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 luglio 2013, n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina si sono pronunciati a favore della valenza anche processuale del principio di sussidiarietà orizzontale, oltre agli autori citati nella precedente nota n. 154, R. Lombardi, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, cit., 136 ss.; S. Pellizzari, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Ist. federalismo*, 2011, 593 ss.; R. Leonardi, *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune acquisizioni ancora giurisprudenziali*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 3 ss.

¹⁵⁶ R. Lombardi, Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni, cit., 75.

senso, la configurazione delle risorse ambientali come beni comuni e non come beni pubblici appare strumentale anche a consentire con maggiore coerenza la pretesa dell'esercizio dei doveri individuali da parte di ciascun individuo. Il cittadino che appartiene alla comunità le cui risorse ambientali sono state lese ha un interesse al mantenimento della conservazione dell'ambiente speculare al dovere e alla connessa responsabilità del co-titolare che ha causato l'inquinamento¹⁵⁷, ma ha anche il dovere "solidale" di attivarsi a tutela del bene comune stesso. È evidente, tuttavia, che lo stesso cittadino deve essere messo nelle condizioni di adempiere in maniera adeguata al proprio dovere inderogabile di solidarietà ambientale, anche in termini di riconoscimento della relativa legittimazione processuale.

In conclusione, alla luce di quanto è emerso deve ritenersi che allo Stato non sia affatto riconosciuta la titolarità delle risorse ambientali (configurabili, piuttosto come beni comuni), essendogli al contrario attribuiti specifici compiti di gestione e tutela (attesi gli interessi generali e intergenerazionali coinvolti) "per conto" della comunità di riferimento, compiti che, tuttavia, non giustificano né l'esclusività in termini di legittimazione ad agire a fronte di un danno ambienta-le¹⁵⁸, né la limitata sindacabilità delle sue scelte.

Già nel 1976 Scoca chiariva che «di fronte alla lesione arrecata all'interesse collettivo da parte di provvedimenti amministrativi, va ribaltata la posizione attuale della giurisprudenza: la legittimazione a ricorrere va riconosciuta, almeno di norma, sia al singolo componente sia alla figura esponenziale della collettività. Tale rovesciamento di posizioni (è da sottolineare) avviene mediante una conveniente utilizzazione dello stesso strumentario concettuale cui fa riferimento la giurisprudenza, senza, ad esempio, ricorrere all'idea dell'azione popolare» ¹⁵⁹. Eppure, nonostante siano trascorsi molti anni ed il processo amministrativo sia stato interessato da notevoli evoluzioni, sul punto poco o nulla è cambiato. Le suggestioni offerte dallo scritto mirano a contribuire al conseguimento di un deciso mutamento di prospettiva, attraverso il passaggio della configurazione degli

¹⁵⁷ F.G. Scoca, Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente, cit., 402.

ottenere il risarcimento del danno, bensì svolge la funzione di tutela dell'interesse generale alla tutela dei beni ambientali in quanto risorse naturali comuni, in una prospettiva, tra l'altro, non esclusivamente antropocentrica. In tal senso è stato affermato che «Dall'ordinamento nazionale e internazionale emerge con chiarezza l'esistenza di un diritto all'ambiente il cui esercizio è appunto oggetto di politiche ambientaliste dei diversi Paesi e all'interno di essi, di tutte le componenti soggettive che vi coesistono, dalle persone alle istituzioni. Tuttavia non può certo negarsi che è dato individuare anche un diritto dell'ambiente quale bene che appartiene all'intero genere umano, ivi comprese le future generazioni. Qualsiasi politica ambientale, pertanto ha due parametri di riferimento: da un lato, i soggetti degli ordinamenti, titolari di diritti e di doveri connessi all'ambiente, ossia di posizioni giuridiche soggettive aventi natura economica, solidaristica, sociale, ecc; dall'altro, l'umanità in quanto tale, titolare del diritto inviolabile dell'ambiente», M.R. Spasiano, I soggetti della politica ambientale in Italia, cit.

¹⁵⁹ F.G. Scoca, La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo, cit., 71.

interessi ambientali da interessi adespoti ad interessi comuni, passaggio analogo a quello descritto in relazione alle risorse ambientali, ormai non più considerate beni adespoti bensì, per l'appunto, beni comuni¹⁶⁰. Tale operazione consente – nel rispetto del modello tendenzialmente soggettivo del processo amministrativo – di estendere la legittimazione ad agire avverso provvedimenti lesivi del bene ambiente anche al singolo cittadino, il quale agisce a tutela della risorsa ambientale non in ragione di un astratto interesse alla mera legalità dell'azione pubblica, bensì per difendere un interesse proprio, connotato, però, dal carattere della non esclusività, in quanto condiviso con gli altri membri della comunità che abbiano analogamente dimostrato di "avere a cuore" la conservazione di quel bene. A tali fini, tuttavia, è innanzitutto necessario procedere alla positivizzazione dei criteri in base ai quali individuare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della legittimazione processuale, laddove l'attuale valenza meramente pretorile del criterio della *vicinitas* rende tale parametro del tutto inadeguato in termini di certezza del diritto¹⁶¹.

¹⁶⁰ In termini P. Duret, Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente comune e legitimatio ad causam, cit., 45.

[&]quot;«Ciò che in ogni caso è, a mio avviso, da evitare è che vengano definiti soltanto genericamente o in modo impreciso i fattori legittimanti; con la conseguenza inopportuna di dilatare la discrezionalità del giudice nella valutazione di tali fattori: si pensi alla valutazione del gradi di rappresentatività dell'organismo o della serietà dei suoi scopi o ancora della sua capacità difensiva. Tutti questi elementi devono essere ancorati a criteri di valutazione per quanto possibile rigidi e indisponibili da parte del giudice» (F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, cit., 645).

ABSTRACT

Giovanni Serges, Il "dominio" degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità

Il lavoro è dedicato ad approfondire il tema degli effetti nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale. In particolare, l'analisi è diretta ad esaminare criticamente alcune più recenti decisioni nelle quali emerge – in maniera spesso contraddittoria – la questione di una limitazione temporale degli effetti, al fine di individuare entro quali limiti esse siano compatibili con il sistema di giustizia costituzionale italiano.

The "Dominion" of the Temporal Effects of the Unconstitutionality Decisions

The essay aims to analyse the issue of the temporal effects of the Constitutional Court's judgments. In particular, the writing examines critically some recent decisions where the question of the temporal limitation of the effects emerges in an often contradictory way, in order to identify the extent to which those limitations are compatible with the Italian constitutional justice system.

Gladio Gemma, Paternalismo, antipaternalismo, Costituzione

Lo scritto assume la definizione di paternalismo quale concezione etico-politica in virtù della quale soggetti pubblici o privati possono imporre ad un individuo, capace di intendere e di volere, scelte di vita in contrasto con la sua volontà, pur con l'intento di arrecare un beneficio al medesimo. La tesi di fondo sostenuta consiste nella configurazione dell'incompatibilità fra la concezione paternalista e la nostra Costituzione. A sostegno del nesso "Costituzione-antipaternalismo", viene avanzata un'argomentazione di natura filosofico-politica e giuridica.

Lo scritto cerca di dimostrare che il costituzionalismo, cui va ricondotta anche la nostra Costituzione, ha il suo fondamento e le sue radici (pure) nella filosofia politica liberaldemocratica. Quest'ultima afferma la libertà di autodeterminazione dell'individuo che deve essere arbitro delle proprie scelte di vita

e può subire limitazioni solo in funzione di interessi di altri individui o della società (in via del tutto eccezionale possono ammettersi interventi nei confronti di un individuo senza il suo consenso solo quando sia manifesta una errata valutazione, da parte dello stesso, del proprio interesse). Dimostrata la correlazione tra ideologia liberaldemocratica e costituzionalismo, si è dedotto che, in base ai canoni interpretativi storico e teleologico, l'antipaternalismo va configurato come un principio della nostra Costituzione.

Paternalism, Anti-Paternalism, Constitution

This paper adopts the definition of paternalism as an ethical-political conception, according to which public or private subjects can impose on the individual capable of consent the life choices which may be in contrast with his will, even if this imposition was intended to be to his benefit. The main thesis in support of this consists in conceptualising the incompatibility between the paternalistic conception and our Constitution. In support of the link "Constitution-anti-paternalism" a philosophical-political and legal argumentation is put forward.

The paper seeks to demonstrate that the constitutionalism to which also our Constitution can be traced back, has its foundation and its roots (also) in the liberal democratic political philosophy. This philosophy affirms the individual's freedom of self-determination where the individual acts as an agent able to freely make life choices and can be limited only due to the interests of other individuals or society (in an exceptional way the interventions regarding the individual without his consent may be accepted only in presence of the individual's erroneous evaluation of his own interest). Once an interrelation between the liberal-democratic ideology and constitutionalism is demonstrated, one can presume that on the basis of the historical and teleological canons of interpretation, anti-paternalism may be posited as a principle of our Constitution.

Simone Lucattini, Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici

Il disegno di *governance*, nazionale e comunitario, dei servizi pubblici a rete colloca l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA) al centro di una fitta trama di relazioni, cooperative e competitive, a livello nazionale e comunitario, all'interno di uno spazio regolatorio attraversato da una molteplicità di attori e interessi rivali, e innervato da principi e finalità talora confliggenti. Tale assetto dischiude due prospettive di ricerca: una, per così dire, "irenica", volta a valorizzare l'esigenza di coordinamento tra i vari attori istituzionali; un'altra irriducibilmente "polemica", che muove invece dalla competizione tra regolatori e dalla rivalità d'interessi, alla ricerca di possibili composizioni. Prospettive, quelle appena individuate, solo apparentemente antitetiche, ma in realtà complementari e suscettibili di essere ricomprese in una visione unitaria, una

volta immesse nel prisma della certezza dei mercati e della tutela dell'affidamento degli operatori economici.

Rivalry and Coordination in Public Services' Government

The design of governance, both at the national and at EU level, of public services places the Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment (ARERA) at the center of a weaving of relationships, cooperative and competitive, within of a regulatory space traversed by a multiplicity of actors and rival interests, and innervated by principles and purposes sometimes conflicting. This structure reveals two research perspectives: one "irenic", aimed at enhancing the need for coordination between the various institutional actors; another irreducibly "polemical", that moves rather from the competition between regulators and the rivalry of interests, in search of possible compositions. Prospects, those just identified, apparently antithetical, but in fact complementary and likely to be included in a single view, once entered in the prism of the certainty of the markets and the protection of legitimate expectations of traders.

Marco Mazzamuto, Giandomenico Romagnosi inventore del diritto amministrativo?

Il presente lavoro mira a verificare il grado reale di originalità del primo grande studioso italiano di diritto amministrativo: Gian Domenico Romagnosi. Lo studio delle fonti mostra che Egli fu debitore della dottrina giuridica francese degli inizi del XIX sec. Tuttavia, nei rispetti del primato rivoluzionario della legge, il suo ancoraggio alla settecentesca ragione naturale lasciava aperto uno spazio di "giuridicità" dove la legge non poteva arrivare o dove era bene che non arrivasse: uno spazio sottoposto al principio di proporzionalità. E fu proprio grazie all'equità, non alla legge, che il *Conseil d'État* costruì il più grande *judge-made law* del XIX sec. e quelle straordinarie garanzie del diritto amministrativo, come il controllo della discrezionalità amministrativa.

Gian Domenico Romagnosi: the Inventor of Administrative Law?

This work aims to verify the real degree of originality of the first great Italian scholar of administrative law: Gian Domenico Romagnosi. The study of the sources shows that he was indebted to the French legal doctrine of the early XIX century. However, in respect of the revolutionary primacy of the statute law, Romagnosi's anchorage to the eighteenth-century natural reason left open a "juridical" space where the law could not arrive or where it would be better the law to remain out of reach: a space subjected to the principle of proportionality. And it was equity, not statute law, through which the *Conseil d'État* built the biggest judge-made law of the nineteenth century and the extraordinary guarantees of administrative law, such as control of administrative discretion.

Nicola Posteraro, Identità di genere, transessualismo ed effettività del diritto alla salute in Italia

Questo lavoro, frutto di una ricerca condotta per conto del Ministero della Salute e l'Università Roma Tre, ha ad oggetto la tematica del transessualismo: di recente, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno stabilito che la persona transessuale può ottenere la rettifica anagrafica del proprio sesso anche senza aver previamente modificato chirurgicamente i propri genitali. Nel saggio si analizzano le pronunce e si evidenziano, in una prospettiva critica, i problemi che, sul piano sostanziale e processuale, esse sollevano; problemi che minano la salute delle persone transessuali. Si affrontano, poi, anche i problemi che praticamente le persone transessuali riscontrano, pure sul piano del giudizio civile, laddove vogliano iniziare un percorso di transizione ed eventualmente rifarsi alle strutture sanitarie per intervenire chirurgicamente sul proprio sesso biologico. In conclusione, si forniscono degli spunti di riflessione per qualche possibile soluzione.

Gender Identity, Transsexualism and Effectiveness of the Right to Health in Italy

This work deals with transsexualism: recently, the Cassazione Supreme Court and the Constitutional Court have established that a transsexual person can get the registry rectification of their sex even without having previously changed, surgically, their genitals. In the article, we analyze the two decisions and we highlight, in a critical perspective, the problems that they raise that undermine the health of transsexual people. We also study the problems (jurisdictional, too) that transexual people have then they decide to begin a transition path and/or they decide to change, surgically, their biological sex. At the end, we propose some juridical solutions.

Marco Calabrò, La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni

Lo scritto muove dall'esame delle diverse incertezze e criticità che ancora oggi connotano il complessivo sistema nazionale di tutela delle risorse ambientali. In particolare, l'autore si sofferma sull'assenza di una chiara e certa individuazione dei soggetti legittimati ad agire, sia in sede procedimentale che processuale, con azioni di tutela, sottolineando come ciò derivi dalla intrinseca peculiarità propria del bene ambiente, ricondotto dalla Corte Costituzionale alla categoria dei c.d. beni liberi, non suscettibili di vera e propria appropriazione, bensì contestualmente fruibili dalla collettività e dai singoli (Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641). Alla luce di tali considerazioni – e al fine di rendere maggiormente efficace il modello di tutela ambientale, in special modo in relazione

alla sindacabilità delle decisioni pubbliche impattanti sulle risorse ambientali – l'autore si propone di superare l'attuale fallimentare regime accentrato di legittimazione processuale. In tale ottica, attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale e del criterio della *vicinitas*, si prospetta il passaggio della qualificazione degli interessi ambientali da interessi adespoti a interessi comuni, con la consequenziale estensione – in presenza di specifici presupposti – della legittimazione ad agire anche al singolo cittadino, titolare di un interesse proprio, connotato, però, dal carattere della non esclusività, in quanto condiviso con gli altri membri della comunità.

The Legal Standing in Environmental Law: the Commons Perspective

The essay moves from the analysis of uncertainties and critical issues even today concerning the Italian environmental protection system. In this context, the author especially examines the absence of a clear system of legal standing, and underlines how it results from the intrinsic peculiarity of the environmental goods, defined by the Italian Constitutional Courts as "free goods", not individually appropriable, but usable at the same time by community and individuals (Constitutional Court, 30.12.1987, n. 641). In view of the above – to improve the effectiveness of environmental protection, especially in relation to the public decision censurability – the author intends to overcome the current centralized failing legal standing regime. In this perspective – and through the enhancement of the subsidiarity principle and the *vicinitas* criterion – the essay outlines a new classification of environmental interests, from interests with no titular to common interests, consequently extending to the citizen the environmental legal standing, not exclusively, but sharing it with each member of the community.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

- Giovanni Serges, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre
- Gladio Gemma, già Professore ordinario di Giustizia costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia
- SIMONE LUCATTINI, Responsabile Unità Arbitrati e Decisione Controversie, Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico
- MARCO MAZZAMUTO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo
- NICOLA POSTERARO, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre
- Marco Calabrò, Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349. La Rivista "Diritto e Società" – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Serges, Lucattini, Posteraro e Calabrò.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl 80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459 info@editorialescientifica.com www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2017: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012