

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 4/2020

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 4/2020

saggi

- Giovanni Canzio, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario* 647
- Antonio Saitta, *Le ragioni di un giudice speciale: introduzione storica alle funzioni della Corte dei conti e le ragioni di un giudice "perito"* 665
- Guido Clemente di San Luca, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri* 683
- Marco Parisi, *Trattamento dei dati sensibili, tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'autonomia professionale. A proposito del Regolamento europeo n. 2016/679 e della sua applicazione nell'ordinamento italiano* 747
- Riccardo Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)* 777
- Maria Chiara Mattesini, *Donne d'Europa. Femminismo cristiano e progetto democratico* 819

osservatorio

- Leonardo Lippolis, *La nuova giurisprudenza costituzionale sulle leggi-provvedimento: verso un effettivo "scrutinio stretto" di costituzionalità* 837

attualità

- Silvia Talini, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali* 895

ANTONIO D'ATENA

In ricordo di Pierfrancesco Grossi

LINEE EVOLUTIVE
DEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ
IN AMBITO SANITARIO*

SOMMARIO: 1 Un inquadramento storico. – 2. Gli anni 1950-1970: la sentenza n. 166/73 della Corte costituzionale. – 3. L'ultima parte del XX secolo: la transizione verso un regime di maggior rigore. – 4. Il primo decennio del XXI secolo: il doppio regime della responsabilità. – 4.1. La sentenza delle SU penali “Franzese”. – 4.2. L'orientamento asimmetrico delle SU civili. – 5. Il secondo decennio del XXI secolo: le leggi di riforma «Balduzzi» e «Gelli-Bianco». – 6. La legge «Balduzzi»: le linee guida e i protocolli. – 7. La legge «Gelli-Bianco»: il modello della prevenzione fra gestione del rischio e assicurazione obbligatoria. – 7.1. Profili di responsabilità penale: le SU penali “Mariotti”. – 7.2. *Segue*: Profili di responsabilità civile. – 8. Qualche considerazione sull'emergenza sanitaria da Covid-19. – 9. Il ruolo della nomofilachia nel disciplinamento del fenomeno.

1. *Un inquadramento storico*

Volendo tracciare un quadro dell'evoluzione storico-giuridica del fenomeno della responsabilità in ambito sanitario¹, a partire dalla metà del secolo scorso possono delinearci essenzialmente quattro fasi: la prima negli anni 1950-1970; la seconda nell'ultima parte del ventesimo secolo; la terza nel primo decennio del ventunesimo secolo; la quarta nel secondo decennio del ventunesimo secolo.

* Contributo non sottoposto a procedimento di revisione, ai sensi dell'art. 2, comma 5, del Regolamento della Rivista.

Testo riveduto e ampliato degli interventi svolti, rispettivamente, il 29 gennaio 2020 nel convegno su “I primi due anni della rivista *Corti supreme e salute*” (in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, 323 ss.) e il 29 gennaio 2021 nel Webinar organizzato dalle SSPL delle Università della Calabria e del Salento su “*I parametri della responsabilità sanitaria oltre l'emergenza Covid-19: verso una nuova stabilizzazione?*”.

¹ Per un quadro d'assieme degli orientamenti della giurisprudenza, cons., volendo, G. CANZIO, P. PROTO PISANI, *Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2019, 79 ss.

2. *Gli anni 1950-1970: la sentenza n. 166/73 della Corte costituzionale*

Nella prima fase l'atteggiamento della giurisprudenza e della dottrina nei confronti della classe medica è di larga comprensione, favore, indulgenza, restando incontroversa l'applicazione generalizzata – tanto nel settore civile quanto in quello penale, in virtù della sentenza n. 166/73 della Corte Costituzionale² – della regola di giudizio fissata dall'art. 2236 c.c., per la quale “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*”. È dunque configurabile la responsabilità penale solo in caso di colpa grave, identificata nella “*condotta del professionista incompatibile col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica*”.

In proposito, la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 166 del 1973, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 cod. pen., nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare, ritenendo compatibile con l'art. 3 Cost. l'applicazione anche alla responsabilità penale della limitazione prevista dall'art. 2236 cod. civ. La limitazione della responsabilità per colpa (non grave) da imperizia è giudicata costituzionalmente legittima, non ravvisandosi in essa una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle altre categorie di professionisti. La Corte ha considerato che l'esenzione o limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., secondo la giurisprudenza e la dottrina, non opera al di fuori dell'ambito dell'imperizia, in riferimento alla quale “*l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito*”, mentre per le altre due forme di colpa – negligenza e imprudenza – ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità: “*La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti*”³.

² C. cost., n. 166 del 1973, in *www.giurcost.org*.

³ Già a partire dagli anni '50 la dottrina (L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, IV, 206; A. DE MARTINI, *La responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1256) riferisce la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. ai profili della colpa professionale in senso stretto, cioè all'imperizia tecnica. Parimenti, secondo la giurisprudenza penale di legittimità (Sez. IV,

Quanto al versante civilistico, si osserva che il medico dipendente – pur essendo a sua volta legato all’ente dal rapporto di pubblico impiego e obbligato nei confronti di quest’ultimo a svolgere le attività di diagnosi e terapia – rimane estraneo al contratto tra struttura e paziente (autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive di ospedalità o di assistenza sanitaria⁴), sia in sede di conclusione che di esecuzione, e non può incorrere in responsabilità contrattuale, bensì solo in quella aquiliana nei confronti del paziente. Sul fronte della responsabilità civile del medico, la mitezza del regime si coglie soprattutto in punto di prescrizione e di onere della prova dell’inosservanza delle regole dell’arte, che grava sul paziente danneggiato, con riferimento non solo al nesso causale e al danno, ma anche all’inosservanza da parte del medico dell’obbligo di diligenza professionale ex art. 1176 c.c. Sul paziente grava, conseguentemente, il rischio dell’incertezza su tali elementi; mentre, a carico del medico resta l’onere della prova liberatoria, consistente nella dimostrazione dell’impossibilità a lui non imputabile della perfetta esecuzione della prestazione, cioè che la imperfetta esecuzione era dovuta a forza maggiore o caso fortuito.

La riconducibilità della medesima fattispecie a regimi di responsabilità peculiari e diversi (contrattuale ed extracontrattuale) induce la dottrina a definire le regole di formazione giurisprudenziale della responsabilità medica come pertinenti a un vero e proprio “*sottosistema della responsabilità civile*”⁵.

3. *L’ultima parte del XX secolo: la transizione verso un regime di maggior rigore*

Nell’ultimo scorcio del secolo scorso, si assiste, viceversa, a un brusco mutamento della giurisprudenza penale verso un regime di maggior rigo-

19 dicembre 1979, n. 7521, Rocco, Rv. 145608; Sez. IV, 11 luglio 1980, n. 12586, De Lilla, Rv. 146836; Sez. IV, 19 febbraio 1981, n. 5860, Desiato, Rv. 149347; Sez. IV, 30 novembre 1982, n. 1494, Massimo, Rv. 157496; Sez. II, 23 agosto 1994, n. 11695, Leone, Rv. 199757), la colpa professionale, se contestata sotto l’aspetto dell’imprudenza o della negligenza, va determinata secondo i normali criteri di comune applicazione, mentre, quando l’addebito è mosso sotto il profilo dell’imperizia, va valutata con maggiore larghezza o nel ristretto ambito della colpa grave stabilito dall’art. 2236 cod. civ.

⁴ In termini, Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, Rv. 555494.

⁵ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova 1995, 397 ss.

re, che tende a definire i confini della responsabilità medica in un alveo più restrittivo. Si sostiene che l'art. 2236 c.c. sia una clausola limitativa della responsabilità civile che non può essere estesa all'area di rilevanza penale della fattispecie. E ciò nonostante la citata sentenza n. 166/73 sia intervenuta proprio con riferimento agli artt. 42 e 589 c.p., quindi in tema di colpa e omicidio colposo.

Sul terreno penale, inoltre, la Quarta sezione penale della Corte di cassazione sollecita nel giudizio controfattuale l'utilizzo del criterio discrezionale delle «*serie e apprezzabili probabilità di successo*»⁶ – dell'azione doverosa che andava compiuta e risulta per contro omessa – tali da far ritenere che, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa (in qualche caso indicata nella misura addirittura del 30%), la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata.

Il giudizio probabilistico circa l'effettiva sussistenza del nesso causale, considerato il valore e la rilevanza dei beni in gioco, è riservato, in pratica, alla saggia e prudente – talora arbitraria – valutazione discrezionale del giudice.

Quanto alla responsabilità civile, si assiste a un maggiore rigore nell'ambito della valutazione della stessa, in punto di onere della prova della non corretta prestazione sanitaria, attraverso l'introduzione della distinzione tra interventi di «*facile*» o «*difficile*» esecuzione⁷, per cui, in caso di esito infausto del primo tipo di intervento, opera la presunzione *iuris tantum* di inesatta esecuzione della prestazione da parte del medico, restando a suo carico il rischio dell'incertezza circa la causa del danno.

Con la sentenza n. 2144 del 1988 della Terza sezione civile della Corte di cassazione – per la quale sia la struttura ospedaliera pubblica che il medico dipendente rispondono dei danni cagionati al paziente a titolo contrattuale⁸ – si apre, inoltre, la discussione sulla natura della responsabilità civile del medico operante all'interno di una struttura pubblica. Alcune sentenze riproducono i principi affermati dalla citata decisione, con la conseguenza che, in quegli anni, il rischio da causa ignota del danno, in forza della interpretazione restrittiva della disciplina normativa, viene

⁶ Sez. IV, 7 gennaio 1983, n. 4320, Melis, Rv. 158947; Sez. IV, 12 luglio 1991, n. 371, Silvestri Rv. 188921; Sez. IV, 11 novembre 1994, n. 360, Presta, Rv. 201554. Sez. IV, 23 marzo 1993, n. 8599, De Donato, Rv. 195169 ritiene addirittura sufficiente una «*qualche speranza di salvezza*».

⁷ A partire da Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, Rv. 395967.

⁸ Sez. III, 1° marzo 1988, n. 2144, Rv. 457990.

fatto gravare in larga misura sul medico. Altre continuano tuttavia ad affermare la natura aquiliana della responsabilità del medico dipendente, sul rilievo che la circostanza che il fatto generatore di responsabilità per due soggetti diversi sia unico non implica affatto che le due responsabilità debbano avere identica natura, ben potendo uno stesso fatto essere fonte di responsabilità contrattuale a carico di un soggetto e di responsabilità aquiliana a carico di un altro.

4. *Il primo decennio del XXI secolo: il doppio regime della responsabilità*

Nel primo decennio di questo secolo si assiste a una profonda divaricazione, nella giurisprudenza di legittimità, fra le due aree, civile e penale, asseritamente in ragione della diversa funzione delle due forme di responsabilità e dei diversi valori che vengono in gioco nel processo penale e in quello civile.

4.1. *La sentenza delle SU penali “Franzese”*

In sede penale, soprattutto dopo la sentenza delle Sezioni unite “Franzese” del 2002⁹, in tema di accertamento del nesso causale fra la condotta (omissiva) e l’evento nell’esercizio dell’attività medico-chirurgica, l’esigenza di certezza in ordine ad un elemento costitutivo del reato, quale la causalità, determina di fatto un alleggerimento della responsabilità penale, soprattutto sul piano dell’onere della prova in ordine al rischio da causa ignota dell’evento avverso e del danno.

Nel recupero della certezza (processuale), viene rimarcata l’adesione, per lo statuto della causalità penalmente rilevante secondo gli artt. 40 e

⁹ Sez. un., 19 luglio 2002, n. 30328, Franzese, Rv. 222138–222139: “*Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l’azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l’interferenza di decorsi causali alternativi, l’evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell’omissione dell’agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell’evento lesivo comportano l’esito assolutorio del giudizio*”.

41 cod. pen., tanto alla teoria condizionalistica o della equivalenza delle condizioni e alla necessità della verifica sulla base di un giudizio controfattuale, quanto al modello della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura perché un antecedente possa essere considerato come condizione necessaria dell'evento¹⁰. La conferma o corroborazione dell'enunciato di accusa e l'affermazione di responsabilità si assestano, quindi, al livello più elevato di credibilità razionale della spiegazione causale, ovvero di qualificata probabilità (logica e non meramente statistica) di colpevolezza, prossima alla certezza.

Si pretende, insomma, da parte del giudice un ragionamento probatorio seriamente impegnato negli apprezzamenti inferenziali-induttivi, con riguardo all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto, nonché ispirato alla regola dell' «*al di là di ogni ragionevole dubbio*», nel rispetto dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.

Merita di essere sottolineato che i principi affermati dalla sentenza «*Franzese*» hanno trovato costante e incontrastata applicazione nella giurisprudenza successiva, fino ai nostri giorni, e sono stati esplicitamente ribaditi dalla più recente sentenza delle Sezioni unite «*Espenhahn*» del 2014¹¹.

Nel settore della responsabilità penale si realizza pertanto, a partire dal 2002, un alleggerimento della posizione del medico, attraverso l'assoggettamento del nesso causale agli stessi criteri di accertamento e di rigore dimostrativo che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato.

4.2. *L'orientamento asimmetrico delle SU civili*

E però, nell'ambito della responsabilità civile, per un verso, prevale decisamente la tesi contrattualistica della responsabilità del medico strut-

¹⁰ Sull'epistemologia del modello di causalità conforme a leggi scientifiche, cons. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 1975; ID., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma 1991; ID., *Giustizia e modernità*, Milano 2001, 157 ss.

¹¹ Sez. un., 4 aprile 2014, n. 38343, *Espenhahn* e altri, Rv. 261103: «*Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto*».

turato nei confronti del paziente, fondata sul contatto sociale (a partire dalla sentenza n. 589 del 1999 della Terza sezione civile¹²) e, per altro verso, si afferma la regola dell'inversione dell'onere della prova della difformità della condotta tenuta dal medico da quella prescritta dalle regole dell'arte (Sezioni unite, n. 13533 del 2001¹³), per cui è posto a carico del medico l'onere della prova della correttezza del suo operato, anche nel caso di interventi di difficile esecuzione.

Inoltre, l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza penale con le Sezioni unite "Franzese", che hanno stabilito il criterio della certezza nell'accertamento del rapporto causale, non viene recepito dalla giurisprudenza civile, la quale, con plurime sentenze delle Sezioni unite del 2008 (fra le altre, nn. 576, 577, 582 e 584¹⁴), ritiene non applicabili nel relativo giudizio quei principi. E ciò in ragione delle asserite differenze – di struttura, funzione, valori in gioco e regole probatorie – tra la responsabilità civile e quella penale, che giustificano anzi la divaricazione tra la causalità penale e la causalità civile.

Il doppio regime determina così un inasprimento del dibattito.

Le Sezioni unite civili, oltre a confermare la cennata distribuzione degli oneri probatori tra le parti nella responsabilità contrattuale, insieme con l'ammissibilità della prova per presunzioni del nesso causale, mutua-no infine dal sistema nordamericano il criterio logico del «*più probabile che non*» (ispirato alla regola della normalità causale), secondo lo schema della probabilità relativa o della «*preponderanza dell'evidenza*», che fa del medico il soggetto prevalentemente gravato dell'incertezza della causa del danno.

Va tuttavia rimarcato che la Corte di legittimità ha ripetutamente affermato che l'onere della prova del nesso causale tra l'azione o l'omissione e l'evento resta a carico del danneggiato da attività medico-chirurgica, nel senso che è innanzitutto a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione o dell'omissione¹⁵.

¹² Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, Rv. 522538.

¹³ Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, Rv. 549956.

¹⁴ Sez. un., n. 576/08, Rv. 600899; n. 577/08, Rv. 600903; n. 582/08, Rv. 600915; n. 584/08, Rv. 600921, tutte in tema di responsabilità aquiliana del Ministero della Salute da trasfusione di sangue infetto.

¹⁵ Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743, Rv. 608087: «*Secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, grava sul danneggiato*».

5. *Il secondo decennio del XXI secolo: le leggi di riforma «Balduzzi» e «Gelli-Bianco»*

La quarta fase dell'evoluzione storico-giuridica è racchiusa nel secondo decennio di questo secolo ed è caratterizzata dal mutamento di paradigma legislativo in materia di colpa professionale e di responsabilità degli operatori sanitari. L'entrata in vigore delle leggi «Balduzzi» (dal nome del Ministro della salute proponente) n. 189 del 2012 e «Gelli-Bianco» (dal nome dei due relatori nelle competenti Commissioni parlamentari) n. 24 del 2017 segnano, infatti, il passaggio concettuale dall'ottica della responsabilità e della repressione dell'illecito a quella della prevenzione. Al mutamento di indirizzo del legislatore non è ancora seguita, tuttavia, la compiuta transizione culturale dei protagonisti del mondo della sanità: dello stesso legislatore, dei giuristi e degli interpreti, degli enti, dei medici e degli operatori. Si registra infatti un grave ritardo nella comprensione e nella piena realizzazione dei principi affermati dalle due leggi.

6. *La legge «Balduzzi»: le linee guida e i protocolli*

Con l'art. 3, comma 1, della legge «Balduzzi» n. 189 del 2012¹⁶, allo scopo di ridimensionare la responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie, viene introdotta la distinzione tra colpa grave e colpa lieve, quale criterio scriminante la rilevanza penale della condotta. Non rileva penalmente la colpa "lieve", cioè quella non grave, in caso di rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Sul versante della responsabilità civile, la stessa norma configura la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come aquiliana, con il connesso regime di maggior favore per il medico in punto di onere della prova e di termine di prescrizione. La nuova prospettiva dello slittamento della responsabilità del medico strutturato da quella contrattuale verso quella di tipo extracontrattuale incontra, al momento della prima

¹⁶ Art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n. 189: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

applicazione, talune resistenze da parte della giurisprudenza di legittimità, seppure mediante irrilevanti *obiter dicta*¹⁷.

Le citate disposizioni della legge «Balduzzi» vengono positivamente scrutinate dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 295 del 2013¹⁸, la quale, raccordandosi con la sentenza n. 166 del 1973, riconosce la intrinseca razionalità della soluzione giuridica, per cui l'addebito (soltanto) d'imperizia per colpa lieve giustifica l'esenzione dalla responsabilità penale. In ciò non è ravvisabile alcun indice concreto di irragionevolezza del differente trattamento riservato agli esercenti la professione sanitaria.

Di fronte alla colpa non lieve (quella grave o gravissima o con previsione dell'evento) e cioè a rilevanti scostamenti dalle regole di perizia previste da linee guida accreditate, o anche alla colpa lieve ma da negligenza o imprudenza, non è viceversa consentita l'indifferenza dell'ordinamento e l'esenzione da responsabilità, attesa la consistenza costituzionale dei valori in gioco, quali la vita e l'incolumità della persona.

Il solido collante dell'operazione culturale sottesa alla nuova disciplina è costituito dall'ancoraggio alle linee guida e ai protocolli elaborati dalla comunità scientifica. Il giudizio di conformità o meno dell'operato del medico alle *best practices* della professione trova dunque una base di razionalità – una copertura – nelle regole di perizia accreditate. Sicché, se ne viene verificata la conformità e si versi solo in colpa lieve, il medico è esente da responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile per il risarcimento dei danni, questa però di natura aquiliana.

La giurisprudenza penale di legittimità definisce le linee guida come il sapere scientifico e tecnologico consolidatosi in “raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche

¹⁷ Sez. VI-3, 17 aprile 2014, n. 8940, Rv. 630778, secondo cui: “L'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che ‘l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve’, fermo restando, in tali casi, ‘l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile’, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve”. Nello stesso senso, Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, non massimata.

¹⁸ C. cost., n. 295 del 2013, in *www.giurcost.org*. In senso conforme, Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Barberi, Rv. 267814.

situazioni cliniche”; esse vanno in concreto applicate “*senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico*”¹⁹. E, a proposito della distinzione fra colpa lieve e colpa grave, la stessa giurisprudenza, in assenza di una definizione normativa del concetto, sostiene che è legittimo l’affidamento della misura del grado di divergenza della specifica condotta professionale dalle linee guida alla discrezionalità tecnica dei giudici. Questa si è progressivamente formata nell’esperienza applicativa dei giudici che, tra l’altro, sono chiamati all’indeclinabile operazione valutativa del peso della colpa anche dal punto di vista soggettivo, con riguardo alla concreta esigibilità di una condotta conforme al modello prescritto, secondo il tradizionale parametro relativistico dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*, che è quello del modello dell’agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzatesi.

La giurisprudenza di legittimità, in ordine ai confini disegnati dalla menzionata disposizione della legge «Balduzzi», apre inoltre all’ipotesi di esclusione della punibilità anche per il difetto di diligenza e di prudenza, oltre per quello di perizia, limitatamente tuttavia a quei casi per i quali sono le stesse regole di perizia fissate da linee guida accreditate a richiamare direttamente o indirettamente aspetti attinenti alla prudenza o alla diligenza²⁰: come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardano la sfera dell’accuratezza dei compiti piuttosto che quella dell’adeguatezza professionale.

Come lineare corollario, la stessa giurisprudenza ha ritenuto che l’entrata in vigore dell’art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012 abbia determinato un fenomeno di parziale *abolitio criminis*, con gli effetti di cui all’art. 2, secondo comma, cod. pen., essendo state avulse dall’area di rilevanza penale le condotte connotate dalla conformità alle linee guida e alle buone pratiche accreditate e dal grado lieve della colpa.

Infine, preso atto che l’evento avverso da errore diagnostico, terapeutico, chirurgico dell’operatore sanitario può dipendere – anche – dalla cattiva organizzazione di mezzi e personale da parte della struttura sanitaria al cui interno opera il medico, la legge «Balduzzi», al precipuo fine di prevenire l’errore medico e di allocare correttamente il danno nei rapporti fra il medico e la struttura, introduce le prime misure, da un lato, di *risk management* e, dall’altro, di costruzione di un sistema di as-

¹⁹ Si segnala, fra le più importanti sentenze, Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, Rv. 255105, che afferma testualmente: “*Va valutato, questo sapere, nel concreto farsi del trattamento*”.

²⁰ Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri, Rv. 266903.

sicurazione obbligatoria, in cui il costo del danno alla salute, cagionato da errore nell'attività sanitaria, gravi sulla collettività, non sul paziente e neppure per intero sul medico.

7. *La legge «Gelli-Bianco»: il modello della prevenzione fra gestione del rischio e assicurazione obbligatoria*

Sempre al fine di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, con i correlativi pesanti costi a carico del Servizio sanitario nazionale, la successiva riforma di settore, di cui alla legge 8 marzo 2017, n. 24 recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*” (cd. legge «Gelli-Bianco»), prima ancora che sulle regole di funzionamento della responsabilità civile e penale degli operatori sanitari, interviene sul terreno delle misure di prevenzione degli eventi avversi.

Il modello prescelto è quello dell'analisi e della gestione del rischio insito nell'attività sanitaria e dell'adeguata allocazione delle risorse strutturali, tecnologiche, finanziarie e organizzative (art. 1), nonché del rafforzamento del sistema di assicurazione obbligatoria, mediante l'introduzione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicuratrice della struttura sanitaria e del medico libero professionista, e con ulteriori misure volte a contenere l'entità dei premi delle polizze (artt. 10-12). Dall'altro, si prevede l'eventuale azione di rivalsa verso il medico, limitata ai casi di dolo e colpa grave e nella misura del *quantum*.

In altri termini, la presa d'atto di un profondo cambiamento strutturale, intervenuto sia nella scienza medica che nel sistema della sanità organizzato come complessa rete di servizi e relazioni interprofessionali, induce la consapevolezza che le cause dell'errore umano siano spesso rappresentate da deficit sistemici e che l'attenzione debba spostarsi dal soggetto che ha commesso il fatto al governo dei fattori che hanno agevolato o reso possibile l'evento dannoso. Occorre cioè verificare, caso per caso, se l'errore sia imputabile a colpa del medico oppure (in tutto o in parte) a colpa dell'organizzazione, sviluppando altresì una serie di strumenti diretti a prevenire e gestire il rischio, nonché a ripartire sulla collettività, mediante il rafforzamento del sistema di assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria, il costo del danno alla salute, soprattutto se da causa ignota.

7.1. *Profili di responsabilità penale: le SU penali “Mariotti”*

Nel contempo, sempre al fine di contenere le pratiche della medicina difensiva, l'ulteriore approdo riformatore è visto nell'attenuazione della responsabilità penale, nel solco della legge «Balduzzi», con il connesso sistema di accreditamento istituzionale delle raccomandazioni previste dalle linee guida, elaborate anche dalle società scientifiche delle professioni sanitarie. Rispetto a queste o, in mancanza, alle buone pratiche clinico-assistenziali, nel ruolo di parametri precostituiti di copertura e supporto alle evidenze probatorie, dovrà misurarsi, nel giudizio controfattuale, l'apprezzamento giudiziale di merito circa la conformità o difformità della condotta dell'esercente la professione sanitaria. Sono tuttavia fatte *“salve le specificità del caso concreto”* (art. 5).

Dopo le riforme «Balduzzi» e «Gelli-Bianco», sul tema della responsabilità colposa per i fatti di morte o lesioni personali commessi nell'esercizio della professione sanitaria sopravviene la disciplina del novellato art. 590-*sexies* c.p. (ad opera dell'art. 6 l. n. 24 del 2017, che abroga il comma 1 dell'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, conv. dalla l. n. 189 del 2012), il cui secondo comma così recita: *“Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*.

Con riferimento alla portata di tale disposizione normativa prendono posizione le Sezioni Unite con la sentenza *“Mariotti”* del 21 dicembre 2017²¹, con un approdo ermeneutico che, siccome imposto dalla necessi-

²¹ Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770/18, Mariotti, Rv. 272174-75-76 (annotata da C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 12, 135) ha affermato i seguenti principi di diritto: *“In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dall'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede una causa di non punibilità applicabile ai soli fatti inquadabili nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., e operante nei soli casi in cui l'esercente la professione sanitaria abbia individuato e adottato linee guida adeguate al caso concreto e versi in colpa lieve da imperizia nella fase attuativa delle raccomandazioni previste dalle stesse. – La suddetta causa di non punibilità non è applicabile, invece, né ai casi di colpa da imprudenza e da negligenza, né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche, né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso, né, infine, in caso di colpa grave da imperizia nella fase attuativa delle*

tà di un'interpretazione conforme a Costituzione, va "oltre" il significato delle espressioni usate ma non "contro" di esso.

La Corte premette che le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, quella di costituire *"un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti"*; *"non, dunque, norme regolamentari che specificano quelle ordinarie senza potervi derogare, ma regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene"*.

Ciò posto, il rispetto da parte dell'esercente la professione sanitaria delle raccomandazioni previste dalle linee guida rileva ai fini della responsabilità penale, sempreché si versi in colpa da imperizia (non da negligenza o imprudenza), per difetto di conformità alle linee guida nella fase dell'esecuzione (non della selezione della migliore pratica medica), e si tratti di grado "lieve" (non grave) di colpa, individuato alla stregua dei tradizionali criteri di identificazione individuati dalla giurisprudenza di legittimità. E ciò in linea con la previsione dell'abrogato art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012 e con quanto statuito dalla Corte costituzionale

raccomandazioni previste dalle stesse. - L'abrogato art. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto. - Le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 - pur rappresentando i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia - non integrano veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto; ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene". Per la giurisprudenza successiva, in senso conforme, v. Sez. IV, n. 37794 del 22 giugno 2018, De Renzo, Rv. 273463 (per la quale, *"nelle more della pubblicazione delle linee guida di cui all'art. 5 della legge n. 24 del 2017, la rilevanza penale della condotta ai sensi dell'art. 590-sexies cod. pen. può essere valutata con esclusivo riferimento alle buone pratiche clinico assistenziali adeguate al caso concreto"*); Sez. IV, n. 33405 del 13 aprile 2018, D., Rv. 273422; Sez. IV, n. 36723 del 19 aprile 2018, Saverio Gioiosa, Rv. 274326; Sez. IV, n. 24384 del 26 aprile 2018, Masoni e altro, Rv. 273536; Sez. IV, n. 412/19 del 16 dicembre 2018, De Santis ed altri, Rv. 274831; Sez. IV, n. 28102 del 27 giugno 2019, Hannouche, Rv. 277474; Sez. IV, n. 32477 del 19 febbraio 2019, Natoli, Rv. 276708.

con la sentenza n. 166 del 1973, non potendosi consentire l'indifferenza dell'ordinamento verso le gravi infedeltà alle *leges artis*.

Per altro verso, la valutazione da parte del giudice circa la rispondenza della condotta al parametro delle linee-guida adeguate (se esistenti) va effettuata *ex ante*, cioè “*alla luce della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall'agente all'atto del suo intervento, altrimenti confondendosi il giudizio sulla rimproverabilità con quello sulla prova della causalità, da effettuarsi ex post*”.

Mette conto di chiarire che il limite della colpa da imperizia è stabilito espressamente dal dettato normativo, ma che profili di negligenza o imprudenza potrebbero ragionevolmente rilevare – come ha riconosciuto la menzionata giurisprudenza di legittimità nel vigore della legge «Balduzzi» – laddove le raccomandazioni contengano riferimenti, pure indiretti, ad aspetti di diligenza e prudenza strettamente connessi alla perizia professionale.

Come pure è l'esplicito e innegabile dettato normativo a configurare la fattispecie come clausola di esclusione della punibilità, anche se ne sarebbe certamente auspicabile la conversione in una più forte regola di esclusione del fatto tipico, nell'ottica di più efficaci e deflative conseguenze sul terreno procedimentale.

Va infine rimarcato che le Sezioni unite richiamano con fermezza, al di là dello stretto regime civilistico della colpa medica, la valenza applicativa e la forza espansiva del nucleo forte di razionalità racchiuso nel dettato dell'art. 2236 c.c., come scrutinato per ben due volte dalla Corte costituzionale, quale principio ragionevole e adeguata regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia.

In definitiva, l'orientamento delle Sezioni unite, coerente con la volontà del legislatore della riforma e con la tradizione giuridica in ordine ai limiti di giustificazione e proporzione dello statuto differenziale dell'esercente la professione sanitaria, sembra essersi mantenuto nei limiti consentiti dall'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

L'introduzione, ad opera prima della legge «Balduzzi» e poi della legge «Gelli-Bianco», del parametro di valutazione dell'operato del sanitario costituito dalle linee guida e dalle buone pratiche clinico-assistenziali, ha innovato profondamente le scansioni logiche del relativo giudizio penale. Viene così imposto al giudice una compiuta disamina della rilevanza penale della condotta colposa ascrivibile al sanitario alla luce di tale parametro. E, ancor prima, si pretende un'indagine che tenga conto

di esso nell'accertamento di quello che sarebbe stato il comportamento alternativo corretto che ci si doveva attendere dal professionista, alla stregua dell'analisi controfattuale della riferibilità causale alla sua condotta dell'evento lesivo. Il giudice di merito deve verificare la esistenza di linee guida, stabilire il grado di colpa tenendo conto dell'entità del discostamento da esse o, comunque, del grado di difficoltà dell'atto medico, definendo la qualità (imprudenza, negligenza o imperizia) e il grado (lieve o grave) della colpa, al fine di verificare se il caso rientri in una delle previsioni più favorevoli²².

E però, sotto il profilo della disciplina intertemporale, la novella della legge «Gelli-Bianco» deve ritenersi meno favorevole rispetto al più ampio perimetro applicativo dell'abrogato art. 3, comma 1, d.l. n. 158 del 2012, che – escludendo il rilievo penale delle condotte connotate da colpa lieve in fattispecie regolate da linee guida e da buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – limitava la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria soltanto ai casi di colpa grave.

Restano tuttora aperte le questioni della differenza di trattamento a) per i diversi gradi della colpa, lieve o grave, b) per la colpa da imperizia rispetto a quella da negligenza o imprudenza, nonché c) per la colpa pure lieve nella fase diagnostica di individuazione e selezione delle linee guida adeguate al caso concreto rispetto alla medesima colpa nella fase di esecuzione delle stesse. Resta infine aperto il problema del rilievo della fattispecie come mera causa di non punibilità, a fronte del più efficace riconoscimento della radicale insussistenza del fatto tipico. Questioni la cui soluzione, per i diversi interessi in gioco, sembra doveroso riservare all'esclusiva competenza del legislatore, anziché a improbabili operazioni ermeneutiche, di tipo creativo, della giurisprudenza.

7.2. Segue: *Profili di responsabilità civile*

Nel solco della legge «Balduzzi» viene ripudiato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale si riconosceva la natura contrattuale della responsabilità del medico “strutturato”, sulla base di un rapporto fondato sul c.d. contatto sociale (Sez. III, sent. n. 589 del 1999), con il conseguente onere a carico del medico della prova dell'esattezza della prestazione sanitaria (Sez. un., n. 13533 del 2001), e si unificava il regime dell'onere della prova nelle azioni di risarcimento nei confronti del medico e della struttura.

²² In termini, da ultimo, Sez. IV, 11 dicembre 2020, n. 4063/21.

Viene quindi confermato l'inquadramento della responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria – "strutturato" – nell'ambito della responsabilità aquiliana, stante il regime di maggior favore in punto di onere della prova a carico del danneggiato della colpa, cioè della esattezza della prestazione, oltre al nesso causale e al danno, e di termine di prescrizione, quinquennale anziché decennale. Viceversa, la responsabilità della struttura sanitaria, per le condotte dolose o colpose dell'esercente la professione sanitaria – "strutturato" – resta confinata nel perimetro della responsabilità contrattuale (art. 7). L'azione di rivalsa della struttura, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria del cui fatto la struttura debba rispondere, è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave, e nel limite quantitativo del triplo della retribuzione (art. 9). Ai sensi dell'art. 10 le strutture debbono coprire con polizza assicurativa, oltre la propria responsabilità civile verso terzi per fatto degli ausiliari, anche la responsabilità civile verso terzi degli esercenti la professione sanitaria di cui si avvalgono (tranne che per dolo o colpa grave); mentre il medico "strutturato" non ha l'obbligo di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi, ma solo l'obbligo assicurativo diretto a garantire l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

In ultima analisi, la legge intende alleggerire la posizione del medico "strutturato", che svolge un'attività socialmente utile e il cui errore sia, entro certi limiti, inevitabile o riconducibile a difetti dell'organizzazione nel cui ambito opera, nell'ottica di ridurre la medicina difensiva, opportunistica e contenziosa.

Allo stesso tempo, la legge intende perseguire la tutela del diritto al risarcimento del danno alla salute da esercizio dell'attività sanitaria, ripartendolo sulla collettività attraverso il sistema dell'assicurazione obbligatoria e garantendo al paziente, in ogni caso, un'azione contrattuale nei confronti della struttura, pubblica o privata, e del medico libero professionista e un'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice degli stessi.

In materia di responsabilità in materia di sanità vanno segnalate, da ultimo, le dieci sentenze della Terza sezione civile in data 11 Novembre 2019 – le c.d. sentenze di San Martino – che hanno dettato una sorta di decalogo in quel settore. Fra esse, la sentenza n. 28987/2019, per la prima volta, pur se con riguardo a una fattispecie pre-«Gelli-Bianco», afferma il principio della ripartizione paritaria della responsabilità per danni fra struttura sanitaria e medico strutturato secondo le regole della obbligazione solidale. A sua volta, la sentenza n. 28991/2019, sempre in

riferimento a una fattispecie pre-«Gelli-Bianco», pone decisamente l'onere della prova del nesso di causa a carico del danneggiato che agisce per il risarcimento.

8. *Qualche considerazione sull'emergenza sanitaria da Covid-19*

Quel che oggi è certo è che non esistono ancora linee guida, né puntuali indicazioni cliniche o farmacologiche, consolidate e pubblicamente accreditate, con riguardo all'inedita, aggressiva e contagiosa epidemia da *Coronavirus Disease (COVID-19)*. Questa si caratterizza, anzi, per la incertezza della genesi e dello sviluppo, per la natura necessariamente sperimentale dei piani d'intervento, per l'utilizzo da parte degli esercenti la professione sanitaria delle generiche buone pratiche e delle tradizionali azioni di contrasto (come il distanziamento sociale e l'uso di dispositivi individuali di protezione).

Sicché, in materia di accertamento della responsabilità per i delitti di lesioni personali, omicidio ed epidemia colposi da *medical malpractice*, nella fisiologica assenza di regole scientifiche di copertura, quanto all'efficace contrasto o contenimento dell'evento avverso, e in presenza delle ben note carenze organizzative e di risorse delle strutture sanitarie, appare davvero difficoltoso il ragionamento inferenziale e il giudizio probabilistico *ex ante*, affidato al giudice, all'esito della doverosa opera di ricostruzione e valutazione delle evidenze probatorie.

In particolare, il deficit di “*perizia*” nella gestione dell'imponderabile rischio terapeutico da *COVID-19* in tanto potrà ascrivere alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, in quanto esso presenti i connotati della gravità, tenuto conto della non prevedibilità e non prevenibilità dell'evento, nonché delle speciali difficoltà della prestazione. Il grado della colpa soggettiva, anche per il profilo della concreta esigibilità della condotta doverosa, dovrebbe essere pertanto misurato ai sensi dell'art. 2236 c.c., anziché alla stregua dei criteri dettati dall'art. 590-*sexies* c.p. (art. 6 legge «Gelli-Bianco»), che risultano a ben vedere inapplicabili nella fattispecie in esame²³.

²³ L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020; C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020; G. SOLA, *Responsabilità penale-sanitaria in emergenza Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 1.

Come ha magistralmente avvertito Francesco Palazzo in un recente scritto²⁴: “*La nostra magistratura è, dunque, chiamata a fare esercizio di quella prudentia che sola riesce a tenere in bilico la colpa “senza regole” nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio*”.

Scartata ogni superbia razionalistica nella spiegazione degli eventi, l’approccio della giurisprudenza al tema della responsabilità dell’esercente la professione sanitaria dovrà quindi considerare che, nella specie, l’atto sanitario non risulta affatto governato da sicure linee-guida o da buone pratiche consolidate e accreditate.

9. *Il ruolo della nomofilachia nel disciplinamento del fenomeno*

L’evoluzione storico-giuridica in materia di colpa e responsabilità degli esercenti la professione sanitaria segna a partire dal 2012, con l’entrata in vigore prima della legge «Balduzzi» e poi della successiva legge «Gelli-Bianco» del 2017, l’auspicato mutamento di paradigma legislativo sul terreno della prevenzione e dell’organizzazione del servizio. Persistono, tuttavia, significativi ritardi e incomprensioni, nella piena attuazione del disegno riformatore, da parte dei protagonisti del mondo della sanità.

Mette conto inoltre di rimarcare come, nel corso degli anni, varie e importanti statuizioni normative del complessivo progetto di riforma del settore si siano intrecciate, in una sorta di circuito – talora, ma non sempre – virtuoso, con una serie di autorevoli arresti della giurisprudenza di legittimità (di cui sono state protagoniste sia le Sezioni unite, civili e penali, sia la Terza sezione civile e la Quarta sezione penale), che ne hanno talora anticipato e in altri casi accompagnato o contraddetto l’elaborazione e l’applicazione.

Anche con riguardo allo specifico e autonomo sottoinsieme di regole, che disciplinano il fenomeno della responsabilità in ambito sanitario, si è evidenziato dunque, ancora una volta, la centralità del formante giurisprudenziale e, in particolare, del ruolo nomofilattico della Suprema Corte di Cassazione, nella definizione della reale portata della lettera e della *voluntas legis* e, perciò, nella costruzione – attraverso la deliberazione di importanti “precedenti” – del diritto vivente in materia.

²⁴ F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema Penale*, 26 aprile 2020.

LE RAGIONI DI UN GIUDICE SPECIALE:
INTRODUZIONE STORICA
ALLE FUNZIONI DELLA CORTE DEI CONTI
E LE RAGIONI DI UN GIUDICE “PERITO”*

SOMMARIO: 1. Controlli finanziari e democrazia, ovvero alle origini dei Parlamenti. – 2. Indirizzo politico e democrazia finanziaria. – 3. Effettività dei diritti fondamentali e contabilità pubblica. – 4. Controlli “democratici” e controlli “tecnici” sul bilancio: dalla Grecia classica al regno d’Italia. – 5. La Corte dei conti nel dibattito costituente. – 6. Antiche e recenti questioni sulla responsabilità amministrativa. – 7. Alcune considerazioni finali di ordine costituzionale. – 7.1. L’indipendenza delle giurisdizioni speciali e di quella ordinaria. – 7.2. Ruolo della Corte dei conti e giurisprudenza costituzionale. – 7.3. Prospettive di sviluppo della giurisdizione della Corte dei conti dal punto di vista della Costituzione.

1. *Controlli finanziari e democrazia, ovvero alle origini dei Parlamenti*

“*No taxation without representation*” non fu solo il motto che, partendo dai moli del porto di Boston, innescò la lotta per l’indipendenza delle colonie Nordamericane dall’Inghilterra: il principio ad esso sotteso, della illegittimità di ogni imposizione fiscale senza il controllo ed il consenso dei soggetti tenuti al pagamento delle imposte, va interpretato, per usare un’espressione cara a Vezio Crisafulli, *magis ut valeat*¹, come uno dei fondamentali – non l’unico, certo – tratti genetici di qualsiasi assemblea parlamentare, antica o moderna che sia.

Non bisogna necessariamente condividere la lettura dei fenomeni storici e istituzionali in chiave marxista per constatare come lo studio delle competenze in materia finanziaria offra una chiave interpretativa sicuramente privilegiata per comprendere l’evoluzione e la posizione costituzionale assunta nel tempo e nei vari ordinamenti dalle istituzioni

* Questo scritto è destinato al *Liber amicorum* in onore di Aldo Carosi.

¹ Così in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 11.

parlamentari. Infatti, non è l'ideologia, ma la storia costituzionale, soprattutto nella prospettiva comparata, a farsi carico di dimostrare come nessun sovrano abbia potuto esercitare i propri poteri di direzione – ad esempio su temi di politica estera (commerciale o militare) o fiscale – senza poter contare sulla condivisione dell'organo rappresentativo delle forze (per dirla con Costantino Mortati) dominanti e dai quali trae, a seconda del contesto politico-istituzionale in cui opera, la propria legittimazione. Elisa Cavasino ha ripercorso in un suo recente saggio i conflitti costituzionali sul bilancio a partire dal XVIII secolo e nelle sue successive evoluzioni².

È chiaro come queste considerazioni siano più facilmente percepibili nell'ambito di un sistema costituzionale democratico, ma anche i regimi autocratici hanno comunque dovuto fare i conti, prima o dopo, con il tema della legittimazione del proprio potere, per non dire di quelle conosciute nel corso del XX secolo che proprio sul consenso e la mobilitazione delle masse hanno fondato il proprio potere totalitario³.

2. *Indirizzo politico e democrazia finanziaria*

I fondamentali studi costituzionalistici del secondo '900 – e non si possono non citare le riflessioni di Temistocle Martines – hanno inquadrato nella corretta prospettiva sistematica la centralità delle decisioni finanziarie in tutte e tre le fasi in cui si articola l'attività di indirizzo politico: quella teleologica, dell'individuazione dei fini e degli obiettivi dell'azione statale (che in un sistema parlamentare come il nostro riposa nella fase genetica e poi nell'evoluzione del rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento), quella strumentale (dell'individuazione e del reperimento, appunto, delle risorse finanziarie per raggiungere gli obiettivi prefissati) e, infine, quella effettuale (della loro concreta realizzazione): l'indirizzo politico, quindi, assume concretezza ed effettività solo quando si misura

² E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli 2020, 38 ss.

³ Nella sterminata lettura sul rapporto tra autoritarismo e consenso delle masse, v. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1996, 424: "L'avvento di Hitler al potere fu legale secondo le regole della costituzione democratica; e né lui né Stalin avrebbero potuto mantenere il dominio su vaste popolazioni, superare molte crisi interne ed esterne, affrontare gli innumerevoli pericoli delle implacabili lotte intestine se non avessero goduto la fiducia delle masse".

con le disponibilità finanziarie sulle quali l'apparato governante può contare⁴.

Già solo per questo appare chiaro come i profili connessi alla contabilità pubblica vengano in emersione durante tutta la filiera dell'indirizzo politico ponendo i lettori della Costituzione dinanzi a fondamentali questioni teoriche e pratiche. Partendo da queste premesse di sistema si comprendono, ad esempio, le ragioni a base della tecnica di scrittura del testo originario dell'art. 81 della nostra Costituzione, il cui *incipit* esprimeva in termini perentori ed efficacissimi l'indefettibile competenza parlamentare in materia di bilancio, mediante l'uso deontico (e non meramente descrittivo come si usa nel linguaggio comune) del presente indicativo: "*le camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo*". Le successive riserve assolute di legge in tema di esercizio provvisorio (comma 2), di invariabilità dei saldi ad opera della legge di bilancio (comma 3) e, in chiusura, sull'obbligo di copertura delle leggi di spesa (o di riduzione delle entrate: comma 4) completavano il disegno di politica costituzionale in coerenza alla concezione democratica della sovranità finanziaria dello Stato. Come si notava, si tratta di un principio certamente non scalfito dalla riforma del 2012 con la quale si è pensato bene di stravolgere la struttura originaria della disposizione antepo- nendo al principio della democrazia finanziaria l'enunciazione dei principi sull'equilibrio di bilancio e, incredibilmente, addirittura quelli sul debito pubblico, come se affermare competenze e procedure per legittimare l'emissione di B.O.T. e C.C.T. sia prioritario, in un testo costituzionale, rispetto alla necessità di affermare il fondamento democratico delle scelte di finanza pubblica.

3. *Effettività dei diritti fondamentali e contabilità pubblica*

Ancora ragionando sul rapporto tra indirizzo politico e principi costituzionali di contabilità pubblica, va fatta un'altra importante considerazione di sistema. Già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana i suoi più sensibili interpreti avvertirono come questa, a differenza del precedente Statuto, non fosse un mero atto normativo statico, bensì un programma inesauribile di trasformazioni sociali, un

⁴ T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *E.d.D.*, XXI, Milano 1971, 134, ora in *Id. Opere. Tomo I, Teoria generale*, Milano 2000, 404 ss., spec. 2

autentico processo in continuo divenire volto all'inveramento dei valori fondativi di una società sempre più complessa e dinamica⁵: il secondo comma dell'art. 3 ne è la sintesi più rappresentativa. La ricchezza dell'esperienza repubblicana in tema di diritti civili e sociali ha reso sempre più evidente – anche grazie al dialogo fecondo tra la giurisprudenza comune e quella costituzionale nonché all'apertura ai contributi delle esperienze normative e giurisprudenziali sovrastatali – come l'effettivo godimento di questi sia strettamente legato alle politiche poste in essere dagli apparati governanti mediante l'utilizzo delle risorse pubbliche rese disponibili dal sistema fiscale e dal progressivo ricorso all'indebitamento. D'altronde, il principio della democrazia finanziaria non poteva avere espressione più netta in un ordinamento come il nostro la cui norma fondamentale si apre con un'impegnativa dichiarazione sul carattere democratico della Repubblica.

Le due crisi abbattute rovinosamente sul nostro Paese negli ultimi dodici anni hanno posto ancor più all'evidenza lo strettissimo legame che unisce le politiche finanziarie e di bilancio al fondamento democratico della Repubblica: la progressiva perdita di centralità del Parlamento è da ascrivere ad una pluralità di cause (molte delle quali comuni anche alla gran parte delle democrazie di matrice liberaldemocratica), ma tra queste spiccano i vincoli sempre più stringenti – giusti o sbagliati nel merito che siano – cui sono state sottoposte le politiche finanziarie nazionali. Si tratta di condizionamenti provenienti dall'esterno del circuito rappresentativo democratico (obblighi internazionali contratti dallo Stato soprattutto in ambito europeo, fiducia dei mercati sul debito pubblico statale, etc.) che hanno ribaltato il principio fondamentale della democrazia secondo cui ad ogni potere si deve accompagnare una responsabilità nel suo opposto ossia nella responsabilità senza il potere perché molto spesso gli apparati governanti non sono più in condizione di attuare le politiche sulle quali avevano chiesto e raccolto il consenso dei cittadini nel momento elettorale.

La cronaca di questi mesi così difficili, in cui stiamo finalmente registrando il tentativo, non solo nazionale ma su scala continentale, di attuare politiche anticicliche per salvaguardare i diritti dei cittadini a partire da quelli al lavoro, all'iniziativa economica e alla salute – messi in drammatico pericolo dalla crisi economico-finanziaria sovrappostasi a quella

⁵ Basti richiamare le fondamentali riflessioni di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., e P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951.

sanitaria – suona come ulteriore conferma di quanto la configurazione dei principi di contabilità pubblica incida sulla carne viva della democraticità di un sistema costituzionale e sull'effettività dei diritti fondamentali.

4. *Controlli “democratici” e controlli “tecnici” sul bilancio: dalla Grecia classica al regno d'Italia*

Se, quindi, le competenze sulla contabilità pubblica fanno indefettibilmente capo a qualsiasi assemblea politica dotata di poteri di indirizzo politico, è anche vero che queste hanno inevitabilmente cercato il supporto di un organo tecnico che consentisse loro l'esercizio delle proprie prerogative in materia.

Sin dall'antichità classica, infatti, si è avvertita la necessità di controllare l'uso del denaro pubblico: ad Atene i funzionari, all'atto di lasciare la carica, dovevano presentare il rendiconto della loro gestione finanziaria da sottoporre al Tribunale dei logisti e da far approvare successivamente alla cittadinanza. A Roma, sin dall'età repubblicana erano previste varie forme di controlli contabili le cui successive trasformazioni segnarono il passaggio all'impero e poi la crisi di questo⁶.

L'età medievale vide, soprattutto in Francia, lo sviluppo di speciali magistrature destinate al controllo dei conti di tutti i funzionari che avevano maneggio di denaro pubblico, destinate ad essere prese a modello da numerose altre monarchie europee e a restare in vita fino alla crisi dell'*ancien régime* ed agli sconvolgimenti rivoluzionari⁷.

Tra le istituzioni presenti in Italia si ricordano soprattutto la *Regia Camera della Sommaria* nel Regno delle due Sicilie, la *Reverenda Camera Apostolica* per lo Stato della Chiesa e la *Camera di conti* piemontese, precorritrice della moderna Corte dei conti. La *Camera* napoletana fu segnata da una storia assai lunga e di grandissimo prestigio, prendendo le mosse dalla trasformazione degli organi di controllo istituiti già durante le dominazioni sveva e normanna. Analogo splendore circondò la *Camera apostolica* che per lunghi secoli fu la più importante magistratura romana, fino alla delimitazione delle sue competenze alla sola materia tributaria verso l'inizio del XIX secolo in forza degli interventi riformatori

⁶ C. GHISALBERTI, voce *Corte dei conti (premesse storica)*, in *E.d.D.*, Vol. X, Milano 1962, 854.

⁷ C. GHISALBERTI, voce *Corte dei conti (premesse storica)*, cit.

della ormai disastrosa amministrazione pontificia attuata da Pio VII e da Gregorio XVI.

La *Camera dei conti* piemontese fu istituita come magistratura da Amedeo III nel 1351, trasformando a tal fine il collegio degli *Auditores computorum* già esistenti sin dal periodo medievale. A partire dal XVII secolo, però, la Camera entrò in contrasto con i vari sovrani che mal sopportavano l'indipendenza dell'organo del quale provarono, sostanzialmente senza successo, a ridimensionare le competenze.

La rivoluzione e l'epopea napoleonica segnarono profondamente l'evoluzione di questi organi dapprima in Francia e poi in gran parte d'Europa: una legge del 16 settembre 1807 portò all'istituzione di una *Cour de comptes* presa poi a modello nei vari Stati soggetti alla dominazione francese. Si trattava di un organo diviso in due sezioni competenti a giudicare rispettivamente sulle entrate e sulle uscite dello Stato, ma prive di attribuzioni giurisdizionali amministrative affidate ad altri organi (Consigli di Prefettura, Consigli di Intendenza e, soprattutto, Consiglio di Stato). L'organo superò sostanzialmente indenne la fase della restaurazione, in Francia e in Italia, fino a giungere, nel Regno di Sardegna, alle fondamentali riforme cavouriane degli anni 1853 e 1859 che ne diedero la configurazione ancora oggi conosciuta nei suoi tratti essenziali di autentica magistratura assistita da forti garanzie di imparzialità e, soprattutto, autonomia rispetto al Governo⁸.

Com'è noto, la malattia improvvisa e funesta che portò Cavour a morire il 6 giugno 1861, meno di tre mesi dopo la solenne proclamazione dell'Unità, ebbe ripercussioni notevoli nel processo di strutturazione politica ed amministrativa del neonato Regno d'Italia e che vide la sua più organica affermazione soltanto con la legge di unificazione (o, più propriamente, di piemontesizzazione) 20 marzo 1865, n. 2248. Tuttavia il processo fu molto più celere in materia finanziaria: già il 20 novembre dello stesso fatale 1861 il Ministro delle Finanze Bastogi presentava il progetto di legge destinato a diventare la fondamentale legge 14 agosto 1862, n. 800, che nelle intenzioni del proponente, riferite nella relazione illustrativa, avrebbe dovuto essere approvata in pochi giorni "poiché la Corte de' Conti dee cominciare ad esercitare le sue attribuzioni al principio del nuovo anno, cioè nel tempo stesso che comincerà l'esercizio di un solo bilancio per tutto il Regno". Come si vede, l'urgenza assoluta di "una istituzione necessaria a costituire l'unità dell'Amministrazione finanziaria"

⁸ C. GHISALBERTI, voce *Corte dei conti (premessa storica)*, cit., 855.

era avvertita come una incombenza non rinviabile del nuovo Stato sin dalle sue prime settimane di esistenza⁹.

La legge n. 800, è noto, valorizzando l'eredità cavouriana, pose le caratteristiche fondamentali della Corte dei conti sostanzialmente mantenute in quasi 160 anni di vita, pur essendosi arricchita in tutto questo tempo di numerose – e a quel tempo impensabili – competenze. Il primo, e più evidente, tratto distintivo fu la natura magistratuale dell'organo e dello *status* dei suoi componenti assistiti dalla garanzia della inamovibilità (art. 4) e di una forma, certo embrionale, di autogoverno per quanto concerneva il personale (art. 5). Soprattutto, però, sin dal suo nascere fu chiara l'eterogeneità di competenze proprie del giudice contabile: dal controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo a quello di parificazione del bilancio dello Stato (art. 10), alla concessione di pensioni civili e militari (art. 11), alla competenza contenziosa nella stessa materia pensionistica (art. 11) e in quella di conto (art. 33). Fu anche chiaro il rapporto tra l'attività il controllo della Corte sull'azione del Governo e l'attività politica delle Camere, assegnando alla Corte la verifica dei conti di ogni ministro e dell'intera amministrazione prima dell'approvazione parlamentare del rendiconto annuale dello Stato (artt. 28 e 29) e l'obbligo di comunicare ai presidenti dei due rami del Parlamento, entro il mese di gennaio di ogni anno, l'elenco dei decreti governativi registrati con riserva (art. 18).

5. *La Corte dei conti nel dibattito costituente*

Dopo l'eclisse dell'organo durante il periodo fascista – nel corso del quale le decisioni ultime su quanto segnalato in sede di controllo contabile furono esercitate dal duce¹⁰ – la discussione intorno alla Corte prese quota in Assemblea costituente in seno alla quale i temi del dibattito si intrecciarono spesso con quelli concernenti l'altro fondamentale giudice speciale, il Consiglio di Stato.

La lettura degli atti della Costituente dimostra come l'occasione fu

⁹ P. DELLA VENTURA, *La storia della Corte dei conti e il suo inquadramento costituzionale*, in AA.VV., *La Nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V. Tenore, Milano 2020, 2018, 3 ss. e F. SUCAMELI, *Il giudizio di parifica tra Costituzionalismo antico e moderno. Il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di San Valentino*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, 1, 48.

¹⁰ G. CARBONE, voce *Corte dei conti*, in *E.d.D. Agg.*, Vol. IV, Milano 2000, 480.

preziosa non tanto per le poche (o nulle) novità introdotte¹¹, ma perché offrì una riflessione di altissimo livello in merito alla collocazione costituzionale dell'organo e alla natura delle competenze che alla stessa venivano riconosciute. Mortati, Einaudi, Terracini e Perassi furono fermissimi nel ritenere che alla Corte si dovesse riconoscere rilievo costituzionale per l'insostituibile funzione di ausilio al Parlamento svolta sia in occasione della parifica del bilancio dello Stato, sia trasmettendo l'elenco dei decreti registrati con riserva, auspicando anche un rafforzamento di queste funzioni di controllo mediante l'introduzione del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi e di notifica preventiva alle amministrazioni degli atti illegittimi.

Il testo del secondo comma dell'attuale art. 100 Cost. fu proposto in seconda sottocommissione dai relatori Bozzi e Ambrosini. Di differente rispetto alla formulazione a noi nota della disposizione costituzionale vi era solo la previsione, sulla quale si discusse lungamente, della possibilità per le Camere di chiedere l'intervento del Presidente della Corte nelle sedute convocate per l'approvazione del rendiconto generale dello Stato. La proposta fu avversata da autorevoli esponenti di vari schieramenti (Mortati, Einaudi, Terracini) i quali ritennero che la presenza del vertice della Corte potesse menomare il prestigio e la competenza parlamentare, oltre a confliggere con il tradizionale principio costituzionale secondo il quale durante le sedute delle Camere possono accedere all'aula solo i membri delle stesse o i componenti del Governo. Tutto ciò tenuto anche conto che le valutazioni della Corte sarebbero state comunque condensate nella relazione messa a disposizione del Parlamento stesso prima di essere chiamato a deliberare.

Nella seduta del 27 gennaio 1947¹², l'On. Bozzi ripropose il tema se la Costituzione dovesse contenere norme sulla composizione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ovvero se la materia dovesse essere rinviata ad una legge costituzionale o semplicemente ordinaria. Mortati

¹¹ G. CARBONE, voce *Corte dei conti*, cit., 481, osserva come "la prima lettura che comunque fu data pressoché unanimemente al testo dell'art. 100 comma 2 fu appunto quella confermativa e conservativa della Corte e delle sue funzioni di controllo quali ereditate dal precedente ordinamento, senza sostanziali correzioni ma con una sostanziosa promozione dell'una e delle altre alla rilevanza e alla garanzia di organo e di funzioni presidiate in Costituzione".

¹² Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, sezione seconda, seduta di lunedì 27 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. VII, Rist. 1971, 1707 ss.

in un ampio intervento rimarcò il rilievo costituzionale delle competenze affidate alla Corte dei conti. Di particolare interesse fu una proposta emendativa del Presidente Terracini il quale riteneva che si dovesse chiarire nel testo della Costituzione che il controllo preventivo della Corte dovesse essere limitato ai soli atti del Governo comportanti spese, per non attribuire alla Corte un potere eccessivo, facilmente sconfinabile nel sindacato politico. Furono Bozzi, ed Einaudi a contrastare vittoriosamente questa iniziativa osservando preliminarmente la difficoltà di discernere tra gli atti del Governo a seconda del fatto che comportassero o meno effettivi oneri per il pubblico erario e, soprattutto, che la natura di stretta legittimità del controllo contabile (Bozzi, rimarcò che sarebbe stato più corretto parlare di “legalità”) avrebbe messo l’opera della Corte al riparo da eventuali sconfinamenti. Einaudi, però, fu antesignano nel notare come l’eterogeneità degli atti e degli organi sui quali la Corte sarebbe stata chiamata ad esercitare la propria attività di controllo suggerissero di differenziare gli stessi procedimenti adeguandoli alle necessità di ogni singola amministrazione e dei correlati servizi pubblici (si fece l’esempio del controllo sulle ferrovie le quali impongono la maggiore rapidità possibile nelle decisioni di spesa compatibile con l’erogazione del servizio).

In conclusione del dibattito¹³, nella seduta del 30 gennaio 1947 si pose nuovamente in Commissione la questione sui criteri di nomina dei giudici e sulle garanzie di indipendenza tanto del Consiglio di Stato quanto della Corte dei conti e, in particolare, sulla base di un emendamento dell’On. Laconi, della possibilità di far nominare i magistrati dal Presidente della Repubblica sulla base di un elenco di soggetti individuati tra categorie predeterminate dalle Camere e ciò al fine di evidenziare lo stretto rapporto intercorrente con la funzione parlamentare. La proposta, com’è noto, non ebbe fortuna e prevalse quella di Mortati che tutti conosciamo (art. 100, ultimo comma, Cost.) secondo cui “*la legge assicura l’indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo*”. Al momento del voto il Presidente Terracini chiarì l’opportunità di mantenere l’espressione “*di fronte al Governo*”, che qualcuno aveva giudicato pleonastica, proprio per rimarcare che ad essere controllato sarebbe stato il Governo e non il Parlamento.

In Assemblea fu anche significativo l’intervento di Fausto Gullo nella

¹³ Commissione per la Costituzione, seconda sottocommissione, sezione seconda, seduta di lunedì 27 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell’Assemblea Costituente*, cit., 1727 ss.

seduta pomeridiana del 18 settembre 1947¹⁴, contrario a inserire nel testo della Costituzione qualsiasi riferimento sia al Consiglio di Stato che alla Corte dei conti per il timore che il primo potesse accrescere a dismisura le proprie competenze ed il proprio ruolo a tutto danno del Parlamento e dello stesso Governo e la seconda, di estendere il proprio sindacato al merito dell'azione amministrativa. Fu il Presidente Ruini a farsi carico di rispondere ai timori paventati dall'esponente del PCI, soprattutto in riferimento al rischio che sarebbe potuto derivare per la stessa democraticità del sistema, con l'ampia relazione svolta nella seduta pomeridiana del 19 settembre 1947¹⁵ sopra i primi tre Titoli della seconda parte del progetto di costituzione dedicata al Governo e al Presidente della Repubblica e conclusa, come annota il resoconto parlamentare, tra “*vivissimi, generali applausi – Moltissime congratulazioni*”.

La discussione intorno all'art. 95 del progetto della Costituzione ruotò, invece, intorno al principio della unicità della giurisdizione con il quale l'Assemblea Costituente si misurò approfonditamente soprattutto per la posizione tenuta in Commissione dal Calamandrei¹⁶. Com'è noto, sul tema prevalse a larghissima maggioranza una posizione meno radicale di quella proposta dal giurista fiorentino. L'argomento fu impostato da Giovanni Leone, intervenendo in Assemblea anche a nome di altri autorevoli costituenti nella seduta antimeridiana del 21 novembre 1947¹⁷, tra i quali piace ricordare Bettiol, Perassi e Vito Reale per illustrare un emendamento da questi proposto e che poi fu sostanzialmente approvato nella formulazione iniziale (si tratta della parte fondamentale degli artt. 102 e 103 della Costituzione quali noi li conosciamo). Il futuro Capo dello Stato ribadì la forte spinta verso la realizzazione del principio dell'unicità della giurisdizione, ma facendo salvi il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. Sulla necessità di mantenere in vita questi organi fu ancora più esplicito Ruini (che, sia detto incidentalmente e senza nulla togliere al valore dei suoi interventi, era componente del Consiglio di Stato, anche

¹⁴ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. IV, cit., 2914.

¹⁵ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. IV, cit., 2952 ss.

¹⁶ V. i resoconti delle sedute della Seconda sottocommissione, sezione seconda, della Commissione per la Costituzione di martedì 17 dicembre e di mercoledì 18 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. VIII, cit., 1929 e 1935.

¹⁷ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. V, cit., 3967, spec. 3982 ss.

se ormai sul punto di lasciare per limiti di età) il quale osservò opportunamente l'impossibilità di sopprimere le due giurisdizioni speciali "senza perturbare e creare difficoltà al funzionamento della giustizia nell'interesse dei cittadini" e, soprattutto, come queste due magistrature "hanno una funzione storica ed una funzione propria conquistata, si noti, non sottraendo la propria competenza alla Magistratura ordinaria, ma conquistando nuovi campi di diritto e di libertà ai cittadini". Avuto specifico riguardo alla Corte dei conti, secondo il Presidente della Commissione dei settantacinque "il nucleo e la fonte delle sue funzioni giurisdizionali sono le questioni attinenti alla contabilità pubblica; cui si ha da aggiungere, e così fa l'articolo, le materia che la legge stabilisce per la connessione alla competenza speciale della Corte dei conti"¹⁸.

In sostanza nel caso delle competenze strettamente giurisdizionali della Corte dei conti si può convenire con quanti affermano che la Costituente si limitò a prendere atto dell'assetto delle competenze preesistente, ma ciò avvenne consapevolmente, a conclusione di una specifica riflessione circa l'opportunità di fare applicazione rigida o moderata del principio dell'unicità della giurisdizione in vista della miglior tutela dei diritti dei cittadini e lasciando la porta sostanzialmente aperta alle future implementazioni delle competenze delle due giurisdizioni amministrative. Lo straordinario sviluppo avuto dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti durante la vita della Repubblica, per quest'ultima sia in materia di controllo che di giurisdizione, testimoniano la lungimiranza della soluzione votata dai Costituenti.

6. *Antiche e recenti questioni sulla responsabilità amministrativa*

Dall'esame dei lavori dell'Assemblea Costituente risalta anche il fatto che la Corte dei conti fu presa in considerazione per le funzioni di controllo piuttosto che per quelle giurisdizionali. La circostanza non può sorprendere perché mentre il primo nucleo di attribuzioni del giudice contabile costituì sin dai tempi più risalenti la stessa ragion d'essere di questo organo, le competenze contenziose maturarono man mano nel tempo e, almeno all'inizio, in funzione strumentale alle prime. Com'è noto, infatti, la legge n. 800 del 1862 prevedeva soltanto la competenza

¹⁸ In *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati – Segretariato generale, Vol. V, cit., 3987 s.

a giudicare sulla regolarità dei conti di coloro i quali hanno maneggio di denaro o altri valori pubblici. Questa primigenia attribuzione fu poi cautamente ampliata dalla L. 22 aprile 1869, n. 5026 sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale. Solo con il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, poi ripreso dal R.D. 12 luglio 1934, n. 1934, fu prevista una generale responsabilità svincolata dal maneggio di denaro o titoli pubblici, a carico dei pubblici dipendenti i quali, "per azione o omissione imputabili anche a solo colpa o negligenza, cagionino danno allo stato o ad altra amministrazione dalla quale dipendono" da far valere dinanzi alla Corte dei conti la quale "valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto". Anche sul piano processuale, oltre che su quello sostanziale, la c.d. responsabilità amministrativa maturò come evoluzione delle precedenti forme di giudizio e di responsabilità contabili¹⁹.

Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità erariale: la L. 14 gennaio 1994, n. 20 e, da ultimo, il D. Lgs. 26 agosto 2016, n. 174, insieme all'apporto fondamentale della giurisprudenza dello stesso giudice contabile, della Cassazione e della Corte costituzionale (C. cost., n. 371 del 1998) ne sono state le più recenti tappe e l'art. 21 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, segna un momento di brusco ripensamento, vedremo se davvero temporaneo.

In argomento pare utile notare come la Costituzione abbia offerto un supporto per consolidare la responsabilità erariale, e la connessa giurisdizione della Corte, anche con il contenuto dell'art. 28 in materia di pubblici dipendenti, chiamati a rispondere secondo le leggi civili, penali e amministrative per gli atti compiuti in violazione di diritti. La disposizione costituzionale è volta soprattutto a dirimere la controversia, filosofico-politica prima che giuridica, in ordine alla sussistenza – e, quindi, alla natura – della responsabilità verso i terzi dello Stato e dei suoi agenti e non di questi ultimi verso il primo, ma vale comunque ad affermare il principio della responsabilità amministrativa dei dipendenti: in fondo, il tema della misura della responsabilità da porre a carico dell'agente pubblico o dell'ente di appartenenza, centrale nella materia *de qua*, trae origine proprio dai principi espressi in Costituzione e dall'interrogativo

¹⁹ In tema, M. SMIROLDO, *Le tecniche di protezione delle risorse patrimoniali erariali*, in AA.VV., *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, a cura di A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo, Milano 2019, 25 ss.

di quali e quante responsabilità gravino sullo Stato per l'azione dei suoi agenti.

7. *Alcune considerazioni finali di ordine costituzionale*

Questa breve rassegna sulle origini e le motivazioni profonde della giurisdizione della Corte induce ad alcune considerazioni conclusive di ordine costituzionale e, se possibile, di sistema.

7.1. *L'indipendenza delle giurisdizioni speciali e di quella ordinaria*

Partendo da una prospettiva funzionalista, vi sono pochi dubbi in ordine al fatto che l'attività di indirizzo politico – a qualsiasi livello si tratti, dall'ente locale fino alle istituzioni europee – solleciti penetranti poteri di sindacato contabile in capo all'organo depositario della legittimazione dell'apparato governante. Questa attività di direzione e controllo della politica finanziaria dell'ente, che in regime democratico è consustanziale alla stessa forma di Stato, per essere esercitata necessita di un supporto tecnico per fondare qualsiasi valutazione politica. L'organo tecnico preposto al controllo, però, per essere efficace nella funzione che le è chiesto di svolgere, e soprattutto per non confondere il proprio ruolo con quello dell'organo politico, dev'essere assistito da fortissime garanzie di neutralità politica e di indipendenza tanto delle istituzioni di governo soggette al controllo (in una società poliarchica²⁰ si tratterà di una pluralità di istituzioni ed organi) quanto dal destinatario del sindacato (in democrazia, il Parlamento). Si tratta del principio colto in embrione già da Cavour all'atto della prima teorizzazione della moderna magistratura contabile circa la necessità di assicurare a questa assoluta indipendenza da tutti i poteri dello Stato.

Si pone, quindi, il tema della configurazione dell'indipendenza delle varie magistrature, cioè se la Costituzione abbia previsto uno standard differenziato per le varie figure di magistrati – ordinari da una parte, del Consiglio di Stato e, per quanto qui specificamente ci riguarda, della Corte dei conti dall'altra –. Com'è stato osservato²¹, se è vero che in Assemblea costituente si optò per una declinazione temperata del principio

²⁰ Il riferimento è a R. DAHL, *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, Milano 1997.

²¹ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 141 ss.

dell'unicità della giurisdizione, affermandosi le ragioni costituzionali per la conservazione delle "storiche" giurisdizioni speciali, non trova nessun riscontro l'idea che in quella sede si immaginassero due figure differenziate di magistrato, uno ordinario ed uno speciale, quest'ultimo dotato di una diversa, e minore, indipendenza rispetto alle istituzioni politiche (Governo e Parlamento). Com'era comprensibile che fosse, il dibattito si incentrò soprattutto sugli strumenti di autogoverno della magistratura ordinaria, ma proprio le discussioni in Commissione e in Assemblea Plenaria dimostrarono come fosse lucida nei costituenti l'idea di un sistema giurisdizionale che, mirando alla unitarietà della funzione, si sarebbe articolato in un sistema complesso di organi, ma al contempo omogeneo nella figura del magistrato e delle stesse istituzioni, tutti e tutte assistiti dalle più ampie garanzie di indipendenza proprio perché consustanziali alla funzione stessa: se giurisdizione deve essere, nulla importando se ordinaria o su materie specialistiche, non può che essere indipendente perché o è indipendente o non è giurisdizione trattandosi di un carattere indefettibile al concetto stesso di giudice. I primi due commi dell'art. 111 Cost., così come riformato nel 1999, hanno solo rafforzato il concetto.

Per la Costituzione, quindi, la funzione è unica, anche se esercitata da più corpi, ciascuno con le proprie specificità ma tutti concorrenti alla realizzazione del principio di legalità – ormai da declinarsi in quello della legalità costituzionale – e tutti necessariamente indipendenti, neutrali e in grado di autogovernarsi tramite i propri consigli.

7.2. Ruolo della Corte dei conti e giurisprudenza costituzionale

Nel ricostruire le ragioni storiche e costituzionali di un giudice "speciale" ed "esperto", come suggerisce il titolo di questo intervento, non si può tralasciare di osservare il modo in cui il ruolo della Corte sia cresciuto sul piano istituzionale attraverso la giurisprudenza costituzionale. Non è questa la sede per ripercorrere le tappe del cammino costituzionale compiuto dalla Corte dei conti quale giudice *a quo*: attraverso una giurisprudenza più che cinquantennale, la Corte ha riconosciuto in ambiti sempre più ampi la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità, proprio valorizzando la primigenia visione cavouriana di un corpo dello Stato che anche quando svolge funzioni formalmente amministrative è e resta una magistratura, un giudice che agisce nelle forme del processo così come impone l'art. 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1. Ciò vale nel giudizio di parifica dei bilanci dello Stato e delle Regioni, nella

registrazione dei provvedimenti del Governo o, come da ultimo si è riconosciuto, di esame dei piani di riequilibrio finanziari degli enti locali. Infatti, a partire dalle sentenze n. 165 del 1963 e 121 del 1966 e poi, con più ricchezza di argomenti con la “storica” sentenza n. 226 del 1976, la Corte costituzionale ha riconosciuto natura giurisdizionale alla Corte dei conti “in ragione della sua particolare posizione istituzionale e della natura delle sue attribuzioni di controllo. Sotto il primo aspetto, viene posta in rilievo la sua composizione di ‘magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza (art. 100, comma 2, Cost.)’ e la sua natura di ‘unico organo di controllo che goda di una diretta garanzia in sede costituzionale’. Sotto il secondo aspetto, viene in evidenza il peculiare carattere del giudizio portato dalla Corte dei conti sugli atti sottoposti a controllo, che si risolve nel valutarne ‘la conformità (...) alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico’. Una funzione cioè di garanzia dell’ordinamento, di ‘controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato (...) preordinato a tutela del diritto oggettivo’ (sentenza n. 384 del 1991)” (così, C. cost. n. 18 del 2019²² alla quale sono seguite ulteriori pronunce: sentt. nn. 105 e 138 del 2019, 112, 115, 157, 189 e 244 del 2020).

7.3. Prospettive di sviluppo della giurisdizione della Corte dei conti dal punto di vista della Costituzione

Come si è visto, è proprio la più recente giurisprudenza del giudice delle leggi a indicare la strada verso la quale la giurisdizione della Corte dei conti è incamminata: viviamo in un sistema in cui l’idea della sovranità dello Stato deve inevitabilmente confrontarsi con condizionamenti impressionanti derivanti da un mondo sempre più connesso e globaliz-

²² Sulla quale F. S. ALTAVILLA, *La sentenza di San Valentino. La Corte costituzionale e il controllo “neocavouriano” della Corte dei conti, a tutela del bilancio “bene pubblico” e delle generazioni future*, in *Diritto & Conti*, 1/2019, E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del “diritto del bilancio”. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in *Diritto & Conti*, 1/2019, A. MORRONE, *Verso un’amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. Amm.*, 2019, 2, 381 ss., F.S. MARINI, *Il controllo della Corte dei conti sui piani di riequilibrio degli enti locali alla luce della sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, 2, 5 ss., A. SAITTA, *dal Bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, 2019, 216 ss., F. SUCAMELI, *Il giudizio di parifica tra Costituzionalismo antico e moderno. Il modello cavouriano e il lungo percorso verso la sentenza di San Valentino*, cit.

zato. Le grandi scelte in materia ambientale, energetica, migratoria, industriale, commerciale e, ahinoi, sanitaria e di sicurezza hanno efficacia e possono giudicarsi sempre più soltanto nella prospettiva planetaria: è ormai chiaro che qualsiasi decisione politica di rilievo nei campi appena richiamati coinvolga, nella dimensione spaziale, responsabilità globali e, in quella temporale, impegni verso le generazioni future.

Il ruolo crescente assunto da questi condizionamenti esterni sulle politiche finanziarie nazionali, esplicitamente a base della riforma dell'art. 81 Cost., ha provocato una naturale implementazione degli ambiti di competenza della Corte dei conti e richiama questa ad un profondo ripensamento del proprio ruolo e ad un forte protagonismo culturale e istituzionale. Ad esempio, e quale che ne sarà l'esito, non può che salutarsi con favore la circostanza che negli ultimi tempi si sia sviluppata all'interno della stessa Corte dei conti una riflessione circa l'opportunità di aprire le porte di questo plesso giudiziario a inedite competenze (ad esempio in materia tributaria) e, al contempo, abbandonare antiche, ed ormai non più comprensibili, riserve di giurisdizione (come quella pensionistica).

Questo processo di trasformazione assume valore non tanto e non solo per gli aspetti istituzionali ma, ed è ciò che più ci deve interessare nella prospettiva della migliore attuazione del disegno costituzionale, sul piano dell'effettività dei diritti e delle libertà. Ciò perché, com'è stato osservato in una recente, e già citata, sentenza della Corte costituzionale (la n. 18 del 2019), la responsabilità finanziaria degli organi governanti (in quell'occasione si trattava di enti locali, ma quelle stesse ragioni valgono a maggior ragione per i livelli istituzionali di grado superiore) si trasforma in un'essenziale questione di responsabilità democratica e intergenerazionale della quale dovremmo prendere tutti sempre più coscienza²³. Analoghe considerazioni si potrebbero facilmente fare per la materia fiscale.

²³ Quella intergenerazionale appare sempre più come una vera e propria prospettiva di analisi di tutto l'elenco costituzionale dei diritti fondamentali sulla quale la giurisprudenza della Corte costituzionale sta lentamente indirizzando anche il dibattito dottrinale. Oltre ai contributi citati nella nota precedente, R. BIFULCO e A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli 2008, F. DE LEONARDIS, *Tutela delle generazioni future e organismi preposti alla tutela*, in AA.VV., *Diritti interni, diritto comunitario e principi soprannazionali*, a cura di V. Parisio, Milano 2009, F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in AA.VV., *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, a cura di L. Antonini, Napoli 2010, G. PEPE, *La solidarietà intergenerazionale quale strumento di giustizia redistributiva. Commento a Corte costituzionale n. 173 del 2016*,

Ecco, allora, che il cerchio si chiude: siamo partiti dall'appello alla democrazia e alla libertà cui rimandava lo slogan “*no taxation without representation*” e alla democrazia e alla libertà siamo tornati in chiusura di queste riflessioni. La storia della Corte dei conti e le ragioni della sua funzione nel sistema costituzionale non sono tanto quelle di cui si è parlato in questa sommaria rassegna, ma quelle ancora da scrivere, quelle che la Corte saprà conquistare vigilando sui conti dello Stato e delle altre istituzioni di cui si compone la Repubblica per assicurare effettività e concretezza al principio democratico e, con quello, ai diritti fondamentali per tutti noi e per le generazioni future.

in *AmbienteDiritto.it*, 2016; D. PORENA, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino 2018, G. ARCONZO, *La solidarietà intergenerazionale nella tutela pensionistica pubblica e privata*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1/2019, G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2020, 242 ss.

Guido Clemente di San Luca

GIURIDICITÀ DELLE REGOLE
DEL GIUOCO DEL CALCIO
E VIGILANZA SUL LORO RISPETTO
DA PARTE DEGLI ARBITRI*

SOMMARIO: 1. Premessa. Le regole del gioco ed il ruolo dell'arbitro: delimitazione dell'indagine al gioco del calcio. – 2. La natura giuridica delle regole del 'gioco'. – 2.1. Il complesso e 'tormentato' rapporto fra ordinamento generale e ordinamento sportivo. – 2.2. La genesi delle regole: il Regolamento del gioco del calcio ed il cd. 'Protocollo VAR'. – 2.3. La morfologia delle norme relative fra meri accertamenti tecnici e valutazioni tecniche. – 3. La natura giuridica dell'arbitro e la sua vocazione funzionale. – 4. Considerazioni conclusive fra nodi irrisolti e prospettive.

1. *Premessa. Le regole del gioco ed il ruolo dell'arbitro: delimitazione dell'indagine al gioco del calcio*

Obiettivo di questo breve studio è provare a far luce su come si possa, e/o debba, valutare la legittimità nell'applicazione delle regole che disciplinano le competizioni sportive, con particolare riferimento al giuoco del calcio¹. In modo specifico s'intende indagare nell'ordine: a) sulla

* Il saggio trova origine nel ricevuto incarico di redigere un contributo al volume P. DEL VECCHIO, L. GIACOMARDO, M. SFERRAZZA, R. STINCARDINI (a cura di), *La giustizia nello sport. Guida teorico-pratica del processo sportivo con particolare riferimento alla FIGC*, Luiss University Press, in corso di pubblicazione. L'A. ringrazia la casa editrice e i curatori per aver consentito l'anticipazione della pubblicazione. L'A. ringrazia altresì la dott.ssa Antonella Corsale ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per averlo aiutato nella ricognizione critica dell'assetto normativo e giurisprudenziale del tema, ed il prof. Giovanni Martini per aver discusso con lui la sua ricostruzione concettuale.

¹ Il calcio, invero, è senz'altro il più popolare sport nazionale, e da almeno due decenni il settore si è significativamente trasformato, diventando capace di produrre una parte consistente del PIL: la rilevante evoluzione del suo assetto strutturale postula una considerazione ben più attenta dei profili giuridico-istituzionali concernenti la sua pratica agonistica, ed assume per questo un ruolo paradigmatico.

natura giuridica delle regole in parola²; b) sulla natura giuridica e sulla vocazione funzionale dell'arbitro chiamato a farle rispettare³; c) sulla im-

² Sul punto sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Discrezionalità tecnica e meri accertamenti nelle decisioni di arbitri e VAR*, in ID. (a cura di), *Campionato di calcio e Stato di diritto*, Napoli 2018, 65 ss.

³ La letteratura sul tema non è particolarmente copiosa. Fra gli altri si v.: A. BARCA, *Fallo di gioco: presupposti e limiti del risarcimento del danno* (Nota a App. Genova, sez. I, 9 novembre 2004, n. 800), in *Corr. Merito*, 2005, fasc. 2, 173-175; F. BISANTI, *Insidie sul campo da calcio: non si dia la colpa all'arbitro!* (Nota a Cass., sez. IV pen., 28 febbraio 2018, n. 4160), in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2018, fasc. 2, 13 ss.; U. BOCCHINO, *I rischi specifici o particolari d'impresa. Gli errori arbitrali come rischio specifico per le Società di Calcio professionistiche; la soluzione per eliminare gli effetti economici negativi conseguenti*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2017, fasc. 6, 533-548; U. CALANDRELLA, *La tutela dell'arbitro prima, durante e dopo la gara*, in *Amm. It.*, 1994, fasc. 2, 248-254; F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1953, 20 ss.; F.S. CHIAROTTI, *L'arbitro di una partita di calcio è pubblico ufficiale?*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1953, 10 ss.; G.P. CIRILLO, *Il sistema della giustizia sportiva in Italia*, in *www.federalismi.it*, 2019, fasc. 17; M. COLUCCI, *Il rapporto di lavoro nel mondo dello sport*, in AA.VV., *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli 2004, 19-20; E. D'ALESSANDRO, *La figura giuridica dell'arbitro di una partita di calcio*, in *Rass. Arma Carab.*, 1972, fasc. 2, 259-272; M.G. DE MARCO, *La sentenza Mazzoleni: un grave passo indietro per la tutela giurisdizionale nello sport*, in *Dir. Sport*, 2007, 823 ss.; R. FAVELLA, *Il rapporto di "lavoro" dell'arbitro di calcio. Il commento* (Nota a Cass., sez. lav., 12 maggio 2009, n. 10867), in *Lav. Giurisp.*, 2009, fasc. 12, 1256 ss.; C. FURNO, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1952, 619 ss.; L. GASBARRO, *Formalismo giuridico e regole sportive*, in G. SORGI (a cura di), *Ripensare lo sport: per una filosofia del fenomeno sportivo*, Rimini 2010, 51 ss.; A. GUADAGNINO, *Il rapporto degli arbitri di calcio con la F.I.G.C. nella giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, fasc. 2, 541-552; G. IADECOLA, *L'arbitro di calcio nell'autonomia dell'ordinamento sportivo*, in *Giur. Merito*, 1985, fasc. 6, pt. 4, 1256 ss.; A. MORBIDELLI, *Giudice amministrativo e errore dell'Ufficiale di gara nelle competizioni sportive (e connesse considerazioni circa la difficile convivenza tra interesse legittimo e autonomia dello sport)*, in *www.giustamm.it.*, n. 4/2004; A. PANICHELLA, *Promozione e dismissione degli arbitri di calcio alla luce dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di accesso alla carriera arbitrale*, in *Rass. Dir. Econ. Sport*, 2018, fasc. 1, 182 ss.; N. PAOLANTONIO, *Giustizia, sport ed arbitri (di calcio): in margine a Cons. Stato, Sezione VI, 17 aprile 2009, n. 2333* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2333), in *Giustizia amministrativa*, 2009, fasc. 2, 306 ss.; S. PAPA, *Arbitro di calcio, natura giuridica delle federazioni sportive e danno erariale* (Nota a Cass. civ., SS.UU., 9 gennaio 2019, n. 328), in *Giur. It.*, 2019, fasc. 2, 398 ss.; F. PAVONI, *Gli "effetti amministrativo-contabili" di "calciopoli": arbitri responsabili per il danno all'immagine dello sport* (Nota a C. Conti LA, sez. giur., 11 maggio 2009, n. 873), in *Resp. Civ. Prev.*, 2009, fasc. 10, 2144 ss.; P. ROSA, *I calci nel gioco del calcio* (Nota a Pret. Trento, 11 maggio 1996, n. 172), in *Riv. Dir. Sport.*, 1997, fasc. 2, 285 ss.; C. RUGGIERO, *Se compete all'arbitro di una partita di calcio la qualifica di pubblico ufficiale*, in *Daunia giudiz.*, 1962, fasc. 2, 147 ss.; V. RUSSO, *Sport e diritti del consumatore* (Relazione sul tema "Lo spettatore co-protagonista dell'evento sportivo", Roma 7, 8, 9 luglio 2005), in *Giust. Amm.*, 2006, fasc. 5, 884 ss.; P. SANDULLI, *La giurisdizione contabile: controllo dell'operato degli arbitri sportivi* (Nota a Cass. civ., SS.UU., 9 gennaio 2019, n. 328), in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2019, fasc. 1, 113 ss.; S. STACCA, *La posizione dell'arbitro di calcio alla luce della controversa questione degli ambiti riservati alla giustizia*

prescindibilità, anche nell'ordinamento sportivo, del principio di separazione dei poteri.

L'indagine è circoscritta alle regole del gioco del calcio per evidenti ragioni di spazio. I risultati della riflessione che verrà svolta, peraltro, sembrano potersi agevolmente estendere, *mutatis mutandis*, ad ogni altro sport (specialmente a quelli di squadra).

2. *La natura giuridica delle regole del 'gioco'*

Il primo passaggio del ragionamento che s'intende proporre richiede di soffermarsi velocemente sulla natura delle regole del 'gioco', provando a chiarire anzitutto se siano o meno norme giuridiche, e poi se siano espressione di diritto obiettivo o di diritto subbiettivo, e dunque se siano generate da un soggetto normatore, ovvero trovino origine in una volontà negoziale.

Per stabilire se si tratti di norme giuridiche, bisogna anzitutto convenire sulla definizione di queste. Al riguardo la sede consente soltanto di richiamare quanto affrontato *ex professo* altrove⁴, e cioè – in estrema sintesi – che, da un lato, per 'norma' s'intende «un enunciato prescrittivo condizionale che connette ad una data circostanza, assunta come condizione, un dato effetto giuridico, come sua conseguenza»⁵; e che,

sportiva (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2333), in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2010, fasc. 2, 414 ss.; R. TERENCEZIO, *Doveri e responsabilità dell'arbitro di calcio*, in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2015, fasc. 3, 15 ss.; R. TERENCEZIO, *La responsabilità contabile dell'arbitro di calcio nei confronti della pubblica amministrazione* (Nota a Cass. civ., SS.UU., 9 gennaio 2019, n. 328), in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2019, fasc. 1, 121 ss.; R. TERENCEZIO, *L'utilizzo della prova televisiva in relazione all'attività dell'arbitro nel gioco del calcio*, in *Riv. Dir. Econ. Sport*, 2016, fasc. 3, 57 ss.; V. VIGORITI, *FIFA, arbitro, metodi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. Arbitrato*, 2002, fasc. 4, 653 ss.; M. VITELLI, *Rapporto inventivo "colposo" dell'arbitro sportivo di calcio e responsabilità penale*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1988, fasc. 3-4, 378 ss.

⁴ Il rinvio è a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli 2003.

⁵ Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, 2. Lo stesso A. specifica, peraltro, che «il vocabolo 'norma' è largamente usato – nel linguaggio dottrinale, giudiziale, e legislativo – in riferimento a due oggetti radicalmente distinti». Per un verso, esso può identificarsi con «un enunciato legislativo», e, per altro verso, con «il contenuto di senso di un enunciato legislativo» (17, corsivo di chi scrive). Come a dire che può esser norma, o qualsiasi enunciato legislativo, ovvero soltanto il contenuto di tale enunciato. È bene chiarire che l'uso dell'attributo 'legislativo', non volendo significare 'della legge formale', si spiega facilmente col fatto che, «nel quadro della concezione statualistica del diritto, [...] la figura dell'atto normativo trovi dapprima origine nella elaborazione dottrinale della figura della legge: di quell'atto dello Stato, cioè, che, fuori di ogni dubbio ed a prima vista, si presenta, modernamente, come diretto a costituirne

dall'altro, al concetto espresso dal sostantivo 'norma', l'attributo 'giuridi-

l'ordinamento, a dettare il sistema regolatore della condotta dei consociati, a definire e garantire le libertà individuali, e quindi come fonte del diritto, quasi per antonomasia» (così V. CRISAFULLI, voce *Atto XIX. – Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, 1959, 239 ss., 239). L'assunto è tanto vero che si suole distinguere fra un significato di norma «in senso stretto» ed uno «in senso lato». Mentre in senso lato per norma si intende «ogni enunciato che, pur non esprimendo una regola di condotta, sia tuttavia riconducibile alla funzione di guida del comportamento», sicché sarebbero tali «*tutti* gli enunciati del discorso legislativo: non solo quelli che qualificano deonticamente un comportamento» (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto* cit., 23, corsivo di chi scrive). Quando, viceversa, si adopera l'espressione 'norma' in senso stretto, si vuole intendere «ogni enunciato che esprime una regola di condotta, e più precisamente una regola di condotta generale e/o astratta. *Generale*: nel senso che destinatario della regola è non un singolo individuo, ma una classe di individui. *Astratta*: nel senso che la regola si applica non ad una singola fattispecie, ma ad una classe di fattispecie» (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto* cit., 22, solo il primo corsivo è di chi scrive). Ora – nel ricordare che N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 230 ss., ha spiegato che «la dottrina della generalità e astrattezza delle norme giuridiche è, da un lato, imprecisa, perché non chiarisce di solito se i due termini “generale” e “astratto” siano usati come sinonimi («le norme giuridiche sono generali o astratte»), oppure come aventi due significati differenti («le norme giuridiche sono generali e astratte»). D'altro lato è insufficiente o addirittura fuorviante, perché mettendo in evidenza i requisiti della generalità e dell'astrattezza lascia credere che non vi siano norme giuridiche individuali e concrete» (231, le congiunzioni 'o' ed 'e' sono sottolineate dall'A.) – è noto che i caratteri distintivi della norma vengono solitamente individuati, non solo nella generalità e nella astrattezza, ma anche nella *novità*, e talora pure in una ben più articolata serie di caratteri identificativi. Viene fatto di notare, però, che la *innovatività*, per un verso, sembrerebbe propria di qualsiasi atto giuridico (a meno di non intendere per diritto solo quello oggettivo), e dunque perderebbe la proprietà di far distinguere le norme in base ad essa; per altro verso, sarebbe predicabile soltanto per le norme costituzionali, tutte le altre dovendo ritenersi prive, mutuando l'una dall'altra, via via, per scala gerarchica, la capacità innovativa, che in ultima analisi risiederebbe solo in quelle poste *in apicibus*. In ogni caso, il carattere della novità, o innovatività che dir si voglia, mostra appieno la sua fragilità, almeno al limitato scopo di discriminare la normatività. Registrata la vanità dei diversi tentativi compiuti dalla dottrina nello sforzo di precisare i confini definitivi dei tre caratteri menzionati, sembra potersi convenire che, alla fine, il vero elemento di discriminazione stia in quella che, autorevolmente, viene indicata come la differenza che passa fra il *disporre* e il *provvedere*: secondo l'insegnamento di V. CRISAFULLI, voce *Atto XIX. – Atto normativo* cit., 255, infatti, «sarebbe possibile muovere dall'idea che, negli ordinamenti statali moderni, e nel nostro tra questi, il principio tendenziale di distribuzione delle funzioni consista nella distinzione tra il *disporre*, *in linea preventiva e generale*, cioè il dare regola all'azione, e il *provvedere*, *caso per caso e in concreto*» (corsivi di chi scrive). In altre parole, la norma dovrebbe potersi individuare, essenzialmente, per la sua particolare vocazione e capacità regolativa della convivenza. Quella vocazione e quella capacità che sono rese immediatamente intuibili dalla evidente «distinzione tra posizione, ed attuazione di norme; predeterminazione degli interessi pubblici, e loro immediato soddisfacimento» (per usare ancora le magistrali parole di V. CRISAFULLI, voce *Atto XIX. – Atto normativo* cit., 255). In tale vocazione e capacità si risolve, infatti, la combinazione dei caratteri di generalità, astrattezza ed innovatività, in un tutt'uno che sta a significare, appunto, la determinazione del diritto oggettivo.

ca' aggiunge un elemento rilevante: che l'atto contenente la norma⁶ deve aver 'attraversato' la procedura per la sua produzione formalmente prescritta in quel dato ordinamento⁷. Una *norma giuridica*, insomma, deve,

⁶ Si deve rammentare infatti la differenza che passa fra norma e disposizione. Ebbene, non sembrano esservi dubbi sulla affermazione che la norma non può confondersi con la disposizione del testo, o documento, normativo che la contiene. Secondo A. PIZZORUSSO, voce *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, 1991, 409 ss., 415, «intendiamo per "disposizioni" le proposizioni normative contenute nei testi che risultano da fonti-atto ed intendiamo per "norme" (in un significato più ristretto di quello comunemente impiegato) le regole elaborate dai giudici o da altri operatori del diritto in vista della loro applicazione ad una fattispecie concreta sulla base dell'interpretazione delle disposizioni contenute negli atti normativi oppure dell'accertamento dei fatti normativi corrispondenti ad una delle fonti-fatto». Come spiega con grande chiarezza A.M. SANDULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, vol. VII, 1961, 524 ss., 526, «le norme [...] vivono, in seno all'ordinamento, di vita propria [...] condizionate, oltre che dalla fonte d'origine, dall'intero sistema normativo – col quale vengono a far corpo –, dall'evoluzione continua che questo subisce – in virtù dell'inserimento in esso di nuove norme e del venir meno di norme vecchie –, dall'interpretazione e dall'applicazione – non uguale e costante, e non sempre conforme allo "spirito" originario – che le singole norme ricevono da parte degli effettivi operatori del diritto. Onde la norma "effettuale" ("vivente") quasi mai è individuabile soltanto attraverso la lettura della "disposizione" (statuizione dell'atto normativo) – e del complesso di "disposizioni" – in cui è inserita, o da cui, per via di deduzione o di induzione, è ricavabile». La norma, invero, si determina dalla interpretazione che danno i vari operatori giuridici del testo enunciato nell'atto. Una sola proposizione normativa può, infatti, originare più norme; e, all'opposto, una sola norma può derivare dalla combinazione ermeneutica di più enunciati espressi in diversi atti. Spiega R. GUASTINI, *Le fonti del diritto* cit., 18-21, che, nonostante «l'uso comune non distingua, conviene tracciare una netta linea di demarcazione tra i testi normativi e il loro contenuto di significato, introducendo una terminologia *ad hoc*. (a) Diremo 'disposizione' ogni enunciato appartenente ad una fonte del diritto. (b) Diremo 'norma' (non la disposizione stessa, ma) il suo contenuto di senso, il suo significato, che è una variabile dipendente dell'*interpretazione*. In questo senso, la disposizione costituisce l'oggetto dell'attività interpretativa, la norma il suo risultato». Quanto si è appena sostenuto rende chiara, da un canto, la identità, o comunque il nesso strettissimo, fra atto e disposizione, e, d'altro canto, (proprio per ciò) la distinzione fra norma e atto normativo (la disposizione – cioè il testo – è l'atto normativo, dal quale, in via ermeneutica, si evince la norma), che è pari, con una metafora, alla differenza che passa fra contenuto e contenitore. Con la precisazione, non superflua, che – come si è appena chiarito – il contenuto, la *norma*, non corrisponde necessariamente ad un solo contenitore, l'*atto normativo*, ben potendo 'giacere' in più contenitori dai quali in via esegetica vanno 'estratte', per così dire, le varie parti, i diversi frammenti di cui si compone.

⁷ La definizione della 'giuridicità' (che sul piano teoretico presenta connotazioni variabili e perciò insicure) appare meno incerta sul piano del diritto positivo, qui ancorandosi al dato della corrispondenza dell'atto contenente la norma ai requisiti formali stabiliti dalle norme sulla produzione vigenti in un determinato ordinamento positivo. Siffatta corrispondenza, invero, è, sì, soggiacente ad interpretazione, ma non appare facilmente opinabile.

ad un tempo, essere *norma* (e quindi deve avere vocazione e capacità di regolazione della vita associata) ed essere *giuridica* (e quindi deve esser stata generata secondo la disciplina sulla produzione delle norme formalmente prescritta in un dato ordinamento), a prescindere dal suo contenuto (che sia ‘tecnico’, o no, è irrilevante): solo in presenza di entrambe le circostanze ad essa potrà e dovrà applicarsi il particolare regime giuridico proprio dell’atto normativo⁸.

⁸ Senonché, come viene generalmente riconosciuto, non sempre i criteri ‘formali’ sono in grado di risolvere con certezza la identificazione della norma giuridica. Soccorro, in questi casi, i criteri ccdd. ‘sostanziali’, che consentono, se opportunamente utilizzati, di completare la operazione, colmando le inevitabili lacune dei criteri formali. A questo riguardo V. CRISAFULLI, voce *Atto XIX*. – *Atto normativo* cit., 254, afferma: «Ad un certo punto, dunque, sembra imporsi necessariamente l’esigenza di ricercare, oltre e al di là del nome e delle forme, il criterio o il complesso dei criteri *sostanziali*, che determinano, nel sistema vigente, l’inclusione tra le fonti di certi atti normativi, a differenza di altri» (corsivo di chi scrive). Pertanto, pare potersi concludere che sia da considerare norma giuridica ogni enunciato giuridicamente rilevante volto a disciplinare la vita associata, anche a prescindere dalla veste formale che esso di volta in volta assuma. Naturalmente – come è chiaro – l’uso dei criteri sostanziali non può che essere, sul piano dommatico, integrativo rispetto a quello dei criteri formali. Sicché, se ne deve derivare che possa ben darsi che un enunciato (di contenuto) non normativo costituisca, in un dato ordinamento, norma giuridica semplicemente perché racchiuso in un atto che sia stato emanato dal soggetto e abbia seguito la procedura positivamente previsti, l’uno e l’altra, dalle vigenti norme sulla produzione. Ciò non pertanto, si deve escludere che possa verificarsi il caso opposto: non pare cioè condivisibile che un enunciato (di contenuto) normativo, racchiuso in un atto emanato dal soggetto a ciò deputato dall’ordinamento vigente, non sia da ritenersi norma soltanto perché non ha seguito la procedura all’uopo prevista dalle vigenti fonti sulla produzione. In altri termini, se è vero che un atto sostanzialmente provvedimentale (e dunque dal contenuto inequivocabilmente non normativo), emanato secondo le regole formali sulla produzione giuridica positivamente vigenti, sia, per ciò solo, fonte del diritto oggettivo; non è altrettanto vero il contrario, e cioè che un atto sostanzialmente normativo non sia fonte del diritto soltanto perché non ha seguito la procedura della normazione sulla produzione giuridica, o perché questa è assente, ovvero perché essa è stata arbitrariamente elusa. Ci si può provare ad esprimere ancor più chiaramente, con l’ausilio di una esemplificazione particolarmente significativa. Mentre una *legge-provvedimento* è fonte del diritto anche a dispetto del suo contenuto provvedimentale, perché la presenza di quello che potrebbe dirsi l’‘involucro’ formale assorbe ogni dubbio sulla normatività. Di contro, un *atto amministrativo generale* può ben esser fonte del diritto anche se non indossa le vesti formali (del regolamento, o in genere) dell’atto normativo secondario, perché l’assenza dell’involucro formale non appare decisiva per escludere la natura di fonte, questa risiedendo nella sua vocazione e capacità regolativa della convivenza. Insomma, se il dato formale è risolutivo in positivo, non sembra affatto esserlo in negativo, qui rilevando decisamente il dato sostanziale, indispensabile – sempre che si voglia corrispondere alle due istanze, *democratica* e *garantistica*, (non solo qui) considerate imprescindibili, della legalità – ad integrare, a colmare il ‘vuoto’ che si registra nell’utilizzare quello formale. Sembra quindi si possa ragionevolmente concludere che, nell’ordinamento italiano,

D'altro canto – come è stato autorevolmente chiarito –, «non vi può essere norma giuridica se non nell'ambito e all'interno di un sistema normativo [...]. La teoria della norma cede quindi il passo alla teoria degli ordinamenti giuridici e, al tempo stesso, alla dogmatica del singolo ordinamento positivo»⁹.

Richiamata in estrema sintesi la nozione di norma giuridica – che comunque rinvia alla disamina del singolo ordinamento cui essa faccia capo (vi si tornerà subito a seguire, nel § 2.1) –, occorre ora interrogarsi in merito a due questioni, sulle quali appare indispensabile brevemente indugiare: *a*) se le regole del 'gioco' sportivo siano norme giuridiche; *b*) in che modo vada 'inquadrato' l'ordinamento giuridico sportivo e come le sue norme si relazionino con quelle dell'ordinamento generale di riferimento.

Quanto alla prima questione (*se le regole del 'gioco' sportivo siano norme giuridiche*), secondo una risalente, autorevolissima, dottrina, non è

è fonte del diritto obiettivo qualsiasi atto che, secondo le vigenti norme sulla produzione normativa, generi norme giuridiche (enunciati giuridici prescrittivi contraddistinti dalla *vocazione e capacità di regolazione della convivenza*: peraltro, se è vero che un atto normativo è sicuramente tale quando sussiste il suo formale riconoscimento da parte dell'ordinamento, è vero altresì che, mancando o essendo lacunoso tale formale riconoscimento, ciò non può essere causa di sicura esclusione dell'appartenenza di un atto alla categoria degli atti normativi: in tali casi, infatti, è necessario ricorrere ai criteri sostanziali, e dunque verificare che l'atto presenti in concreto, sempre e comunque, l'*oggetto*, il *contenuto* e la *finalità* tipici della norma giuridica (così esprimendo la *vocazione e capacità di regolazione della convivenza*).

⁹ Così F. MODUGNO, voce *Norma giuridica I. – Norma*: a) *Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, 1978, 328 ss., 388. Nel richiamare ovviamente S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1977 (ma 1945, e in realtà 1917-1918), è il caso di ricordare – con le parole di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano 1988, vol. 1, 97 –, che per *ordinamento giuridico* si intende un «gruppo organizzato ed effettivamente produttore di norme giuridiche», ovvero un «gruppo di soggetti, che per interessi comuni si organizza, conferendo ad un'autorità dei poteri, e dandosi delle norme che hanno un'effettiva vigenza. Le componenti primarie dell'ordinamento sono quindi la *plurisoggettività* (complesso dei componenti il gruppo), l'*organizzazione* e la *normazione*» (corsivi di chi scrive). L'A., in *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1958, 219 ss., precisa che normazione ed organizzazione sono «elementi formali dell'ordinamento», mentre la plurisoggettività è «elemento sostanziale», e conclude: «se normazione e organizzazione si pongono come elementi caratterizzatori dell'ordinamento, in ogni ordinamento devono esistere necessariamente i seguenti nessi strutturali: una normazione sulla plurisoggettività, una normazione sulla normazione, una normazione sull'organizzazione, e, insieme, un'organizzazione della plurisoggettività, un'organizzazione della normazione e un'organizzazione dell'organizzazione» (240). Si v. anche le due voci di F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, 1980, 639 ss.; e *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIV, 1985, 1 ss.

possibile che «vi siano fenomeni della vita economica sottratti al governo del diritto»: la «categoria del giuoco», invero, «rientra» in «quella dell'economia», dacché «ogni specie di giuoco [...] fa parte dell'economia»: «per sostenere che sfugga al diritto, si dovrebbe fare del giuoco una categoria morale»¹⁰.

Del resto, «senza una regola i due avversari non si potrebbero misurare»¹¹. E infatti, «tanto poco il giuoco è estraneo al diritto che ha bisogno d'essere regolato». Tuttavia – s'interroga retoricamente l'illustrissimo A. – «si tratta di vedere *come* c'entra il diritto. Le regole del giuoco essendo regole tecniche e non giuridiche, come s'impongono ai giuocatori?»; e così risponde: «in tanto i giuocatori ne sono vincolati in quanto le abbiano accettate»; in altre parole, «è necessario un *accordo tra le parti*»¹², sottolineando che «nessun giurista può negare [...] che alla base del giuoco stia un accordo tra i giuocatori diretto a imporsi reciprocamente le regole tecniche, senza l'osservanza delle quali non si può giuocare»¹³.

Senonché – a parte il rilievo, cui si è già fatto cenno, secondo cui le regole tecniche possono essere sia giuridiche sia non giuridiche (ciò dipendendo dal fatto che siano, o meno, formalmente parte di un ordinamento giuridico) –, alla luce della evoluzione socio-economica degli ultimi lustri, oggi sembra non più possibile collocare la giuridicità dello sport, del gioco sportivo, nell'alveo esclusivo del diritto civile (e nella prospettiva funzionale di questo).

Troppi elementi, invero, paiono deporre per considerare il fenomeno, nei suoi tratti generali, come sempre più attinto nella prospettiva del diritto pubblico. Ciò non vuol dire, naturalmente, che non vi siano rimarchevoli, notevolissimi, profili di rilevanza giuridica civilistica (i contratti dei calciatori, quelli di sponsorizzazione, i diritti d'immagine, ecc.). E, ovviamente, nemmeno che le norme giuridiche disciplinanti il gioco sportivo siano poste per la cura diretta di interessi pubblici. Tuttavia, nel suo complesso, il fenomeno sembra obiettivamente iscriversi nell'ambito del diritto pubblico, essendosi progressivamente ed inesorabilmente trasformato in maniera significativa, per attendere oggi alla cura di rilevanti interessi sociali ed economici formalmente codificati dalla legge quali interessi pubblici (la tutela dei consumatori, la tutela della concorrenza, il corretto andamento della Borsa, ecc.). Ciò sembra deporre nel senso di

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo* cit., 20-21.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo* cit., 24.

¹² F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo* cit., loco ult. cit.

¹³ F. CARNELUTTI, *Figura giuridica dell'arbitro sportivo* cit., 24-25.

non infondatamente ritenere che rappresenti una vera e propria ipocrisia formalistica individuare la genesi giuridica della norma tecnica (sportiva) nella sua ‘accettazione’ da parte dei giocatori, in un «accordo tra le parti».

2.1. Il complesso e ‘tormentato’ rapporto fra ordinamento generale e ordinamento sportivo

Ed è qui che si apre, in tutta la sua gravidanza, la seconda questione poc’anzi richiamata (*in che modo vada ‘inquadrate’ l’ordinamento giuridico sportivo e come le sue norme si relazionino con quelle dell’ordinamento generale di riferimento*), la questione, cioè – risalente e mai definitivamente risolta –, del rapporto fra ordinamento generale e ordinamento sportivo¹⁴, i quali – è difficile dubitarne – stanno fra loro come nella rela-

¹⁴ Fra gli ordinamenti particolari, alcuni sono costituiti da «gruppi di interessi privati, i quali si danno delle normazioni che, pur non essendo sempre in contrasto con quella generale, possono però da questa prescindere: donde il fenomeno del *diritto dei privati*», così M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., 99 (corsivo di chi scrive). La locuzione ‘diritto dei privati’ risale – come è noto – allo studio di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963 (ma la prima edizione è del 1929); si v. anche ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano 1942 (in cui sono raccolti numerosi scritti, fra i quali, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, 85 ss.; *Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori delle gare*, 117 ss.). La letteratura sull’ordinamento sportivo e sui suoi rapporti con l’ordinamento generale è cospicua. Si v., fra gli altri: R. CAPRIOLI, *L’autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli 1997; L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano 2010; S. CASSESE, *Sulla natura giuridica delle Federazioni sportive e sull’applicazione ad esse della disciplina del “parastato”*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1979, 117 ss.; M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1996, 393 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Dei limiti all’autonomia dell’ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 33 ss.; M. COLUCCI (a cura di), *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli 2004; L. FERRARA, *Ancora sugli ordinamenti di settore e su quello sportivo in particolare*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli 2019, 215 ss.; ID., *La cosiddetta autonomia sportiva*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. 2, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, 2019, 225 ss.; ID., *Il contenzioso sportivo tra situazioni giuridiche soggettive e principi del diritto processuale*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2009, 1591 ss.; ID., *Le controversie nello sport tra situazioni soggettive e principi del diritto processuale*, in R. LOMBARDI, S. RIZZIELLO, F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Ordinamento sportivo e calcio professionistico: tra diritto ed economia*, Milano 2009, 77 ss.; ID., voce *Giustizia sportiva*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, 2010, 491 ss.; ID., *Sport e diritto: ovvero degli incerti confini tra Stato e società (a proposito di due contributi di Goisis e di Manfredi)*, in *Dir. Sport.*, 2008, 617 ss.; ID., *Il rito in materia sportiva tra presupposti problematici e caratteristiche specifiche*, in *Dir. Sport.*, 2008, 7 ss.; ID., *L’ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. Pub.*, 2007, 1 ss.; L. FERRARA e F. ORSO, *Il Codice di giustizia del CONI tra omogeneizzazione procedurale e autonomia federale*, in *Riv. Dir. Sport.*, 2015,

zione fra un soggetto *sovrano* ed un soggetto *autonomo*. Ciò significa che essi non sono l'uno gerarchicamente *sovraordinato* all'altro, ma nemmeno l'uno *indipendente* dall'altro.

Come recita l'art. 1, co. 2, L. 17/10/2003, n. 280, infatti, «I rapporti tra l'*ordinamento sportivo* e l'*ordinamento della Repubblica* sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'*ordinamento giuridico della Repubblica* di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'*ordinamento sportivo*»¹⁵. In altre parole, l'*ordinamento particolare*

fasc. I, 5 ss.; F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIV, 1999, 467 ss.; R. FRASCAROLI, voce *Sport*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, 513 ss.; M.S. GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1996, 671 ss.; ID., *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1949, 10 ss. (e anche in AA.VV., *Saggi di diritto sportivo*, Milano 1999, 5 ss.); ID., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano 1942, 85 ss.; ID., *Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori delle gare*, *ivi*, 117 ss.; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007; G. GUARINO, *Lo sport quale "formazione sociale" di carattere sopranazionale*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano 1996, 347 ss.; G. LIOTTA, L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano 2016; G. MANFREDI, *La giuridificazione dello sport*, in *Giur. It.*, 2016, 485 ss.; ID., *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Dir. Amm.*, 2012, 299 ss.; ID., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. Cost.*, 2011, 688 ss.; ID., *Associazioni di tifosi sportivi e interessi legittimi*, in *Giustamm.it*, 2010; ID., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle norme emanate dagli organismi sportivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 615 ss.; ID., *Norme sportive e principio pluralistico*, in *Dir. Sport*, 2008, 25 ss.; ID., *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino 2007; ID., *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2006, 2971 ss.; A. MANZELLA, *La giustizia sportiva nel pluralismo delle autonomie*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1993, 1 ss.; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1993, 327 ss.; G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm.*, 1993, 303 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano 2007; G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 5678 ss.; ID., *La riforma del C.O.N.I. e delle federazioni sportive*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, 113 ss.; ID., *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul d. leg. 23 luglio 1999 n. 242, di riordino del CONI*, in *Riv. Dir. Sport.*, 1999, 617 ss.; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, in *Riv. Pen. Econ.*, 1990, 230 ss.; M. SANINO, *Giustizia sportiva*, Padova 2016; ID., voce *Sport*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXX, 1993; L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Dir. e Soc.*, 1991, 141 ss.; ID., *Spunti di riflessione su CONI, ordinamento sportivo e rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamenti a fini generali*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 61 ss.; C. VENDITTI, *L'ordinamento sportivo nel quadro dei principi dell'ordinamento giuridico generale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Campionato di calcio e Stato di diritto cit.*, 45 ss.; G. VIDIRI, *Natura giuridica e potere regolamentare delle federazioni sportive nazionali*, in *Foro It.*, 1994, pt. I, 136 ss.; ID., *Le federazioni sportive nazionali tra vecchia e nuova disciplina*, in *Foro It.*, 2000, pt. I, 479 ss.

¹⁵ Il corsivo è di chi scrive.

si vede riconosciuta autonomia nella regolazione e nella gestione del suo oggetto, il quale viene dall'ordinamento generale considerato come caratterizzante, peculiare e proprio dell'altro. Il che implica, sì, una sorta di vera e propria 'signoria' dell'ordinamento particolare su quell'oggetto; ma non fino al punto – è difficilmente revocabile in dubbio – di poter rivendicare piena indipendenza, o sovranità (*id est* 'capacità di decidere in ultima istanza').

Ed invero, l'autonomia (persino laddove si declini nella più intensa forma dell'autonomia di indirizzo politico-amministrativo¹⁶) incontra almeno due limiti. Il primo sta nel fatto che non è consentito all'ordinamento autonomo di violare i principi fondamentali dell'ordinamento generale nel cui seno si colloca. E se l'ordinamento generale di riferimento è costituzionalmente caratterizzato quale uno Stato di diritto democratico, sembra doversi escludere che l'ordinamento particolare che vi fa capo possa regolare e gestire l'oggetto suo proprio in maniera tale da violare apertamente i principi di legalità, di separazione dei poteri e di garanzia della terzietà della giurisdizione¹⁷.

¹⁶ Quella, per intendersi, tipica degli enti territoriali, democraticamente esponenziali delle comunità stanziate sul loro territorio, che, secondo l'impianto della Costituzione italiana, ben possono definirsi quali co-detentori, in quota parte, della sovranità nazionale. Sull'autonomia si v., per tutti, M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1951, 851 ss.

¹⁷ Insomma, è vero che i diversi soggetti dell'ordinamento sportivo sono, per gran parte, soggetti con personalità giuridica di diritto privato (e persino soggetti giuridici non riconosciuti), per l'attività dei quali non si può certo pretendere la piena applicazione dei menzionati principi; ma lo sono anche i sindacati ed i partiti politici, per l'assetto organizzativo dei quali la Costituzione prescrive la democraticità (rispettivamente agli artt. 39 e 49), evidentemente in ragione della rilevanza sociale ed istituzionale degli interessi coinvolti dalla loro azione. Non è pensabile, pertanto, che l'autonomia possa spingersi fino al punto: di superare la previa e democratica fissazione delle regole; di rinunciare alla distinzione fra regolazione, amministrazione e giurisdizione; di non garantire che la violazione delle regole sia giustiziabile dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale. Com'è noto, infatti, lo Stato di diritto si fonda, oltre che su quello di legalità, anche su altri principi, primo fra tutti quello della tripartizione/separazione dei poteri, che postula un sistema di controlli e bilanciamenti reciproci fra questi, ed una serie di istituti di garanzia volti a 'contenere' il rischio che il potere, il quale pur gode della legittimazione popolare mediante elezioni dirette, sfoci in arbitrio, abusando della investitura democratica. Come spiega A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, 1989, 7, le caratteristiche dello Stato di diritto sono: «a) il principio di legalità (supremazia e riserva di legge), come garanzia delle libertà individuali (libertà-proprietà) e, allo stesso tempo, come espressione immediata del principio di maggioranza (sovranità popolare o parlamentare); b) la regola della divisione dei poteri e del reciproco controllo-bilanciamento (*checks and balances*) fra le distinte branche del potere pubblico; c) l'indipendenza dei giudici e la garanzia giurisdizionale dei diritti (anche contro i comportamenti illegittimi

Il secondo limite sembra risiedere in ciò: che laddove regolazione e gestione dell'oggetto proprio dell'ordinamento particolare, per evenienze specifiche, si trovino ad intersecare oggetti nella cura dell'ordinamento generale, esse non possono che 'indietreggiare' dinanzi alle norme ed ai provvedimenti emanati nell'ambito del secondo. È, ad esempio, il caso – di recente verificatosi con notevole eco e vistosa risonanza mediatiche – della salute pubblica: non sembra ammissibile che, per dover prestare osservanza a norme (contingenti e 'pattizie') dell'ordinamento sportivo (finalizzate a preservare un pur consistente interesse economico generale), soggetti appartenenti a quest'ultimo vengano costretti (o comunque almeno fortemente indotti) a disattendere, a non ottemperare ad un provvedimento restrittivo imperativamente assunto dall'autorità sanitaria, così incorrendo nella violazione di una norma penale (l'art. 650 C.P.¹⁸)¹⁹.

Sul punto l'art. 2, co. 1, L. 280/2003, stabilisce che «è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i com-

del potere pubblico) come corollario fondamentale del sopra menzionato principio di legalità. Nel loro nucleo essenziale questi principi [...] sono ovviamente tuttora validi [...]. Nondimeno [...] essi hanno subito un significativo mutamento di senso».

¹⁸ Non è inutile ricordare che l'art. 650 C.P. (rubricato «*Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*») così dispone: «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda, fino a euro 206». È superfluo precisare che per «provvedimento legalmente dato dall'autorità» deve intendersi qualsiasi atto emanato da un soggetto pubblico, funzionalizzato alla cura di un interesse pubblico, capace, per la sua autoritatività/imperatività, di incidere unilateralmente sulla sfera soggettiva del destinatario. Il principio è ripreso da altre specifiche disposizioni di legge. L'art. 180 del *Codice dei beni culturali* (rubricato «*Inosservanza dei provvedimenti amministrativi*»), ad esempio, così recita: «Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque non ottempera ad un ordine impartito dall'autorità preposta alla tutela dei beni culturali in conformità del presente titolo è punito con le pene previste dall'Articolo 650 del codice penale».

¹⁹ Per spiegare meglio l'assunto, si può proporre un ulteriore esempio, evidentemente paradossale ed assurdo, ma forse, proprio perciò, ancor più efficace: sarebbe concepibile che le regole disciplinanti la competizione di uno sport da contatto, fissate dal normatore dell'ordinamento particolare, contemplassero la possibilità che uno scontro di gioco generi l'uccisione del giocatore avversario? Non v'è chi non veda che l'autonomia dell'ordinamento particolare debba, in simili circostanze, arrestarsi, le sue norme giuridiche non potendo avere un contenuto contrario a quello di una norma dell'ordinamento generale.

portamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive».

Essendo la disposizione introdotta dalla locuzione «In applicazione dei principi di cui all'articolo 1», sembra difficile non considerare siffatta riserva come la essenziale 'traduzione' dei principi informativi della legge proclamati dall'art. 1: per un verso, il riconoscimento, da parte della Repubblica, dell'«autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale» (beninteso: «quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale»²⁰); per l'altro, il «principio di autonomia», formalmente definito come la «base» della regolazione dei rapporti fra i due ordinamenti.

Resta il fatto, però, che l'art. 1 fa «salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo». Si tratta allora di capire come debba essere intesa questa clausola di salvezza. In particolare, occorre chiarire come vadano identificati i «casi di rilevanza» in parola²¹.

²⁰ Non è inutile rammentare la significativa anomalia di questo meccanismo: una organizzazione sovranazionale scollegata dalle istituzioni riconosciute dal diritto internazionale, infatti, è in grado di esercitare improprie pressioni sul legislatore sovrano di uno Stato. È recente la vera e propria 'minaccia' del Presidente del C.I.O., Thomas Bach, il quale – contestando la riforma della legge delega sullo sport, avviata dal Governo italiano ed allora *in itinere* (essendo già stata creata una società sotto il controllo ministeriale in luogo di Coni Servizi S.p.a. nel 2019), con la cui approvazione il Coni risulterebbe non più «conforme alla Carta Olimpica» –, rasentando il limite del 'ricatto', avverte del «rischio impattante sulla preparazione degli atleti olimpici dell'Italia per le Olimpiadi di Tokyo: questo può significare meno chance di medaglie per l'Italia» (si v. S. VIVALDI, *Il Cio minaccia l'Italia: «Legge sport da rifare o addio Giochi»*, in *calcioefinanza.it*, 28/9/2020).

²¹ Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha avuto più volte modo di esprimersi. Si v., fra le altre, T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, 15/03/2017, n. 3536, nella quale il G.A., allo scopo «di accertare se la controversia in esame rientri tra quelle riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo», richiama «l'art. 2, comma 1, lett. b), e comma 2, del d.l. 19.8.2003, n. 220, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.10.2003, n. 280», e ricorda che «Il fondamento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo può essere rinvenuto nelle norme costituzionali di cui all'art. 18 Cost., concernente la tutela della libertà associativa, ed all'art. 2 Cost., relativo al riconoscimento dei diritti inviolabili delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità del singolo. Sulla base di tali norme costituzionali, i soggetti, al momento della loro affiliazione e tesseramento, accettano la clausola compromissoria contenuta nello Statuto federale». Subito a seguire il G.A. precisa: «Senonché la norma di cui al menzionato art. 2 del d.l. n. 220/2003 va letta in combinato disposto con quella di cui all'art. 1, comma 2, del medesimo d.l.», chiarendo che «Si è, perciò, posto il problema di individuare i casi in cui situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo avessero anche rilevanza per l'ordinamento statale. La giurisprudenza li ha rinvenuti ogniqualevolta fossero implicati interessi economici, come nel caso di sanzioni determinanti aventi appunto riflessi di tipo economico, ipotesi ricorrente

A questo scopo, l'interpretazione sistematica del testo normativo richiede l'esegesi del successivo art. 3, il cui co. 1 dispone che «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, *ogni altra controversia* avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive *non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo* ai sensi dell'articolo 2, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (i corsivi sono di chi scrive).

Il testo si presenta obiettivamente poco lineare e non privo di incertezze. Sembrano essere almeno due le possibili strade ermeneutiche.

Da un canto, si può ben ritenere che il Legislatore abbia inteso sottrarre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (d'ora in poi G.A.) le materie che, al co. 1 dell'art. 2, esso stesso ha scelto di riservare all'ordinamento sportivo («l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni», da un lato, e «i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive», dall'altro)²². La locuzione «ogni *altra* controversia» sarebbe così equivalente alla locuzione 'ogni altra materia', e dunque il lemma 'controversia' andrebbe considerato come sinonimico del lemma 'materia'. Epperò, che si tratti di materie è esplicitato dal co. 2 dell'art. 2, ove si afferma inequivocabilmente che «Nelle *materie* di cui al comma 1, le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire [...] gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo» (corsivo di chi scri-

nel caso in esame», e concludendo che, «secondo l'interpretazione condivisa dalla Corte Costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 220/2003, laddove il provvedimento adottato dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. abbia incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, la domanda volta ad ottenere, non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, va proposta al Giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando una riserva a favore della giustizia sportiva, innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere (Corte cost., 11.2.2011, n. 49; Cons. Stato, VI, 25.11.2008, n. 5782; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 9.3.2016, n. 3055; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 10.11.2016, n. 11146); a tal fine il Giudice amministrativo può incidentalmente pronunciarsi sui provvedimenti di giustizia sportiva, senza annullarli, ma eventualmente dichiarandone l'illegittimità *incidenter tantum*, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1), e lett. z), c.p.a.».

²² Il co. 1 – non va sottovalutato – così prosegue: «In ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle *clausole compromissorie* previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui all'articolo 2, comma 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all'articolo 4 della legge 23 marzo 1981, n. 91» (corsivo di chi scrive).

ve): sull'osservanza e applicazione delle norme sportive e sulle sanzioni disciplinari sportive, dunque, la giurisdizione è riservata al giudice sportivo (d'ora in poi G.S.)²³.

Seguendo questa interpretazione, peraltro, resterebbe difficilmente

²³ Secondo T.A.R. Lazio-Roma, sez. I ter, 6/6/2017, n. 6624: «il giudice dell'ordinamento sportivo non ha il potere di sindacare la legittimità delle norme dell'ordinamento, del quale fanno parte, essendo anzi il suo compito quello di applicare e di fare rispettare le norme dell'ordinamento sportivo. Tali norme vanno impugnate direttamente innanzi al giudice statale – giudice amministrativo, che ha invece il potere di sindacarne la legittimità, in quanto soltanto detto giudice può annullare gli atti regolamentari degli ordinamenti settoriali, in genere, e dell'ordinamento settoriale sportivo, in particolare, avendo essi il carattere, per quanto riguarda il livello normativo, di fonte regolamentare e, per quanto riguarda la natura giuridica, di atto amministrativo. Per quanto concerne il profilo soggettivo, deve evidenziarsi che la pregiudiziale sportiva non può che riguardare i soggetti sottoposti alle regole dell'ordinamento sportivo. Il fondamento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo o comunque della sua preferenza, quando non vi sia una vera e propria riserva in suo favore, può essere rinvenuto nelle norme costituzionali di cui all'art. 18 Cost., concernente la tutela della libertà associativa, ed all'art. 2 Cost., relativo al riconoscimento dei diritti inviolabili delle formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità del singolo. Sulla base di tali norme costituzionali, i soggetti, al momento della loro affiliazione e tesseramento, accettano la clausola compromissoria contenuta nello Statuto». D'altronde, nel richiamare Corte cost. 49/2011, T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, 14/10/2016, n. 10308, afferma che «La giustizia sportiva costituisce [...] l'unico strumento di tutela per le ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive e tecniche, ovvero delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni». Il G.A. riprende il ragionamento e le parole della Corte, secondo la quale «non può, “in questi casi, in cui, per la tutela della situazione di cui si lamenta la violazione, è escluso un intervento della giurisdizione statale, invocarsi la violazione dell'art. 24 Cost., dato che è proprio la situazione che si pretende lesa che non assume la consistenza del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo”. La sentenza ha citato, in proposito, due precedenti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la prima antecedente alla legge in esame (sentenza n. 4399 del 1989) e la seconda successiva alla sua entrata in vigore (sentenza n. 5775 del 2004); in quest'ultima, in particolare, si è affermato che tali questioni “non hanno rilevanza nell'ordinamento giuridico generale e le decisioni adottate in base alle regole promananti dall'associazionismo sportivo sono collocate in un'area di non rilevanza per l'ordinamento statale, senza che possano essere considerate come espressione di potestà pubbliche ed essere considerate alla stregua di decisioni amministrative. La generale irrilevanza per l'ordinamento statale di tali norme e della loro violazione conduce all'assenza della tutela giurisdizionale statale”. In linea con tale interpretazione deve quindi concludersi che anche la domanda risarcitoria, ove collegata alla violazione delle regole tecniche, esula dalla giurisdizione amministrativa in quanto afferente la lesione di posizioni soggettive non qualificabili come diritto soggettivo o interesse legittimo. In ogni caso, poi, secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza in materia, anche per le controversie risarcitorie opera il c.d. vincolo della giustizia sportiva, con la conseguenza che le stesse possono essere instaurate solo una volta “esauriti i gradi della giustizia sportiva”, così come prevede l'art. 3 (Consiglio di Stato, sent. n. 3002/2013)».

spiegabile il significato della frase «Esauriti i gradi della giustizia sportiva» che introduce il dettato normativo, giacché appare arduo negare che con la frase ci si riferisca al fatto che, per poter adire il G.A., debbano essersi già svolti, sulla controversia di cui trattasi, i tre gradi di giudizio contemplati dall'ordinamento sportivo. Insomma, il G.A. è il possibile destinatario di un ricorso avverso l'esito conclusivo dei tre gradi di giudizio sportivo, e le contese risolte nel seno di quest'ultimo non possono che aver avuto ad oggetto una materia «riservata all'ordinamento sportivo» (art. 2, co. 1).

D'altro canto, non pare del tutto peregrino opinare diversamente, assumendo che con la locuzione «ogni *altra* controversia» il Legislatore abbia inteso riferirsi – non già alle materie di cui all'art. 2, bensì – alle controversie, appunto, che eventualmente residuino all'esito dei tre gradi di giudizio sportivo. Seguendo questa seconda interpretazione, per un verso non si sarebbe costretti alla forzatura esegetica consistente nel considerare 'controversia'²⁴ come sinonimo di 'materia'²⁵, e, per l'altro, si spiegherebbe facilmente il significato della frase «Esauriti i gradi della giustizia sportiva»²⁶.

Come è noto, la Corte costituzionale ha, almeno in parte, assunto la prima interpretazione del testo della legge. Con la sent. 25/6/2019, n. 160, invero, la Consulta ha confermato la possibilità di rivolgersi al G.A. dopo i tre gradi di giudizio sportivo. Tuttavia, ha ritenuto che la tutela giurisdizionale amministrativa contro le sanzioni sportive debba limitarsi al solo risarcimento del danno, essendo precluso al G.A. il loro annullamento, la tutela caducatoria dovendo considerarsi riservata al solo G.S.²⁷.

²⁴ Secondo il *Vocabolario on line Treccani*, per *controversia* s'intende una «questione su cui verte la discussione delle parti contendenti in una lite giudiziaria». Del resto, all'esito di qualsiasi processo per la parte soccombente residua sempre una parte della controversia. A maggior ragione laddove tale parte non è 'controvertibile' in sede di giustizia sportiva.

²⁵ Sempre secondo il *Vocabolario on line Treccani*, per *materia* s'intende un «argomento da trattare», oppure una «disciplina di studi o d'insegnamento».

²⁶ Non sembra inutile ricordare che – con le parole di Cons. Stato, Sez. VI, 19/6/2006, n. 3559 – «l'art. 2 della legge n. 280 del 2003 ha previsto che gli atti delle federazioni sportive possano essere impugnati in sede giurisdizionale solo dopo la preventiva impugnazione – quale condizione di procedibilità – innanzi alla camera arbitrale (la cui decisione ha natura di atto amministrativo e non di lodo arbitrale: Sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 527; Sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025). Tale regola – basata sull'esigenza di contemperare i principi sulla tutela giurisdizionale con quelli sull'autonomia dell'ordinamento sportivo – ha carattere generale, nel senso che riguarda anche le norme che disciplinano le conseguenze della mancata iscrizione di una società al campionato».

²⁷ Con la sent. 160/2019, la Consulta si è pronunciata in ordine ai rapporti tra giustizia sportiva e giurisdizione e, ribadendo quanto già affermato con la sent. 11/2/2011,

Secondo la Corte – che con la sent. 160/2019 ha confermato quanto già asserito con la sent. 49/2011²⁸, richiamandone le parole –, il Legislatore avrebbe scelto di escludere, «di regola», il potere di annullamento del G.A.²⁹, e tale scelta deriva dal «non irragionevole bilanciamento [...] fra il menzionato principio costituzionale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e le esigenze di salvaguardia dell'autonomia dell'ordi-

n. 49, ha dichiarato infondate alcune questioni di legittimità costituzionale che avevano investito l'art. 2, commi 1, lett. b), e 2, del D.L. n. 220/2003 (recante «*Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva*»). Le questioni erano state sollevate nell'ambito di una controversia in cui un dirigente sportivo della Federazione italiana giuoco calcio (F.I.G.C.) si era rivolto al T.A.R. Lazio, chiedendo l'annullamento del provvedimento disciplinare della sospensione per tre anni adottato dal G.S., nonché per ottenere il risarcimento del danno subito. Dopo aver sospeso il provvedimento, il giudice rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, avanzando dubbi anche sulla interpretazione fornita dalla sentenza della Corte 49/2011, con cui, pur riconoscendo la possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo per il risarcimento del danno, era stata esclusa la estensione della tutela giurisdizionale all'annullamento del provvedimento disciplinare. Nelle more della pubblicazione di questo studio l'orientamento è stato ribadito anche da Cass. SS.UU., ord. 23/2/2021, n. 4851.

²⁸ Con riferimento alla sent. 49/2011, Cons. Stato, Sez. VI, 20/6/2013, n. 3368, si era così espresso: «La sentenza costituzionale – nel dichiarare non fondata la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. b) e, in parte *qua*, comma 2, d.-l. 19 agosto 2003 n. 220, nella parte in cui riserva al solo giudice sportivo la decisione di controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari, diverse da quelle tecniche, inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sottraendole al sindacato del giudice amministrativo – ha posto in rilievo che la mancata praticabilità della tutela impugnatoria non toglie che le situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo siano adeguatamente tutelabili innanzi al giudice amministrativo mediante la tutela risarcitoria. Nel condividere l'impostazione ricostruttiva elaborata da Cons. Stato, VI, 25 novembre 2008, n. 5782, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 1 d.-l. n. 220 del 2003 va correttamente inteso nel senso che – laddove il provvedimento adottato dalle Federazioni sportive o dal C.O.N.I. incida anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico generale – la domanda volta ad ottenere non la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, vada proposta al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, non operando una riserva a favore della giustizia sportiva (innanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere). Il giudice amministrativo può, quindi, conoscere, nonostante quanto compete alla “giustizia sportiva”, delle sanzioni disciplinari inflitte a società, associazioni ed atleti, in via incidentale e indiretta, in occasione della sua pronuncia sulla domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione. La Corte costituzionale in questo contesto ha rilevato che la mancanza di un giudizio di annullamento non comporta la compromissione del principio di effettività della tutela, previsto dall'art. 24 Cost., essendo comunque consentita una diversificata modalità di tutela giurisdizionale».

²⁹ Sul punto si v. E. LUBRANO, *La giurisdizione meramente risarcitoria del giudice amministrativo in materia disciplinare sportiva: la Corte costituzionale (n. 160/2019) “spreca” un'occasione per la riaffermazione dell'effettività e della pienezza della tutela e della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 dicembre 2019.

namento sportivo – che trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 Cost.» (punto 3.2.1 del «Considerato in diritto»). Insomma, pur la legge riconoscendo la possibilità di rivolgersi al G.A., lo si può fare soltanto per domandare il risarcimento del danno, e non anche l'annullamento del provvedimento disciplinare³⁰.

La espressione «di regola» adoperata dal Giudice delle leggi merita di essere attentamente ponderata³¹. Per farlo occorre riflettere, in particolare, sul fatto che la Corte, dapprima, richiama la sua precedente sent.

³⁰ La giurisprudenza amministrativa al riguardo è cospicua. Di recente si v., ad esempio, T.A.R. Lazio-Roma, sez. I ter, 17/6/2019, n. 7838, secondo cui la L. 280/2003 ha «individuato in via residuale, rispetto alla giurisdizione ordinaria sui rapporti patrimoniali e a quella sportiva sulle questioni tecniche aventi rilievo esclusivamente interno – ovvero in relazione a “*l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive*” –, l'ambito di competenza del giudice amministrativo, riguardante “*ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2*”. Anche di recente la giurisprudenza in materia ha ribadito, al riguardo, che “*I principi generali così espressi recepiscono alcuni criteri individuati, nel tempo, da giurisprudenza e dottrina in tema di rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale. In particolare, l'art. 1 d.l. n. 220 del 2003 definisce l'ambito di autonomia del primo: ma, essendo comunque quello sportivo un ordinamento infra-statale, la norma comporta che le sue peculiarità non possono sacrificare le posizioni soggettive rilevanti per l'ordinamento statale, perché inviolabili o comunque meritevoli di tutela rafforzata in quanto non disponibili*” (Cons. St., 24 agosto 2018, n. 5046). La chiave di volta di tale sistema risiede quindi nell'individuazione, o meno, di una situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento statale, a fronte della quale si giustifica ed anzi è indispensabile – pena, in senso contrario, semmai, l'incostituzionalità delle disposizioni in materia – la tutela innanzi all'autorità giurisdizionale».

³¹ La Consulta, a dire il vero, adopera l'espressione in più di un passaggio della sentenza. Lo fa, ad esempio, anche quando afferma che è da «respingere la tesi del giudice a quo secondo cui le federazioni sarebbero sempre organi del CONI, posto che esse agiscono, *di regola*, nella veste di associazioni private, svolgendo funzioni di rilevanza pubblicistica solo quando operano nell'esercizio dei poteri loro conferiti direttamente dalla legge ovvero su delega del CONI, nel quadro di una relazione intersoggettiva non più configurabile in termini di immedesimazione organica, a seguito della riforma introdotta dal decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242 (Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano – C.O.N.I., a norma dell'articolo 11 della L. 15 marzo 1997, n. 59), che ha conferito alle federazioni un'autonoma personalità giuridica»: il Giudice delle leggi, insomma, non esclude che, in talune circostanze, le Federazioni possano esercitare potere amministrativo. E lo fa, ancora, laddove precisa che «L'esclusione della tutela costitutiva non comporta *di regola* conseguenze costituzionalmente inaccettabili nemmeno sul piano della adeguatezza della tutela cautelare, nel senso dell'impossibilità di ottenere la sospensione interinale dell'efficacia degli atti di irrogazione delle sanzioni disciplinari sportive. L'esigenza di protezione provvisoria delle pretese fatte valere in giudizio [...] può trovare invero una risposta nei caratteri di atipicità e ampiezza delle misure cautelari a disposi-

49/2011, che ritiene «idonea a fugare il dubbio, giustificato dal dato letterale della norma censurata, che essa precluda ogni forma di protezione giurisdizionale», nel senso che «il giudice amministrativo può comunque conoscere delle questioni disciplinari che riguardano diritti soggettivi o interessi legittimi, poiché l'esplicita riserva a favore della giustizia sportiva, se esclude il giudizio di annullamento, non intacca tuttavia la facoltà di chi ritenga di essere stato lesa nelle sue posizioni soggettive, ivi comprese quelle di interesse legittimo, di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno. A tali fini non opera infatti la riserva a favore della giustizia sportiva, davanti alla quale del resto la pretesa risarcitoria non potrebbe essere fatta valere» (punto 3.2.2. del «Considerato in diritto»)³².

E poi, subito a seguire, precisa che «Questa scelta interpretativa, costituzionalmente orientata, si fonda su una valutazione di non irragionevolezza del bilanciamento effettuato dal legislatore, che ha escluso “la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente sull'autonomia dell'ordinamento sportivo” [...] e limitato l'intervento stesso alla sola tutela per equivalente di situazioni soggettive coinvolte in questioni nelle quali l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce *di regola* dimensione prioritaria rispetto alla tutela reale in forma specifica, per il rilievo che i profili tecnici e disciplinari hanno nell'ambito del mondo sportivo. Ambito nel quale, invero, le regole proprie delle varie discipline e delle relative competizioni si sono formate autonomamente secondo gli sviluppi propri dei diversi settori e si connotano *normalmente* per un forte grado di specifica tecnicità che va *per quanto possibile* preservato» (corsivi di chi scrive)³³.

zione di tale giudice [...] e nella possibilità che in questo ambito vengano disposte anche ingiunzioni a pagare somme in via provvisoria».

³² La Corte (punto 3.3. del «Considerato in diritto») chiarisce che «Il giudice a quo muove da una lettura non corretta della sentenza n. 49 del 2011, la quale non afferma la “equipollenza” tra le due tutele, ma si limita a escludere che la mancanza di un giudizio di annullamento sia di per sé in contrasto con quanto previsto dall'art. 24 Cost., in quanto la disciplina in discussione riconosce all'interessato, secondo il diritto vivente, “una diversificata modalità di tutela giurisdizionale”. La sentenza prende le mosse dall'espresso presupposto che la forma di tutela per equivalente sia sicuramente diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo, ma giudica il rimedio risarcitorio *di regola* idoneo a garantire un'attitudine riparatoria adeguata (punto 4.5. del Considerato in diritto)» (corsivo di chi scrive). E conclude affermando la «non irragionevolezza dello specifico limite legislativo posto alla tutela delle posizioni soggettive lese, la cui introduzione non deve ritenersi in assoluto preclusa dalle norme costituzionali che garantiscono il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale».

³³ Coerentemente si esprime la giurisprudenza amministrativa. Cons. Stato, Sez. V,

Ora, è vero che la Consulta – pur mancando nel testo della legge

5/2/2019, n. 880, ha chiarito che «Il sistema si chiude con la definizione dell'ambito esclusivo del giudice sportivo di cui all'art. 2 del citato d.l. n. 220 del 2003 [...]. Sul tema dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che *“l'art. 1 d.l. n. 220 del 2003 definisce l'ambito di autonomia del primo: ma, essendo comunque quello sportivo un ordinamento infra-statale, la norma comporta che le sue peculiarità non possono sacrificare le posizioni soggettive rilevanti per l'ordinamento statale, perché inviolabili o comunque meritevoli di tutela rafforzata in quanto non disponibili. Si fonda così la clausola residuale di salvaguardia in favore della giurisdizione esclusiva amministrativa: cui compete, se del caso ed entro determinati limiti, il sindacato sull'operato, che è di rilievo pubblicistico, della giustizia sportiva”* (Cons. Stato, V, 22 giugno 2017, n. 3065). La stessa norma, ancora, *“disciplina il delicato rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo garantendo due diverse esigenze costituzionalmente rilevanti: da un lato, l'autonomia dell'ordinamento sportivo (artt. 2 e 18 Cost.), dall'altro, quella a che non sia intaccata la pienezza della tutela delle situazioni giuridiche soggettive che, sebbene connesse con quell'ordinamento, siano rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica”* (Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2012, n. 302). In altri termini, *la predetta disposizione “ha inteso rispettare l'autonomia dell'ordinamento sportivo”, precisando “che l'autonomia in questione non sussiste allorché siano coinvolte situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica”* (Cons. Stato, n. 302 del 2012, cit.)» (Cons. Stato, VI, 20 novembre 2013, n. 5514)». Ancor più di recente, si v. T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, 22/1/2020, n. 822, secondo cui «Come è stato chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49/2011, e con la recente sentenza n. 160/2019, gli articoli riportati prevedono tre forme di tutela: una limitata ai rapporti di carattere patrimoniale tra le società sportive, le associazioni sportive, gli atleti (e i tesserati), demandata alla cognizione del giudice ordinario; una relativa ad alcune delle questioni aventi ad oggetto le materie di cui all'art. 2, non apprestata da organi dello Stato ma da organismi interni all'ordinamento stesso in cui le norme in questione sono state poste, secondo uno schema proprio della cosiddetta “giustizia associativa”; una terza, tendenzialmente residuale e devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, relativa a tutto ciò che per un verso non concerne i rapporti patrimoniali fra le società, le associazioni sportive, gli atleti (e i tesserati) – demandati al giudice ordinario –, per altro verso non rientra tra le materie che, ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 220 del 2003, sono riservate all'esclusiva cognizione degli organi della giustizia sportiva. Da tale ripartizione si evince che la giustizia sportiva costituisce lo strumento di tutela per le ipotesi in cui si discute dell'applicazione delle regole sportive, mentre quella statale è chiamata a risolvere le controversie che presentano una rilevanza per l'ordinamento generale, concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi (Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2004 n. 5025)». In precedenza, fra le altre, T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 3/12/2009, n. 12409: «Ai sensi del D.L. 19 agosto 2003 n. 220, convertito dalla L. 17 ottobre 2003 n. 280, i rapporti tra l'ordinamento sportivo e quello statale sono regolati in base al principio di autonomia, con conseguente sottrazione al controllo giurisdizionale degli atti a contenuto tecnico sportivo. Tale criterio trova una deroga solo nel caso di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo; in tale ipotesi, le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria ove abbiano per oggetto i rapporti patrimoniali tra Società, Associazioni ed atleti, mentre ogni altra controversia avente per oggetto atti del C.O.N.I. o delle Federazioni sportive nazionali è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In altri termini, la giustizia sportiva costituisce lo strumento di tutela per le ipotesi in cui si discute

una espressa previsione in tal senso – ha affermato che la giurisdizione del G.A. debba limitarsi alla tutela risarcitoria escludendo quella caducatoria, questa essendo la «valutazione» che è alla base della sua «scelta interpretativa» dell'intento del Legislatore di effettuare un equilibrato bilanciamento fra 'autonomia dell'ordinamento sportivo' e 'pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale'³⁴. Tuttavia, se le «questioni nelle quali l'autonomia e la stabilità dei rapporti costituisce *di regola* dimensione prioritaria rispetto alla tutela reale in forma specifica», ciò significa che lo stesso Giudice delle leggi riconosce che «il rilievo che i profili tecnici e disciplinari hanno nell'ambito del mondo sportivo» possa non essere *sempre* prevalente³⁵.

dell'applicazione delle regole sportive, mentre quella statale è chiamata a risolvere le controversie che presentano una rilevanza per l'ordinamento generale, concernendo la violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi (Cons. Stato, VI Sez., 9 luglio 2004 n. 5025)» (con riguardo alla vicenda dedotta in giudizio – secondo il G.A. – «Manca nella specie il connotato della rilevanza esterna all'ordinamento sportivo degli effetti dei provvedimenti impugnati, che si esauriscono all'interno del predetto ordinamento non avendo alcun riflesso, né diretto né indiretto, nell'ordinamento generale il giudizio di scarsa capacità tecnica resa nei confronti dell'arbitro»).

³⁴ T.A.R. Lazio-Roma, sez. I ter, 4/6/2020, n. 5929: «il sistema che riserva alla giustizia sportiva l'impugnativa delle sanzioni disciplinari è stato ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 49/2011, che ha dichiarato non fondata la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lett. b), del d.l. n. 220/2003, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina del 2003, di modo che, nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni disciplinari, ad essere preclusa, innanzi al giudice statale, sarebbe la sola tutela annullatoria, ma non anche quella risarcitoria. In senso conforme alla sentenza n. 49 del 2011 si è pronunciata più di recente la medesima Corte Costituzionale, nuovamente sollecitata con l'ordinanza 10171/2017 (cfr. sentenza n. 160/2019). Al Giudice Amministrativo è, quindi, preclusa la tutela impugnatoria nei confronti dei provvedimenti disciplinari, anche idonei ad incidere su situazioni giuridiche protette dall'ordinamento statale, permanendo in capo allo stesso una cognizione meramente incidentale volta all'esclusiva valutazione dei presupposti del risarcimento del danno a favore dei soggetti che ritengono di aver subito, per l'effetto, una lesione».

³⁵ Del resto – è opportuno precisare –, nella stessa sent. 160/2019 il Giudice delle leggi chiarisce che «La sentenza prende le mosse dall'espresso presupposto che la forma di tutela per equivalente sia sicuramente diversa rispetto a quella in via generale attribuita al giudice amministrativo, ma giudica il rimedio risarcitorio *di regola* idoneo a garantire un'attitudine riparatoria adeguata». Dunque, ancora una volta, non esclude che in talune circostanze tale rimedio non sia idoneo, o quanto meno non del tutto. Ora, è vero che questo rilievo della Corte può indubbiamente intendersi come rivolto al Legislatore, al quale essa suggerirebbe di valutare la opportunità di prevedere una possibile tutela caducatoria (in luogo o accanto a quella risarcitoria), laddove la norma giuridica a contenuto tecnico dell'ordinamento sportivo interferisca con interessi codificati come pubblici nell'ordinamento statale di riferimento. Ma non si rinvergono ragioni per escludere che

Insomma, lo Stato deve restare fuori dalle regole e dai provvedimenti dell'ordinamento sportivo³⁶; *quid iuris*, però, laddove tali regole e provvedimenti entrino (arbitrariamente) in campi caratterizzati dalla presenza di interessi pubblici di (ovvia) esclusiva attribuzione dell'ordinamento generale (si pensi all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla salute pubblica, oppure – a ragione ancor maggiore – all'ambito proprio del diritto penale)? Ci si deve interrogare, quindi, se si possa ritenere tollerabile che, ad esempio, una competizione venga vinta 'sfruttando' una sentenza della giustizia sportiva, il cui provvedimento conclusivo³⁷ – seppur comunque dichiarato illegittimo (in via incidentale) in sede di tutela risarcitoria, da un giudice statale – resterebbe in vita essendo al G.A. precluso il potere di annullarlo³⁸.

i giudici lo considerino diretto a tutti, così potendo adoperarlo in sede di applicazione della legge.

³⁶ La Consulta, invero, spiega la ragione di una siffatta affermazione rinvenendola nella «natura, per taluni profili originaria e autonoma, dell'ordinamento sportivo, che di un ordinamento giuridico presenta i tradizionali caratteri di plurisoggettività, organizzazione e normazione propria. Nel quadro della struttura pluralista della Costituzione, orientata all'apertura dell'ordinamento dello Stato ad altri ordinamenti, anche il sistema dell'organizzazione sportiva, in quanto tale e nelle sue diverse articolazioni organizzative e funzionali, trova protezione nelle previsioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti dell'individuo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui si esprime la sua personalità (art. 2 Cost.) e che assicurano il diritto di associarsi liberamente per fini che non sono vietati al singolo dalla legge penale (art. 18)».

³⁷ Sul punto non è inutile ricordare quanto chiarito dalla sentenza della Corte: «Le sanzioni disciplinari sportive non avrebbero natura di provvedimenti amministrativi, in quanto la potestà punitiva delle federazioni troverebbe fonte esclusiva nell'accettazione, da parte dei tesserati e delle società affiliate, degli obblighi nascenti dalla costituzione del legame associativo, sicché le sanzioni sportive si collocherebbero nell'area del cosiddetto "indifferente giuridico", potendo "approdare alla cognizione del giudice amministrativo quale incidentale elemento di valutazione della ricorrenza, nell'operato federale, degli indici rivelatori di un illecito civile, perseguibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ."».

³⁸ Come spiega la Consulta, infatti, da un canto, «eventuali collegamenti con l'ordinamento statale, allorché i due ordinamenti entrino reciprocamente in contatto per intervento del legislatore statale, devono essere disciplinati tenendo conto dell'autonomia di quello sportivo e delle previsioni costituzionali in cui essa trova radice. Per altro verso, la disciplina legislativa di meccanismi di collegamento, anche diretto, fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale trova un limite nel necessario rispetto dei principi e dei diritti costituzionali. La regolamentazione statale del sistema sportivo deve dunque mantenersi nei limiti di quanto risulta necessario al bilanciamento dell'autonomia del suo ordinamento con il rispetto delle altre garanzie costituzionali che possono venire in rilievo, fra le quali vi sono – per quanto qui interessa trattando della giustizia nell'ordinamento sportivo – il diritto di difesa e il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale presidiati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. In termini concreti tutto ciò fa sì che la tutela dell'autonomia dell'ordinamento sportivo, se non può evidentemente com-

Non si discute, invero, che il Legislatore possa scegliere, senza violare il dettato costituzionale, di circoscrivere le modalità della tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, stabilendo quale sia il giudice cui affidarla e definendo i limiti dei suoi poteri³⁹. Ma la legge non prescrive l'ammissibilità della sola tutela risarcitoria escludendo quella caducatoria. È la Corte che lo afferma interpretando il testo in via 'additiva' (come pare difficilmente revocabile in dubbio). Se è così, ben potrebbe, in egual guisa, la stessa Consulta, in un eventuale ulteriore pronunciamento, specificare che, di fronte alla illegittimità del provvedimento dell'autorità sportiva – illegittimo perché assunto in contrasto con una norma (persino penale) dell'ordinamento statale, ovvero con un provvedimento imperativo dell'autorità pubblica⁴⁰ –, il rimedio risarcitorio per equivalente possa non essere sempre sufficiente.

portare un sacrificio completo della garanzia della protezione giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, può tuttavia giustificare scelte legislative che, senza escludere tale protezione, la conformino in modo da evitare intromissioni con essa "non armoniche", come il legislatore ha valutato che fosse, nel caso in esame, la tutela costitutiva».

³⁹ Nella sentenza il Giudice delle leggi lo afferma a chiare lettere: «se è fuor di dubbio che i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale espressi dagli artt. 24 e 113 Cost. devono avere applicazione rigorosa a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, ciò non significa che il citato art. 113 Cost., correttamente interpretato, sia diretto ad assicurare in ogni caso e incondizionatamente una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando invece al legislatore ordinario un certo spazio di valutazione nel regolarne modi ed efficacia (sentenze n. 100 del 1987, n. 161 del 1971 e n. 87 del 1962). Ancora più precisamente, questa Corte ha affermato che "[i]l [...] secondo comma dell'art. 113 non può essere interpretato senza collegarlo col comma che lo segue immediatamente e che contiene la norma, secondo la quale la legge può determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge medesima. Il che sta a significare che codesta potestà di annullamento non è riconosciuta a tutti indistintamente gli organi di giurisdizione, né è ammessa in tutti i casi, e non produce in tutti i casi i medesimi effetti" (sentenza n. 87 del 1962). Ciò, fermo restando naturalmente che, affinché il precetto costituzionale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. possa dirsi rispettato, è comunque "indispensabile [...] che la norma, la quale si discosti dal modello accolto in via generale per l'impugnazione degli atti amministrativi, sia improntata a ragionevolezza e adeguatezza" (sentenza n. 100 del 1987)». Del resto, «l'esclusione della tutela costitutiva di annullamento e la limitazione della protezione giurisdizionale al risarcimento per equivalente non è un'opzione sconosciuta al nostro ordinamento».

⁴⁰ Più chiaramente: non sembra ammissibile che il comportamento del soggetto venga sanzionato dal G.S. per violazione di una regola dell'ordinamento sportivo, laddove quel comportamento era stato dettato dal dovere, per un verso, di ottemperanza ad un provvedimento dell'autorità pubblica emanato per la tutela di un interesse pubblico codificato, e, per altro verso, di rispettare la norma penale che risulterebbe violata dalla mancata ottemperanza a quel provvedimento (art. 650 C.P.).

In tal modo la Corte potrebbe, senza incidere sull'autonomia dell'ordinamento sportivo, evitare la vera e propria 'aberrazione' consistente nel consentire che un ordinamento particolare eserciti l'autonomia riconosciutagli sino al punto di contemplare la possibilità (sia pur limitatamente agli effetti prodotti in quel dato ordinamento) di assumere atti o comportamenti che nell'ordinamento generale vengono qualificati come illegittimi o addirittura integrativi di un reato.

E per contrastare la tesi – francamente – non pare sufficiente l'argomentazione che alla violazione della norma (persino penale) dell'ordinamento generale corrisponderebbe comunque la comminazione della relativa sanzione da parte del giudice statale (anche penale). Perché la decisione del giudice sportivo, illegittima per contrasto con una norma dell'ordinamento generale oppure con un provvedimento imperativo dell'autorità pubblica, resterebbe in vita, continuando a produrre i suoi effetti nell'ambito dell'ordinamento particolare⁴¹.

Non v'è chi non veda come una siffatta conclusione sarebbe il frutto di una sconcertante – verrebbe di dire – 'geometrica' rigidità, che la stessa sentenza della Consulta sembra voler escludere: e non solo nel fare uso della richiamata locuzione «di regola», ma anche laddove avverte che «non va trascurato il rilievo che assume, nell'ambito di una *vicenda connotata pubblicisticamente* quale quella in esame, l'accertamento incidentale condotto dal giudice amministrativo sulla legittimità dell'atto, di cui anche gli organi dell'ordinamento sportivo non possono non tenere conto» (corsivo di chi scrive).

Sembra pertanto – ad avviso di chi scrive – che, laddove la fattispecie abbia ad oggetto una questione in cui l'ordinamento sportivo interseca fattispecie inderogabilmente oggetto di disciplina da parte dell'ordinamento generale (come sono, ad esempio, quelle penali, o anche quelle in cui la legge prevede la cura di interessi pubblici quali l'ordine, la sicurezza o la salute), possa (e debba) aprirsi uno spazio.

In altre e più esplicite parole, nel caso in cui il provvedimento amministrativo di decisione in 3° grado del Collegio di Garanzia dello Sport del CONI confermasse la sanzione sportiva, senza considerare che il comportamento sanzionato sia stato dettato dalla necessità di non agire in maniera illegittima, o addirittura capace di integrare una fattispecie

⁴¹ Detto altrimenti: la disciplina dell'ordinamento particolare metterebbe il soggetto che vi faccia capo nella inaccettabile condizione di poter conseguire gli obiettivi all'interno di questo (obiettivi che in gran parte costituiscono anche la ragione della sua partecipazione ad esso) solo a patto di violare la disciplina dell'ordinamento generale.

di reato (per violazione di una norma penale)⁴², diventa difficile sostenere fondatamente che – in ragione del riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e del rispetto perciò dovutole – il G.A. debba limitarsi a dichiarare il provvedimento illegittimo in via incidentale, al mero scopo di condannare al risarcimento dei danni per equivalente, senza poter anche annullare il provvedimento⁴³.

A ben riflettere, comunque, il T.A.R. del Lazio potrebbe almeno spingersi fino a – se non proprio annullare la decisione del 3° grado di giustizia sportiva – condannare il soccombente (non solo a risarcire il danno per equivalente, ma) ad un fare specifico, imponendogli cioè, a titolo di risarcimento, un obbligo di ottemperanza al giudicato. Con altre parole, il G.A. potrebbe non fermarsi alla dichiarazione incidentale di illegittimità dell'atto (presupposto necessario per condannare al risarcimento dei danni), e quindi, pur senza giungere ad annullarlo, emanare una sentenza di condanna che – considerando il risarcimento dei danni per equivalente inadeguato a garantire la effettività della tutela giurisdizionale⁴⁴ – 'inclu-

⁴² L'assunto è avvalorato dalla recentissima decisione del Collegio di Garanzia del CONI, n. 1/2021, pubblicata il 7/1/2021 (avente ad oggetto il caso della partita Juventus-Napoli, non disputatasi per effetto dei provvedimenti di due ASL di Napoli, che avevano ingiunto ai giocatori del Napoli l'isolamento domiciliare per ragioni di contagio da Covid-19), la quale conferma che le fonti dell'ordinamento sportivo sono subordinate a quelle dell'ordinamento statale laddove, in una fattispecie concreta, norme e provvedimenti emanati in esercizio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo esondino nella sfera che è propria dell'ordinamento generale. Se ciò accade, al fine di stabilire quale sia la fonte regolativa del caso, il criterio della *gerarchia* prevale su quello della *competenza*. La decisione sentenza con parole chiare e nette che gli «atti amministrativi» delle ASL costituiscono «fonte superiore rispetto alle norme federali», le quali «cedono di fronte» ad essi; che «il Protocollo FIGC vigente all'epoca dei fatti di causa [...] rimanda [...] all'esclusiva competenza della ASL territorialmente competente»; infine, che la Circolare del Ministero della Sanità è «atto normativo gerarchicamente superiore, rispetto al quale cedono tutte le norme federali incompatibili con il medesimo».

⁴³ È vero che, nell'ordinamento generale, un provvedimento amministrativo generato da un'attività delittuosa non sempre deve necessariamente essere eliminato dal mondo giuridico (ad esempio, laddove una gara d'appalto sia stata assegnata per effetto di un accertato abuso di ufficio, ben potrebbe l'aspirante aggiudicatario leso limitarsi a chiedere il solo risarcimento del danno e non anche la caducazione del provvedimento di aggiudicazione). D'altronde, il giudice penale sancisce la illiceità della condotta, non dell'atto (da qui derivandosi che, a rigore, la P.A. non sarebbe tenuta all'annullamento doveroso). Nell'ordinamento generale, dunque, possono darsi ipotesi in cui non è contemplata la caducazione necessaria dell'atto amministrativo emanato in violazione di norme anche penali. Ciò nondimeno, appare innegabile l'anomalia derivante dal non considerare ammissibile che, a domanda, il giudice amministrativo sia ritenuto privo del potere caducatorio.

⁴⁴ Del resto, non può essere trascurata la differenza fra illeciti a effetti *permanenti* e illeciti a effetti *istantanei*. Ed invero, se il ristoro dei danni causati a seguito dei secondi è

da', a dir così, nel risarcimento anche l'ordine al condannato di adeguare i suoi atti e comportamenti nell'ordinamento sportivo al *dictum* della sentenza, così ripristinando la legalità violata.

In ogni caso – e forse anche più verosimilmente – il G.A. potrebbe rinviare di nuovo la questione alla Corte, mettendo in evidenza che la fattispecie si presenta obiettivamente diversa dalle altre precedentemente giudicate⁴⁵, essa ben potendo (e forse dovendo) ascriversi in quelle fuoriuscenti dal «di regola», che lo stesso Giudice delle leggi ha (se non espressamente indicato, almeno) esplicitamente ipotizzato come non escluse.

2.2. *La genesi delle regole: il Regolamento del gioco del calcio ed il cd. 'Protocollo VAR'*

Si è, dunque, chiarito perché le regole del 'gioco' sportivo vanno considerate come norme giuridiche sostanzialmente espressione di diritto obiettivo (rappresentando in oggi un'ipocrisia formalistica che esse trovino il fondamento, o semplicemente la genesi, in una volontà negoziale); e poi in qual modo tali regole, proprie dell'ordinamento (particolare) sportivo, si relazionano con quelle dell'ordinamento generale di riferimento (all'uopo richiamandosi il rapporto fra sovranità ed autonomia, e facendo luce sui limiti che quest'ultima non può valicare).

Il ragionamento deve ora, sia pur brevemente, spostare il fuoco dell'attenzione sull'analisi delle regole tecniche (norme giuridiche) del gioco del calcio. Pertanto, dopo aver ricordato, in estrema sintesi, quali siano, nell'ordinamento sportivo, i soggetti cui compete la loro emanazione, occorrerà soffermarsi sulla morfologia di dette regole – segnatamente, quelle contenute nel Regolamento e nel cd. 'Protocollo VAR' –, così da poter, dapprima, ricostruire il paradigma di legittimità che esse

sempre soddisfacibile per equivalente, non altrettanto può ritenersi con riguardo al ristoro dei danni causati a seguito dei primi: si pensi, ad esempio, al danno permanente per una società sportiva derivante dalla mancata conquista di un titolo per la sottrazione di punti decretata da una sentenza disciplinare del G.S. che si riveli illegittima per violazione di una norma dell'ordinamento generale o di un provvedimento imperativo dell'autorità pubblica emanati per il soddisfacimento di un interesse pubblico.

⁴⁵ Un conto, infatti, è giudicare su situazioni giuridiche soggettive gli effetti della cui violazione restano in un ambito strettamente individuale, così risultando non particolarmente difficile concepire il loro ristoro attraverso un risarcimento per equivalente; altro e ben diverso conto è giudicare su situazioni giuridiche soggettive violate perché il titolare ha dovuto rispettare precetti (normativi o provvedimentali) dell'ordinamento statale.

costituiscono, e, poi, essere in grado di esprimere un non infondato scrutinio critico sulla loro applicazione (cioè sulla verifica del loro rispetto da parte dei giocatori⁴⁶) ad opera degli arbitri.

Come è noto, l'emanazione del Regolamento del Gioco del Calcio e del Protocollo VAR compete all'IFAB (International Football Association Board), organismo internazionale istituito a Londra nel 1886⁴⁷, composto da otto membri, quattro nominati dalla FIFA (Fédération Internationale de Football Association)⁴⁸ e quattro designati dalle federazioni calcistiche del Regno Unito (ciascun membro detiene un voto). L'IFAB riesamina le regole del gioco costantemente, ogni anno (di solito in febbraio o marzo) tenendosi un incontro, l'*Annual General Meeting* (AGM)⁴⁹, dedicato principalmente a questo scopo: entro il primo novembre dell'anno precedente, le Federazioni possono inoltrare (per iscritto) proposte di modifica al Segretario dell'organismo. Ogni modifica o integrazione alle regole del gioco del calcio deve essere approvata con i 3/4 dei consensi, quindi con 6 voti su 8⁵⁰.

⁴⁶ Sul punto si tornerà nel § 3, e, in modo più specifico, nel § 3.1.

⁴⁷ Si v. *www.theifab.com*. Nel sito si ricorda che la prima partita di calcio internazionale ufficiale fu giocata dalle squadre di Inghilterra e Scozia nel 1872. Presto divenne evidente che era necessario un insieme comune di regole da porre alla base del gioco. L'IFAB si riunì per la prima volta il 2 giugno 1886 a Londra, un evento cui parteciparono due rappresentanti per ciascuna delle Federazioni di Inghilterra, Scozia, Irlanda e Galles, diventando presto il 'guardiano' delle regole del gioco unificate, allo scopo di preservare, monitorare, studiare e modificare le stesse. Dal gennaio 2014, l'IFAB è un'associazione indipendente regolata dal Codice civile svizzero.

⁴⁸ Come riferito sempre in *www.theifab.com*, la FIFA fu istituita a Parigi il 21 maggio 1904. Nel 1913 entrò a far parte dell'IFAB come membro a pieno titolo. Oggi lo Statuto IFAB riconosce espressamente la FIFA come membro dell'organizzazione: ai sensi dell'art. 4 (Version 4, 2 March 2019), «The IFAB comprises the five founding members: the four British football associations (The Football Association, the Football Association of Wales, the Irish Football Association and the Scottish Football Association) and FIFA».

⁴⁹ L'AGM si tiene, di norma, in tempo per le competizioni internazionali di metà anno.

⁵⁰ Si v. ancora *www.theifab.com*. Essendo la composizione dell'IFAB di 8 membri, di cui 4 designati dalla FIFA e 4 dalle Federazioni britanniche (uno in rappresentanza di ognuna di esse), nessuna decisione di modifica del Regolamento può essere adottata senza il *placet* unanime dei rappresentanti della FIFA e di almeno 2 rappresentanti delle Federazioni britanniche, ovvero senza il *placet* unanime dei rappresentanti delle Federazioni britanniche e di almeno 2 rappresentanti della FIFA. Con ogni evidenza, il meccanismo di votazione rivela un *deficit* di democraticità, le Federazioni britanniche essendo incluse in esso in via privilegiata rispetto alle altre. Ora, se il carattere privatistico di siffatte figure soggettive è fuori discussione, non lo è altrettanto il disinvolto superamento della regola di maggioranza fra uguali, giacché questa riveste un ruolo significativo anche in ambito

Che le regole del gioco vengano stabilite dall'IFAB è sin dalle origini assunto sostanziale della FIFA oggi formalmente previsto dal suo Statuto, il quale in maniera espressa impone ai membri la loro osservanza⁵¹: tale osservanza costituisce condizione necessaria per la partecipazione alle competizioni da essa organizzate⁵².

Alla FIFA è affiliata la FIGC (Federazione Italiana Giuoco Calcio)⁵³, la quale, perciò, deve dettare le regole del gioco in concordanza con le disposizioni di quella (art. 13, Statuto FIGC)⁵⁴. In particolare, «la FIGC, le Leghe, le società, gli atleti, i tecnici, gli ufficiali di gara, i dirigenti e ogni altro soggetto dell'ordinamento federale sono tenuti a [...] conformarsi alle Regole del giuoco del calcio adottate dall'International Football Association Board (IFAB)» (art. 1, co. 5, lett. b, Statuto FIGC)⁵⁵. Pertanto,

civilistico (si pensi al funzionamento delle assemblee nelle società per azioni, *ex artt.* 2364 e ss., c.c.).

⁵¹ Il potere dell'IFAB di dettare le regole del gioco è disposto dall'art. 7 dello Statuto FIFA (September 2020 edition): «1. Each member association shall play association football in compliance with the Laws of the Game issued by The IFAB. Only The IFAB may lay down and alter the Laws of the Game. 2. The IFAB is an association in accordance with Swiss law with its headquarters located in Zurich (Switzerland). The members of The IFAB are FIFA and the four British associations. 3. The organization, duties and responsibilities of The IFAB are governed by the statutes of The IFAB».

⁵² «Member associations have the following obligations: [...] h) to respect the Laws of the Game»: così recita l'art. 14, co. 1, dello Statuto FIFA (September 2020 edition).

⁵³ La FIGC (nota anche come Federcalcio) è la figura soggettiva cui competono l'organizzazione ed il controllo del calcio in Italia, occupandosi sia del calcio a 11 che del calcio a 5. Giusta l'art. 1, co. 1, dello Statuto, «La Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) è associazione riconosciuta con personalità giuridica di diritto privato federata al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) avente lo scopo di promuovere e disciplinare l'attività del giuoco del calcio e gli aspetti ad essa connessi».

⁵⁴ Si v. l'art. 13 dello Statuto FIGC, il quale, al co. 1, dispone che «La FIGC detta le regole del giuoco del calcio in aderenza alle norme della FIFA». Si v. anche il già richiamato art. 14, co. 1, dello Statuto FIFA (September 2020 edition), che, fra gli obblighi delle associate – oltre al ricordato «h) to respect the Laws of the Game» – ricomprende altresì: «a) to comply fully with the Statutes, regulations, directives and decisions of FIFA bodies at any time as well as the decisions of the Court of Arbitration for Sport (CAS) passed on appeal on the basis of art. 57 par. 1 of the FIFA Statutes», nonché «d) to cause their own members to comply with the Statutes, regulations, directives and decisions of FIFA bodies».

⁵⁵ Il testo integrale dei commi 4 e 5 dell'art. 1 (versione 16 luglio 2019) così recita: «4. La FIGC è l'unica federazione sportiva italiana riconosciuta dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI), dall'Union des Associations Européennes de Football (UEFA) e dalla Fédération Internationale de Football Association (FIFA) per ogni aspetto riguardante il giuoco del calcio in campo nazionale e internazionale. 5. La FIGC è affiliata alla FIFA e all'UEFA. Pertanto, la FIGC, le Leghe, le società, gli atleti, i tecnici, gli ufficiali di gara, i dirigenti e ogni altro soggetto dell'ordinamento federale sono tenuti

la versione italiana del Regolamento del Gioco del Calcio è di competenza della FIGC, che però, di fatto⁵⁶, ne affida la cura all'Associazione Italiana Arbitri (AIA)⁵⁷, ad essa affiliata⁵⁸. Naturalmente, l'AIA non può dettare le regole del gioco se non in conformità alle norme della FIFA (incluse quelle dell'IFAB).

a: a) osservare i principi di lealtà, probità e sportività secondo i canoni della correttezza; b) conformarsi alle Regole del giuoco del calcio adottate dall'International Football Association Board (IFAB) e alle Regole del giuoco del calcio a cinque adottate dal Comitato esecutivo della FIFA; c) rispettare in ogni momento gli Statuti, i regolamenti, le direttive e le decisioni della FIFA e dell'UEFA; d) riconoscere nei rapporti con la FIFA e l'UEFA la giurisdizione del Tribunale Arbitrale dello Sport di Losanna ai sensi e nei limiti di quanto previsto nelle rilevanti disposizioni degli Statuti della FIFA e dell'UEFA; e) adire quale giudice di ultima istanza, per risolvere ogni controversia a livello nazionale derivante da o relativa all'applicazione delle norme statutarie o regolamentari della FIGC, l'istituzione arbitrale di cui all'art. 30, comma 3, con esclusione della competenza dei giudici ordinari ai sensi e nei limiti di quanto previsto all'art. 30, comma 4».

⁵⁶ Nelle fonti di 'normale' accessibilità, invero, non si rinviene una disposizione che conferisca all'AIA questa competenza. Resta il dubbio che una norma del genere possa essere contenuta in fonti di minore rilievo, non facilmente accessibili.

⁵⁷ Il Regolamento dell'AIA (Versione 2020) mostra al riguardo una evidente autoreferenzialità, tanto sorprendente quanto sconcertante. Ai sensi dell'art. 37, co. 1, il Responsabile del Settore Tecnico Arbitrale «provvede, seguendo le indicazioni generali del Comitato Nazionale», tra l'altro, «alla promozione della conoscenza delle *regole del giuoco* e della *loro corretta applicazione* nonché alla diffusione delle relative pubblicazioni» (secondo la prescrizione di cui alla lett. c). Inoltre, ai sensi dell'art. 11, co. 6, lett. c, il Comitato nazionale delibera in ordine «alla diffusione della conoscenza delle regole del giuoco del calcio, alla indizione, con bando unico, del Corso Arbitri Nazionale, alla promozione dei corsi per arbitro ed alle iniziative operative per l'aggiornamento degli associati e l'*interpretazione uniforme delle regole di giuoco*, all'organizzazione e al coordinamento dei raduni arbitrali, dei corsi di aggiornamento e dei controlli sanitari» (corsi di chi scrive).

⁵⁸ Sulla natura dell'AIA e sulla sua relazione con la FIGC, si v. l'art. 32 dello Statuto FIGC, secondo il quale: «2. Gli ufficiali di gara, sono organizzati con autonomia operativa e amministrativa, nell'Associazione Italiana Arbitri (AIA), che provvede al loro reclutamento, formazione, inquadramento e impiego, anche attraverso proprie articolazioni territoriali. L'AIA opera sotto il controllo preventivo e consuntivo della FIGC, nel rispetto delle compatibilità di bilancio e dei regolamenti federali. 3. L'AIA adotta i propri regolamenti che sono inviati alla FIGC, la quale valuta, per l'approvazione, la conformità alla legge, alle disposizioni del CONI e della stessa Federazione. In caso di mancata approvazione, la FIGC rinvia entro novanta giorni il regolamento all'AIA per le opportune modifiche, indicandone i criteri. Qualora l'AIA non intenda modificare il regolamento nel senso indicato, la FIGC o l'AIA possono sollevare il conflitto innanzi alla Corte federale di appello». Si v., inoltre, l'art. 1, co. 1, del Regolamento dell'AIA (Versione 2020), che dispone: «L'Associazione Italiana Arbitri (AIA) è l'associazione che, all'interno della Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), riunisce obbligatoriamente tutti gli arbitri italiani che, senza alcun vincolo di subordinazione, prestano la loro attività di ufficiali di gara nelle competizioni della FIGC e degli organismi internazionali cui aderisce la Federazione stessa».

Ora, le sinteticamente descritte ‘modalità’ di produzione delle regole tecniche (norme giuridiche) sembrano essere assai poco coerenti con i richiamati principi essenziali dello Stato di diritto: investitura democratica del normatore, separazione dei poteri, garanzia di una giurisdizione neutrale⁵⁹. Le criticità appaiono evidenti: le regole sono poste dall’IFAB, organismo caratterizzato da scarsissima rappresentatività democratica; esse vengono fatte proprie, dapprima, dalla FIFA, anch’essa non propriamente esponente della comunità di riferimento⁶⁰, e poi dalla FIGC, che nemmeno si segnala per significativa capacità rappresentativa⁶¹.

⁵⁹ Si v. *retro*, testo e nota 17. Insomma, nell’ambito di un ordinamento generale ispirato ai principi dello Stato di diritto non sembra plausibile un ordinamento particolare nel quale: per un verso, il soggetto che fa le regole non sia espressione democratica della comunità di riferimento (per eludere il principio della esponenzialità del normatore non sembra sufficiente adoperare quale argomento contrario la indispensabile specifica competenza tecnica, giacché il normatore non può non essere, in qualche maniera, rappresentativo della comunità di riferimento nel suo insieme, la quale dovrebbe comunque includere anche almeno le rappresentanze di praticanti ed appassionati), e la procedura di formazione delle regole non sia disciplinata in modo sufficientemente compiuto (si da garantire il rispetto dei fondamentali principi dello Stato di diritto, sopra tutti quelli di legalità e di uguaglianza); e, per altro verso, i soggetti chiamati ad attuare quelle regole non restino collegati, sia pur indirettamente, alla volontà della comunità di riferimento, e la procedura per l’applicazione delle regole sia disciplinata senza alcuna considerazione dei consolidati principi che caratterizzano il ‘giusto procedimento’ amministrativo (trasparenza, partecipazione, imparzialità, e così via).

⁶⁰ I principali organi della FIFA sono il Congresso, il Presidente, il Consiglio e il Segretario Generale. Quanto alla loro investitura, dallo Statuto si rileva che: *a*) il *Congresso* – «the supreme and legislative body» (art. 24, co. 1) – è composto dall’insieme dei rappresentanti uno per ciascuna Federazione associata, i quali dispongono ognuno di un voto (art. 26, co.1); *b*) esso elegge il *Presidente FIFA* (che ha la rappresentanza generale dell’organismo, art. 35, co. 1) e il Presidente del Consiglio FIFA («the strategic and oversight body», art. 24, co. 2); *c*) i 36 membri del *Consiglio* (oltre al suo Presidente) sono eletti dalle Federazioni associate in occasione dei congressi delle 6 Confederazioni continentali cui esse fanno capo (art. 33, co. 3); *d*) il *Segretario Generale*, invece, «chief executive officer (CEO)» della FIFA (art. 37, co. 1), è nominato dal Consiglio su proposta del Presidente (art. 34, co. 9).

⁶¹ I principali organi della FIGC sono l’Assemblea, il Presidente, il Consiglio federale ed il Segretario generale, la struttura dei quali, ai sensi dello Statuto, è determinata come segue. *a*) *L’Assemblea della FIGC* «si compone di Delegati. I Delegati per le Leghe professionistiche [...]. I Delegati per la LND [...]. I Delegati atleti e tecnici [...]. I Delegati degli ufficiali di gara [...].» (art. 20, co. 1). Le componenti (costituite in parte da soggetti nominati di diritto, e in parte da soggetti eletti nei rispettivi ambiti) hanno un diverso peso in sede di votazione: «rispetto al totale dei voti dell’Assemblea federale, i voti spettanti ai Delegati della LND devono rappresentare il 34%, i voti spettanti ai Delegati delle Leghe professionistiche devono rappresentare complessivamente il 34%, con ripartizione tra le diverse Leghe professionistiche fissata in base a criteri rappresentativi stabiliti dal Consiglio federale a maggioranza qualificata, i voti spettanti ai Delegati atleti

Quest'ultima, infine – non si capisce bene in base a quale disposizione normativa – delega all'AIA il compito relativo⁶².

Ebbene, sembra difficilmente ammissibile che la produzione delle regole dell'ordinamento sportivo sia così sensibilmente scollegata dalla volontà della comunità di riferimento, da una adeguata investitura democratica, sia pur indiretta, del soggetto produttore, e che essa soggiaccia (anche nei tempi) alla piena ed assoluta libertà di quest'ultimo⁶³. Pare altrettanto arduo accettare che ugualmente scollegata resti pure l'attuazione di quelle regole, che si realizza soprattutto attraverso la verifica del loro rispetto (affidata agli arbitri) da parte degli attori del gioco (princi-

devono rappresentare il 20%, i voti spettanti ai Delegati tecnici devono rappresentare il 10%, i voti spettanti ai Delegati degli ufficiali di gara devono rappresentare il 2%. Tra i Delegati atleti devono essere equamente rappresentati i professionisti e i dilettanti nonché le atlete e gli atleti. Tra i Delegati tecnici devono essere equamente rappresentate le categorie professionistiche e dilettantistiche» (art. 20, co. 2). *b*) Il *Presidente Federale*, che «rappresenta la FIGC nella sua unità e ne ha la rappresentanza legale» (art. 24, co. 1), è eletto dall'Assemblea (art. 23, co. 3) «con la metà più uno dei voti esprimibili dai presenti accreditati in assemblea» (art. 24, co. 6). *c*) Il *Consiglio Federale*, cui compete la funzione normativa, giacché, «fatte salve le funzioni attribuite all'Assemblea, è l'organo normativo e di indirizzo generale della FIGC» (art. 27, co. 1), «si compone, senza possibilità di delegare ad altri la partecipazione, oltre al Presidente federale, di diciannove componenti eletti in numero di: a) sei dalla Lega Nazionale Dilettanti, ivi compreso il Presidente della Lega; b) sette dalle Leghe professionistiche, ivi compresi i rispettivi Presidenti, ripartiti in numero di tre per la Lega Nazionale Professionisti Serie A, uno per la Lega Nazionale Professionisti Serie B, tre per la Lega Italiana Calcio Professionistico; c) quattro atleti e due tecnici» (art. 26, co. 1): una base evidentemente ristretta e inadeguata a rappresentare la enorme quantità di soggetti che, in un modo o nell'altro, 'vivificano' il fenomeno calcistico (dal popolo dei tifosi ai soci delle società sportive, dall'insieme integrale degli atleti professionisti a tutti i praticanti, compresi gli 'amatori') [al Consiglio federale – va ricordato –, sia pur «su proposta del Presidente federale», è ascrivibile anche una funzione giustiziale, il co. 3 dell'art. 27 prevedendo alla lett. e) che esso «esamina i ricorsi delle società concernenti l'inquadramento delle stesse nelle Leghe, adottando i provvedimenti del caso»; inoltre, giusta la lett. g), «nomina i componenti della Commissione federale di garanzia con le modalità previste dall'art. 34», e, ai sensi della lett. h) «nomina i componenti o collaboratori degli Organi della giustizia sportiva»]. *d*) Il *Segretario Generale*, che «provvede alla gestione amministrativa della Federazione e ne è direttamente responsabile in base agli indirizzi e sotto la vigilanza del Consiglio federale» (art. 28 *bis*, co. 2), «è nominato dal Presidente Federale, previa consultazione con il CONI e sentito il Consiglio federale» (art. 28 *bis*, co. 1).

⁶² Nello Statuto della FIGC, peraltro, sembra mancare qualunque disciplina della procedura di 'costruzione' delle norme. L'AIA, invero, è autrice della «Guida Pratica» che integra il Regolamento, offrendo chiarimenti interpretativi di significativa rilevanza al punto da presentare una vera e propria capacità prescrittiva.

⁶³ Si pensi alla disinvoltura con cui le regole vengono cambiate, sovente a seguito dell'insorgere di un 'caso' che scatena la pubblica opinione, e con una tale rapidità da suscitare gravi perplessità sulla trasparenza della procedura di fatto seguita.

palmente i calciatori): la disciplina della relativa procedura, invero, non risulta dettata in maniera coerente con i canoni della trasparenza, della partecipazione, della imparzialità, e così via⁶⁴.

A questo riguardo pare indispensabile un'attenta riflessione sul ruolo dell'AIA. È vero, infatti, che il suo potere di dettare le regole del gioco è assai circoscritto, consistendo essenzialmente nella traduzione in italiano di quelle stabilite dall'IFAB⁶⁵. Nondimeno, una siffatta operazione implica sempre una (almeno lieve) capacità di 'correzione' del suo significato⁶⁶. Il fatto che il relativo compito sia affidato all'associazione dei soggetti chiamati (ad applicare, e cioè) a far rispettare quelle stesse regole solleva più di un dubbio sul rispetto del principio di separazione dei poteri.

Né può sottacersi che dette criticità aumentino considerevolmente

⁶⁴ Senza considerare il contenuto delle regole, sul quale si tornerà nel successivo sotto-paragrafo. Non pare accettabile, infatti, che esso sia così lato ed indefinito da consentire un'applicazione delle regole tanto arbitraria, e cioè che la paradigmaticità di queste sia così modesta da permettere uno spazio praticamente infinito di 'interpretazione'; che si riponga un così pieno e assoluto affidamento nel potere degli organi in carica (un affidamento, nella migliore delle ipotesi, di stampo illuministico, ma, più verosimilmente, di stampo feudale), potere che, proprio per ciò, è facilmente 'deviabile', le norme vigenti non costituendo allo scopo un argine efficace. Né sembra di conforto il riferimento ai «principi di lealtà, correttezza e probità», cui deve ispirarsi l'attività sportiva secondo l'art. 1 del C.G.S. della FIGC, giacché esso è obiettivamente generico, mancando un'adeguata tipizzazione dei corrispondenti doveri, con la conseguenza che comportamenti secondo i più eticamente riprovevoli restano di fatto difficilmente sanzionabili.

⁶⁵ È opportuno notare che, a livello internazionale, è riconosciuto un rilevante potere interpretativo alla Commissione Arbitri FIFA. Si v., in proposito, l'art. 47 dello Statuto, il quale dispone: «The Referees Committee shall implement and interpret the Laws of the Game and may propose amendments to the Laws of the Game to the Council. It shall appoint the referees and assistant referees for matches in competitions organised by FIFA».

⁶⁶ In proposito, fra gli altri, si v. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 146, secondo il quale «Non si può [...], parlando di traduzione e di testi giuridici, ignorare la strutturale difettività e il carattere costitutivamente imperfetto di ogni operazione di trasferimento dall'uno all'altro linguaggio giuridico. Anche per la traduzione giuridica, come già per quella letteraria, anche senza accettare la tesi estrema di una impossibilità o di una illegittimità del tradurre, si può allora parlare dell'inevitabilità di un "tradimento", propiziato dall'inevitabilità dell'atto interpretativo che le è sotteso. Basti pensare, solo per addurre un esempio, alla difficoltà, talora irrisolvibile, per il traduttore, di reperire nel sistema giuridico della lingua d'arrivo un termine equivalente a quello del sistema giuridico della lingua di partenza. Così, quando si deve tradurre il termine italiano *giudice* o quello tedesco *Richter* in spagnolo, si sconta la difficoltà di distinguere tra i giudici delle Corti composte da un singolo giudice (*jueces*) e i giudici delle Corti composte da un gruppo di giudici (*magistrados*)». La traduzione, del resto – come spiega H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (traduz. di G. Vattimo), Milano 1983, 442 –, «è sempre un'interpretazione, anzi si può dire che essa è il compimento dell'interpretazione che il traduttore ha dato della parola che si è trovato di fronte».

laddove le regole tecniche vengano ‘integrate’ da *linee guida* dell’AIA⁶⁷,

⁶⁷ In relazione al fallo di mano, ad esempio, la cui disciplina oggi non è più incentrata sulla *intenzionalità* del tocco, il designatore Nicola Rizzoli – disinvoltamente esibendo un ruolo di ‘normatore’ che spiega le ragioni del suo operato – ha dichiarato: «non possiamo togliere al difensore la possibilità di fare un movimento *istintivo*: se il braccio non poteva essere più ritratto non deve essere punibile. L’obiettivo è permettere ai difensori di non giocare come i pinguini» (così E. LUSENA, *Rizzoli: “Meno rigori leggeri”. E addio al tocco di mano “ammazzagol”*, in *Gazzetta.it*, 19/9/2020). Analogo pensiero è espresso dal Presidente della Commissione Arbitri FIFA, Pierluigi Collina: «Qualcuno sostiene che oggi non esiste più l’involontarietà ma non è vero. La vecchia regola diceva: il fallo di mano è un atto volontario. Ma già in passato venivano puniti contatti involontari. Euro 2016, colpo di testa di Chiellini contro il braccio alto di Boateng che salta con gli occhi chiusi: contatto involontario, ma rigore dato correttamente. Stessa cosa con Piqué in Russia-Spagna al Mondiale 2018. La volontarietà era ed è solo una delle fattispecie di punibilità, insieme ad altre non volontarie, ma colpose. Quante volte un giocatore colpisce volontariamente il pallone all’interno della propria area di rigore? Quasi mai. La stragrande maggioranza sono braccia in posizione non giustificata, dove non c’è la volontarietà, ma una responsabilità colposa. I giocatori non devono muoversi come pinguini. Per contro non possono essere neppure degli alianti, altrimenti tutto è consentito. La valutazione spetta all’arbitro, la difficoltà è avere omogeneità di giudizio. Devono capire se un movimento è funzionale o meno al gesto compiuto. A volte un braccio a 30 centimetri dal corpo è naturale, altre potrebbe non esserlo. Spetta all’arbitro giudicarlo» (così G. DE CAROLIS, *Pierluigi Collina, il Pallone d’oro degli arbitri: «Orgoglioso. Ma è più difficile dirigere nell’Interregionale che in una finale di Mondiale»*, in *Corriere.it*, 2/1/2021). È opportuno ricordare che, nella versione 2018 del Regolamento, la Regola 12 disponeva che «un calciatore deve essere ammonito per comportamento antisportivo» se «tocca *intenzionalmente* il pallone con le mani per interferire con o interrompere una promettente azione d’attacco», nonché se «tocca *intenzionalmente* il pallone con la mano nel tentativo (indipendentemente che abbia successo o no) di segnare una rete o nel tentativo senza successo di evitare la segnatura di una rete». La Guida pratica AIA, allegata e parte integrante del Regolamento, prescriveva in proposito che, al fine di «stabilire che un calciatore ha toccato il pallone con le braccia o con le mani *intenzionalmente*», l’arbitro «Deve valutare se il contatto tra il pallone e la mano o il braccio è voluto dal calciatore o se questi allarga, alza, muove o, comunque, tiene le mani o le braccia con l’intenzione di costituire maggior ostacolo alla traiettoria del pallone. Non deve però essere considerato *intenzionale* il gesto istintivo di ripararsi il viso o il basso ventre dal pallone» (corsivi di chi scrive). Oggi, nella sua versione modificata, la Regola 12 prevede semplicemente che «un calciatore deve essere ammonito per comportamento antisportivo» se «tocca il pallone con le mani per interferire con o interrompere una promettente azione d’attacco», nonché se «tocca il pallone con la mano nel tentativo (indipendentemente che abbia successo o no) di segnare una rete o nel tentativo senza successo di evitare la segnatura di una rete». Ora, la prescrittiva interpretazione dell’AIA, con ogni evidenza, reintroduce uno spazio valutativo che la novellata disposizione esclude: la rilevazione del fatto di toccare il pallone con le mani, infatti, è attività in sé non opinabile; lo diventa, invece, riassegnandosi all’arbitro uno spazio valutativo per la qualificazione del gesto: stabilire la sussistenza della ‘istintività’ (non diversamente dalla ‘intenzionalità’) di questo (non più contemplata dalla Regola 12), non può derivare che da una sua interpretazione. Vero è, peraltro, che la Regola 12 nel testo vigente stabilisce che «È un’infrazione se un calciatore [...] tocca

emanate nell'esplicitato intento di omogeneizzare la loro 'interpretazione', ma aventi una evidente capacità prescrittiva innovativa (di assai discutibile legittimità).

Tutto quanto brevemente riferito sulla sua carente rappresentatività democratica, unitamente alla inadeguatezza rispetto al principio di separazione dei poteri, rende consistenti i dubbi sulla conformità dell'ordinamento sportivo agli indefettibili canoni dello Stato di diritto⁶⁸.

2.3. *La morfologia delle norme relative fra meri accertamenti tecnici e valutazioni tecniche*

Le norme del Regolamento e del Protocollo – come tutte le norme giuridiche di azione – stabiliscono il contenuto e le modalità di esercizio dei poteri attribuiti all'arbitro nella direzione delle partite. La maggior parte di esse contempla un *precetto comportamentale*, prevedendo una *sanzione* (tecnica e/o disciplinare) nel caso in cui il comportamento di un giocatore contravvenga ad esso⁶⁹. A seconda della morfologia della disposizione normativa, il precetto può richiedere due diverse specie di verifica, in sede, per così dire, 'istruttoria' (cioè prima ed in funzione della decisione da assumere, benché trattasi di attività da svolgersi istantaneamente, o comunque in tempi assai circoscritti). Da un lato, un'attività di *mero accertamento tecnico*, all'arbitro essendo rimesso di acclarare la commissione di un fallo, senza alcuno spazio valutativo e/o interpretativo⁷⁰. D'altro lato, un'attività caratterizzata, invece, da *discrezionalità*

il pallone con le mani / braccia quando [...] queste sono posizionate in modo *innaturale aumentando lo spazio occupato dal corpo*» (corsivi di chi scrive): l'ambiguità del disposto sta – con ogni evidenza – nel lasciare equivoco se la *innaturalità* coincida o meno con l'*aumento dello spazio*, ovvero sia aggiuntiva rispetto a questo.

⁶⁸ Oltre ai richiamati rilievi sulla insufficiente rappresentatività del normatore, infatti, è inspiegabile che gli organi competenti a render 'giustizia' sulla trasgressione delle regole non vengano nominati in modo tale che ne sia garantita – oltre che la competenza tecnica, anche – la piena terzietà; né che il processo davanti ai giudici sportivi sia assai poco permeato dai principi fondamentali della giurisdizione (presunzione di innocenza, giusto processo, giudice naturale, contraddittorio, giudizio basato su prove e non su meri indizi, e così via: in una, le garanzie processuali minimali).

⁶⁹ Sul potere sanzionatorio della P.A. si v., fra gli altri: G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo*, Napoli 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2014; ID., *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata – Profili di effettività della sanzione*, Milano 2009; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali procedurali*, Napoli 1983.

⁷⁰ Analogamente a quanto accade nella fase preparatoria del procedimento ammi-

tecnica, all'arbitro essendo rimesso di rilevare la commissione di un fallo attraverso una *valutazione* tecnico-discrezionale (che implica una ontologica 'soggettività' della operazione)⁷¹.

Il modello strutturale della previsione normativa, peraltro, può com-

nistrativo: per esercitare la sua azione, la P.A. si vede assegnato dalla legge il compito di acclarare la sussistenza di un presupposto di *indiscutibile ed inopinabile* rilevabilità. Nel caso del mero *accertamento tecnico*, la fattispecie normativa prevede che la P.A. sia tenuta all'acclaramento della sussistenza di un presupposto tecnico-scientifico, che la legge «pone a fondamento inderogabile della sua azione», l'esito della relativa operazione «essendo certo ed inopinabile (ad es., la composizione chimica di una sostanza)», consistendo, cioè, in un'attività vincolata. Sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli 2012, 389 ss., spec. 420 (da cui sono riprese le parole virgolettate).

⁷¹ Anche qui analogamente a quanto accade nella fase preparatoria del procedimento amministrativo: per esercitare la sua azione, la P.A. si vede assegnato dalla legge il compito di acclarare la sussistenza di un presupposto di *discutibile ed opinabile* rilevabilità. Nel caso della *discrezionalità tecnica*, la fattispecie normativa attribuisce alla P.A. uno spazio di scelta nell'acclaramento della sussistenza dei presupposti tecnico-scientifici dell'azione. Il modello strutturale della previsione normativa, nel caso della discrezionalità tecnica, si può così sintetizzare schematicamente: «al verificarsi della sussistenza» di dati presupposti tecnico-scientifici che «in punto di fatto» sono di «controversa accertabilità, l'autorità deve emanare il provvedimento» stabilito dalla legge; «lo spazio discrezionale» che la legge lascia alla P.A., cioè, «concerne soltanto la verifica della effettiva sussistenza» di presupposti tecnico-scientifici «di opinabile rilevabilità», e non il contenuto del provvedimento. Pure a questo riguardo si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto cit.*, 418-423 (da cui sono riprese le parole virgolettate); nonché ID., *Approfondimenti di diritto amministrativo per il corso specialistico*, Napoli 2012, 265-283 e 286-292. Insomma, quando la norma le assegna discrezionalità tecnica, la P.A. deve ricorrere alla scienza e alla tecnica per compiere una valutazione inerente soltanto all'acclaramento dei presupposti dell'azione: «nel momento preliminare all'adozione del provvedimento, spesso la P.A., in ragione della incertezza definitoria connaturale alla materia cui di volta in volta afferisce la valutazione sulla ricorrenza o meno dei presupposti del suo agire (opinabilità derivante dalla incertezza della disciplina scientifica di riferimento), è titolare di un potere di scelta nella selezione dei criteri in applicazione dei quali procedere alla verifica della sussistenza dei presupposti». La norma, in altre parole, «prevede una fattispecie 'aperta', perché richiama un 'concetto giuridico indeterminato'», e così «'fagocita' dentro la fattispecie giuridica una disciplina non giuridica. Laddove la norma assegna alla P.A. il compito di acclarare la sussistenza di un presupposto di incerta ed opinabile rilevabilità, essa apre lo spazio ad un'attività di scelta discrezionale, la quale, però, ha un diverso oggetto: non gli interessi, bensì i criteri tecnico-scientifici per l'accertamento dei presupposti. Il diritto, in buona sostanza, c'entra poco o niente: si limita a riconoscere alla scienza un ruolo decisivo in un certo momento della fattispecie giuridica». L'espressione 'concetto giuridico indeterminato', che deriva dalla dottrina tedesca, indica un concetto attraverso il quale la norma giuridica 'consente' ai risultati cui perviene un'altra disciplina, per lo più tecnico-scientifica, di riempire di contenuto quella giuridica (tutte le parole fra virgolette sono riprese da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni cit.*, 422). Nella vasta bibliografia in materia, benché non proprio recenti, sono imprescindibili: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e*

prendere uno spazio di natura tecnica – oltre che nella fase istruttoria – anche nella fase, a dir così, ‘decisoria’. Ciò accade laddove la regola configuri la scelta che l’arbitro deve effettuare per definire il contenuto concreto del provvedimento come espressione di *discrezionalità amministrativa* (appunto) *a contenuto tecnico*, conferendogli la facoltà di individuare la sanzione tecnica e/o disciplinare che considera più idonea e adeguata per realizzare l’obiettivo fissato dalla disposizione normativa⁷².

Insomma, anche con riferimento alle regole del gioco del calcio – non diversamente da qualunque altra norma giuridica – occorre tener distinte le tre diverse specie di previsione normativa⁷³. Nella prima, la regola assegna all’arbitro il compito di *accertare* la inopinabile sussistenza di un fatto che costituisce condotta illegittima (l’attività dell’arbitro è vincolata, non essendogli lasciato alcuno spazio discrezionale): si pensi, ad esempio, al caso della rilevazione della posizione di fuorigioco, di cui alla Regola 11⁷⁴, a seguito della introduzione del VAR (su cui si torna poco avanti).

valutazioni tecniche, Milano 1985; e D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

⁷² A prescindere da come è disciplinata la fase istruttoria, quindi, è possibile che la norma, nella fase decisoria, contempra una *discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico*, assegnando all’autorità amministrativa (beninteso, dopo che abbia verificato la sussistenza dei presupposti dell’azione) il potere di «scegliere, fra le diverse soluzioni tecnico-scientifiche, quella che reputa più idonea alla migliore realizzazione» del cd. ‘interesse pubblico specifico’ (di nuovo si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., 423-425, testo da cui sono riprese le parole virgolettate; nonché ID., *Approfondimenti di diritto amministrativo* cit., loco cit., e 286-292). Questo modello strutturale della previsione normativa, dunque, disciplina l’agire propriamente e tipicamente discrezionale, secondo il quale, la scelta di una delle soluzioni tecniche possibili (una volta appurata la loro plausibilità scientifica), dovrà tener conto degli interessi secondari interagenti nella fattispecie concreta in modo da contemperarli e comporli al fine di realizzare in concreto adeguatamente l’interesse pubblico specifico.

⁷³ Non si comprende perché mai, per norme aventi la medesima morfologia, andrebbe adoperata una diversa logica applicativa soltanto in ragione del fatto che i soggetti chiamati ad applicarle fanno capo all’ordinamento sportivo. Appare, invero, (non solo possibile, ma) opportuno estendere il meccanismo ermeneutico valevole per le norme che disciplinano il potere della P.A. alle norme del Regolamento del gioco del calcio: la morfologia delle disposizioni normative di quest’ultimo è perfettamente assimilabile alle tre ipotesi descritte: mero *accertamento tecnico* e *discrezionalità tecnica* per quanto attiene all’acclaramento dei presupposti dell’azione; *discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico* per quanto concerne la definizione del contenuto del provvedimento.

⁷⁴ La Regola 11 (rubricata «*Fuorigioco*») così recita: «Essere in posizione di fuorigioco non è di per sé un’infrazione. Un calciatore si trova in posizione di fuorigioco se: – una qualsiasi parte della testa, del corpo o dei piedi è nella metà avversaria del terreno di gioco (esclusa la linea mediana) e – una qualsiasi parte della testa, del corpo o dei piedi è più vicina alla linea di porta avversaria rispetto sia al pallone, sia al penultimo avversario.

Nella seconda specie di previsione normativa, la regola assegna all'arbitro il compito di *valutare* discrezionalmente se un comportamento integri o no una condotta illegittima (all'arbitro è attribuito un potere di valutazione tecnica). Si pensi, ad esempio, di nuovo alla Regola 11 (appena richiamata), la quale stabilisce che non è da considerare in posizione di fuorigioco il giocatore che, pur stando oltre la linea dei difensori, riceve però il pallone da un avversario che lo gioca in maniera «intenzionale»⁷⁵: all'arbitro spetta una discrezionalità tecnica, dovendo valutare se l'avversario abbia giocato il pallone «intenzionalmente», e cioè stabilire, a suo insindacabile giudizio, se sussiste il presupposto fissato dalla norma – la 'intenzionalità' della giocata –, di opinabile rilevabilità, e nel caso lo consideri sussistente deve (e non può non) giudicare legittima la posizione di fuorigioco.

Anche la Regola 12 contempla una fattispecie di chiara discrezionalità tecnica. Essa dispone, infatti, che è sanzionabile con un calcio di punizione (o di rigore se nella relativa area) la infrazione del calciatore «contro un avversario» – consistente nei vari falli di giuoco, dal «caricare» al «saltare addosso», dal «dare o tentare di dare un calcio» allo «sgambettare o

Le mani e le braccia di tutti i calciatori, compresi i portieri, non sono da considerare. Un calciatore non si trova in posizione di fuorigioco se si trova in linea con: – il penultimo avversario oppure – gli ultimi due avversari». È evidente – come si chiarisce subito a seguire – che, per la restante parte, la disposizione assegna invece all'arbitro una discrezionalità tecnica.

⁷⁵ La disposizione così testualmente recita: «Un calciatore in posizione di fuorigioco nel momento in cui il pallone viene giocato o toccato [per tale valutazione deve essere preso in considerazione il primo punto di contatto con il pallone “giocato” o “toccato”] da un suo compagno deve essere punito soltanto se viene coinvolto nel gioco attivo: – *interferendo con il gioco*, giocando o toccando il pallone passato o toccato da un compagno; oppure – *interferendo con un avversario*: impedendogli di giocare o di essere in grado di giocare il pallone, ostruendogli chiaramente la linea di visione, o contendendogli il pallone, o tentando chiaramente di giocare il pallone che è vicino quando questa azione impatta sull'avversario, o facendo un'evidente azione che chiaramente impatta sulla capacità dell'avversario di giocare il pallone; oppure – *traendo vantaggio (da tale posizione) interferendo con un avversario o giocando il pallone* quando: è rimbalzato o è stato deviato dal palo o dalla traversa, da un ufficiale di gara o da un avversario è stato effettuato *intenzionalmente* un “salvataggio” da un avversario». E, subito a seguire, precisa che «Un calciatore in posizione di fuorigioco che riceve il pallone da un avversario, il quale lo gioca *intenzionalmente*, compreso con mano / braccio, non è considerato aver tratto vantaggio, a meno che non fosse un salvataggio *intenzionale* di un avversario», e dunque non è in posizione di fuorigioco punibile (corsivi di chi scrive). In altre parole, si deve ritenere che non abbia tratto vantaggio – la sua posizione non essendo dunque punibile – il calciatore che, stando in posizione di fuorigioco, riceve però il pallone da un avversario, il quale abbia giocato 'deliberatamente' il pallone.

tentare di sgambettare», e così via – compiuta «in un modo considerato dall'arbitro *negligente, imprudente o con vigoria sproporzionata*» (corsivi di chi scrive)⁷⁶. Non v'è dubbio che l'attività di acclaramento del presupposto al fine di applicare la sanzione si configuri come 'discrezionalità tecnica', la norma rimettendo all'arbitro la valutazione della sussistenza di un presupposto che la regola identifica in un 'concetto giuridico indeterminato'. Egli deve *considerare* che la infrazione sia stata commessa con 'negligenza', 'imprudenza', o 'vigoria sproporzionata'⁷⁷: l'elemento che discrimina fra la prima fattispecie e le altre due sembra risiedere nelle ricadute dell'azione nei confronti dell'avversario, giacché, stando al dato testuale della disposizione, la 'negligenza' sarebbe caratterizzata dall'assenza di conseguenze per questi⁷⁸.

Nella terza specie di previsione normativa (più rara), infine, la regola assegna all'arbitro il compito di *scegliere* se assumere un provvedimento

⁷⁶ La Regola 12 (rubricata «*Falli e scorrettezze*») così testualmente recita: «Un calcio di punizione diretto [o un calcio di rigore se commesso nella relativa area, Regola 14] è assegnato se un calciatore commette una delle seguenti infrazioni contro un avversario in un modo considerato dall'arbitro negligente, imprudente o con vigoria sproporzionata: – caricare – saltare addosso – dare o tentare di dare un calcio – spingere – colpire o tentare di colpire (compreso con la testa) – effettuare un tackle o un contrasto – sgambettare o tentare di sgambettare».

⁷⁷ La *negligenza*, la *imprudenza* e la *vigoria sproporzionata* vanno indiscutibilmente catalogati fra i 'concetti giuridici indeterminati' (si v. *retro* nota 71). La Regola 12, subito a seguire, riduce l'arbitrio valutativo dell'arbitro meglio definendo il significato dei tre concetti. Viene precisato che «*Negligenza*» significa che il calciatore mostra una mancanza di attenzione o considerazione nell'effettuare un contrasto o che agisce senza precauzione» (corsivo di chi scrive). Il contenuto precettivo rimane comunque non privo di incertezza interpretativa: la *mancanza di attenzione o considerazione* ed il *senza precauzione* restano, infatti, nella valutazione tecnica dell'arbitro, e la fase di acclaramento del presupposto è caratterizzata da discrezionalità tecnica. Viene poi stabilito che «*Imprudenza*» significa che il calciatore agisce con noncuranza del pericolo o delle conseguenze per l'avversario» (corsivo di chi scrive). Anche qui la fase di acclaramento del presupposto, nonostante la puntualizzazione, resta di discrezionalità tecnica (decidere se sussiste la *noncuranza* è lasciato alla valutazione tecnica dell'arbitro). Viene chiarito, infine, che «Con *vigoria sproporzionata*» si intende che il calciatore eccede nell'uso della forza necessaria e mette in pericolo l'incolumità di un avversario» (corsivo di chi scrive). L'acclaramento del presupposto è anche qui connotato da discrezionalità tecnica.

⁷⁸ Ed invero – diversamente dai casi della *imprudenza* e della *vigoria sproporzionata* –, affinché ricorra la *negligenza* deve escludersi che l'intervento possa produrre nocumento al giocatore avversario: la fattispecie, cioè, ricorre laddove il calciatore non abbia agito «con noncuranza del pericolo o delle conseguenze per l'avversario» ('imprudenza'), né abbia messo «in pericolo l'incolumità di un avversario» ('vigoria sproporzionata'). Sembra doversene inferire che, verosimilmente, il discrimine fra la prima fattispecie e le altre due stia nell'assenza di contatto con l'avversario.

(e quale)⁷⁹. Si pensi, ad esempio, alla comminazione della sanzione nel caso di rilevazione di una «negligenza», la regola disponendo che «Non è necessario alcun provvedimento disciplinare»: dal tenore letterale del lessico normativo, dunque, l'arbitro ben potrebbe ritenere che, pur se «non necessario», sia tuttavia 'opportuno' infliggere un provvedimento disciplinare⁸⁰.

Appare superfluo precisare che in tutte e tre le tipologie di attività sinteticamente descritte, l'arbitro ben può incorrere in un *errore*. La sua commissione, però, nell'ordinamento sportivo (diversamente da quanto è previsto per la P.A.⁸¹) è assai difficilmente rilevabile⁸², e mai sindacabile⁸³.

⁷⁹ La scelta attiene (non alla valutazione necessaria per la verifica della sussistenza del presupposto, bensì) al tipo di decisione da assumere, e corrisponde appieno a quello che per la P.A. viene definito *merito amministrativo*, il provvedimento espressione del quale è insindacabile da parte del giudice (per il principio di separazione dei poteri), a meno che l'atto non risulti viziato da eccesso di potere, rilevabile per la riscontrata presenza di figure sintomatiche, quali ad esempio l'*errore di fatto* o la *ingiustizia manifesta*. Il che, con riferimento alle decisioni dell'arbitro, pur essendo configurabile sul piano astratto e teorico, appare in concreto e nel pratico di assai difficile rilevazione.

⁸⁰ Diverso è il caso della *imprudenza* (per noncuranza) in cui la fase decisoria, di comminazione della sanzione, si qualifica come *attività vincolata*: il calciatore «per questo *deve* essere ammonito» (corsivo di chi scrive); così come quello della *vigoria sproporzionata*, in cui ugualmente la fase decisoria, di comminazione della sanzione, si qualifica come *attività vincolata*, anche qui la norma non lasciando spazi di valutazione sulla sanzione da comminare: il calciatore «per questo *deve* essere espulso» (corsivo di chi scrive).

⁸¹ Come è noto, infatti, per una P.A. le conseguenze derivanti dalla rilevazione di un errore possono essere di diverso genere: amministrative, civili e penali. Ove, infatti, il provvedimento assunto sia illegittimo può essere annullato (dal G.A.); ove abbia cagionato danni, la P.A. può essere condannata a risarcirli (dal G.O. o dal G.A.); ove la sua emanazione integri un illecito penale, il dipendente che l'abbia assunto può essere condannato (dal giudice penale).

⁸² Ciò per la evidente e indiscutibile circostanza della necessaria tempestività della decisione allo scopo di consentire il prosieguo del gioco. Naturalmente, l'assolutezza della non rilevabilità è stata significativamente moderata dalla introduzione del VAR, su cui si torna subito a seguire.

⁸³ Fra le altre, si v., ad esempio, Corte Sportiva d'Appello, III sez., 8/8/2017, comunicato n. 012 (2017-2018), secondo cui «il *giudizio tecnico*, che l'ordinamento sportivo rimette all'arbitro, attiene a quell'*area assolutamente insindacabile* che investe le decisioni adottate sul campo e, pertanto è la stessa configurazione dei motivi di reclamo a prestare il fianco alla fondamentale obiezione che si verte nella materia di decisioni insindacabili». E, più di recente, Corte Sportiva d'Appello, II sez., 12/11/2019, comunicato n. 013 (2019-2020), la quale richiama «l'art. 29, comma 3, C.G.S., che esclude testualmente ed espressamente la competenza sanzionatoria del Giudice Sportivo per "fatti che investono *decisioni di natura tecnica o disciplinare* adottate in campo dall'arbitro, o che siano devoluti alla *esclusiva discrezionalità tecnica* di questi ai sensi della regola 5 del Regolamento del Giuoco". Infatti, la decisione sulla convalida di una rete è un provvedimento di natura tecnica, devoluto alla discrezionalità del Direttore di Gara e, come tale, *insindacabile* da

Nondimeno, in una significativa parte delle valutazioni discrezionali dalle regole attribuite all'arbitro, i margini di errore sono stati notevolmente ridotti dalla introduzione del VAR («*Video Assistant Referee*»)⁸⁴. Ed invero, attraverso la utilizzazione delle immagini televisive, il *fatto*, che poi comunque resta sempre suscettibile di valutazione tecnica, è acclarabile in maniera pressoché inopinabile⁸⁵. Si può, dunque, non essere d'accordo con una decisione dell'arbitro in relazione alla *valutazione tecnica* di esso (a causa della intrinseca, ontologica, opinabilità di questa), ma non in relazione all'*acclaramento* del fatto: il disaccordo su questo, col VAR, è praticamente impossibile, perché l'eventuale erroneo accertamento da parte dell'arbitro sarebbe corretto dalla rivisitazione televisiva.

La disciplina del Protocollo VAR (che regola l'uso della tecnologia così denominata) prevede due arbitri addetti alla revisione delle immagini⁸⁶.

parte degli Organi di Giustizia Sportiva, alla luce delle norme del vigente C.G.S. Preme peraltro evidenziare come la norma in questione sia ben giustificata in quanto volta ad assicurare che la competizione sportiva, con le relative valutazioni e decisioni di natura tecnica/disciplinare adottate in campo dall'arbitro, devolute alla sua *esclusiva discrezionalità tecnica*, si esauriscano al suo termine. Ne consegue che le rilevazioni dell'arbitro non possono essere riviste *se non nei particolari casi che l'ordinamento sportivo prevede*. Diversamente opinando, le valutazioni discrezionali di carattere tecnico finirebbero sempre per avere un carattere provvisorio, superabile dalla prova contraria che la società od il giocatore possono offrire, con la diretta conseguenza di inficiare lo svolgimento delle attività sportive e la certezza dei loro risultati. Questo, senza dimenticare che alla classe arbitrale sono attribuite, dal sistema federale, funzioni di garanzia che se potessero essere messe in discussione dalle parti in causa, tali non sarebbero, in modo pieno, efficace, affidabile e certo. La giurisprudenza citata dalla società reclamante non è pertinente all'argomento oggi in discussione trattandosi di casi che non investono *decisioni di natura tecnica* o devoluti alla *esclusiva discrezionalità tecnica dell'arbitro* (tutti i corsivi sono di chi scrive).

⁸⁴ Il termine – tradotto letteralmente: 'arbitro video-assistente' – si riferisce chiaramente al soggetto chiamato ad usare la speciale tecnologia e, per ciò, si declina al maschile. Tuttavia, non di rado, il termine è declinato al femminile, alludendosi all'attività che quei soggetti devono compiere, nel significato appunto di 'video-assistenza all'arbitro'.

⁸⁵ Per fare un esempio, se il difendente arriva sul pallone e lo tocca prima dell'attaccante, è un *fatto* con le immagini televisive acclarabile senza incertezza. Ciò non significa, però, che non abbia commesso il fallo. La regola, infatti, assegna all'arbitro il potere di valutare se l'intervento del difendente, a prescindere dal fatto che tocchi prima il pallone, sia «negligente», «imprudente» ovvero compiuto con «vigoria sproporzionata», così affidandogli un potere assoluto, che è, per definizione, incontrovertibile. Va sottolineato che il ritenere una regola del genere giusta o sbagliata è questione irrisolvibile, se non convenzionalmente accettandola.

⁸⁶ Ai sensi del Protocollo VAR dell'AIA (2020), «Il VAR guarda la gara nella sala operativa video (VOR = Video Operation Room) assistito da un AVAR (Assistant VAR) e un operatore video (RO = Replay Operator). A seconda del numero di inquadrature delle varie telecamere (e di altre considerazioni) può essere prevista la presenza di più di un AVAR o di un operatore video» (Punto 3. *Aspetti pratici*).

I suoi «*Principi fondamentali*»⁸⁷, che – è opportuno ricordarlo – sono ispirati alla massima, esplicitamente enunciata, della «minima interferenza – massimo beneficio»⁸⁸, vengono così testualmente elencati: 1) «sarà sempre l'arbitro a prendere la *decisione finale*»; 2) il «protocollo IFAB» è «unico per tutte le nazioni»; 3) «la decisione arbitrale sarà cambiata solo se il video dimostrerà che si tratta di un *chiaro errore*» (corsivi di chi scrive)⁸⁹.

I casi per i quali è possibile far ricorso al VAR sono esclusivamente i seguenti quattro: *la segnatura di un gol; l'assegnazione di un calcio di rigore; la espulsione diretta* (non quella, per somma di ammonizioni, del cd. 'secondo giallo'); *l'errore di identità* (scambio del calciatore da ammonire o espellere con un altro)⁹⁰.

⁸⁷ L'espressione, che non si rinviene nel vero e proprio Protocollo VAR dell'IFAB (20/21), né nel Protocollo VAR dell'AIA (2020), è adoperata nel documento dell'IFAB denominato «*Video assistant referees (VARs) experiment – Principles & Practicalities*».

⁸⁸ Con ciò volendosi intendere, verosimilmente, che l'uso della tecnologia va rigorosamente circoscritto ai soli casi contemplati in maniera tassativa dalla disposizione. La massima, che compare nel succitato documento IFAB, si rinviene anche nella circolare 4 aprile 2017, n. 8, emessa a seguito del «*131st Annual General Meeting: amendments to the Laws of the Game 2017/2018 and other important decisions*» (tenutosi a Londra il 3 marzo 2017). Ma – va precisato – non compare nel Protocollo VAR dell'IFAB, né nel Protocollo VAR dell'AIA.

⁸⁹ Per il vero, i tre principi sono così enunciati soltanto nel documento illustrativo presentato al *Team meeting VAR – Serie A 2017/2018* (ed anche, sebbene in diverso ordine, nel documento IFAB *Video assistant referees (VARs) experiment – Principles & Practicalities*). Nel Protocollo VAR dell'IFAB e nel Protocollo VAR dell'AIA figurano soltanto il primo ed il terzo. Mentre, cioè, il secondo principio compare solo nei due documenti richiamati, gli altri due, sebbene espressi in maniera formalmente diversa, sono presenti rispettivamente come segue. Nel Protocollo VAR dell'IFAB (al Punto 1. *Principles*), il primo principio è espresso così: «3. The original decision given by the referee will not be changed unless the video review clearly shows that the decision was a 'clear and obvious error'»; ed il terzo principio così: «5. The final decision is always taken by the referee, either based on information from the VAR or after the referee has undertaken an 'on-field review' (OFR)». Nel Protocollo VAR dell'AIA (al Punto 1. *Principi*), invece, il primo principio è espresso così: «3. La decisione iniziale assunta dall'arbitro non sarà modificata a meno che la revisione video non mostri palesemente che la decisione era un "chiaro ed evidente errore"»; ed il terzo così: «5. La decisione finale viene sempre presa dall'arbitro, o in base alle informazioni del VAR o dopo che l'arbitro ha intrapreso una "revisione sul campo" (OFR = On Field Review)».

⁹⁰ Nel Protocollo dell'IFAB sono enunciati così: «1. A video assistant referee (VAR) is a match official, with independent access to match footage, who may assist the referee only in the event of a 'clear and obvious error' or 'serious missed incident' in relation to: a. Goal/no goal; b. Penalty/no penalty; c. Direct red card (not second yellow card/caution); d. Mistaken identity (when the referee cautions or sends off the wrong player of the offending team)» (Punto 1. «*Principles*»). Nel Protocollo dell'AIA, invece, si legge:

In relazione all'operato del VAR, il Protocollo, pur non spiegando espressamente la differenza fra le due, mediante esemplificazioni distinte fra decisioni *soggettive* – «ad esempio intensità di un contrasto falloso, interferenza in un fuorigioco, considerazioni su un fallo di mano»⁹¹ – e decisioni *fattuali* – «ad esempio, posizione di un'infrazione o di un calciatore (fuorigioco), punto di contatto (fallo di mano / fallo), posizione (all'interno o all'esterno dell'area di rigore), pallone non in gioco, ecc.»⁹² – relativamente alle conseguenze. La distinzione parrebbe evocare la differenza fra atti *discrezionali* e atti *vincolati*. Ma il condizionale è d'obbligo.

Ed infatti, per le «decisioni soggettive» la regola dispone che è (non *necessaria*, ma) «*appropriata* una “revisione sul campo”», così la capacità discrezionale sembrando estendersi, oltre al *quomodo*, e cioè al come rivalutare l'episodio, anche all'*an*, e cioè al se ricorrere o no alla tecnologia al fine di rivederlo. D'altra parte, per le «decisioni fattuali» la regola stabilisce che «è *solitamente* sufficiente una revisione del VAR», precisando che «tuttavia una “revisione sul campo” può essere intrapresa [anche] per una decisione fattuale se aiuterà a gestire i calciatori o la gara o a rendere pienamente credibile la decisione (ad esempio una decisione cruciale nel finale della gara)»⁹³.

La previsione non si segnala certamente per la chiarezza. In particolare, l'uso delle locuzioni «è appropriata» e «solitamente sufficiente» rende meno netta la differenza fra le due tipologie di decisione. E infatti, da un

«1. Un VAR è un ufficiale di gara, con accesso indipendente ai filmati della gara, che può assistere l'arbitro soltanto in caso di “chiaro ed evidente errore” o “grave episodio non visto” in relazione a: a. rete segnata / non segnata b. calcio di rigore / non calcio di rigore c. espulsione diretta (non seconda ammonizione) d. scambio d'identità (quando l'arbitro ammonisce o espelle il calciatore sbagliato)» (Punto 1. «*Principi*»).

⁹¹ Così al Punto 4. «*Procedure, Revisione*», Protocollo dell'AIA. Nel documento illustrativo *Team meeting VAR*, si parla di *on field review* (OFR), chiarendosi che questa è possibile con riguardo soltanto a: «- Interpretazioni (PK [penalty kick – calcio di rigore] / RC [red card – cartellino rosso] / DOGSO [*Deny an Obvious Goal Scoring Opportunity* – negare una evidente opportunità di segnare una rete] ...) – Cambiare una propria decisione».

⁹² Così ancora al Punto 4. «*Procedure, Revisione*», Protocollo dell'AIA. In proposito il documento illustrativo *Team meeting VAR*, riferendosi alla decisione *sulla base del VAR*, spiega che questa è possibile con riguardo soltanto a *Factual Decisions* concernenti: «- FG [fuorigioco] prima di un GOAL, RIGORE o DOGSO [chiara occasione da goal] – FALLO DENTRO/FUORI l'area di rigore – Palla fuori dal terreno di gioco prima di un GOAL, RIGORE, DOGSO [chiara occasione da goal] – PUNTO DI CONTATTO: No fallo di mano, ...petto, spalla... – ERRORI D'IDENTITÀ».

⁹³ Così sempre il Protocollo VAR dell'AIA, al Punto 4 «*Procedure, Revisione*».

canto, il dover essere «appropriata» sembra qualificare la ‘decisione soggettiva’ come ‘non doverosa’; dall’altro, l’avverbio «solitamente» lascia il dubbio che talvolta – ma non è specificato in quali circostanze – la ‘decisione fattuale’ del VAR possa comunque essere sostituita da una «revisione sul campo» che l’arbitro avrebbe il potere d’intraprendere in presenza di circostanze definite in maniera obiettivamente assai vaga, apparendo alquanto opaco il significato delle espressioni «gestire i calciatori o la gara», e «rendere pienamente credibile la decisione»⁹⁴.

Su una prescrizione della disposizione normativa, però, è assai difficile opinare: che l’arbitro possa «avviare una “revisione”». Ciò nondimeno, rimane incerta la definizione delle due circostanze in presenza delle quali sia in grado di (o debba?) farlo⁹⁵: nel caso di «un potenziale “errore

⁹⁴ A ben riflettere, non si capisce in realtà se la «revisione sul campo» possa condurre ad un cambiamento della «decisione fattuale», così trasformandone la natura di provvedimento frutto di attività ‘vincolata’, oppure, senza alterare il contenuto della decisione (che resta vincolata), sia funzionale soltanto ad esibire trasparenza, così perseguendo la esclusiva finalità di gestire al meglio eventuali ‘turbolenze’ sul campo.

⁹⁵ Al riguardo il Punto 4 del Protocollo VAR dell’AIA così testualmente recita: «– L’arbitro può avviare una “revisione” per un potenziale “errore chiaro ed evidente” o un “grave episodio non visto” quando: • il VAR (o un altro ufficiale di gara) raccomanda una “revisione” • l’arbitro sospetta che qualcosa di grave non sia stato “visto” – se il gioco è già interrotto, l’arbitro ne ritarda la ripresa – se il gioco non è ancora interrotto, l’arbitro interrompe il gioco quando il pallone è in una zona / situazione neutra (di solito quando nessuna squadra è impegnata in un’azione d’attacco) e mostra il gesto dello “schermo TV” – il VAR descrive all’arbitro che cosa mostrano i filmati e l’arbitro poi: • mostra il gesto dello “schermo TV” (se non lo ha già fatto) e va nell’area di revisione per vedere il replay del filmato – “revisione sul campo” – prima di prendere una decisione definitiva. Gli altri ufficiali di gara non vedranno il filmato a meno che, in circostanze eccezionali, non sia l’arbitro a chiederglielo *oppure* • prende una decisione definitiva in base alla propria percezione e alle informazioni comunicate dal VAR e, se del caso, da ulteriori indicazioni degli altri ufficiali di gara – revisione “solo VAR” – Alla fine di entrambi i processi di revisione, l’arbitro deve mostrare il gesto dello “schermo TV”, seguito immediatamente dalla decisione finale». Analogamente si esprime il vigente Protocollo dell’IFAB che al Punto 4. *Procedures, Review* così recita: «– The referee can initiate a ‘review’ for a potential ‘clear and obvious error’ or ‘serious missed incident’ when: • the VAR (or another match official) recommends a ‘review’ • the referee suspects that something serious has been ‘missed’ – If play has already stopped, the referee delays the restart – If play has not already stopped, the referee stops play when the ball is next in a neutral zone/situation (usually when neither team is in an attacking move) and shows the ‘TV signal’ – The VAR describes to the referee what can be seen on the TV replay(s) and the referee then: • shows the ‘TV signal’ (if not already shown) and goes to the referee review area to view replay footage – ‘on-field review’ (OFR) – before making a final decision. The other match officials will not review the footage unless, in exceptional circumstances, asked to do so by the referee or • makes a final decision based on the referee’s own perception and the information from the VAR, and, where appropriate, input from other match officials

chiaro ed evidente”», non essendo esplicitato a chi spetti (se all’arbitro o al VAR) la valutazione di siffatta *potenzialità*; nel caso di «un “grave episodio non visto”», essendo pienamente comprensibile soltanto laddove «il VAR (o un altro ufficiale di gara) raccomanda una “revisione”», risultando invece alquanto difficile capire come e quando l’arbitro ‘sospetti’ «che qualcosa di grave non sia stato “visto”»⁹⁶.

I dubbi e le perplessità sulla interpretazione vengono significativamente ridotti dalla perentoria prescrizione di cui al Punto 4 dei *Principi* del Protocollo VAR: «Solo l’arbitro può iniziare una “revisione”; il VAR (e gli altri ufficiali di gara) possono solo raccomandare una “revisione” all’arbitro»⁹⁷.

Quanto ai compiti assegnati al VAR, il Protocollo dispone che questi «descrive all’arbitro che cosa mostrano i filmati». Sarà nella valutazione di quest’ultimo decidere poi fra due opzioni: *a*) dopo aver mostrato «il gesto dello “schermo TV” (se non lo ha già fatto)», andare «nell’area di revisione per vedere il replay del filmato – “revisione sul campo”», e quindi «prendere una decisione definitiva», alla quale gli «altri ufficiali di gara» non possono partecipare (anche perché essi «non vedranno il filmato»)»; *b*) prendere «una decisione definitiva in base alla *propria percezione* e alle informazioni comunicate dal VAR e, se del caso, da ulteriori indicazioni degli altri ufficiali di gara – *revisione “solo VAR”*» (corsivi di chi scrive).

La piena intelligenza della seconda opzione si rivela obiettivamente difficile. Perché, visto che si tratta di «revisione “solo VAR”» (e non di «“revisione sul campo”»), risulta veramente poco comprensibile il richiamo alla «percezione» dell’arbitro: a meno di non intenderla riferita al momento successivo alla revisione delle immagini; ma ciò implicherebbe ritenere che si versi in un caso suscettibile di valutazione (in quanto tale

– VAR-only review – At the end of both review processes, the referee must show the ‘TV signal’ immediately followed by the final decision».

⁹⁶ Visto da chi, da sé medesimo o da altri ufficiali di gara? E grave quanto?

⁹⁷ Analogamente il Protocollo dell’IFAB al Punto 1. «*Principles*» afferma: «4. Only the referee can initiate a ‘review’; the VAR (and other match officials) can only recommend a ‘review’ to the referee». La prescrizione si rinvia anche nel documento illustrativo *Team meeting VAR*, secondo il quale, ancor più nitidamente, «- solo l’arbitro può decidere di *iniziare* una REVIEW – altri ufficiali di gara (AA, 4th o VAR) possono *solo “consigliare”* una REVIEW». La disposizione chiarisce che «Una *review* avviene per 2 motivi: a) VAR (o un altro ufficiale di gara) *consiglia* che una *review* deve iniziare per un *chiaro errore* b) l’arbitro *sospetta* che un *grave errore* è stato commesso, o *qualcosa di serio* è stato ‘perso’» (i corsivi sono di chi scrive).

⁹⁸ Sul punto la disposizione specifica: «a meno che, in circostanze eccezionali, non sia l’arbitro a chiederglielo».

ricadente nella fattispecie «“revisione sul campo”»), e non rilevabile in maniera certa e inopinabile (ricadente, invece, in quella «revisione “solo VAR”»).

Al di là delle lacune e/o contraddizioni evidenziate, comunque, è da sottolineare una parte rilevante del dettato normativo: quella secondo cui «l'accuratezza della decisione finale è più importante della rapidità con cui la si prende»⁹⁹, il che implicherebbe che si debba pretendere dagli arbitri comportamenti sempre più adusi al ricorso allo strumentario tecnologico¹⁰⁰.

In definitiva, sebbene con qualche margine di dubbio, due dei quattro casi andrebbero qualificati come «revisionabili», nel senso che concernono episodi sui quali l'intervento VAR genererebbe una revisione certa ('fattuale' appunto), che s'impone sulla valutazione dell'arbitro: i goal / non goal¹⁰¹ e gli errori di identità¹⁰². Il condizionale è dovuto alla riferita 'ambiguità'

⁹⁹ La disposizione precisa che «Per questa ragione, e poiché alcune situazioni sono complesse con diverse decisioni / episodi revisionabili, non esiste un limite di tempo massimo per il processo di revisione».

¹⁰⁰ Per converso, può ben dirsi ancora ambigua la considerazione dell'utilizzo del VAR nell'attribuzione dei punteggi agli arbitri in sede di valutazione del loro operato: se, cioè, un più cospicuo ricorso ad esso sia da apprezzare come la forma di conduzione della gara fisiologicamente corretta, oppure come indice rivelatore di errori od incertezze. Ed infatti – diversamente da quanto ha di recente dichiarato il designatore Rizzoli (si v., *infra*, nota 135) –, non sono vaghi i sospetti che a prevalere sia la seconda linea, almeno stando a quanto sostiene C. GAVILLUCCI, *L'uomo nero. La verità di un arbitro scomodo*, Milano 2020, 58, secondo il quale gli arbitri hanno una certa qual ritrosia a ricorrere al VAR: «Avere a disposizione uno strumento formidabile ma pensare che possa diventare il carnefice della tua carriera non ne agevola certo l'utilizzo».

¹⁰¹ Secondo il Protocollo VAR dell'AIA, Punto 2, fra le «Decisioni/episodi revisionabili che cambiano la gara», alla lett. «a. Rete segnata / non segnata», figurano le seguenti fattispecie: «• infrazione della squadra attaccante nel costruire l'azione che ha portato alla segnatura o nel segnare la rete (fallo di mano, fallo, fuorigioco, ecc.) • pallone non in gioco prima della segnatura • decisione sul gol / non gol • infrazione del portiere e/o del calciatore che esegue un calcio di rigore o ingresso in area prima dell'esecuzione di un calcio di rigore da parte di un attaccante o difensore che viene poi direttamente coinvolto nel gioco se il pallone rimbalza da palo, traversa o portiere» (il testo corrisponde alla traduzione di quello del Protocollo IFAB). Il documento illustrativo *Team meeting VAR*, invece, così recita: «1. GOAL. Dopo un goal il VAR *deve* controllare: – offside – pallone dentro o fuori dal campo (prima di una rete) – goal / no goal (glt)» (corsivo di chi scrive). La disposizione precisa che «Si rivede un possibile fallo nella fase di conquista del pallone (APP) *Attacking Phase Possession*». A questo riguardo, va precisato che resta qualche perplessità in relazione ad alcuni casi, quali, ad esempio, le valutazioni sul fallo di mano, oppure sul previo fuorigioco non rilevato: casi che a rigore dovrebbero rientrare fra le 'decisioni soggettive' laddove siano richieste attività tecnico-discrezionali.

¹⁰² Il Protocollo VAR dell'AIA, al Punto 2 «Decisioni/episodi revisionabili che cam-

del testo normativo¹⁰³. Gli altri due, invece, sarebbero qualificati come «da *review*»¹⁰⁴, nel senso che concernono episodi sui quali l'intervento VAR può consistere solo nell'invitare l'arbitro a rivedere le immagini affinché effettui meglio la valutazione di un episodio ('soggettiva' appunto). Su questi ultimi occorre brevemente prestare ulteriore attenzione.

Il primo incidente da *review* concerne la *concessione del calcio di rigore*. Al riguardo il Protocollo AIA indica tassativamente le seguenti fattispecie: «infrazione della squadra attaccante nel costruire l'azione che si conclude con l'episodio del calcio di rigore (fallo di mano, fallo, fuorigioco, ecc.)»¹⁰⁵; «pallone non in gioco prima dell'episodio» e «posizione dell'infrazione (all'interno o all'esterno dell'area di rigore)»¹⁰⁶; «calcio di rigore erroneamente assegnato»; «infrazione da calcio di rigore non sanzionata»¹⁰⁷.

biano la gara», così recita: «d. Scambio d'identità (cartellino rosso o giallo). Se l'arbitro sanziona un'infrazione e poi ammonisce / espelle il calciatore sbagliato, l'identità del reo può essere riesaminata; l'infrazione in sé non può essere oggetto di revisione a meno che non si riferisca a una rete, un episodio da calcio di rigore o un cartellino rosso "diretto"» [con una lieve differenza, il testo corrisponde alla traduzione di quello del Protocollo IFAB: «d. Mistaken identity (red or yellow card). If the referee penalises an offence and then gives the wrong player from the offending (penalised) team a yellow or red card, the identity of the offender can be reviewed; the actual offence itself cannot be reviewed unless it relates to a goal, penalty incident or direct red card»]. Il documento illustrativo *Team meeting VAR*, invece, così recita: «4. ERRORI DI IDENTITÀ. – VAR 1 *deve* controllare se l'arbitro *ammonisce od espelle* un giocatore sbagliato (*inclusa la squadra sbagliata*). – VAR *assisterà PROATTIVAMENTE* l'arbitro» (corsivi di chi scrive).

¹⁰³ Ambiguità confermata anche dalla equivoca assegnazione (nel Protocollo VAR dell'AIA, alle lett. *a* e *b*, del Punto 2 – *Decisioni/episodi revisionabili che cambiano la gara*) del compito di rilevare la «infrazione della squadra attaccante nel costruire l'azione che ha portato alla segnatura o nel segnare la rete», ovvero la «infrazione della squadra attaccante nel costruire l'azione che si conclude con l'episodio del calcio di rigore»: non è chiaro, infatti, se tocchi al VAR, oppure all'arbitro, decidere se ricorrano i presupposti per la sussistenza di un «fallo di mano», o di altro «fallo», o per la «rilevanza attiva» di un «fuorigioco»; lo è invece per un fuorigioco che ha inficiato l'azione che ha portato alla segnatura o al calcio di rigore.

¹⁰⁴ Di questa qualificazione, invero, non si rinviene traccia in alcuna fonte se non nel documento illustrativo *Team meeting VAR*. Tuttavia sembra possibile farsi rientrare in essa i casi disciplinati dal Protocollo.

¹⁰⁵ A questo riguardo, invero, resta qualche perplessità in relazione ad alcuni casi, quali, ad esempio, il fallo di mano non commesso, oppure il previo fuorigioco non rilevato: casi i quali, consistendo in meri accertamenti tecnici, dovrebbero rientrare fra le «decisioni fattuali».

¹⁰⁶ Pure con riguardo a queste due fattispecie, invero, resta qualche perplessità, l'attività relativa sembrando consistere, anche in questi casi, in un mero accertamento tecnico, e dunque in una «decisione fattuale».

¹⁰⁷ Così il Protocollo VAR dell'AIA, al Punto 2 (*Decisioni/episodi revisionabili che*

Il secondo incidente da *review* concerne, invece, le *espulsioni dirette*. Secondo il Protocollo AIA (alla lett. c del Punto 2, «*Decisioni/episodi revisionabili che cambiano la gara*»), vanno decretate «*Espulsioni dirette (non seconda ammonizione)*» laddove si verificano episodi consistenti nelle seguenti fattispecie: «• DOGSO (in particolare il punto dell'infrazione e la posizione degli altri calciatori) • grave fallo di gioco (o contrasto imprudente) • condotta violenta, mordere o sputare • usare gesti offensivi e/o ingiuriosi»¹⁰⁸.

3. *La natura giuridica dell'arbitro e la sua vocazione funzionale*

Una volta compiuta l'analisi della possibile morfologia delle norme giuridiche contenenti le regole tecniche del gioco del calcio, bisogna ora indagare sulla figura soggettiva investita del compito (e del potere) di garantire che vengano rispettate. Si tratta, dunque, di chiarire, da un lato, la natura giuridica e, dall'altro, la vocazione funzionale dell'arbitro.

La questione della natura giuridica dell'arbitro può ben definirsi anosa: è controverso, praticamente da sempre, se l'arbitro rivesta o no la qualifica di pubblico ufficiale. Sulla disputa – lo si coglie facilmente – influisce non marginalmente quella, più generale, del rapporto fra ordinamento generale e ordinamento sportivo e del considerare quest'ultimo come prevalentemente attinto all'area di dominio del diritto pubblico o del diritto privato¹⁰⁹. E dal modo di risolvere la disputa – è evidente – discendono conseguenze assai rilevanti sul piano tecnico-giuridico.

Secondo un orientamento risalente, «non può disconoscersi che l'arbitro, in quanto delegato dal C.O.N.I. – e per esso dalla Federcalcio –

cambiano la gara), lett. «b. Calcio di rigore / non calcio di rigore». Nel documento illustrativo *Team meeting VAR*, invece, al Punto 2. *Rigori*, si legge: «Dopo ogni possibile incidente in area di rigore il VAR *deve* controllare: – L'infrazione se è penalty o no – Dentro o fuori l'area di rigore – Possibile offside – Pallone dentro o fuori dal campo prima del calcio di rigore». La disposizione precisa che «Si rivede un possibile fallo nella fase di conquista del pallone (APP – *Attacking Phase Possession*)», che sembra doversi intendere nel senso di un fallo commesso prima di quello da rigore.

¹⁰⁸ Non diversamente, nel documento illustrativo *Team meeting VAR* sono contemplati: da un canto, la fattispecie di cui al Punto «3. FALLO GRAVE DI GIOCO E VIOLENZE», che ricorre quando si tratti di: «- solo 'rossi diretti', no per secondi gialli – fallo grave di gioco – violenze» (la disposizione precisa che «si rivede solo l'incidente»); d'altro canto, la fattispecie di cui al Punto «3. DOGSO», nel qual caso «Si rivede un possibile fallo nella fase di conquista del pallone (APP – *Attacking Phase Possession*)».

¹⁰⁹ Sulla quale si v. *retro*, i § 2 e 2.1.

a dirigere il regolare svolgimento delle manifestazioni sportive, esercita un'attività di pubblico interesse, e quindi pubblica, pertanto va considerato a tutti gli effetti un pubblico ufficiale»¹¹⁰.

Di diverso avviso pare, però, la Corte di Cassazione, la quale¹¹¹ ritiene che «Il ruolo di amministratore della Federazione o del relativo Comitato Regionale [...] non implica l'assunzione automatica della *qualità di pubblico ufficiale*, perché – di norma – l'amministratore opera nell'interesse di un soggetto privato (che ha una sua autonomia rispetto al CONI) e non esercita, pertanto, una *pubblica funzione*. Questa viene esercitata solo nel caso in cui la Federazione (o il Comitato Regionale) opera, per il tramite dei propri amministratori, come “organo” del CONI»¹¹². Dall'as-

¹¹⁰ Così Trib. Velletri, 2/11/1977, in *Nuovo dir.*, 1978, 239, che perveniva alla conclusione dopo aver chiarito che «I fini che lo Stato moderno persegue non possono essere limitati a quelli meramente essenziali e strumentali (difesa, ordine pubblico, istruzione ecc.) ma vi rientrano anche quelli, sia pure non essenziali, che tuttavia rivestono un particolare interesse collettivo, sociale, ricreativo e culturale, tra cui assume rilevanza primaria lo sport. Invero, siffatti fini non essenziali, vengono raggiunti dallo Stato, attraverso molteplici enti o organizzazioni che trovano, la loro multiforme espressione, in enti o associazioni pubblicisticamente riconosciuti, che, fanno capo, per quanto attiene l'attività sportiva al C.O.N.I., il quale svolge le sue funzioni sotto l'alta direzione e controllo del ministero dello sport e del turismo». Non molti anni dopo, Pret. Castelfranco Veneto, 29/11/1985, confermava che «L'arbitro federale di calcio è pubblico ufficiale agli effetti della legge penale», in *Giur. merito*, 1986, 636. D'altra parte, in precedenza, Pret. Genova, 10/6/1961, in *Giur. it.*, 1962, vol. II, 162 ss., aveva affermato che «Il C.O.N.I. è ente pubblico, ma da ciò non deriva che siano pubblici ufficiali gli arbitri delle partite di calcio, i giudici di gara, i cronometristi e, in genere, gli incaricati degli organi federali poiché l'interesse dello Stato non si incentra in ogni partita sportiva né i suddetti incaricati concorrono a formare la volontà dello Stato. Peraltro deve riconoscersi la qualifica di incaricato di pubblico servizio al giudice di gara dal cui risultato dipenda la determinazione di soggetti vincitori di scommesse, concorsi pronostici, lotterie, ecc.».

¹¹¹ Sull'affermato presupposto che «le Federazioni sportive [...] nonché il relativo Comitato Regionale sono, di norma, soggetti di diritto privato, legati al CONI da un rapporto intersoggettivo esterno, nel senso che gli enti restano autonomi l'uno dall'altro e non v'è confluenza degli interessi e delle funzioni. La Federazione sportiva assume connotazione pubblicistica solo allorché agisce come “organo” del CONI e il rapporto intersoggettivo lascia spazio a quello di compenetrazione organica, il che [...] si verifica solo in relazione “all'esercizio delle attività sportive ricadenti nell'ambito di rispettiva competenza”».

¹¹² Così Cass. Pen., Sez. VI, 19/4/2000, n. 8727 (depositata il 2/8/2000), che così conclude: la «pacifica condotta appropriativa posta in essere dal [...] vice presidente del Comitato Regionale della F.M.I., che operava – però – al di fuori del rapporto interorganico col CONI» integra «gli estremi del delitto di appropriazione indebita aggravata (artt. 646/1°-3° e 61 n. 11 C.P.)», e non di quello di peculato (i corsivi nel testo sono di chi scrive). Ciò nondimeno, naturalmente, eventuali comportamenti arbitrari scorretti potranno comunque essere sanzionati ai sensi dell'art. 1 della L. 13 dicembre 1989, n.

sunto sembra doversi derivare come un naturale corollario l'impossibilità di considerare l'arbitro quale pubblico ufficiale.

D'altronde, il Giudice Supremo si è al riguardo di recente espresso in maniera perentoria a Sezioni Unite: «L'arbitro di calcio non è pubblico ufficiale; è associato all'AIA (Associazione italiana arbitri), la quale è componente della FIGC (Federazione italiana giuoco calcio, associazione con personalità giuridica di diritto privato), a sua volta federata al CONI (Comitato olimpico nazionale italiano, ente pubblico non economico)»¹¹³.

Tuttavia, nella medesima sentenza, subito a seguire la Corte afferma pure che «La compilazione del referto di gara costituisce, in tale contesto, un elemento fondamentale, in quanto è l'atto ufficiale che contiene il resoconto dei fatti salienti della partita e attesta il suo risultato, con le relative conseguenze anche con riguardo ai concorsi pronostici e alle connesse vincite». Di qui essa trae la conseguenza «che l'arbitro è investito di fatto di un'attività avente *connotazioni e finalità pubblicistiche*, se non altro in quanto inserito, a pieno titolo, nell'apparato organizzativo e nel

401 (*Interventi nel settore del giuoco*), che punisce i partecipanti alla gara sportiva che con atti fraudolenti (offrendo o accettando denaro o altra utilità) vogliano conseguire un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della gara. La disposizione così testualmente recita: «Chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE) o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da lire cinquecentomila a lire due milioni. Nei casi di lieve entità si applica la sola pena della multa».

¹¹³ Così Cass. civ., SS.UU., 9/1/2019, n. 328. L'orientamento appare coerente con quello espresso in precedenza da Cons. Stato, Sez. VI, 2009, 17/04/2009, n. 2333, secondo cui «Con la sentenza impugnata il Tar ha ritenuto che i provvedimenti impugnati, che non incidono sullo status di tesserato, sono stati emessi sulla base di un giudizio basato esclusivamente sulle qualità tecniche espresse dall'arbitro, giudizio che non rifluisce in alcun modo all'esterno dell'ordinamento sportivo, anche perché gli arbitri non sono dipendenti del CONI o della FIGC e non percepiscono, quindi, una retribuzione (ma una mera indennità). Non realizzandosi quella rilevanza esterna che, in forza dell'art. 1 d.l. citato, attrae la questione nell'ambito della giurisdizione dello Stato, la fattispecie, secondo la sentenza impugnata, rimane nell'ambito della giurisdizione sportiva». Si v. anche T.A.R. Lazio-Roma, sez. III quater, 11/10/2012, n. 3652, che non accoglie «l'istanza di reintegro del ricorrente» perché si fonda, fra l'altro, «sul richiamo, giudicato inconferente, alla normativa che disciplina la riammissione in servizio del pubblico dipendente al quale l'arbitro e il guardalinea non è per nulla equiparabile».

procedimento di gestione dei concorsi pronostici da parte del CONI, con il connesso impiego di risorse pubbliche: sussiste, pertanto, quella relazione funzionale e quella compartecipazione con l'ente pubblico [...], idonee a configurare la responsabilità contabile e quindi a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti» (corsivo di chi scrive).

La problematicità (se non, addirittura, la contraddittorietà) delle riportate affermazioni della Corte trova conferma in un suo arresto di poco precedente, nel quale si è espressa *ex professo* sul valore del referto arbitrale¹¹⁴, affermando che esso «non sembra avere la significazione» attribuitale dal Tribunale remittente – così si legge nella decisione –, e cioè quella di presentare «una valenza dimostrativa incontestabile». In tal modo, il Giudice Supremo finisce per negare al «referto arbitrale» la qualificazione di atto pubblico: sentenza, infatti, che «va valutato insieme agli altri elementi di prova emersi dall'istruttoria e non può costituire esso solo la prova della 'compiacenza' dei testimoni verso l'imputato». Nello stesso senso si esprimono costantemente i giudici sportivi¹¹⁵, per i quali, peraltro, il referto arbitrale comunque «costituisce prova privilegiata»¹¹⁶.

Le appena riferite incoerenze persino nelle affermazioni del Giudice Supremo rivelano come la questione sia tutto fuorché risolta in maniera chiara e definitiva.

¹¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, 14/12/2015, n. 6342 (depositata il 16/2/2016).

¹¹⁵ Si v., ad esempio, la Corte Federale d'Appello, in funzione di Corte Sportiva d'Appello, della Federazione Italiana Gioco Bridge, sent. 27/4-7/5 del 2018, secondo cui il referto «per dottrina e giurisprudenza consolidate costituisce un "documento ufficiale", lo "specchio fedele della competizione", al punto che si è a lungo dibattuto sul suo carattere – oggi peraltro negato (v., ad es., Cass., 16 febbraio 2016, n. 6342) – di atto pubblico».

¹¹⁶ Si v., fra le altre, Corte Sportiva d'Appello, II sez., 23/7/2019, comunicato n. 008 (2019-2020), secondo cui «Nei motivi di reclamo, la ricorrente non fornisce elementi tali da modificare la ricostruzione dei fatti riportata nel referto dell'arbitro che, come noto, costituisce *prova privilegiata* circa il comportamento tenuto dal tesserato»; Corte Sportiva d'Appello, II sez., 21/7/2017, comunicato n. 009 (2017-2018), secondo cui «il rapporto del Commissario di campo, pur non essendo munito, come invece il referto arbitrale, di *fede probatoria privilegiata*, resta pur tuttavia un documento cui non può essere disconosciuta, per la sua provenienza, fede probatoria»; Corte Sportiva d'Appello, III sez., 8/8/2017, comunicato n. 012 (2017-2018), ove si legge: «Scrivendo "mi diceva" nel referto, il direttore di gara fuga ogni dubbio su quale sia stato il reale destinatario di quelle espressioni irriguardose»; Corte Federale d'Appello, III sez., 22/11/2018, comunicato n. 047 (2018-2019), ove si legge: «L'evidente difformità tra la dichiarazione rilasciata dal Tintori e quelle (tra loro concordanti) rilasciate dal Panizzi e da Anin N'Kouma Cristian Duval, rafforzate dalla *particolare valenza del referto*» (tutti i corsivi sono di chi scrive).

Quanto alla sua vocazione funzionale, non si può non convenire con chi ha affermato che «L'arbitro di calcio [...] ha il ruolo di fare applicare le regole vigenti, così come normate dai vari organismi preposti, nel corso dello svolgimento della partita di calcio»¹¹⁷. Lo sostengono, del resto, le SS.UU. della Cassazione: «l'arbitro, nell'esercizio della sua funzione, dirige e controlla le gare, è cioè colui che è chiamato ad assicurarne, a tutti gli effetti, il corretto svolgimento nell'osservanza del regolamento di gioco»¹¹⁸.

Se è così, però, sembra scarsamente coerente considerarlo «a tutti gli effetti un regolatore-controllore», fino al punto di ritenere che «l'arbitro di calcio lo è tanto quanto lo sono altri “regolatori” che svolgono il medesimo ruolo in altre attività regolamentate, come per esempio quello delle banche e delle assicurazioni»¹¹⁹.

Il rilievo critico, evidentemente, deriva dall'attribuire al termine 'regolazione' il significato di «intervento per disciplinare con opportune norme o provvedimenti lo svolgimento di attività, la natura di determinati comportamenti o rapporti»¹²⁰. In questa accezione – che è quella che

¹¹⁷ Così U. BOCCHINO, *I rischi specifici o particolari d'impresa. Gli errori arbitrali* cit., 7.

¹¹⁸ Così Cass. civ., SS.UU., 328/2019 cit..

¹¹⁹ Lo fa lo stesso U. BOCCHINO, *I rischi specifici o particolari d'impresa. Gli errori arbitrali* cit., loco ult. cit.

¹²⁰ Così *ad vocem* il *Dizionario Treccani*, che illustra più precisamente il concetto, nel suo secondo significato, con le seguenti parole: «*r. del traffico*, attuata con mezzi sia diretti, come semafori e segnali (v. segnaletica), sia indiretti, come l'illuminazione notturna; *r. di bordo*, nei trasporti marittimi, procedimento atto a ripartire equamente tutti i danni e le mancanze che si fossero riscontrati in un carico di merce comune a più ricevitori o per il quale non fosse stata possibile nelle stive di una nave una sicura e netta separazione delle singole partite; *r. di fattura*, nelle negoziazioni mercantili, procedimento inteso a definire il residuo debito o credito del compratore qualora uno o più elementi (quantità, qualità, prezzo, ecc.) che concorrono alla determinazione dell'importo non siano definitivamente noti nel momento dell'emissione della fattura provvisoria». Occorre tuttavia precisare che, nel primo significato attribuitogli dal *Dizionario*, il lemma sta ad indicare l'«intervento su fatti, fenomeni, processi naturali (anche fisici o fisiologici) o meccanici, per modificarne o disciplinarne le condizioni o lo svolgimento, in base a determinate esigenze» [il *Dizionario Treccani* illustra più precisamente questo primo significato del concetto: «*r. del corso di un fiume*, attraverso opportune opere di sistemazione; *r. delle macchine*; *r. automatica della propulsione navale*; *r. della corrente, della tensione*, in elettrotecnica; *r. della temperatura, della pressione di un ambiente*; *r. dell'afflusso o del deflusso di un gas, di un liquido*; *la r. del diaframma di una macchina fotografica*; *la r. del ricambio, delle funzioni intestinali*; nella tecnica, *r. manuale, r. automatica*, a seconda che sia effettuata dal personale addetto su segnalazione di appositi apparecchi (i quali misurano con continuità il valore della grandezza da regolare) o che sia realizzata dallo stesso apparecchio (*regolatore*) mediante comando di dispositivi atti a provocare la variazione della grandezza nel modo opportuno». Bisogna dunque intendersi sul lessico e dichiarare con quale dei due

qui si assume – il termine ‘regolazione’ è adoperato indicandosi l’attività volta a ‘regolare’, appunto, e cioè a disciplinare atti e comportamenti in via generale ed astratta¹²¹.

In proposito si presenta difficilmente equivocabile il tenore letterale del Regolamento dell’AIA: agli arbitri – che «sono tesserati della FIGC e associati dell’AIA» – «è affidata la regolarità tecnica e sportiva delle gare, nella osservanza delle regole del giuoco del calcio e delle regole disciplinari vigenti, e tali finalità vengono perseguite dagli ufficiali di gara, nelle diverse qualifiche loro attribuite dalle norme regolamentari, in osservanza dei principi di lealtà sportiva, terzietà, imparzialità ed indipendenza di giudizio» (art. 38, co. 1, corsivo di chi scrive).

significati si adopera la locuzione ‘regolazione’, giacché, posto che essa derivi certamente dal verbo ‘regolare’, si ricavano conseguenze giuridiche diverse se si accoglie l’uno o l’altro significato attribuito al lemma.

¹²¹ La duplicità semantica attiene anche al verbo da cui trae origine il lemma. Nel *Dizionario Treccani* pure il verbo *regolare* può tanto significare «Istituire, dare o imporre una regola o una norma, o un complesso di regole e norme, così che una forza, un’azione o un processo, un’attività o un’istituzione, si attuino e si svolgano in modo ordinato o secondo le modalità e i fini più opportuni o comunque voluti» [il *Dizionario* illustra più precisamente il significato con le seguenti parole: «È riferito, come oggetto, a elementi e situazioni naturali: *r. il corso di un torrente, le acque di un bacino*; a processi meccanici e a meccanismi, strumenti e apparecchiature in cui possono essere modificate, entro certi limiti, le condizioni di funzionamento: *r. la velocità (di un motore, di una vettura), r. l’afflusso del carburante; un diaframma che regola l’apertura dell’obiettivo, una vite che serve a r. la distanza delle due puntine; r. un apparecchio, e r. una bilancia di precisione o un orologio*, in modo che segnino esattamente il peso o l’ora; a funzioni e processi fisiologici: *un farmaco che regola la pressione arteriosa, o il ricambio, il ritmo cardiaco; per r. l’intestino la cosa migliore è una dieta opportuna*; a situazioni e attività di carattere sociale, economico e finanziario: *provvedimenti per r. l’emigrazione, le nascite, o il traffico, il consumo di carburante, le importazioni e le esportazioni, l’acquisto di valuta estera, gli scambi commerciali con l’estero*; e in partic., in diritto pubblico, alle leggi, in quanto chiarite e precisate da atti amministrativi specifici (v. regolamento, nel sign. n. 2): *il Ministero non ha ancora emanato le norme che regolano la legge sull’esodo volontario del personale*»]. Ma può anche voler dire «Imporre una regola, una norma o un controllo, a sé stessi, al proprio comportamento individuale, sia sociale-economico» [il *Dizionario* illustra più precisamente il significato con le seguenti parole: «*r. il proprio ritmo di lavoro, gli impegni personali o familiari di spesa*; sia fisico-psichico e in partic. affettivo: *r. il vitto, il bere o l’uso dell’alcol, il fumo*; *r. gli impulsi, la passione, gli istinti*. In questi sign. e usi (in cui concorrono i verbi *controllare, limitare e moderare*) è molto frequente il rifl. *regolarsi: non riesce a regolarsi nelle spese, o nel mangiare, nel bere; alla sua età dovrebbe regolarsi nel lavoro, o nel fare sport impegnativi*; anche con il sign. più partic. di condursi in un dato modo (e assol. nel modo giusto, corretto, più conveniente e opportuno), comportarsi, contenersi: *cerca di regolarti bene; non si è regolato bene con me; come devo regolarsi con loro?*; e con tono di avvertimento o di minaccia: *io te l’ho detto, ora regolati come ti pare; se si ripete un fatto simile ha intenzione di denunciarti: regolati!*»].

Alla medesima stregua, è privo di incertezza anche il disposto del Regolamento del Giuoco del Calcio, secondo cui, anzitutto, «Ogni gara si disputa sotto il controllo di un arbitro, al quale è conferita tutta l'autorità necessaria per *far osservare le Regole del Gioco* nell'ambito della gara che è chiamato a dirigere»; e, poi, «Le decisioni saranno assunte dall'arbitro al meglio delle sue possibilità in conformità con le Regole del Gioco e lo "spirito del gioco" e saranno basate sul *giudizio dell'arbitro*, che ha la *discrezionalità* di assumere azioni appropriate nel quadro delle Regole del Gioco» (Regola 5, co. 1 e 2)¹²².

Inoltre – e ciò ai presenti fini è particolarmente significativo – il co. 3 della Regola 5 detta i suoi «*poteri e doveri*», stabilendo che l'arbitro «*fa osservare le Regole del Gioco*» e «*dirige la gara in collaborazione con gli altri ufficiali di gara*»¹²³.

Nel vigente quadro normativo, dunque, non sembra esservi alcuno spazio per un «ruolo di regolatore»¹²⁴. L'arbitro non può 'regolare', semplicemente perché, secondo le norme in vigore, non risulta detentore di alcun potere normativo. E nemmeno può considerarsi titolare di potere giurisdizionale, come lascia equivocare il diffuso appellativo gergale (ad esso riferito) di 'giudice di gara', tecnicamente improprio. L'arbitro, invece, non è vocato a risolvere controversie, bensì a vigilare sul rispetto delle regole, garantendo la loro corretta applicazione.

Stando alle norme che disciplinano il potere conferitogli, insomma, il suo operare è assimilabile, non tanto a quello di un giudice, quanto piut-

¹²² I corsivi nel testo sono di chi scrive. Il co. 2 così prosegue: «Le decisioni dell'arbitro su fatti relativi al gioco, compreso se una rete è stata segnata o no ed il risultato della gara, sono inappellabili. Le decisioni dell'arbitro e di tutti gli altri ufficiali di gara devono essere sempre rispettate. L'arbitro non può cambiare una decisione relativa ad una ripresa di gioco, se si rende conto che è errata o su indicazione di un altro ufficiale di gara, qualora il gioco sia stato ripreso o abbia segnalato la fine del primo o del secondo periodo (inclusi i supplementari) e lasciato il terreno di gioco o qualora la gara sia sospesa definitivamente. Tuttavia, se alla fine del periodo di gioco, l'arbitro lascia il terreno di gioco per andare nell'area di revisione o per istruire i calciatori a ritornare sul terreno di gioco, ciò non impedisce che una decisione possa essere cambiata per un episodio accaduto prima della fine del periodo».

¹²³ I corsivi nel testo sono di chi scrive. La disposizione così prosegue: «funge da cronometrista, prende nota degli episodi accaduti nel corso della gara e relaziona le autorità competenti con un rapporto contenente le informazioni relative ai provvedimenti disciplinari adottati ed a tutti gli altri episodi accaduti prima, durante e dopo la gara», e «soprintende e/o indica la ripresa di gioco (a seguito di un'interruzione)».

¹²⁴ Come ritiene U. BOCCHINO, *I rischi specifici o particolari d'impresa. Gli errori arbitrali* cit., 8.

tosto a quello di un funzionario di polizia amministrativa¹²⁵. Per usare un'efficace metafora, si può pensare al vigile urbano: come questi è incaricato di dirigere il traffico garantendo il rispetto delle norme del Codice della strada, così l'arbitro è incaricato di 'dirigere' la partita garantendo il rispetto delle Regole del giuoco. Egli, pertanto, deve agire secondo il principio di imparzialità che informa l'azione della P.A., che – è ben noto – non corrisponde *in toto* a quello di imparzialità/terzietà caratterizzante l'attività del giudice¹²⁶: l'arbitro deve, non '*iurisdicere*' (il che eventualmente spetterà ai giudici sportivi, amministrativi od ordinari, di volta in volta chiamati a valutare, nei limiti in cui l'ordinamento lo contempla, la correttezza del suo operare), bensì assicurare che gli attori del giuoco agiscano nel rispetto delle regole (la redazione delle quali – in coerenza con il principio di separazione dei poteri – gli è preclusa).

Naturalmente, l'ontologico spazio di discrezionalità proprio di un ruolo siffatto non può che essere solo ed esclusivamente quello stabilito dalle Regole del giuoco (delle quali si è riferito¹²⁷) che ne definiscono e delimitano i poteri.

¹²⁵ Secondo la definizione di O. RANELLETTI, *Concetto della polizia di sicurezza*, in *Arch. Giur.* LX, 1898, 432-462 e in *Arch. Giur.* LXI, 1898, 3-29, 17, la polizia amministrativa consiste nell'«insieme di quelle attività di polizia [...] immanenti ai singoli rami dell'amministrazione e che servono alla difesa dei vari speciali interessi comuni, i quali vengono curati in questi singoli rami: essa mira ad assicurare determinati rami di attività dello Stato, e costituisce una funzione negativa per ogni ramo dell'amministrazione». Sul compito di polizia amministrativa sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La funzione amministrativa oggi. Tra sussidiarietà orizzontale e nuovi compiti di polizia amministrativa*, in *Enti Pubblici*, 2001, 582 ss. Si v. anche G. MANFREDI, *La nozione di polizia amministrativa nel diritto italiano*, in *Ius publicum*, 2011, 1 ss.

¹²⁶ Sulla spiegazione del principio di imparzialità della P.A., si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo* cit., 394 ss.: «l'imparzialità della P.A. – cioè di una parte – non può intendersi come '*terzietà*', alla stregua della imparzialità del giudice [bensì come] dovere di prendere in considerazione, senza arbitrariamente pretermetterne alcuno, tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie di amministrazione concreta» (394); «per la P.A. essere imparziale significa non avere alcun pregiudiziale atteggiamento negativo nei confronti anche di uno solo degli interessi coinvolti» (401); «Per imparzialità si intende, quindi, non più la impermeabilità della P.A. alle pressioni politiche, bensì la sua idoneità a prendere in considerazione, senza arbitrariamente pretermetterne alcuno, tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta» (401-402). Nonché a ID., *Approfondimenti di Diritto Amministrativo* cit., 265: «Per imparzialità dell'azione amministrativa si intende la non arbitraria premissione di alcuno (o anche parte di alcuno) degli interessi secondari (pubblici e privati) coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo funzionalizzato alla realizzazione in concreto dell'interesse pubblico primario, o specifico, dalla legge affidato alla cura di una P.A.».

¹²⁷ Quelle del Regolamento e del Protocollo VAR esaminate *retro*, nei § 2.2 e 2.3, che disciplinano quando e come l'arbitro debba intervenire per condurre la partita nell'alveo

Pertanto, se la regola assegna all'arbitro un compito di mera esecuzione del suo dettame, non lasciandogli alcuna possibilità di valutazione, non si deve aver timore di affermare che, là dove l'arbitro ne consente il mancato rispetto, il suo operato è illegittimo¹²⁸. Non diversamente occorre disporsi se la regola assegna all'arbitro un margine (anche consistente) di interpretazione valutativa di un episodio, e questi, pur potendolo rivedere al fine di compiere una più compiuta valutazione, rinuncia a farlo.

In tali casi, le sue scelte decisionali sono certamente insindacabili¹²⁹. Tuttavia, egli dovrebbe in qualche modo rispondere della loro eventuale illegittimità, oltre i confini della potestà disciplinare (obiettivamente angusti)¹³⁰, nonché della assai poco trasparente politica di gestione amministrativa dell'AIA¹³¹.

Ed invero, se, da un canto, la giurisprudenza sportiva non facilmente (com'è comprensibile) considera sussistente la rilevazione giuridica *ex post* del cd. 'errore tecnico'¹³² – il quale, è ben noto, «non consiste in

della legittimità. Nel farlo – lo si è chiarito – egli ben può incorrere in un errore, i cui margini, però, con l'avvento del VAR sono minimi, nei casi previsti questi dovendo segnalare all'arbitro la sua possibile svista.

¹²⁸ Va, dunque, stigmatizzato il vero e proprio 'abuso descrittivo' (da parte dei giornalisti e, in genere, dei ccdd. 'addetti ai lavori') degli spazi di interpretazione delle norme: quando un episodio è insuscettibile di interpretazione, trattandosi di mero accertamento tecnico, non può invocarsi una insussistente discrezionalità tecnica.

¹²⁹ Si v. le decisioni già richiamate *retro*, alla nota 83.

¹³⁰ Giusta l'art. 3, co. 1, del Regolamento dell'AIA, «Gli arbitri sono sottoposti alla potestà disciplinare degli Organi della giustizia sportiva della FIGC per le violazioni delle norme federali». Gli organi di disciplina sono elencati dal co. 5 dell'art. 6 e regolamentati dal Capo Settimo – *Gli organi di disciplina* (artt. 28 ss.).

¹³¹ A questo riguardo cfr. C. GAVILLUCCI, *L'uomo nero. Le verità di un arbitro scomodo* cit., *passim*.

¹³² La locuzione 'errore tecnico' non risulta dai testi normativi. L'esistenza dell'istituto, tuttavia, si ricava dalle numerose decisioni del G.S. (di diverso grado), che ne fanno uso richiamando due disposizioni del vigente *Codice di Giustizia Sportiva della FIGC* (in vigore dal giugno 2019): l'art. 10, co. 5 [«Quando si siano verificati, nel corso di una gara, fatti che per la loro natura non sono valutabili con criteri esclusivamente tecnici, gli organi di giustizia sportiva stabiliscono se e in quale misura tali fatti abbiano avuto influenza sulla regolarità di svolgimento della gara. In tal caso, gli organi di giustizia sportiva possono: a) dichiarare la regolarità della gara con il risultato conseguito sul campo, salva ogni altra sanzione disciplinare; b) adottare il provvedimento della sanzione della perdita della gara; c) ordinare la ripetizione della gara dichiarata irregolare; d) quando ricorrono circostanze di carattere eccezionale, annullare la gara e disporre la ripetizione ovvero la effettuazione»,] e l'art. 65 [«I Giudici sportivi giudicano, senza udienza e con immediatezza, in ordine: a) ai fatti, da chiunque commessi, avvenuti nel corso di tutti i campionati e delle competizioni organizzate dalle Leghe e dal Settore per l'attività giovanile e scolastica, sulla base delle risultanze dei documenti ufficiali e dei mezzi di prova di

un'errata interpretazione della regola, ma in un'applicazione sbagliata della stessa»¹³³ –, accogliendo i relativi ricorsi solo in presenza di episodi caratterizzati da errori dell'arbitro particolarmente eclatanti, di fatto accertati sempre per ammissione dello stesso direttore di gara¹³⁴.

cui agli artt. 61 e 62 o comunque su segnalazione del Procuratore federale; b) alla regolarità dello svolgimento delle gare, con esclusione dei fatti che investono decisioni di natura tecnica o disciplinare adottate in campo dall'arbitro o che siano devolute alla esclusiva discrezionalità tecnica di questi ai sensi della regola 5 del Regolamento di Giuoco; c) alla regolarità del campo di gioco, in tema di porte, misure del terreno di gioco ed altri casi simili; d) alla posizione irregolare dei calciatori, dei tecnici e degli assistenti di parte impiegati in gare ai sensi dell'art. 10, comma 7»].

¹³³ Così G.S., L.N.D., Comit. Reg. Liguria, Com. Uff. 10/10/2019, n. 17. La fattispecie concerneva un «ricorso in cui, per asserito *errore tecnico* dell'arbitro dettagliatamente specificato, veniva chiesta la non omologazione del risultato conseguito sul campo e la conseguente ripetizione della gara»; in particolare, il G.S. accoglie il ricorso perché, avendo acquisito un «dettagliato supplemento di referto che descrivesse i fatti accaduti nel loro effettivo svolgersi», era emerso «in definitiva, che, anche per esplicita ammissione dell'arbitro, il fischio da lui emesso nell'occasione [un calcio di rigore parato dal portiere con gol segnato sulla sua ribattuta], non avrebbe dovuto essere stato emesso, col che materializzandosi un c.d. "*errore tecnico*", giacché questo – come noto – non consiste in un'errata interpretazione della regola, ma in un'applicazione sbagliata della stessa» (corsivi di chi scrive).

¹³⁴ Esemplicativamente, fra le altre, si v.: G.S., L.N.D., Comit. Reg. Molise, Com. Uff. 31/10/2019, n. 40 [la fattispecie riguardava una partita in relazione alla quale il G.S., «letto il referto arbitrale», aveva rilevato la «mancata espulsione di un giocatore destinatario di una doppia ammonizione», il che «costituisce un *errore (tecnico)* dell'arbitro» che «ha certamente avuto influenza sulla regolarità di svolgimento dei restanti undici minuti dell'incontro», ed ordinato perciò «la ripetizione della gara»]; G.S., L.N.D., Comit. Reg. Piemonte Valle d'Aosta, Com. Uff. 26/9/2019, n. 15 [la fattispecie aveva ad oggetto un ricorso «con il quale la reclamante si duole di un *errore tecnico* commesso dall'arbitro», un errore «che avrebbe influito sul regolare svolgimento della gara»: il G.S., avendo accertato che «nel corso del secondo tempo il direttore di gara, dopo aver ammonito il portiere avversario per condotta antisportiva consistente nell'aver ritardato il rinvio del pallone trattenendolo con le mani oltre il tempo concesso da Regolamento, faceva riprendere il gioco consegnando il pallone nelle mani del portiere, invece che assegnare alla reclamante punizione indiretta», dopo aver «sentito altresì l'arbitro, il quale ha confermato la ricostruzione dei fatti offerta dalla ricorrente», e ritenendo «dunque sussistente il lamentato *errore tecnico* nell'applicazione della norma», ha disposto «la ripetizione della gara»]; G.S. Serie C, Com. Uff. 30/11/2018, n. 111DIV [la fattispecie concerneva una gara in cui «l'arbitro procedeva all'ammonizione» di un calciatore «il quale era già stato ammonito» senza che venisse comminata la dovuta conseguente espulsione, dacché il G.S., emergendo «dagli atti ufficiali nonché dalla distinta consegnata dall'arbitro alle società, come da prassi al termine della gara» che «alla predetta doppia ammonizione non ha fatto seguito la necessaria espulsione del calciatore», con ciò risultando «accertato l'*errore tecnico* da parte dell'Arbitro», accoglie il reclamo ordinando la «ripetizione della gara in quanto non regolarmente svolta»]; Comm. App. Fed., Com. Uff. 24/4/2007, n. 48C [nella fattispecie il G.S. rilevava «l'*errore tecnico* in cui era incorso, durante lo svolgimento della partita,

D'altro canto, appaiono assai poco accettabili le giustificazioni dell'operato degli arbitri da parte dei responsabili (Presidente e Designatore) dell'AIA¹³⁵, vieppiù improprie perché permeate da una sostanziale

il direttore di gara», che «aveva concesso un calcio di rigore», poi trasformato in rete irregolarmente «poiché, prima che il rigore fosse calciato, alcuni giocatori» della squadra attaccante «erano entrati in area», e, non convalidando la rete, aveva concesso «un calcio di punizione indiretto a favore della» squadra difendente. *L'errore tecnico*, dunque, «era ammesso dallo stesso direttore di gara che ne faceva oggetto di parte del suo referto». Ciò nondimeno, il G.S. – dopo aver affermato che «può senza ombra di dubbio ritenersi accertato che esso abbia avuto effetti dannosi non per la società ricorrente» (che era nell'episodio difendente), «ma per la società» convenuta (che era attaccante), la quale si «si è vista privata della possibilità di ribattere il calcio di rigore assegnato a suo favore dall'arbitro», e però ha conseguito la vittoria al termine dell'incontro, e dopo aver ricordato «che principio generale di ogni azione, comunque di tutela, sia l'interesse a ricorrere, vale a dire la possibilità che l'esperienza del rimedio possa portare al riconoscimento della posizione favorevole che si assuma negata» – respinge il ricorso giacché il suo accoglimento «causerebbe» alla società convenuta «l'ulteriore danno della ripetizione dell'incontro e della perdita dei tre punti acquisiti sul campo»] (i corsivi sono di chi scrive).

¹³⁵ Ne è una efficace esemplificazione il recente intervento del designatore arbitrale, Nicola Rizzoli, ai microfoni di Sky Sport, sull'uso del VAR (e sulle relative ultime polemiche), nel resoconto (intitolato *Rizzoli: "A volte chi sta al VAR vede altre immagini. Dispiace per i tre errori visti nell'ultima settimana"*) riportato da www.calcionapoli24.it, 2/11/2020 (ma anche da www.corrieredellospor.it, 2/11/2020, con il titolo *Rizzoli ammette: "Arbitro e Var hanno sbagliato, era rigore per l'Inter"*). Il designatore – dopo aver ricordato «che da quest'anno assieme alla Federazione abbiamo istituito un nuovo ruolo, che farà da raccordo tra arbitri, club, Federazione [...] che, ci tengo a precisarlo, non è un ufficio reclami [...], per parlare dell'interpretazione delle regole, ma anche per ascoltare. Per avere un filo diretto e migliorare le collaborazioni. È un ausilio che servirà alle società anche per capire il nostro modo di lavorare, a noi per capire i problemi dei club. Il dialogo è costruttivo, lo abbiamo imparato già nella scorsa stagione quando abbiamo commesso errori sul metro di giudizio. Ascoltando calciatori e allenatori, stiamo cercando di aggiustare la mira»; e dopo aver riconosciuto che, pur essendo «partiti bene quest'anno, poi c'è stato qualche errore evidente» –, facendo riferimento ad un caso concreto, ha ammesso che «c'è un rigore da fischiare: l'attaccante prende il tempo al difensore, se il centrale utilizza le braccia per recuperare la posizione, è un penalty da assegnare. Il VAR doveva intervenire, essendoci una situazione oggettiva». Per aggiungere, subito a seguire, che «Arbitri e VAR vogliono sempre prendere la decisione corretta, non c'è presunzione». A smentire l'autenticità del suo pensiero, però, sta la alquanto goffa giustificazione dell'ammesso errore del non intervento del VAR, con riferimento ad un altro caso concreto: «ci sono i criteri per poter intervenire col VAR. A volte l'atteggiamento degli attaccanti e le proteste bloccano il canale comunicativo con l'addetto alla tecnologia» (francamente risibile!); nonché «a volte, chi sta al VAR vede altre immagini. E cercare il dettaglio ti fa perdere il contesto» (francamente intollerabile!). Inoltre, appare contraddetta dalla prassi (che si ha modo di osservare e registrare senza possibilità di analisi di documenti) la dichiarazione sulla valutazione degli arbitri: «Quattro o cinque *on-field-review* in una partita penalizzerebbero il punteggio dell'arbitro? Dico che non andare a rivedere gli errori ed eventualmente non correggerli inciderebbe molto di più». E infine, a rivelare in maniera manifesta

consistente reticenza, che rievoca il tempo, oscuro, del ‘segreto amministrativo’, ormai per fortuna definitivamente superato dal consolidarsi del principio di trasparenza della P.A.¹³⁶.

4. *Considerazioni conclusive fra nodi irrisolti e prospettive*

All’esito dell’indagine sembra opportuno riassumere in estrema sintesi le linee essenziali del ragionamento svolto, allo scopo di evidenziare i nodi da sciogliere e le possibili prospettive.

Anzitutto, si è avuto modo di chiarire che le regole che disciplinano il giuoco del calcio (ma, più in generale, le competizioni sportive) sono senz’altro norme giuridiche. Il fatto che abbiano un contenuto tecnico – si è visto – non è d’impedimento a riconoscere la loro giuridicità. Una norma tecnica resta esclusivamente tale – e dunque contribuisce a costituire ‘soltanto’ il paradigma di legittimità del merito della scelta decisio-

il malinteso ruolo di ‘regolatori’ che riconoscono a se stessi, con riguardo alla possibilità di eventualmente modificare il Protocollo, anche la seguente: «Siamo aperti e disposti ad ascoltare, ma chi decide le regole a volte preferisce la verità del campo. Non vogliamo errori chiari ed eclatanti che non vengano corretti, bisogna cercare di evitare disattenzioni clamorose. L’infallibilità non c’è, ma andare a rivedere tutti gli episodi renderebbe le partite interminabili». Risultano palesi le contraddizioni: da un canto, ci si dichiara «disposti ad ascoltare», come se si avesse titolo ad essere ascoltati sulla modificazione delle regole, ma, dall’altro, si parla di «chi decide le regole» come a riconoscere la titolarità del relativo potere in capo ad un soggetto diverso da sé; da un canto, si riconosce la propria fisiologica ‘fallibilità’, ma, dall’altro, si confessa di non volere rendere «le partite interminabili», in contrasto con una espressa disposizione del Protocollo VAR (Punto 4 dei *Principi*: «non esiste un limite di tempo massimo per il processo di revisione»).

¹³⁶ Sul tema la bibliografia è vastissima. Si v., fra i moltissimi altri: F. LOMBARDI, *La problematica definizione dell’ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di dati, informazioni e documenti, previsti dal d.lgs. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, 15, 2019; ID., *L’inerzia della p.a. a fronte di richieste di accesso civico. Un nuovo rito per il silenzio-inadempimento?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, 801 ss.; B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna (RN) 2016; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, 213 ss.; E. CARLONI, *L’amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell’open government*, Rimini 2014; A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2014, 563 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008 (e in specie i saggi di: F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, 3 ss.; G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, 29 ss.; D. DONATI, *Il principio di trasparenza in Costituzione*, 83 ss.); G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, VI, 5945 ss.; ID., voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XXXI, 1995; ID., *Il segreto amministrativo*, Padova 1983.

nale – se non assume la forma richiesta per la sua giuridicità dall'ordinamento di riferimento¹³⁷. Altrimenti va coerentemente e correttamente qualificata come norma giuridica a contenuto tecnico, la cui violazione genera illegittimità.

Si è poi provato a spiegare perché la giuridicità delle regole del giuoco del calcio derivi dal loro essere espressione di diritto obiettivo, generate cioè da un soggetto normatore, e non di diritto subbiettivo, dovendosi considerare una mera ipocrisia formalistica il sostenere che trovino origine in (e dipendano da) una volontà negoziale.

L'assunto scaturisce dal fatto che quello sportivo viene generalmente riconosciuto quale ordinamento giuridico. Da ciò si ricavano due conseguenze, che, però, non sono acquisite in maniera pacifica. Tanto è che esse esprimono anche due questioni, fra loro intrecciate, che restano tuttora non risolte: come debba intendersi il rapporto giuridico-istituzionale fra ordinamento generale e ordinamento sportivo; e se sia sufficiente invocare la speciale autonomia di quest'ultimo per consentire la sua indifferenza rispetto ai principi essenziali dello Stato di diritto.

Con riguardo alla prima questione, sono state illustrate le ragioni per cui l'ordinamento giuridico sportivo vada 'inquadrato' nel novero di quelli *autonomi* nei confronti dell'ordinamento sovrano al quale fanno capo. Pertanto, la relazione delle sue norme con quelle dell'ordinamento generale di riferimento va definita secondo il criterio della «gerarchia attenuata» (che combina in uno i criteri di gerarchia e competenza)¹³⁸:

¹³⁷ E sempre che, pur mancando i requisiti formali, non ricorrano quelli sostanziali che consentono di identificarle comunque quali atti fonte di diritto obiettivo (si v. *retro* il rinvio proposto alla nota 4).

¹³⁸ In proposito si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo* cit., laddove si spiega perché sia preferibile adoperare «la locuzione 'gerarchia attenuata' per qualificare l'approdo contemporaneo della logica del tradizionale (e non ancora superato) ordine sistematico gerarchico» (37). Ed invero, «Dopo la Costituzione del 1948 [...] può ben dirsi che il criterio della competenza abbia assunto un ruolo decisamente più rilevante, avendo perduto la riduttiva connotazione di mera integrazione di quello della gerarchia, in ragione della sensibile caratterizzazione pluralistica assunta dall'ordinamento repubblicano. La struttura 'plurale' del sistema delle fonti che deriva dalla morfologia costituzionale improntata al pluralismo istituzionale e autonomistico, infatti, ha significativamente accentuato la rilevanza del criterio in parola, giacché sono sensibilmente aumentate le materie riconosciute di competenza riservata (o esclusiva) dei soggetti istituzionali/pubblici poteri diversi dallo Stato» (39). Si spiega, quindi, perché «il criterio della competenza» debba intendersi, non «più come semplicemente 'integrativo' di quello della gerarchia, bensì come 'co-determinativo', insieme a quello, di un unico criterio che sembra potersi ragionevolmente qualificare come 'gerarchia attenuata'. La locuzione si presta adeguatamente ad esprimere la indispensabile mediazione concettuale

ciò significa che sull'oggetto che giustifica e fonda la sua autonomia (in questo caso lo sport) permane la 'signoria esclusiva' dell'ordinamento autonomo solo fintanto che norme e provvedimenti assunti nel suo seno non trascinano nella sfera dell'ordinamento generale. L'autonomia dell'ordinamento sportivo è infatti, per definizione, limitata. Nel caso di interferenze con l'ordinamento generale, cioè, prevale il necessario *rispetto* delle leggi e dei provvedimenti espressioni della volontà dello Stato, e la indispensabile *ottemperanza* alle sentenze dei giudici statali¹³⁹.

Se ne deriva che, ove una di queste ultime dichiara la illegittimità (a fini di condanna al risarcimento dei danni) delle decisioni degli organi di giustizia sportiva, è doveroso che ad essa si adeguino gli organi dell'ordinamento sportivo, assumendo i provvedimenti necessari allo scopo. D'altronde il G.A. – reputando che il risarcimento dei danni per equivalente non sia adeguato ad assicurare la effettività della tutela giurisdizionale – ben potrebbe non fermarsi alla dichiarazione incidentale di illegittimità e, pur senza annullare l'atto, arrivare ad emanare una sentenza di condanna che contenga anche l'ordine di conformarsi al giudicato, così da garantire il ripristino della legalità violata.

Per quanto concerne la seconda questione, non è accettabile che, in nome della particolare autonomia che l'ordinamento sportivo si vede fondatamente riconosciuta, nel suo ambito si possa operare in dispregio dei principi essenziali dello Stato di diritto, *in primis* quello di separazione dei poteri, della cui imprescindibilità appare difficile dubitare¹⁴⁰. Si riscontra, invece, una vischiosa contiguità, constatandosi una scarsa soluzione di continuità fra potere normativo (o di regolazione), potere amministrativo (o di gestione) e potere giurisdizionale (o giustiziale).

che occorre praticare fra le due esigenze: da un lato, quella di spiegare in termini gerarchici la relazione tra fonti che, regolando la stessa materia, promanano da pubblici poteri insistenti su territori concentrici; dall'altro, quella di spiegare in termini di competenza la relazione tra fonti che, pur promanando dai medesimi menzionati soggetti, hanno ad oggetto materie diverse, ciascuna spettando ad uno di essi in via riservata» (41-42). In definitiva, è proprio «la morfologia costituzionale improntata al pluralismo istituzionale e autonomistico» – che «spiega la struttura 'plurale' del sistema delle fonti propria del nostro ordinamento» – a giustificare «l'adozione della 'gerarchia attenuata' quale criterio di classificazione delle fonti» (67).

¹³⁹ Del resto, anche a voler considerare le figure soggettive dell'ordinamento sportivo alla stregua di soggetti privati, esse non possono sottrarsi alle prescrizioni di leggi e provvedimenti dello Stato, né alle sentenze dei giudici statali.

¹⁴⁰ Unitamente alla separazione dei poteri, il principio di legalità, quello di uguaglianza davanti alla legge, quello di garanzia di indipendenza del sistema giurisdizionale sottoposto soltanto alla legge.

Sul presupposto (dato quasi come fosse una petizione di principio) delle peculiari caratteristiche del suo oggetto – il calcio, lo sport in genere –, nella posizione delle regole, nella loro applicazione e nell'esercizio della relativa giustizia, si registrano modalità essenzialmente arbitrarie: insomma, si rileva la logica tipica dello Stato assoluto, che negli ultimi due secoli il faticoso cammino del diritto (almeno nel mondo occidentale) è riuscito, sia pur non del tutto, in gran parte a superare. In buona sostanza, nel sistema ordinamentale del calcio (anche per il modo in cui questo è da sempre concepito) il potere è unico e assai poco democraticamente contendibile¹⁴¹. E la fiducia in esso appare pressoché immanente, fatte salve, ovviamente, le lamentele che vengono puntualmente avanzate ogni qualvolta se ne saggi la iniquità ai propri danni¹⁴².

Quanto appena asserito – è bene sottolinearlo – non intende affatto negare che il *proprium* dell'ordinamento sportivo, consistente nel dettare la disciplina del gioco e le sanzioni per le sue violazioni, debba restare intangibile da parte dell'ordinamento generale (a meno che – lo si è appena ribadito – non s'interferisca con esso in una fattispecie concreta). Tuttavia, la morfologia delle regole del gioco si presenta perfettamente analoga a quella di tutte le norme giuridiche di azione.

¹⁴¹ Nell'ordinamento sportivo, la legittimazione democratica del potere, presupposto del principio di legalità, è di fatto assente. Eppure il principio democratico è nella genesi del professionismo nel calcio, il quale si affermò, poco dopo le origini, alla fine del XIX secolo, per effetto della spinta borghese/proletaria che travolse la nobile, ma minoritaria, idea aristocratica del principio di gratuità presente nella genesi del gioco. Questo perché la gratuità non consentiva il *fair play*, la competizione 'giusta': mentre, infatti, i giocatori aristocratici, non dovendo lavorare, potevano allenarsi a tempo pieno, viceversa i giocatori proletari potevano farlo in tempi limitati, costretti com'erano a procurarsi da vivere duramente lavorando nelle fabbriche borghesi. Fu così che la istanza proveniente dal numero sempre più crescente – e ormai maggioritario – di giocatori di origine proletaria, e di presidenti di squadra di origine borghese, determinò il cambiamento della regola della gratuità: per gareggiare ad armi pari, essi ottennero di poter essere pagati per giocare.

¹⁴² Ed è irrilevante che ciò avvenga nella diffusa – e persino generalizzata e apparentemente convinta – persuasione degli attori del sistema. Questa, invero, talvolta sembra in qualche modo 'estorta': molti dirigenti di società, che in privato ammettono di convenire sull'assunto (sovente, in via ufficiosa, si sente dire: «se non ci si adegua, gli arbitri ci sono contro»), in pubblico dichiarano il contrario. Talaltra, si fonda su una sorta di 'illumini-stica' fiducia nel personale che incarna il sistema (è diffuso il luogo comune secondo cui le persone che ricoprono le cariche dirigenziali degli organismi federali vengono definite «serie e competenti, e non ce n'è di migliori», e ancor di più quello, radicalmente smentito dai fatti, secondo cui «alla fine gli errori degli arbitri si compensano e vince sempre il migliore»).

Alla medesima stregua di queste ultime, quindi, il loro mancato rispetto genera illegittimità.

La figura soggettiva deputata ad assicurare tale rispetto è l'arbitro, la cui vocazione funzionale, a prescindere dal riconoscerne o meno la natura giuridica di pubblico ufficiale, pare doversi rinvenire con pochi dubbi nella polizia amministrativa. Funzione il cui corretto esercizio (sindacabile solo in ipotesi molto circoscritte) è stato notevolmente agevolato dalla introduzione del VAR, che obiettivamente favorisce il rispetto delle regole, in ragione della sua scarsa fallibilità e dei conseguenti, assai più ristretti, residui margini di opinabilità. Eppure, ciò nonostante, continuano a darsi, e non di rado, casi di applicazione non conforme alle disposizioni del Regolamento e dello stesso 'Protocollo VAR'¹⁴³.

A prescindere dalla eventuale *illiceità* delle decisioni assunte¹⁴⁴ – evidentemente –, non ci si può esimere dal segnalare la loro non infrequente *illegittimità*¹⁴⁵, sebbene il campo della discrezionalità tecnica sia stato consistentemente ridotto dall'uso della video-assistenza. Ove la regola attribuisca all'arbitro la interpretazione valutativa del fatto, e questi, pur ricorrendone i presupposti, rinuncia a rivederlo, il suo operato è da considerarsi illegittimo. A maggior ragione – è ovvio – là dove la regola non gli lasci alcuna possibilità di valutazione, attribuendogli un compito di mera esecuzione della prescrizione.

Ora, è vero che in casi siffatti le scelte decisionali dell'arbitro sono certamente insindacabili. Non si comprende, però, perché egli non debba in qualche modo rispondere della loro illegittimità, se non nei ristrettissimi confini della potestà disciplinare, ovvero della, a dir così, 'gestione amministrativa' dell'AIA, per nulla ispirata alla trasparenza.

Questo essendo, descrittivamente, lo stato dell'arte, bisogna inter-

¹⁴³ Va rimarcato che ai soggetti chiamati ad applicare le norme del Regolamento del gioco del calcio (arbitri e VAR) non vengono estesi i principi e le regole valevoli per la P.A.: del resto, non essendo riconosciuti quali «pubblici ufficiali», alla loro attività non può estendersi l'applicazione dell'ordinamento giuridico generale, assoggettati come sono soltanto all'ordinamento sportivo.

¹⁴⁴ La cui sussistenza, naturalmente, occupa in via prevalente l'attività del giudice penale.

¹⁴⁵ Com'è ben noto, un atto amministrativo può essere illegittimo, e cioè non conforme alla legge, a prescindere dalla eventuale sottostante illiceità. La sua illegittimità, cioè, non necessariamente dipende dal fatto che a generarla sia stato un illecito. E, benché illegittimo, l'atto rimane in vita e produce i suoi propri effetti fintanto che non venga annullato (dal G.A., o dalla stessa P.A. in via giustiziale o di riesercizio del potere).

rogarsi sulle possibili prospettive. Risultando del tutto evidenti i limiti intrinseci dell'ordinamento sportivo, cioè, e le ragioni che li spiegano¹⁴⁶, occorre domandarsi su come far valere in esso i principi dello Stato di diritto. E andrebbe fatto sfuggendo ad una duplice, non infrequente, tentazione.

Da un lato, quella di auspicare la possibilità di entrare nelle ccdd. 'stanze del potere', così da riuscire ad orientarlo a proprio favore. Questa opinione – purtroppo largamente presente nella opinione pubblica degli appassionati – contribuisce ad alimentare la stessa cultura istituzionale che rende legittime le illegittimità¹⁴⁷. Dall'altro, la tentazione di (anziché denunciare l'illegittimità delle decisioni arbitrali) invocare l'avvento di un astratto 'senso della giustizia'. Così facendo, in realtà, si finisce per perpetuare il medesimo principio e lo stesso metodo cui sono ispirate le regole vigenti, che, per garantire il loro rispetto, assegnano ai direttori di gara un potere tanto ampio quanto assoluto.

Occorre, invece, sia nella 'faccitura' delle regole, sia nelle modalità di verifica della loro applicazione, circoscrivere gli spazi di potere arbitrario degli arbitri, limitando al massimo la possibilità di operare 'legittimamente' ma generando illegittimità. Sarebbe necessario, allora, mettere mano ad una sua seria e consistente riforma, la cui effettiva praticabilità sembra dipendere dallo scegliere una delle seguenti due strade: una autonoma 'rifondazione' del sistema, la cui coerenza venga però comunque previamente valutata da 'meccanismi' propri dell'ordinamento generale; oppure un intervento eteronomo dell'ordinamento generale, una legge che fissi i principi inderogabili ed i limiti invalicabili per l'autonomia dell'ordinamento sportivo, sconfinando dai quali sia fisiologico l'intervento sanzionatorio dell'ordinamento statale¹⁴⁸.

¹⁴⁶ È indispensabile riconoscere le descritte macroscopiche falle del sistema, che consentono di muoversi tra le maglie delle norme, sul confine assai poco definito fra ciò che è consentito (perché non espressamente vietato) e ciò che non lo è.

¹⁴⁷ In altre parole, si deve pretendere che il potere venga esercitato in maniera tendenzialmente neutrale, com'è proprio dello Stato di diritto, e non puntare ad orientarlo a proprio favore.

¹⁴⁸ Le vicende recenti, purtroppo, confermano che il «diritto dei privati» – o, se si preferisce, la «autonomia dei privati» –, tanto più ove si tratti di ambiti caratterizzati da una forte rilevanza economica, spiega tutti i suoi limiti quanto a capacità di auto-contenere l'arbitrio dei forti e garantire i diritti dei deboli. Si profila, perciò, non solo opportuno, ma improcrastinabile l'intervento delle istituzioni statali (e/o internazionali) per circoscrivere l'arbitrio che largamente permea l'ordinamento sportivo, in maniera tale da assicurare almeno la democraticità nella investitura del regolatore, la separazione fra regolatore e gestore, la garanzia di terzietà del giudice sportivo.

D'altra parte, se l'Unione Europea, al fine di dispensare i suoi benefici economici, richiede agli Stati membri il rispetto dei principi costitutivi dello Stato di diritto¹⁴⁹, non si capisce perché ciò non debba valere anche nei confronti dell'ordinamento sportivo.

¹⁴⁹ Lo Stato di diritto – come è noto – costituisce uno dei valori fondamentali dell'Unione Europea. All'art. 2 del Trattato U.E., infatti, viene solennemente dichiarato che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, *dello Stato di diritto* e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (corsivo di chi scrive). La questione è venuta di recente in clamorosa evidenza per aver l'Ungheria e la Polonia posto il veto sul *Recovery Fund* in ragione della condizionalità che lega l'erogazione dei fondi al rispetto dei principi dello Stato di diritto. Segnatamente la questione si pone per il mancato rispetto del principio della indipendenza della magistratura, nonché della libertà di espressione.

TRATTAMENTO DEI DATI SENSIBILI,
TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI E SALVAGUARDIA
DELL'AUTONOMIA CONFESIONALE. A PROPOSITO
DEL REGOLAMENTO EUROPEO N. 2016/679 E DELLA
SUA APPLICAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I caratteri di novità del Regolamento europeo n. 2016/679 e la gestione dei dati di natura religiosa. – 3. Informazioni sensibili e protezione dei caratteri di autonomia dei gruppi religiosi. – 4. Funzione di controllo indipendente sul trattamento dei dati sensibili e norme confessionali: le indicazioni del GDPR.

1. *Introduzione*

Le esigenze di salvaguardia della riservatezza sono venute, seppur in modo graduale, ad imporsi nello scenario giuridico contemporaneo in forme di particolare intensità, al punto da determinare l'affermarsi di un diritto all'autodeterminazione personale, tale da consentire ad ognuno la più ampia assunzione di decisioni libere da qualsivoglia condizionamento esterno¹. In questo senso, si è progressivamente inquadrato il trattamento dei dati personali in una prospettiva di tutela della *privacy* individuale

¹ Secondo M. CARTABIA, *I "nuovi" diritti, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), febbraio 2011, 13, proprio il progressivo affermarsi del diritto alla *privacy* avrebbe dato vita alla libera facoltà individuale a compiere alcuni tipi di scelte, senza interferenze altrui. Conformemente ad una impostazione culturale di matrice nordamericana, approdata in Europa a mezzo dell'art. 8 della Convenzione sulla salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, si è determinata la crescente rilevanza giuridica di un vero e proprio diritto all'autonomia personale o all'autodeterminazione. Del resto, va anche detto che, oggi, tutto ciò che è in connessione con questioni eticamente controverse subisce l'influenza del principio di autodeterminazione, che, per conto suo, genera un'ampia gamma di diritti individuali. Basti pensare, esemplificativamente, al diritto alla vita privata (matrimonio e divorzio) o alla libertà di scelta in ordine alle tematiche esistenziali più delicate (aborto, fecondazione assistita, rifiuto di trattamenti sanitari). Si sarebbe di fronte, in sostanza, ad una nuova generazione di diritti che hanno tratto origine dall'importanza attribuita alla dimensione della *privacy*, in una logica per cui l'autonomia, o l'autodeterminazione del singolo individuo, costituirebbe il

e di deterrenza all'ocasionarsi di eventi discriminatori in danno delle persone. Pure in relazione al diritto fondamentale di libertà religiosa², la protezione della riservatezza è stata concepita funzionalmente al contrasto di possibili arbitrarie differenziazioni dei soggetti in ragione dei loro orientamenti spirituali, sia ove esse siano poste in essere dalle pubbliche autorità che da soggettività private³.

Fatta eccezione per le organizzazioni di tendenza, in generale, nei contesti lavorativi, può ben dirsi operante la garanzia costituita dal dovere datoriale di non interessarsi delle posizioni ideali e religiose dei prestatori d'opera e, se note, di manifestarsi indifferente rispetto alle identità spirituali dei propri dipendenti. Giustappunto nel momento in cui esse si palesano viene, di conseguenza, a rendersi concretamente necessaria un'azione di protezione rispetto ai fenomeni di carattere discriminatorio. Così, il diritto alla *privacy* si lega al diritto di libertà religiosa per tutto ciò che attiene alla gestione dei dati personali, coinvolgendo come titolari delle attività di trattamento anche le organizzazioni confessionali, i

meta-valore dominante e in cui l'eguaglianza tenderebbe a tradursi in una forma di non differenziazione, o (se si vuole precisare meglio) di 'neutralità' giuridica.

² Pare opportuno evidenziare come sia pacificamente ammesso che il diritto a non dover rivelare la propria convinzione religiosa o la propria appartenenza confessionale debba ritenersi incluso nel diritto di libertà di religione sancito dall'art. 19 della nostra Carta costituzionale e, *amplius*, nella disposizione matrice delle situazioni soggettive riconducibili alle espressioni di pensiero, ossia nell'art. 21. Tali disposizioni, tuttavia, permettono all'interessato di rinunciare a questa dimensione di riservatezza qualora la manifestazione delle informazioni di carattere spirituale sia funzionale al godimento della libertà di religione, almeno nello specifico ambito ove si voglia la produzione degli effetti. Pure la Corte di Strasburgo ha, più volte, sancito, da un lato, che il diritto a non rivelare le proprie convinzioni in materia religiosa è, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione del 1950, aspetto negativo delle facoltà proprie della libertà di religione, e, dall'altro, che tale diritto non può essere invocato nel momento in cui la dichiarazione delle proprie convinzioni appaia necessaria per la fruizione di un particolare beneficio o di una specifica esenzione. Si veda A. CESERANI, *Il dato religioso nel sistema europeo di tutela della privacy*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, II ed., Sant'Arcangelo di Romagna (RA) 2019, 454.

³ Va rilevato come l'esperienza storica abbia dimostrato che i dati idonei a palesare l'adesione ad associazioni ed organizzazioni a carattere religioso o le stesse convinzioni spirituali, a motivo della loro potenziale attitudine ad essere adoperati a fini discriminatori, sono particolarmente sensibili tanto verso l'esterno delle formazioni sociali religiose e – laddove, come avviene in una società religiosa di massa, alcuni specifici gruppi confessionali raccolgano tendenzialmente l'adesione formale della maggior parte dei cittadini (che ad essi si rivolgono pure solo per i c.d. 'riti di passaggio' – quanto al loro interno. Cfr. N. COLAIANNI, *Libertà religiosa e società dell'informazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1999, 1, 200.

gruppi religiosi e le associazioni ideali di matrice filosofica, alla pari dei soggetti commerciali o degli operatori del mercato non ideologicamente qualificati.

Com'è ben noto, nell'ordinamento giuridico italiano, il diritto alla riservatezza è oggetto di disciplina da parte del c.d. 'Codice per la protezione dei dati personali' (informalmente noto anche come 'Codice della *privacy*'), emanato a mezzo del Decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003 e, poi, riformato con l'adozione del Regolamento europeo n. 679 del 25 maggio 2016, denominato *General data protection regulation* (d'ora in poi GDPR, recepito con il Decreto legislativo n. 101 del 10 agosto 2018).

Al di là di questi recenti interventi normativi finalizzati a definire l'adeguamento nazionale alle indicazioni regolamentari dell'Unione Europea, va detto che gli organi legislativi italiani si erano già manifestati attenti alle esigenze di protezione delle informazioni sensibili in sede di approvazione dello 'Statuto dei lavoratori', allorquando nella confezione dell'art. 8 della legge n. 300 del 20 maggio 1970 si è fissato per il datore di lavoro il divieto «(...) ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Tale prescrizione, pur se risalente, si è caratterizzata per una portata applicativa abbastanza soddisfacente, atteso che essa è stata riferita non solo al momento dell'eventuale acquisizione delle informazioni ma pure a quello della successiva possibile gestione dei dati ottenuti⁴. In tal modo l'indicazione legislativa ha operato, ed opera tuttora, nelle

⁴ La disposizione assume una significativa rilevanza sia con riferimento al momento genetico del rapporto di lavoro che nello svolgimento di esso, al fine di evitare possibili atti ad opera del datore che ben possono prestarsi ad assumere carattere discriminatorio. Anche la maggior parte della giurisprudenza sull'art. 8 dello Statuto ne conferma la prevalente finalità anti-discriminatoria, quale norma inderogabile che stabilisce come non possano costituire motivo di discriminazione le pratiche, gli usi e le abitudini di vita connesse alla identità religiosa del lavoratore e risultino vietati tutti i trattamenti differenziati non giustificati aventi fondamento nell'esercizio della libertà ideologica del lavoratore. La nozione di 'religione' deve, quindi, essere intesa in senso ampio e riferita all'appartenenza confessionale, alle opinioni in materia religiosa e all'insieme dei dettami imposti all'individuo in ragione della fede professata. Peraltro, nell'ambito delle convinzioni personali vanno racchiuse una serie di caratteristiche dell'individuo che afferiscono alla sua sfera interna, ed hanno a che vedere con l'etica, la filosofia, la politica e con i rapporti sociali e sindacali. Si veda ora S. BERLINGÒ e G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nella società d'oggi*, Torino 2020, 4-5

forme di una prima tutela del lavoratore rispetto ad azioni lesive della sua sfera di *privacy* personale.

Lo specifico approccio del nostro legislatore è venuto confermandosi con il varo della legge n. 121 del 1° aprile 1981 ove, nel riformare l'organizzazione della sicurezza pubblica, al comma 2 dell'art. 7, si è fatto divieto al Centro di elaborazioni dati del Ministero degli Interni di «(...) raccogliere informazioni e dati sui cittadini per il solo fatto della loro razza, fede religiosa od opinione politica, o della loro adesione ai principi di movimenti sindacali, cooperativi, assistenziali, culturali, nonché per la legittima attività che svolgano come appartenenti ad organizzazioni legalmente operanti (...)». Questa linea di tendenza nell'apprestamento di strumenti di tutela è stata, poi, confermata dalla legge n. 675 del 31 dicembre 1996⁵, che ha esteso i precetti formulati in passato a qualsiasi realtà sociale e in riferimento alla progressiva evoluzione interessante le nuove tecnologie di comunicazione⁶.

⁵ Va ricordato che con la legge n. 675 del 1996 si è provveduto ad emanare una disciplina organica della materia della protezione dei dati personali, dopo un periodo di inerzia legislativa che, fatta eccezione per alcune norme di carattere settoriale, si era protratto a lungo, nonostante le richieste di regolamentazione da tempo avanzate dalla dottrina e le critiche più volte formulate in ambito internazionale. In questo senso, la legge è stata oggetto di una celere approvazione, anche per colmare il ritardo con cui il nostro Paese decideva di adeguarsi a precedenti accordi internazionali e di recepire nel diritto interno le più recenti Direttive comunitarie. Cfr. D. MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative ed interventi giurisprudenziali*, in *Dir. Eccl.*, 2001,1, 266-267.

⁶ Lo sviluppo pervasivo, e al tempo stesso invasivo, in termini pandigitali della rete internet nella vita quotidiana rappresenta tra i principali fattori che hanno portato la 'questione *privacy*' al centro del dibattito politico, sociale e giuridico degli ultimi decenni. Nell'odierna società dell'informazione, inaugurata dall'avvento e dalla diffusione dei calcolatori elettronici, il concetto di riservatezza è inscindibilmente legato, infatti, a quello di diritto alla protezione dei dati personali, il quale, negli ultimi anni, ha trovato piena consacrazione – come si è accennato – all'interno di testi normativi di livello nazionale ed internazionale. Gli innovativi strumenti informatici, attualmente disponibili, spesso costituiscono importanti ausili a disposizione dei pubblici poteri, delle autorità private e dei singoli, dato che si prestano a mettere a disposizione di un vasto pubblico di utenti un insieme poderoso di informazioni. Così, dal punto di vista giuridico, a confronto sembrerebbero esserci due importanti diritti. Da una parte, il diritto dello Stato di conoscere meglio la popolazione governata, così da venire più efficacemente incontro alle aspettative rilevate, e delle soggettività private di avere a disposizione strumenti di lavoro all'avanguardia che rendano possibile l'aumento della produttività e dell'efficienza o, comunque, un più conveniente perseguimento dei propri obiettivi. Dall'altra, il diritto di ciascuno a che le piattaforme e le applicazioni della rete telematica trattino le informazioni personali nel rispetto di apposite norme di garanzia, e, in particolare, nell'osservanza dell'autodeterminazione del singolo alla diffusione dei propri dati sensibili e, contestual-

Tali interventi normativi, richiamati a fini esemplificativi della costante sensibilità palesata dall'ordinamento italiano per le esigenze di salvaguardia della riservatezza, si iscrivono nella logica sovranazionale di tutela degli individui rispetto al trattamento dei dati personali manifestatasi con il dettato dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, posto a protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, e dell'art. 6 della Convenzione n. 108 del 28 gennaio 1981 adottata dal Consiglio d'Europa per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale⁷. In quest'ultima norma si è posto l'impegno inderogabile a che le informazioni sensibili indicanti l'origine razziale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o ideali, nonché i dati a carattere personale relativi allo stato di salute ed alla vita sessuale, non possano essere oggetto di elaborazione automatica a meno che il diritto interno non preveda garanzie atte a tutelare la *privacy* individuale.

Si può ben intuire che il minimo comune denominatore delle disposizioni interne e sovranazionali adottate risulti essere il postulato della ininfluenza, anche dal punto di vista giuridico, dell'appartenenza confessionale e delle scelte religiose dei consociati in qualsivoglia contesto o dinamica della convivenza sociale⁸. L'obiettivo perseguito appare essere

mente, nel controllo delle notizie che lo riguardano (a tutela della propria dignità, libertà e riservatezza). Cfr. G. CIACCI, *Internet e il diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1, 233 e ss.

⁷ Con l'evidenziata applicazione dei nuovi strumenti informatici alla vita sociale, culturale, economica dei Paesi europei, negli anni Ottanta del secolo scorso iniziava ad avvertirsi l'esigenza di proteggere i singoli individui, esposti (spesso anche inconsapevolmente) nella loro sfera più interna e profonda a trattamenti di vario genere dei dati sensibili ad essi relativi. Anche in seno al Consiglio d'Europa veniva, così, a sentirsi la necessità di pervenire ad un accordo generale per la tutela delle persone in relazione alla gestione automatizzata delle informazioni più intime, soddisfatta con il varo della Convenzione n. 108 del 1981. In essa si sono introdotti alcuni principi-chiave, corrispondenti all'idea generale dell'esistenza di un diritto all'informazione da parte dell'individuo, cioè del suo diritto di effettuare un controllo sull'uso dei propri dati personali inseriti in un archivio elettronico. Sulla base di tali criteri ordinatori, poi, la Convenzione affidava agli Stati la scelta in ordine alle modalità concrete di introduzione dei principi, per suo tramite fissati, nei propri ordinamenti, grazie anche alla successiva approvazione di Raccomandazioni settoriali da parte dello stesso Consiglio d'Europa. In proposito V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, Milano 2001, 20 e ss.

⁸ Tale assunto appare essere il naturale esito dell'assoluta libertà individuale in materia spirituale e della indiscussa volontarietà dell'appartenenza religiosa. Da questo punto di vista, i valori che informano la struttura ideale del costituzionalismo contemporaneo richiedono, tra le altre cose: che la scelta di una fede religiosa sia libera e correlativamente che sia interdetto l'indottrinamento religioso da parte dei pubblici poteri (il che,

quello dell'apprestamento di una reale salvaguardia delle esigenze di riservatezza, concretantesi con la chiara esclusione, in linea generale, di obblighi di pubblica manifestazione dei personali convincimenti religiosi o di comunicazione esterna del mutamento dei progressi orientamenti ideali e spirituali. Questo indirizzo di disciplina normativa, tuttavia, viene declinato, nei diversi ordinamenti nazionali, a mezzo di specifiche regolamentazioni che hanno costituito il portato sia della storia giuridica di ciascun Paese, sia dei sistemi di relazione esistenti tra pubblici poteri e gruppi confessionali⁹.

ad esempio, renderebbe incostituzionale la previsione dell'insegnamento obbligatorio di una religione nelle scuole pubbliche); che l'appartenenza religiosa non sia motivo di discriminazione da parte di soggetti pubblici e privati (ciò perché un trattamento disuguale tra gli individui in base alla loro fede religiosa, oltre a ledere il loro eguale *status* di cittadini e la loro pari dignità sociale, condizionerebbe le loro scelte in materia religiosa creando ostacoli all'esercizio dell'identità religiosa di alcuni); che non vi sia un obbligo di dichiarare l'appartenenza religiosa e che le informazioni personali relative a tale dimensione dell'esistenza umana, in quanto possibile oggetto di discriminazioni e di pressioni conformistiche, siano soggette ad un regime di circolazione limitato; che le idee religiose siano soggette a libera critica e discussione pubblica nella società nel suo complesso; infine, che l'appartenente ad una confessione religiosa possa liberamente cessare di farne parte, senza indebite pressioni o ritorsioni, da parte di poteri pubblici o privati e da parte dello stesso gruppo spirituale al quale il soggetto apparteneva (si tratta di ciò che nella letteratura giuridica è conosciuto come diritto, o diritti, di uscita dal gruppo, ovvero gli *exit rights*). Cfr. G. PINO, *Sulla rilevanza giuridica e costituzionale dell'identità religiosa*, in *Ragion pratica*, 2015, 45, 374-375.

⁹ Sotto questo profilo, va rilevato che il principio della irrilevanza giuridica dell'appartenenza confessionale conosce differenti applicazioni nei vari Paesi europei, proprio in ragione delle diversificate tradizioni normative nazionali ed articolazioni dei rapporti tra i pubblici poteri e i movimenti spirituali. Ad esempio, mentre, in Italia, l'attuale modello di sovvenzionamento economico delle confessioni religiose si fonda sull'influenza a livello normativo delle adesioni confessionali dei contribuenti, in non poche realtà nazionali nordeuropee il sistema della 'tassa ecclesiastica' è strettamente connesso all'appartenenza religiosa dei *cives fideles*. In tali Paesi (come la Danimarca o la Norvegia), le scelte di adesione confessionale sono giuridicamente rilevanti, al punto che ove i contribuenti decidano di mutare il proprio orientamento spirituale e di fermare il versamento della 'tassa ecclesiastica', l'unica opzione praticabile è rappresentata da una dichiarazione pubblica di distacco dalla Chiesa di iniziale appartenenza. Allo stesso modo, volendo ulteriormente esemplificare al fine di rendere chiara la differente modulazione nazionale del generale principio dell'irrilevanza giuridica dell'appartenenza ecclesiastica, può farsi riferimento alle scelte in tema di insegnamento della religione nelle scuole. Infatti, è agevole rilevare come in diversi ordinamenti europei i sistemi in essere non siano del tutto indipendenti dalle adesioni confessionali formalmente rilevabili, mentre in altri (come nel caso italiano), le determinazioni relative alla frequenza scolastica dell'insegnamento di religione cattolica si vengano a caratterizzare per l'essere del tutto indifferenti rispetto ai convincimenti spirituali dei discendenti o dei loro genitori. Ovvero, in queste realtà, la scelta della c.d. 'ora di religione' risponderrebbe solo all'impostazione culturale delle famiglie e

2. I caratteri di novità del Regolamento europeo n. 2016/679 e la gestione dei dati di natura religiosa

La diversità di orientamenti nazionali in relazione al principio della tendenziale irrilevanza giuridica dell'appartenenza confessionale, quanto al trattamento delle informazioni personali in materia religiosa, si è prestata, per certi versi, a condizionare le determinazioni delle istituzioni eurounitarie al riguardo.

Va preliminarmente evidenziato come il Regolamento n. 2016/679 abbia previsto alcune innovazioni atte a far coesistere, nella gestione automatizzata dei dati personali, le esigenze di tutela della riservatezza con quelle dell'evoluzione tecnologica e dello sviluppo economico a livello internazionale¹⁰. Questo approccio, già venuto a delinarsi con la Direttiva 95/46/CE, è apparso ispirato dall'intento di implementare i principi generali in tema di riservatezza, così da condurre la protezione della *privacy* su livelli tendenzialmente uniformi in tutti gli ordinamenti interni. Proprio l'impiego dello strumento normativo regolamentare si è prestato a questo obiettivo, consentendo, grazie all'obbligatorietà e alla diretta applicabilità di tutte le sue indicazioni in ciascuno Stato membro, una più chiara omogeneità della disciplina di settore nello spazio giuridico europeo e una maggiore effettività delle disposizioni adottate.

A tal fine, il meccanismo di tutela dei dati personali definito a livello eurounitario è stato accompagnato dalla previsione di adeguati criteri di attuazione, ritenuti essere indispensabili per la creazione di un clima di fiducia intorno all'espansione dell'economia digitale nel mercato comunitario. Nella prospettiva di assicurare una gestione trasparente, corretta e lecita delle informazioni sensibili si è fatto ricorso al principio della *c.d. accountability*, ovvero della responsabilità. In virtù di esso, il Regolamen-

degli studenti, spesso dal tutto sganciata da una 'ufficiale' adesione al cattolicesimo e ai suoi principi.

¹⁰ Lo rileva, in dottrina, A. CESERANI, *Il dato religioso nel sistema europeo di tutela della privacy*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 458, per il quale uno dei principali motivi d'ispirazione del provvedimento normativo eurounitario è costituito «(...) dalla necessità di adottare misure di protezione del dato tale da garantire, nel rispetto dei principi di tutela, lo sviluppo dell'economia del digitale, garantendo al contempo alle persone fisiche il controllo dei loro dati e rafforzando la certezza giuridica e operativa dei soggetti economici e delle autorità pubbliche. Tali esigenze si rinvergono anche nell'ambito del trattamento del dato religioso, che può essere oggetto di trattamento mediante i moderni mezzi di comunicazione digitale».

to n. 2016/679 ha disposto che il titolare del trattamento adotti politiche e attui misure opportune per garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali venga effettuato nel pieno rispetto della normativa europea¹¹. Così, è apparso chiaro come l'*accountability* si sia prestata ad affiancare ad un profilo meramente giuridico una dimensione amministrativa ed etica, in grado di promuovere decisioni responsabili, fondate sul rispetto della legalità e del principio di trasparenza. Quest'ultimo è stato inteso come strumento per l'accesso ai propri dati e per la verifica della sorte designata dal titolare del trattamento, tenuto a dar conto delle modalità di utilizzo delle informazioni acquisite¹². L'obiettivo perseguito è quello della messa in opera di un sistema di trattamento dei dati personali basato sull'adempimento degli obblighi legali e sulla garanzia della trasparenza, quali indici virtuosi della tutela dei dati stessi¹³.

¹¹ Il principio di *accountability* si presta effettivamente a responsabilizzare i titolari del trattamento, i quali dovranno adottare comportamenti attivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del Regolamento europeo. La nuova disciplina ha, altresì, predisposto una serie di strumenti utilizzabili dai titolari al fine di dimostrare l'osservanza delle prescrizioni loro imposte e di adempiere all'onere della prova richiesto dal principio di responsabilizzazione. Così, secondo l'art. 24 del Regolamento, l'adesione ai codici di condotta o a un meccanismo di certificazione può essere utilizzata come elemento per dimostrare il rispetto degli obblighi del titolare del trattamento: tale adesione può, inoltre, assicurare la trasparenza del trattamento, con conseguente incremento della fiducia degli interessati, che, grazie alla certificazione, possono valutare rapidamente il livello di protezione dei loro dati. Cfr. B. BORRILLO, *La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR*, in *Dirittifondamentali.it* (Rivista telematica, www.dirittifondamentali.it), 18 maggio 2020, 2/2020, 345.

¹² F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino 2016, 287-288.

¹³ Proprio sotto il profilo della trasparenza, il Regolamento n. 2016/679 si è contraddistinto per l'introduzione di obblighi più stringenti. In particolare, in tema di informativa, si è passati da una situazione nella quale non vi erano peculiari requisiti per la sua stesura (ovvero, l'informativa era spesso lunga, incomprensibile e con richiami normativi complessi) al contesto attuale, in cui i titolari e i responsabili del trattamento sono tenuti a predisporre una informativa accessibile, concisa e scritta con linguaggio chiaro e semplice, grazie anche all'ausilio di un numero limitato di riferimenti normativi. Numerose e rilevanti modifiche orientate alla trasparenza hanno interessato pure la materia del consenso; in estrema sintesi, si può tranquillamente asserire che il Regolamento europeo si concreta, più che sui requisiti formali del consenso, sulla necessità della validità sostanziale dello stesso, per far sì che l'interessato sia pienamente consapevole e informato nel momento in cui lo presta. Si veda G. RUSSO e M. POLINI, *I principi di accountability e di effettività nel nuovo Regolamento*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, cit., 133-135.

L'intenzione di proporre un impianto in grado di consentire ai singoli e ai gruppi la supervisione sui dati personali forniti è testimoniata dalla considerazione, ad opera dello stesso Regolamento, del diritto alla protezione delle informazioni sensibili come rientrante nel novero dei diritti fondamentali. Per avere conferma di ciò, basti far riferimento al *Considerando* n. 4 del Regolamento n. 2016/679, ove la tutela delle informazioni personali viene vincolata all'esercizio di una funzione sociale, nella logica per cui il trattamento dei dati sensibili è da ritenersi un 'servizio all'Uomo', destinato a concretarsi sulla base del principio di proporzionalità e in una prospettiva di temperamento tra i diritti basilari della persona¹⁴. In questo modo, la gestione delle informazioni personali viene considerata operante in una dimensione di rispetto per le indicazioni presenti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ritenuta prevalente nei confronti di qualsivoglia interesse di carattere economico o commerciale.

All'uopo, il citato punto ha operato un esplicito richiamo a ben precise libertà e specifici principi riconosciuti nella Carta di Nizza, valorizzati insieme alla protezione dei dati personali, ovvero: il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni; la libertà di pensiero, di coscienza e di religione; la libertà di espressione e d'informazione; la libertà d'impresa; il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale; il diritto alla diversità culturale, religiosa e linguistica. Tenuto conto del fatto che le informazioni sensibili evocate possono attingere alle dimensioni più private della vita, del modo di essere delle persone, delle modalità di interazione nella convivenza sociale, il Regolamento n. 2016/679 è apparso ispirato dall'esigenza di fondo di evitare qualsivoglia danno alla *privacy* dei consociati, strutturando un meccanismo di salvaguardia intorno ai dati identificativi di ciascuno (con particolare riferimento al nome e agli elementi rivelatori dell'identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale).

Sotto questo profilo, di conseguenza, nella normativa regolamentare europea è venuto a manifestarsi un interesse specifico per la gestione automatizzata delle informazioni personali, conformemente alla tecnica della 'profilazione' dei soggetti che accedono ad internet. Quest'ultima, come è ormai ben noto, consiste nella raccolta e nella elaborazione dei

¹⁴ D. DURISOTTO, *Diritti degli individui e diritti delle organizzazioni religiose nel Regolamento (UE) 2016/679. I "corpus completi di norme" e le "autorità di controllo indipendenti"*, in *Federalismi.it* (Rivista telematica, www.federalismi.it), 7 ottobre 2020, 7, 2020, 47.

dati concernenti gli elementi caratteristici di una persona fisica, con l'obiettivo di studiarne, valutarne e pronosticarne il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti¹⁵ (art. 4 del GDPR, ovvero del citato Regolamento europeo n. 2016/679).

Ora, nelle indicazioni fornite dal *Considerando* n. 71, le attività di 'profilazione' e di trattamento automatizzato dei dati sensibili vengono consentite subordinatamente al rispetto di particolari cautele, finalizzate a scongiurare pregiudizi di sorta per gli interessi e per i diritti degli utenti e a costituire un deterrente all'occasionarsi di conseguenze discriminatorie per le persone in ragione della razza, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni individuali di esse. La connotazione particolarmente sensibile di alcuni dati ha imposto ulteriori tutele a beneficio dei fruitori della rete internet e degli utenti dei *social networks*¹⁶, stabilendo la predisposizione di appropriate campagne informative in tema di gestione e di impiego dei dati personali nella 'profilazione' condotta per finalità commerciali e statistiche (art. 13 e *Considerando* nn. 60, 61 e 62 del GDPR).

Per quanto concerne l'acquisizione delle informazioni relative alla dimensione religiosa della vita, realizzata con obiettivi di delineazione dei profili delle persone, è intuibile come queste attività siano di estremo interesse per le organizzazioni confessionali, nella misura in cui esse si prestano a rappresentare le scelte e le inclinazioni spirituali degli utenti. Infatti, le informazioni raccolte ed elaborate possono essere offerte ai gruppi religiosi o a soggetti commerciali ideologicamente connotati, consentendo ad essi l'apertura di spazi nelle piattaforme informatiche utilizzabili a fini di divulgazione dei propri messaggi spirituali o di mero proselitismo telematico¹⁷. Tali esiti, pur non costituendo in sé un pericolo per i diritti di libertà

¹⁵ Oggigiorno le attività di 'profilazione' si caratterizzano per l'essere particolarmente sofisticate e profonde, al punto che è facile desumere dall'insieme delle informazioni personali offerte alcuni dati particolari e sensibili. Attraverso il *data mining*, ovvero l'estrazione di informazioni specifiche da grandi quantità di dati, realizzato su banche dati (anche non apparentemente tra di loro coerenti) avvalendosi di algoritmi sempre più raffinati e a tecniche di intelligenza artificiale, è possibile, ad esempio, poter dedurre (tra l'altro), dalle scelte di acquisto di beni alimentari, le adesioni a credi e fedi religiose. In proposito F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano 2019, 289-290.

¹⁶ In dottrina, già agli inizi del progressivo affermarsi dei canali di comunicazione e di interazione di natura telematica, ne rilevava l'esigenza S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna 1995, 19 e ss.

¹⁷ Negli ultimi vent'anni, le scienze sociali sono state interessate dall'apertura di un

delle persone, potrebbero, tuttavia, presentare profili di problematicità allorquando alcuni siti *web* o applicazioni *social* con finalità religiose concedano, in modo del tutto illegittimo, i dati sensibili in loro possesso a società terze, dedite al perseguimento di finalità (come quelle commerciali¹⁸)

nuovo campo di studi, vale a dire quello dedicato all'analisi dell'esperienza religiosa *online*. Sviluppatisi nel mondo accademico statunitense, lo studio della religiosità su internet si propone di osservare come le istituzioni, le comunità e i gruppi religiosi comunichino *online* e come, di conseguenza, gli utenti vivano la loro esperienza religiosa in rete. La Chiesa cattolica, in particolare, è stata in grado di adattarsi alla cultura di internet, soprattutto grazie alla sua lunga tradizione nell'utilizzo dei mezzi di comunicazione. Lo si è potuto dedurre dall'istituzione e dall'azione condotta ad opera del Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali e dall'adozione di alcuni documenti, come *Communio et Progressio*, dai quali si è avvertito come i *media* giochino un importante ruolo nella vita della Chiesa e come questi vengano considerati un dono fatto da Dio per esprimere concetti di giustizia sociale e di comunità. Del resto, già agli inizi del Novecento, da subito la Chiesa cattolica ha utilizzato la radio, poi la televisione, fino ad arrivare ai *media* dei giorni nostri e ai loro strumenti più evoluti. Parte del motivo del successo dell'attivismo in rete della Chiesa è dovuto al fatto che essa ha una chiara teologia, che giustifica e spiega non solo perché i *media* devo essere utilizzati, ma anche come farlo. Oltre alla Chiesa di Roma, ci sono tante altre istituzioni ecclesastiche e gruppi religiosi che stanno lavorando in maniera interessante sui *media*, come, ad esempio, i gruppi evangelici. Può ben dirsi che ogni movimento religioso abbia fondamentalmente capito come i *media* possano essere utilizzati per uno scopo spirituale, adattandoli al loro quadro teologico. Pensiamo, in questo senso, alle comunità che mettono un forte accento sulla maniera in cui evangelizzare, e che fanno dell'evangelizzazione un vero e proprio lavoro: i *media* sono sicuramente lo strumento più potente a loro disposizione per questo scopo, e, quindi, non hanno potuto fare a meno di adottare internet per la più efficace realizzazione delle loro attività proselitiche e di diffusione del messaggio religioso proposto. Si vedano E. PACE, *La comunicazione invisibile. Le religioni in internet*, Cinisello Balsamo (MI) 2013, 5-15; F. VECOLI, *La religione ai tempi del web*, Roma-Bari 2013, 60-67.

¹⁸ Già alcuni decenni fa ne avvertiva il pericolo S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari 1995, 195. Sotto questo profilo, sono particolarmente avvertite le criticità e le potenzialità insite nella pratica – oggi diffusissima – della pubblicità comportamentale *online*. Quest'ultima è una forma di propaganda o pubblicità – cioè di comunicazione d'idee, di credenze, di fedi, di ideologie, di culture e, più in generale, di informazioni finalizzate alla persuasione dei destinatari, anche a scopo commerciale – che si fonda sull'analisi dei comportamenti di ogni singolo utente del *web* cui è indirizzata, al fine di adattarsi dinamicamente ai suoi interessi, gusti, idee politiche o religiose. Tramite marcatori elettronici, detti *cookies*, lo strumento della pubblicità comportamentale su internet consente di definire un profilo più o meno dettagliato del singolo destinatario del messaggio pubblicitario e di utilizzare tali informazioni per inviargli, esattamente, il contenuto che il mittente ritiene più opportuno per il caso specifico. Quello della pubblicità comportamentale *online* è un settore prospero e in enorme espansione, al punto da potersi già considerare uno dei cardini del mercato dei servizi telematici e una delle sue più importanti fonti di approvvigionamento economico. Dal canto loro, le tecniche e i modelli matematici per l'elaborazione e l'interpretazione dei dati derivanti dal monitoraggio dei comportamenti degli utenti sul *web* hanno ormai raggiunto livelli di sofisticatezza del tutto insospettati

sgradite agli utenti delle piattaforme con caratterizzazione spirituale¹⁹.

Questa situazione si è dimostrata tale da rendere manifesta l'esigenza di apprestare idonee garanzie per il consenso informato delle persone che concedono la gestione delle informazioni ad esse relative. Una preoccupazione particolarmente avvertita, in modo ovvio, in riferimento ai dati personali direttamente connessi alla sfera della riservatezza e della

dalla maggior parte dei fruitori della rete. Queste possibilità appaiono tali da innescare problematiche sul piano dei diritti alla riservatezza e alla libertà religiosa dei cittadini, soprattutto allorché dalla pubblicità comportamentale si determini un trattamento di dati personali idoneo a rivelare convinzioni di carattere spirituale o filosofico al fine di indirizzare messaggi commerciali alla persona cui tali informazioni si riferiscono. In sostanza, tale situazione si presta a generare contrasti del tutto inediti tra la libertà di iniziativa economica delle imprese inserzioniste e il diritto alla *privacy* in ambito religioso del consumatore, sottoponendo al giurista questioni nuove e complesse. In merito cfr. D. MORELLI, Perché non possiamo non dirci tracciati: *analisi ecclesiasticistica della pubblicità comportamentale on-line*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 3 dicembre 2012, 1 e ss.; R. SANTORO e F. GRAVINO, *Internet, culture e religioni. Spunti di riflessione per un web interculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 20, 2020, 100 e ss.

¹⁹ Come si è già parzialmente rilevato, il crescente sviluppo del mondo digitale si presenta tale da determinare l'insorgere di rilevanti problemi in riferimento alla concreta possibilità di controllo dei dati sensibili da parte degli utenti. In questo senso, è noto come il mercato delle applicazioni internet a contenuto religioso sia in costante crescita, con l'offerta dei servizi più diversi (dalla recita del Rosario dovunque gli utenti si trovino, all'indicazione della Mecca da qualsiasi posizione geografica del mondo e alla pratica dei riti *on demand* in tempi di non facile accesso ai luoghi di culto, come è accaduto nel corso dell'emergenza pandemica). Queste applicazioni si rendono visibili sui *desktops* dei portatili, così come sulle schermate generali degli *smartphones*, determinando un'esplicita dichiarazione di appartenenza religiosa che dovrebbe essere ricondotta a forme di protezione della *privacy* degli utenti, così da tutelarli anche da una veicolazione di queste informazioni sensibili verso soggetti terzi (aventi, com'è intuibile, finalità diverse da quelle spirituali in senso stretto). Tali esigenze di protezione si giustificano tenendo presente che, nel momento dell'acquisto di un'applicazione *web*, gli utenti sono identificati a mezzo del rilascio di specifiche credenziali di accesso e dei dati della carta di credito. Così sono esposti al pericolo della circolazione dei propri dati sensibili, tra cui quelli di natura religiosa, senza aver prestato il proprio assenso. Essi, inoltre, corrono il rischio di essere associati, per il solo fatto di aver proceduto a scaricare un'applicazione, ad una data organizzazione confessionale, che, a volte, potrebbe anche non essere coincidente con quella di personale adesione. Rispetto a tali evenienze, può essere opportuno garantire efficacemente la trasparenza nel trattamento dei dati sensibili religiosamente qualificati, in modo da permettere agli utenti, con piena consapevolezza degli eventuali rischi, di decidere, di volta in volta, quali applicazioni scaricare ed utilizzare, così come se e con quali finalità consentire al fornitore dei servizi *web* la fruizione delle proprie informazioni personali a contenuto spirituale. Cfr. F. GRAVINO, *La tutela della privacy nei social-media e nel mondo delle app religiose*, in A. FUCCILLO, *Diritto religioni culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, II ed., Torino 2018, 300-302.

privacy più intima degli individui. Sotto questo profilo, il Regolamento n. 2016/679 ha inteso seguire il percorso già avviato dalla menzionata Direttiva 95/46/CE, contemplando una protezione specifica per i dati personali che vengono a presentarsi come particolarmente sensibili nella prospettiva della garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali (*Considerando* n. 51 del GDPR). Così, è operato un divieto espresso per il trattamento delle informazioni atte a palesare gli orientamenti spirituali e filosofici delle persone, fatta eccezione per le ipotesi in cui sia stato reso un consenso (anche non scritto) in forme esplicite o i dati personali siano stati offerti in modo pubblico da parte degli interessati, come pure per alcune altre eventualità prese in considerazione dall'art. 9 del GDPR.

Può ben dirsi che quest'ultima disposizione sia stata confezionata con l'obiettivo di ribadire il regime speciale già delineato da precedenti norme eurounitarie (ovvero dalla Direttiva 95/46/CE). Ossia un assetto normativo particolare, operante a beneficio degli organismi aggregativi strumentali all'esercizio delle libertà fondamentali, tenendo presente in questo novero, apertamente, le fondazioni, le associazioni o gli altri organismi senza scopo di lucro perseguenti finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali. In riferimento ad essi, l'art. 9 del GDPR ha conferito i caratteri della legittimità alla loro gestione dei dati personali pure in assenza del consenso degli interessati, laddove questi siano membri, *ex* membri o persone aventi rapporti regolari con le soggettività ideali menzionate dalla norma. Va, tuttavia, precisato come il Regolamento europeo n. 2016/679 abbia vincolato ad una utilizzazione meramente interna di queste informazioni, interdicensi qualsiasi attività di comunicazione esterna in assenza di una manifestazione di volontà in questo senso da parte degli interessati.

Uno degli aspetti di particolare innovazione nel confronto con la legislazione eurounitaria pregressa è rappresentato dalla previsione della possibile conservazione dei dati personali degli *ex* membri delle organizzazioni considerate dall'art. 9 del GDPR²⁰, includendo anche le persone

²⁰ Ci si riferisce, com'è intuibile, al c.d. 'diritto all'oblio' (*right to be forgotten*, *droit à l'oubli*, *Recht auf Vergessenwerden* o *Recht auf Vergessen*), inteso come diritto dell'interessato di ottenere la rimozione dalla pubblica circolazione di informazioni personali che lo riguardano, ove la loro rilevanza pubblica sia venuta meno per il trascorrere del tempo o per altri motivi. Esso è espressamente menzionato dal recente Regolamento europeo nella rubrica dell'art. 17. In base al paragrafo 1 di tale norma, sussistono sia un diritto dell'interessato di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano, sia un correlativo obbligo del titolare di cancellare tali dati ove ricorra uno dei seguenti presupposti: a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità del

che abbiano abbandonato un gruppo confessionale o un'associazione religiosa. Questa eventualità, tuttavia, si presta, come è testimoniato da diversi casi giurisprudenziali concreti, alla delinearazione di un conflitto tra le aspettative di *ex* fedeli al soddisfacimento delle loro richieste di

trattamento; b) l'interessato revoca il consenso al trattamento e non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento e non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; d) i dati sono stati trattati in modo illecito; e) vi è un obbligo di legge di cancellare i dati; f) i dati sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione a minori. Lo stesso art. 17 del GDPR, poi, ha posto in risalto il potenziale conflitto tra tale diritto e altri diritti fondamentali; al paragrafo 3 sono, infatti, indicati i casi in cui non sussiste diritto alla cancellazione né obbligo corrispondente, in quanto il trattamento dei dati è necessario: a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l'adempimento di un obbligo legale o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici; e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria. Si può notare che la logica del bilanciamento e della reciproca limitazione, che è alla base dell'esercizio di tutti i diritti in sede di interpretazione e applicazione, in questo caso è assunta nel contenuto stesso della previsione normativa, che ne tipizza anticipatamente ed espressamente le ipotesi, e sembra assegnare una sorta di primato alla libertà di espressione.

Ciò detto, nonostante il Regolamento n. 2016/679 abbia operato un riconoscimento legislativo al 'diritto all'oblio', esteso, nella considerazione del suo carattere vincolante, anche agli Stati membri, in termini generali, diversi profili restano ancora confusi ed incerti. Nel riconoscere il diritto alla cancellazione dei dati, la normativa eurounitaria si è rivolta, impropriamente, a tutti i titolari delle informazioni personali, senza operare alcuna distinzione tra chi svolge una mera funzione di intermediario, rendendo più agevole il reperimento di notizie contenute nei siti internet, e chi è titolare di questi ultimi e degli archivi in cui sono ospitate le stesse notizie. A ciò può aggiungersi il carattere limitato al solo ambito unionistico del Regolamento, soprattutto – pensando nuovamente al *web* – se posto a confronto di quello globale che è riferibile a diversi motori di ricerca. Proprio in virtù di ciò, è venuta a crearsi una situazione paradossale, per cui un motore di ricerca potrebbe essere tenuto alla deindicizzazione di alcuni dati, ma tale obbligo verrebbe ad essere limitato ai soli risultati di ricerche europee, mentre gli stessi continuerebbero a rimanere accessibili nelle piattaforme extraeuropee. Accanto a questi aspetti di criticità, le nuove norme comunitarie, tuttavia, presenterebbero degli aspetti positivi, costituiti oltre che dalla fonte legislativa, scelta per disciplinare il 'diritto all'oblio', anche dalla puntuale indicazione dei casi in cui l'interesse pubblico alla conoscenza di certe informazioni è destinato a prevalere sul diritto alla cancellazione dei dati desumibili da esse.

Sul punto si rinvia a G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 3, 391-410; D. MESSINA, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009, 1, 93-103; M. ZANICHELLI, *Il diritto all'oblio tra privacy e identità digitale*, in *Informatica e diritto*, 2016, 1, 9-28; C. OTTONELLO, *Il diritto all'oblio*, in E. CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli 2018, 235-248.

cancellazione dei dati custoditi dai movimenti confessionali e l'esigenza delle Chiese di tutela della loro memoria storica (radicata nell'esperienza di attività e di partecipazione popolare nei vari contesti territoriali) e di connessa conservazione del loro patrimonio documentario²¹. A tale esigenza si viene a collegare, per alcune realtà confessionali di matrice cristiana (ad esempio, per la Chiesa cattolica), l'ordinaria realizzazione dei propri compiti istituzionali, come nel caso della tenuta e della custodia dei registri relativi alla condizione di fedeli dei loro adepti.

In stretta connessione con le pretese alla conservazione dell'identità di storia e di struttura che è naturalmente propria ai gruppi confessionali, il combinato disposto degli artt. 17 e 21 del Regolamento europeo ha escluso l'efficacia del diritto alla cancellazione dei dati di natura religiosa ove sia dimostrata l'esistenza di motivi legittimi e cogenti che si caratterizzano per l'essere prevalenti sugli interessi, sui diritti e sulle libertà delle persone, al punto da consentire la realizzazione delle attività di trattamento. In questa prospettiva, nell'indefinito insieme delle giustificazioni legalmente valide e coattive adducibili potrebbe ben rientrare anche il diritto di una organizzazione confessionale o di una comunità spirituale di gestire i dati relativi ai propri adepti, al fine di promuovere, ad un tempo, l'assolvimento delle finalità istituzionali e la realizzazione del proprio modo di essere²². Questa necessità, tuttavia, non deve ritenersi tale da consentire una generalizzata esenzione delle comunità religiose dal rispetto delle norme regolamentarie eurounitarie, sulla base della presunta preminenza dell'art. 17 Tfeue²³. Infatti, il legislatore comunitario ha solo

²¹ N. COLAIANNI, *Libertà religiosa e società dell'informazione*, cit., 205.

²² R. BOTTA, *Trattamento di dati personali e confessioni religiose (dalla l. 31 dicembre 1995, n. 675 al d.lgs. 11 maggio 1999, n. 135)*, in *Dir. Eccl.*, 1999, 1, 295, rileva come le attività di acquisizione, conservazione e utilizzazione dei dati personali costituiscano per le organizzazioni confessionali azioni indispensabili, significative sia per il singolo fedele, sia per la stessa comunità religiosa, nella misura in cui esse si caratterizzano per la presenza di tratti di vera e propria attività di religione e di culto (cioè, di attività naturalmente istituzionali).

²³ Come si vedrà in seguito, l'art. 17 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ha previsto per le istituzioni eurounitarie l'obbligo di rispettare e non pregiudicare lo *status* di cui le Chiese, le associazioni o comunità religiose, le organizzazioni filosofiche e non confessionali godono negli Stati membri in virtù dei singoli diritti nazionali. Questa disposizione ha, in sostanza, ripreso la Dichiarazione n. 11 annessa al Trattato di Amsterdam e, complessivamente, ha comportato un impegno giuridicamente vincolante per l'Unione a considerare positivamente la specifica identità di questi soggetti ideali, con i quali viene chiesto agli organismi europei di mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare. La norma ha imposto all'Unione di tenere conto, nell'esercizio delle sue funzioni, dell'esistenza in Europa di realtà religiose e filosofiche eterogenee, e di considerare il

previsto un trattamento specifico per il trattamento dei dati sensibili da parte delle confessioni religiose e ha confermato l'assoggettamento a un regime peculiare del trattamento delle informazioni personali utilizzate dalle comunità spirituali, senza statuire per esse anche una dispensa dall'osservanza delle prescrizioni fissate in sede di Unione Europea²⁴.

Ciò detto, appare chiaro come il riferimento al tema della gestione dei dati sensibili di natura religiosa degli *ex* adepti vada letto nella logica di stimolare una risoluzione normativa per la questione problematica costituita dai contrasti determinatisi nelle sedi giurisdizionali in relazione alle istanze di cancellazione di questi dati presenti nei registri o nei documenti confessionali. Le indicazioni dell'art. 9 del GDPR si presterebbero all'applicazione a vicende di questo genere, come quelle che, in diverse occasioni (sia in Italia²⁵ che in altri Paesi europei²⁶), hanno avuto come protagonisti alcuni soggetti che, nell'abbandonare la Chiesa cattolica, si sono determinati ad inoltrare una dichiarazione formale di rinuncia allo *status* di fedeli (il c.d. 'sbattezzo'²⁷), nell'obiet-

ruolo che esse hanno avuto nel processo di integrazione politica e giuridica a livello continentale. Sul tema A. LICASTRO, *Unione Europea e «status» delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani e fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano 2014, 79 e ss.; R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 27 gennaio 2014, 3, 2014, 1 e ss.; M. PARISI, *L'articolo 17 del Trattato di Lisbona alla prova. Verso una road map per il dialogo con i gruppi religiosi ed ideali?*, in *Dir. Eccl.*, 2013, 3-4, 631 e ss.

²⁴ Lo rileva, in dottrina, A. FUCCILLO, *Le proiezioni collettive della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 18, 2019, 21-22, il quale rileva come il campo della *privacy* «(...) sia vastissimo per le proiezioni collettive della libertà religiosa. Proprio tale ambito è forse un esempio di come il diritto sia un mondo di finzione. Nessuno gode della *privacy* e nessuno presta consensi giuridici realmente informati. Le confessioni religiose, in tale prospettiva, sono tra i più grandi manipolatori di dati».

²⁵ Per una rassegna di alcune di queste situazioni si vedano C. VENTRELLA MANCINI, *Diritto alle "identità" e profili interordinamentali: cambiamenti di status e certificazioni religiose*, in *Dir. Rel.*, 2010, 1, 255-256; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, in *Dir. Eccl.*, 2001, 1, 294 e ss.

²⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla Francia e alla Spagna. In proposito si rinvia a R. LIBCHABER, *Limitation et auto-limitation du droit étatique, à propos de la radiation d'une mention de baptême*, in *Recueil Dalloz*, 14 novembre 2013, n. 39, 2611 e ss.; F. PÉREZ-MADRID, *Protección de datos personales y apostasía*, in *Revista general de derecho canónico y eclesiástico del Estado*, XIX, 2009, 1-31.

²⁷ Va detto che, in Italia, l'annotazione dell'atto di battesimo e la semplice conservazione di quel dato nei libri parrocchiali viene considerata come una funzione esclusivamente interna all'ordinamento della Chiesa cattolica e, in quanto tale, non suscettibile di conseguire un qualche rilievo in ambito civilistico. Conformemente alle indicazioni

tivo finale di conseguire la rimozione dai registri confessionali dei dati religiosi riferibili ad essi²⁸.

contenute nel provvedimento del 13 settembre 1999 del *Garante per la protezione dei dati personali*, l'informazione specifica presente nel registro di battesimo sta a certificare un fatto realmente avvenuto, tale da legittimare la Chiesa ad annotare un avvenimento che storicamente l'ha riguardata. Quindi, nell'ipotesi in cui si concreti una istanza formale di abbandono della Chiesa cattolica, il dato religioso relativo all'avvenuto battesimo potrebbe essere oggetto solo di una rettifica, con l'aggiunta di una annotazione a margine nei registri parrocchiali, ma non di una vera e propria cancellazione. Tale orientamento è stato avallato anche da alcuni recenti giudizi di merito, in cui si è rilevato come non sia verosimile l'ipotesi di una violazione del diritto di libertà religiosa dell'istante, ove questi si trovi di fronte ad un diniego di rimozione dai registri confessionali dei dati relativi al sacramento del battesimo. Ciò in quanto, la non cancellazione di questa informazione personale non inficerebbe il diritto di abbandono della Chiesa di Roma, né una eventuale pubblica dichiarazione di professione della non credenza. In questo senso cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Privacy e confessioni religiose*, in M. QUIROZ VITALE, *Privacy ed enti non profit*, Assago (Mi) 2001, 88 e ss.

Ulteriormente, in dottrina, S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di «tutela» dai registri di battesimo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, 1, 324, rileva come non valga opporre, al fine di contestare la non attualità o la incongruenza del trattamento dei dati personali di natura religiosa, che non possa considerarsi più aderente alla Chiesa chi da essa abbia inteso allontanarsi, da lungo tempo (ed anche con atto formale), perché la Chiesa e la gerarchia ecclesiastica debbono ritenersi sempre portatrici di interessi attuali e pertinenti nei riguardi di ciascun fedele, pure nella nuova situazione in cui egli abbia deciso di porsi. Per l'istituzione ecclesiastica cattolica, sia pure nella prospettiva propria della sua dimensione spirituale e senza nessuna pretesa di ricorso al 'braccio secolare' o a qualsiasi mezzo coercitivo, il fedele allontanatosi da essa continua a risultare indelebilmente investito dalla azione della grazia sacramentale, conferita con il battesimo. Egli, pertanto, permane nell'ambito di rilevanza tipico delle norme canoniche, come, ad esempio, in tema di specifiche iniziative pastorali che incombono ai ministri sacri (can. 383, par. 1 e 3; can. 387; can. 528, par. 1, C.i.c.), di forma di celebrazione del matrimonio (can. 1127, par. 1 e 2, C.i.c.) o di alcune eccezionali ipotesi di scioglimento, quali quella del matrimonio *super rato* (can. 1142 C.i.c.) o quella del privilegio paolino (can. 1143 e ss., C.i.c.).

²⁸ Va osservato che nell'ipotesi specifica della cancellazione dai registri di battesimo, si pone l'esigenza di un corretto bilanciamento tra i diritti di autodeterminazione informativa e di identità personale dell'individuo, da un lato, e i diritti speculari di autonomia organizzativa e, quindi, di identità collettiva della confessione religiosa, dall'altro. La determinazione di un punto concreto di equilibrio tra questi diritti dipende, alla fine, dal modo in cui ciascun ordinamento interpreta e definisce il confine fra la sfera di potestà dello Stato – in cui si colloca la protezione apprestata dalla legge ai dati personali – e la sfera di libera esplicazione dell'ordinamento confessionale. La demarcazione di queste sfere non avviene, tuttavia, soltanto alla luce di criteri esplicitamente fissati dal diritto positivo, ma anche in relazione a criteri desunti dal senso comune e dalla prassi socialmente prevalente (ovvero, in riferimento a parametri non strettamente connessi al diritto). Spetterà, pertanto, ai giudici nazionali, nell'opera di realizzazione del bilanciamento tra i diritti menzionati, richiamare l'originarietà dell'ordine normativo confessionale come ordine distinto da quello statale o conferire maggiore spazio allo spontaneo sviluppo

Non va, tuttavia, dimenticato che la gestione delle informazioni personali pure in assenza del consenso degli interessati è da ritenersi una ipotesi del tutto ‘speciale’, nel senso che le disposizioni normative che la contemplanano vanno intese ed inquadrate nella loro applicazione in riferimento quasi esclusivo alla condizione particolare vissuta dagli adepti (attuali ed abiurati) di una organizzazione confessionale o di un gruppo religioso. Al di fuori di questa ipotesi, è da ritenersi sempre esclusa l’acquisizione e la gestione di dati personali di soggetti che non sono membri di una comunità spirituale o che non intrattengono rapporti con essa, pur se occasionalmente toccati dalle sue attività, ove non sia intervenuto un esplicito assenso da parte degli interessati²⁹.

della coscienza sociale (quale strumento di accesso ad interpretazioni evolutive del contenuto essenziale della categoria dei diritti fondamentali della persona umana). Cfr. M.C. RUSCAZIO, *Lo ‘sbattezzo’, tra libertà religiosa e norme implicite. Spunti di diritto comparato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 3, 2018, 7-16.

In questo senso anche M. GANARIN, *Specificità canonistiche e implicazioni ecclesiaristiche del nuovo Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana sulla tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, 2, 605, per il quale anche le norme sui registri confessionali «(...) non possono prescindere dall’esigenza di contemperare i diritti dell’istituzione ecclesiale con quelli inviolabili della persona umana, specialmente nell’ipotesi in cui quest’ultima intenda avvalersi del diritto di opposizione al trattamento ovvero del diritto di cancellazione dei dati personali perché sia rimossa ogni traccia che testimoni formalmente la sua appartenenza alla comunità dei credenti». Toccherà, nelle diverse eventualità, al giudice definire un soddisfacente equilibrio tra le contrapposte esigenze in gioco.

²⁹ Sotto questo profilo, per fruire di una conferma a livello giurisprudenziale di tale interpretazione del dato normativo, può farsi riferimento alla sentenza *Tietosuojavaltuutettu c. Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta*, emessa il 10 luglio 2018 dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. In questa vicenda, infatti, quale oggetto del contendere veniva individuata la raccolta dei dati di natura religiosa effettuata, senza il consenso degli interessati, nel corso della tradizionale predicazione ‘porta a porta’ dai membri della comunità dei Testimoni di Geova. Restando fedele ai propri pregressi orientamenti, i giudici europolitani hanno ritenuto che l’attività proselitica comporti una gestione delle informazioni personali che deve ritenersi sottoposta alla normativa comunitaria, ove essa abbia come sua finalità l’offerta dei dati sensibili ad un numero indeterminato di soggetti. Nell’opinione della Corte di Giustizia, solo il proselitismo con connotazioni personali o domestiche potrebbe rappresentare una eccezione, conformemente alle indicazioni dell’art. 2, par. 2 lett. c), del Regolamento, allorché il titolare del trattamento sia individuabile nel fedele intenzionato a trasmettere il proprio messaggio religioso ad uno o più soggetti terzi. Così, nel realizzarsi di un’attività di predicazione itinerante per conto di un’organizzazione spirituale, sarebbe da ritenersi esclusa la raccolta di dati individuali di soggetti che non sono adepti del movimento considerato o che non hanno rapporti con quest’ultimo. Ovviamente, questa valutazione proposta dalla Corte è riferibile all’attività di proselitismo di qualunque gruppo religioso e ai contatti tra i componenti di un movi-

A questo punto, sarà interessante verificare se le misure introdotte dal Regolamento europeo in tema di trattamento del dato religioso potranno effettivamente tutelare gli aspetti più delicati della materia, in un contesto dominato dalla tensione tra le legittime esigenze degli individui interessati e quelle di soggetti collettivi rivendicanti prerogative meritevoli, in misura uguale o diversa, di garanzie³⁰.

3. *Informazioni sensibili e protezione dei caratteri di autonomia dei gruppi religiosi*

La riforma del ‘Codice della *privacy*’, intervenuta con il varo del GDPR a mezzo del citato Decreto legislativo n. 101 del 10 agosto 2018, ha inteso assecondare le innovazioni introdotte dal Regolamento europeo in tema di gestione da parte delle organizzazioni spirituali delle informazioni di carattere religioso relative ai loro adepti.

Innanzitutto, al fine di aderire ad esigenze di semplificazione della disciplina legislativa e di adozione delle cautele di *accountability* in riferimento alle attività dei titolari del trattamento dei dati, non è stata riproposta l’acquisizione della previa autorizzazione del *Garante per la protezione dei dati personali* quanto ai casi di gestione delle informazioni in assenza del benessere dei soggetti interessati. Conformemente alle abrogate statuizioni dell’art. 26 del Decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, tale autorizzazione veniva prevista solo per le associazioni, gli enti e gli organismi privi di scopo di lucro, anche non riconosciuti, aventi caratterizzazione religiosa o filosofica, mentre le organizzazioni confessionali (intese in senso stretto) erano legittimate alla conservazione e alla gestione dei dati personali pure in assenza del citato benessere del *Garante*. In senso difforme, il Decreto legislativo n. 101 del 2018, all’art. 21, ha precisato il perdurare della operatività delle autorizzazioni generali già in essere, ma vincolandole ad un loro adeguamento alla normativa comu-

mento spirituale e i soggetti ad esso estranei, nella prospettiva per cui le azioni di propaganda religiosa siano finalizzate a diffondere uno specifico orientamento fideistico. Per un commento della vicenda giurisprudenziale richiamata si rinvia a R. PANETTA e F. SARTORE, *Proselitismo religioso e protezione dei dati personali: tra esigenze di tutela e particolarità della fattispecie*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 1, 101 e ss.

³⁰ A. CESERANI, *Il dato religioso nel sistema europeo di tutela della privacy*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI (a cura di), *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali. La privacy dopo il Regolamento UE 2016/679*, cit., 474.

nitaria³¹. Così, il *Garante per la protezione dei dati personali*, interpellato per indicare quali specifiche autorizzazioni presentassero caratteri di compatibilità con le indicazioni del Regolamento europeo n. 2016/679, si è espresso in favore delle disposizioni presenti nell’Autorizzazione Generale n. 3/2016 concernente la gestione delle informazioni sensibili ad opera degli organismi associativi e delle fondazioni. In riferimento proprio a queste ultime istruzioni, a mezzo del Provvedimento n. 9124510 del 29 luglio 2019, l’organo pubblico preposto alla salvaguardia della riservatezza ne ha precisato l’applicazione agli istituti scolastici, soltanto per il trattamento dei dati atti a rivelare i convincimenti religiosi delle persone, nonché alle Chiese, alle associazioni e alle comunità religiose.

In sostanza, con l’abrogazione dell’obbligo di acquisizione di previa autorizzazione del *Garante*, che vedeva come esclusi da tale adempimento solo i gruppi confessionali, si è posta fine alla vigenza di un sistema di diverso tipo per le altre formazioni sociali religiose. Ciò benché il Regolamento n. 2016/679 abbia adottato delle disposizioni differenti, da una parte, in riferimento alle fondazioni, alle associazioni e agli altri enti non lucrativi aventi finalità religiose o filosofiche (art. 9, par. 2, del GDPR) e, dall’altra, per le Chiese e per le comunità religiose (art. 91 del GDPR).

Giustappunto, tale ultima norma si è prestata a realizzare un soddisfacente equilibrio tra la necessità di proteggere l’autonomia delle organizzazioni confessionali e l’esigenza di assicurare un appropriato grado di tutela delle informazioni sensibili³². Sotto questo profilo, l’art. 91 del Regolamento n. 2016/679 ha considerato l’insieme delle disposizioni in-

³¹ Va rilevato come l’Autorizzazione Generale n. 3/2016, attraverso le modifiche in essa introdotte dal *Garante* (con parziali abrogazioni delle precedenti statuizioni, finalizzate ad omogeneizzare il provvedimento con il Regolamento europeo n. 679/2016 e a sottrarlo dalla tendenza a configurarsi come una normativa speciale), sia stata sostanzialmente ‘stabilizzata’, producendosi la conseguenza del superamento del sistema di ‘scadenza/rinnovo’ che in precedenza l’aveva contraddistinta. Cfr. G. MAZZONI, *Le Autorizzazioni Generali al trattamento dei dati sensibili da parte delle confessioni religiose. Osservazioni alla luce delle recenti riforme in materia di privacy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 7, 2020, 84.

³² Prima ancora dell’adozione del nuovo Regolamento eurounitario, in dottrina si è avuto modo di rilevare l’importanza del conseguimento di un adeguato bilanciamento tra le necessità di vita autonoma dei corpi privati e quelle di protezione dei consociati nella gestione delle informazioni personali. Ecco perché, di conseguenza, la protezione dei dati impone la fissazione di regole precise sulle modalità del trattamento di essi, concretizzandosi in poteri di intervento; la tutela è dinamica e, in quanto tale, segue i dati nella loro circolazione. Cfr. S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa. Il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 1, 3.

terne alle Chiese, alle associazioni e alle comunità religiose, attraverso cui tali organismi hanno provveduto a regolamentare la gestione dei dati personali dei loro membri, conferendo a tali *corpora* di norme completa validità se vigenti al momento dell'operatività piena del GDPR. In sostanza, la disposizione eurounitaria in parola ha consentito agli organismi ecclesiastici menzionati l'opportunità di proseguire nell'avvalersi di tali raccolte di norme, subordinando ciò, tuttavia, all'impegno a renderle compatibili con le indicazioni innovative del Regolamento comunitario. Infatti, il par. 2 dell'art. 91 ha stabilito come le Chiese e le formazioni sociali religiose intenzionate a dare applicazione ai *corpora* di norme debbano accettare le attività di supervisione e di controllo poste in essere da un'autorità indipendente.

Ora, la mancata considerazione diretta delle organizzazioni confessionali nel novero delle soggettività esplicitamente menzionate dagli artt. 9 e 91 del GPDR non dovrebbe essere letta nella prospettiva di una non riferibilità ad esse del Regolamento n. 2016/679. È, anzi, verosimile ritenere che l'indicazione degli enti presente nelle due prescrizioni eurounitarie sia tale da favorire una estensione dell'elenco degli organismi autorizzati a procedere alla gestione delle informazioni relative alla dimensione religiosa. A conferma di ciò starebbe la circostanza per cui i soggetti titolari del trattamento non vengono individuati sulla base delle caratteristiche istituzionali da essi possedute, ma sono considerati nel loro essere espressione dell'ampia varietà propria dell'esperienza religiosa collettiva.

A tal riguardo, va detto che il GPDR si presterebbe al conseguimento di due obiettivi di non trascurabile importanza. Innanzitutto, in riferimento all'art. 9 del Regolamento europeo, la scelta di procedere ad un'ampia indicazione di soggettività contraddistinte da finalità religiose o filosofiche è stata tale da agevolare la definizione di una fisionomia comune degli organismi considerati dalla normativa eurounitaria e, di conseguenza, da indurre al massimo coordinamento legislativo tra i vari ordinamenti interni (pur non escludendo determinate e particolari regolamentazioni nazionali). Oltre a ciò, in relazione all'art. 91 del GDPR, conformemente alle indicazioni del *Considerando* n. 165 del Regolamento, è evincibile l'intento di rispettare e di non pregiudicare rispettare la particolare condizione goduta dalle Chiese, dalle associazioni e dalle comunità religiose nei vari Stati membri del consesso europeo, sulla base dei sistemi costituzionali nazionali e conformemente al dettato del citato articolo 17 del Trattato di Lisbona.

Tale disposizione, come si è parzialmente anticipato (e come, ormai,

ben si sa), costituisce una disposizione ricognitiva dei fondamenti del diritto eurounitario relativamente alle funzioni proprie degli enti istituzionali dell'Unione Europea, per i quali, tenuto conto dei sistemi legali vigenti nelle varie realtà nazionali, è fatto divieto di operare qualsiasi intervento sulle singole discipline interne concernenti i gruppi confessionali, le comunità spirituali, i movimenti religiosi e le organizzazioni filosofiche e non confessionali³³. Questa proibizione, tuttavia, non si è configurata in forme tali da impedire agli organismi eurounitari la realizzazione delle proprie prerogative in tutte le occasioni in cui, nell'esplicazione di esse, vengano ad essere intercettate fattispecie religiosamente qualificate. Ciò in virtù dell'estrema eterogeneità delle dinamiche caratterizzanti il processo di costruzione europea che, inevitabilmente, hanno toccato la materia delle libertà di religione e dei rapporti tra le istituzioni eurounitarie e le formazioni sociali religiose più strutturate.

Ebbene, l'art. 91 del Regolamento in tema di *privacy*, proprio nell'obiettivo di osservare e di non compromettere le regolamentazioni nazionali relative ai soggetti considerati dalla norma, ha contemplato l'ipotesi che le Chiese, le associazioni religiose o i gruppi ideal-spirituali operanti in uno Stato membro siano già provvisti di *corpora* di norme, da essi autonomamente adottati in passato. Come si è detto, il GDPR ha provveduto ad accettarli e, in senso lato, a ratificarli, purché sottoposti ad un processo di adeguamento alle indicazioni contenute nella stessa normativa eurounitaria. Stando così le cose, appare evidente come il legislatore dell'Unione abbia voluto precisare che anche le organizzazioni confessionali e le espressioni associative di natura spirituale e filosofica siano tenute a rispettare le prescrizioni del Regolamento europeo, pur dovendosi prestare adeguata attenzione alla particolarità delle discipline normative operanti a livello delle diverse realtà nazionali. Siffatto orientamento di

³³ In effetti, nella volontà degli estensori di questa norma, è individuabile l'intento di rispondere «(...) all'esigenza politica di determinare l'astensione dell'Unione Europea dall'intervenire sui diritti ecclesiastici nazionali, di cui si vorrebbero tutelare i percorsi storici e culturali, per un verso, e gli equilibri sociali e normativi raggiunti, per un altro. Con tale riserva, s'intenderebbe valorizzare la specificità degli *status* nazionali delle Chiese e delle organizzazioni spirituali, diversi da Paese a Paese, ed individuare un valido deterrente normativo alla possibile tensione degli organismi comunitari verso una armonizzazione, a livello europeo, delle relazioni tra gli Stati e i gruppi confessionali». Così M. PARISI, *Vita democratica e processi politici nella sfera pubblica europea. Sul nuovo ruolo istituzionale delle organizzazioni confessionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 16 settembre 2013, 27, 2013, 15-16.

politica legislativa, peraltro, è stato avallato dalla Corte del Lussemburgo, per la quale gli obblighi di rispetto delle norme eurounitarie in materia di tutela della riservatezza e delle informazioni personali non vanno considerati come indebite interferenze nella libertà di organizzazione e negli *interna corporis* delle formazioni sociali ideali e religiose³⁴.

La positiva considerazione delle capacità di autogoverno delle Chiese, delle organizzazioni e delle comunità religiose, presente nelle indicazioni dell'art. 91 del GDPR, può essere valutata nella logica della tendenza attuale a rendere i gestori del trattamento delle informazioni personali consapevoli della delicatezza dei compiti ad essi assegnati. Si tratta di una prospettiva di responsabilizzazione finalizzata a legare le esigenze di perseguimento dei propri obiettivi istituzionali con quelle di protezione della *privacy*, nella misura in cui tale tentativo di amalgama ha finito per riguardare anche i gruppi confessionali per la loro natura di formazioni sociali religiose particolarmente strutturate. Si è cercato, così, di assicurare l'indipendenza di queste soggettività nell'assunzione delle decisioni interne, consentendo ad esse l'adozione e l'operatività di una propria politica di governo, finalizzata all'individuazione delle strategie d'azione più confacenti alla salvaguardia del loro peculiare modo di essere, ma altresì indirizzata all'osservanza degli impegni e dei vincoli fissati dal Regolamento n. 2016/679. Il risultato, come appare evidente, è stato la determinazione di una 'coabitazione', rispetto alla materia della *privacy*, tra precetti religiosi e disposizioni civilistiche, che può essere ben compresa alla luce della diretta attinenza delle esigenze di riservatezza tanto alle istanze di libertà di associazione e di manifestazione del pensiero (di prioritario interesse delle confessioni religiose), quanto a quelle di protezione dei diritti fondamentali della persona umana³⁵ (di immediato interesse dei singoli come *cives fideles*).

Ciò detto, va, tuttavia, rilevato che l'art. 91 del Regolamento eurounitario non ha ben precisato quali debbano essere gli elementi distintivi presenti nei menzionati *corpora* di norme, affinché questi ultimi risulti-

³⁴ Il riferimento, anche in questo caso, è alla pronuncia emessa nel 2018 in relazione al caso *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdistys*.

³⁵ Si è di fronte all'assunzione di «(...) una prospettiva sistematica funzionale al necessario temperamento tra i principi di autonomia delle confessioni e di dignità della persona», entrambi meritevoli di protezione sia a livello costituzionale interno che sovranazionale europeo. Così M. GANARIN, *Salvaguardia dei dati sensibili di natura religiosa e autonomia confessionale. Spunti per un'interpretazione secundum Constitutionem del regolamento europeo n. 2016/679*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 11, 2018, 5.

no coerenti e confacenti rispetto alle indicazioni del GDPR. La lacuna, almeno in riferimento all'ordinamento italiano, non è stata colmata da successivi interventi normativi di carattere integrativo, così da suscitare il dubbio che la legislazione europea in tema di *privacy* possa prestarsi ad una interpretazione manipolatoria e limitativa della libertà e dell'autonomia goduta dalle organizzazioni confessionali³⁶. Nel nostro Paese, tale preoccupazione è stata talmente avvertita, al punto da suggerire l'impiego del diritto negoziale con i culti per riempire il vuoto normativo e proteggere il *quid proprium* dei diversi gruppi confessionali³⁷.

In realtà, questo rovello può essere agevolmente sciolto evidenziando come le segnalate caratteristiche di conformità e di coerenza delle raccolte di norme confessionali con l'impianto complessivo del Regolamento n. 2016/679 vadano inquadrare in una prospettiva di tendenziale concordanza e corrispondenza e non già di assoluta uguaglianza³⁸. Ove si intendesse diversamente, infatti, si determinerebbe la caducazione degli impegni, assunti dallo stesso GDPR, al rispetto della peculiarità di disciplina e all'osservanza delle esigenze di autonomia ecclesiastica. Di conseguenza, può ritenersi proporzionata al bisogno la presenza nei *corpora* di norme, da un lato, di un insieme coerente e strutturato di disposizioni e, dall'altro, di una raccolta di disposizioni sufficientemente chiare ai fini della specifica attività di trattamento dei dati sensibili posta in essere dalle confessioni religiose. Parimenti, l'evidenziata esigenza di conformità è stata decodificata in una logica di mera congruenza delle prescrizioni di origine confessionale con le indicazioni regolamentari, così da non con-

³⁶ V. MARANO, *Impatto del Regolamento Europeo di protezione dei dati personali per la Chiesa. Prime soluzioni nei Decreti generali delle Conferenze episcopali: l'esperienza italiana*, in J. PUJOL (a cura di), *Chiesa e protezione dei dati personali. Sfide giuridiche e comunicative alla luce del Regolamento Europeo per la protezione dei dati*, Roma 2019, 29-30.

³⁷ C. REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, in *Quad. dir. eccl.*, 1998, 11, 324.

³⁸ Lo evidenzia M. GANARIN, *Salvaguardia dei dati sensibili di natura religiosa e autonomia confessionale. Spunti per un'interpretazione secundum Constitutionem del regolamento europeo n. 2016/679*, cit., 15, per il quale si avrebbe, come effetto positivo indotto, una semplificazione del quadro normativo di riferimento «(...) sospingendo il 'legislatore' confessionale a esercitare la funzione nomogenetica mediante non tanto la riproduzione pedissequa dei contenuti del regolamento n. 2016/679, ai quali non è assoggettato, bensì individuando quel nucleo dispositivo basilare che rifletta in misura consona, ma minimale, la *ratio* retrostante allo strumentario giuridico europeo, ossia la tutela del diritto alla riservatezza e al diritto di autodeterminazione informativa. In questo modo si appaleserebbe uno sforzo sinergico statale e confessionale che attua, sì, una convergenza valoriale, ma nel rispetto delle specificità che definiscono le rispettive operazioni di gestione dei dati».

sentire il ricorso a direttive particolarmente stringenti, giustificate dall'intento di valorizzare la distintiva originalità dei gruppi confessionali³⁹.

4. *Funzione di controllo indipendente sul trattamento dei dati sensibili e norme confessionali: le indicazioni del GDPR*

L'esercizio delle attività di controllo sulla gestione dei dati personali, poste in essere dalle Chiese e dalle organizzazioni religiose in genere, è stato oggetto di attenta considerazione da parte del Regolamento eurounitario in tema di *privacy*. Infatti, agli artt. 24-43 del GDPR, si è prestata una particolare diligenza nella determinazione dei diritti delle persone, dei doveri dei titolari del trattamento delle informazioni sensibili, degli oneri dei soggetti responsabili della salvaguardia dei dati. Di seguito, agli artt. 51-59, il legislatore europeo ha inteso operare un dettagliato riferimento all'azione delle autorità indipendenti di verifica, fissandone le competenze e i parametri di giudizio impiegati. In conformità a tali indicazioni, si è previsto che, ferma restando la piena fruibilità dei ricorsi di carattere amministrativo o extragiudiziale, sussista il diritto di ogni persona fisica o giuridica di inoltrare un appello giurisdizionale concreto nei confronti di qualsivoglia decisione dotata di piena effettività giuridica, emanata tanto dalle autorità di controllo quanto dai soggetti che risultano essere titolari o responsabili della gestione dei dati (artt. 78-81 del GDPR).

Si è già avuto modo di evidenziare come il Regolamento n. 2016/679 abbia adottato significative innovazioni, nel chiaro obiettivo di salvaguardare i caratteri di indipendenza e di autonomia delle organizzazioni confessionali e delle formazioni sociali religiose, pur assicurando l'osservanza delle disposizioni relative alla protezione delle esigenze di riservatezza. Così, per indicazione del par. 2 dell'art. 91 del GDPR, in riferimento alle Chiese e ai gruppi religiosi, il corretto adempimento delle prescrizioni regolamentari eurounitarie è stato subordinato al riscontro di un'autorità di controllo indipendente, riconosciuta – conformemente al dettato dell'art. 51 del GDPR – nell'istituzione delegata dai pubblici poteri statali ad accertare la puntuale realizzazione delle norme comunitarie.

Quanto all'ordinamento giuridico italiano, com'è ampiamente noto,

³⁹ V. MARANO, *Impatto del Regolamento Europeo di protezione dei dati personali per la Chiesa. Prime soluzioni nei Decreti generali delle Conferenze episcopali: l'esperienza italiana*, in J. PUJOL (a cura di), *Chiesa e protezione dei dati personali. Sfide giuridiche e comunicative alla luce del Regolamento Europeo per la protezione dei dati*, cit., 28.

l'istituzione indipendente di controllo è individuabile nel menzionato *Garante per la protezione dei dati personali*, quale autorità amministrativa autonoma (istituita dalla citata legge n. 675 del 31 dicembre 1996 e disciplinata dal ricordato 'Codice per la protezione dei dati personali', di cui ai menzionati Decreti legislativi nn. 196 del 30 giugno 2003 e 101 del 10 agosto 2018).

Va detto che l'art. 91, par. 2, del GDPR ha, in realtà, provveduto, seppure in termini abbastanza confusi, a prospettare un sistema diverso a cui potrebbe farsi ricorso per l'esplicazione delle attività di controllo indipendente. Si è previsto, infatti, che tali funzioni potrebbero essere poste in essere da un soggetto specifico, così aprendo alla possibilità concreta che esso venga ad essere individuato in un'autorità istituita ed operativa all'interno dell'organizzazione ecclesiastica o della congregazione religiosa provvista di un *corpus* di norme. Tale interpretazione del dato normativo, tuttavia, si è prestata a diverse perplessità, giustificate dalla considerazione che l'autorità considerata dal Regolamento eurounitario non dovrebbe essere identificata in una entità riconducibile ad una Chiesa o ad un gruppo spirituale, a meno di non voler vanificare la stessa azione di verifica indipendente. Verosimilmente, tali dubbi potrebbero ben essere risolti in sede di applicazione pratica delle stesse prescrizioni regolamentari, a mezzo di due diverse tecniche di composizione delle criticità. Da un lato, le incertezze derivanti dalla nebulosità del dettato normativo eurounitario andrebbero incontro ad un soddisfacente superamento attraverso la creazione, per volontà dei pubblici poteri nazionali, di entità miste tra Stato e gruppi confessionali, contraddistinte da una regolamentazione interna rispettosa delle indicazioni fissate dal Regolamento n. 2016/679 e caratterizzate da precise statuizioni concernenti la loro operatività (soprattutto in ordine ai caratteri di autonomia, indipendenza e corretta realizzazione delle azioni di controllo). Alternativamente, si potrebbe procedere con l'affidamento agli organi giurisdizionali civili interni ai singoli Stati di eventuali giudizi relativamente alle decisioni assunte dagli specifici organismi ecclesiastici di controllo⁴⁰.

Quest'ultima ipotesi appare suffragata dal GDPR, dato che esso re-

⁴⁰ In dottrina, lo evidenzia D. DURISOTTO, *Diritti degli individui e diritti delle organizzazioni religiose nel Regolamento (UE) 2016/679. I "corpus completi di norme" e le "autorità di controllo indipendenti"*, cit., 59, secondo cui «(...) si può dire che il regolamento UE ha inteso lasciare a livello nazionale o locale la scelta della soluzione più opportuna, se quella dell'autorità nazionale, cui compete la gestione generale della materia di *privacy*, oppure quella specifica eventualmente costituita».

almente permetterebbe l'attivazione di ricorsi effettivi in sede giudiziaria rispetto ai provvedimenti emanati tanto dalle autorità ecclesiastiche di controllo quanto dai tribunali interni alle Chiese, aventi ad oggetto la verifica del rispetto delle disposizioni interne in tema di *privacy*. Tale previsione costituisce una diretta conseguenza del dettato dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, statuente il diritto alla fruibilità di un reclamo giurisdizionale concreto e di un giudizio imparziale, e di consolidati orientamenti della Corte di Giustizia eurounitaria, richiamanti alla necessità che l'accertamento in ordine alla corretta osservanza delle indicazioni normative europee venga conferito alle magistrature nazionali. Ciò, com'è intuibile, per garantire, in entrambi i casi, una decisione neutrale e libera da condizionamenti esterni di qualsiasi tipo.

Da quanto detto, viene a trarsi la conclusione per cui l'asserita ipotesi di azioni di controllo interne alle Chiese e alle associazioni religiose, contemplata dall'art. 91 del Regolamento europeo, non possa mai valere a caducare, alla fine dei conti, l'intervento degli organi di giustizia civile. Questi ultimi, però, sono tenuti, in linea di principio, a considerare come legittimi i provvedimenti eventualmente adottati dagli enti di verifica afferenti alla struttura organica delle Chiese o delle associazioni religiose, quali atti espressivi dell'autonomia ad esse riconosciuta a livello sovranazionale europeo. In questo senso, gli indirizzi giurisprudenziali offerti dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo si sono caratterizzati per l'indicazione agli Stati membri e ai responsabili delle attività di giustizia a livello nazionale di evitare qualsiasi valutazione di merito in ordine all'etica propria delle organizzazioni confessionali e religiose (genericamente considerate), nel momento in cui viene a determinarsi la necessità di un pronunciamento relativamente all'efficacia civile delle loro decisioni⁴¹. I

⁴¹ Entrambe le Corti hanno lasciato fuori dal sindacato giurisdizionale le considerazioni relative agli orientamenti etici dei gruppi di tendenza, cercando di garantire, in alcune controversie in tema di lavoro prestato per le formazioni sociali ideologicamente caratterizzate, un giusto equilibrio tra il diritto all'autonomia delle Chiese e delle organizzazioni eticamente orientate e il diritto dei lavoratori a non essere discriminati per ragioni di fede e convinzioni personali. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, resa il 17 aprile 2018 nel caso *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V*, e alla pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, resa il 12 giugno 2014 nel caso *Fernández Martínez contro Spagna*. Al riguardo si vedano P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 12, 2019, 3 e ss. e M. PARISI, *Autonomia delle formazioni sociali di*

predetti orientamenti delle massime Corti sovranazionali europee non vanno, comunque, intesi nella prospettiva per cui agli organi giurisdizionali interni aditi sia inibito qualsivoglia apprezzamento sugli effetti dispiegati dalle disposizioni confessionali in materia di gestione delle informazioni personali sensibili. Dovrebbe, infatti, ritenersi che siano consentite tutte le valutazioni, anche critiche rispetto a specifiche scelte di disciplina normativa ecclesiastica, utili a costruire il giudizio costituente l'esito del ricorso giurisdizionale statale. I giudici civili, pur non potendo riformare o dichiarare nulle le determinazioni assunte dalle entità di controllo afferenti alle strutture organizzative delle Chiese e delle comunità religiose, sono, insomma, titolati ad esaminare le conseguenze prodotte da esse in ambito civilistico e coinvolgenti sfere di pertinenza dei pubblici poteri statali. Così, ad esempio, i tribunali nazionali ben potrebbero agire per considerare la conformità rispetto alle indicazioni della normativa eurounitaria dell'*iter* propedeutico all'approvazione dei provvedimenti ecclesiastici o delle modalità seguite per la loro messa in opera, o per valutare il grado di rispetto delle libertà fondamentali garantito dalle decisioni delle autorità di controllo interne alle organizzazioni religiose.

Queste direttrici dell'eventuale azione giurisdizionale nazionale vanno ritenute sufficientemente verosimili in riferimento alla realtà italiana, dato che la riconosciuta libertà di organizzazione e di strutturazione interna a beneficio delle Chiese e dei gruppi religiosi è tenuta ad arrestare la sua naturale tendenza espansiva di fronte alle esigenze di salvaguardia dei diritti inviolabili dell'Uomo, oggetto di protezione costituzionale anche nelle formazioni sociali in cui l'individuo svolge la sua personalità⁴². In

tendenza religiosa, diritto antidiscriminatorio eurounitario e Corte di Giustizia, in *Federalismi.it* (Rivista telematica, www.federalismi.it), 7 ottobre 2020, 27, 2020, 178 e ss.

⁴² Com'è ben noto, la garanzia del diritto di libertà di professione di fede religiosa, che (in estrema sintesi) significa diritto di dotarsi di un proprio patrimonio di valori religiosi e di vivere ed agire in conformità ad essi, è garantita a tutti, ovvero non solo ad ogni persona umana, ma anche ad ogni formazione sociale in cui i singoli si trovano a svolgere la propria personalità, a prescindere dall'entità, dalla consistenza o dal livello organizzativo posseduto. Ne consegue che le formazioni sociali a carattere religioso costituiscono la forma di soggettività spirituale collettiva più ampia fra tutte quelle considerate dalla normativa costituzionale. L'ampissima tutela accordata dall'articolo 19 della Carta non pone alcun fattore limitativo o di differenziazione fra i soggetti collettivi tutelati, se non quello del riferimento alla professione di fede, intesa come categoria di esigenze generative della stessa aggregazione sociale considerata, né rileva l'aspetto organizzativo ai fini del godimento della tutela costituzionalmente promessa. Ciò detto, i soggetti collettivi religiosi, siano essi sovrani (come è definita la Chiesa cattolica), o dotati di autonomia, più o meno originaria (quali possono essere le altre confessioni religiose o ogni tipo di

questo senso, per intendersi meglio, non potrebbero mai considerarsi legittime le pubbliche dichiarazioni o gli atti di un movimento confessionale, di un gruppo religioso, di un ministro di culto o di organi ecclesiastici che si contraddistinguano per essere pregiudizievoli del buon nome dei *cives fideles* o irrispettosi del loro diritto alla *privacy*⁴³.

Sostanzialmente, l'applicazione delle disposizioni presenti nel Regolamento n. 2016/679 dovrebbe realizzarsi in forme coerenti sia con l'aspettativa delle Chiese e dei movimenti religiosi di vivere la propria esperienza spirituale in libertà che con l'esigenza dell'ordinamento sovranazionale europeo e degli Stati di tutelare i diritti individuali dei consociati⁴⁴. Le organizzazioni ecclesiastiche sono nella pienezza delle condizioni utili a realizzare la gestione dei dati sensibili dei loro adepti in coerenza con il perseguimento delle loro finalità istituzionali, ma in una logica di rispetto delle disposizioni euronitarie poste a protezione della persona umana. Così, la realizzazione delle peculiari esigenze operative dei soggetti collettivi religiosamente qualificati, compresa l'attività di

formazione sociale religiosa), in tanto sono presi in considerazione dai poteri pubblici in quanto rappresentino il luogo o il mezzo di soddisfazione dei bisogni spirituali della persona, effettivi e manifesti. In questa logica, le formazioni sociali religiose sono valorizzate solo nella misura in cui esse si prestino a favorire il miglioramento e il perfezionamento della persona umana, che va garantita di fronte a possibili abusi realizzantesi nei gruppi spirituali, in disprezzo dell'ineludibile garanzia dei diritti fondamentali dell'Uomo. Cfr. V. TOZZI, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), marzo 2008, 7-11

⁴³ Si pensi, ad esempio, alla tutela del 'segreto d'ufficio' o del 'segreto confessionale' del ministro di culto, che gli impone il divieto di diffondere informazioni o notizie apprese in virtù delle proprie funzioni ministeriali. In proposito si veda G. BONI, *Sigillo sacramentale e segreto ministeriale. La tutela tra diritto canonico e diritto secolare*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (Rivista telematica, www.statoechiese.it), 34, 2019, 9 e ss.

⁴⁴ Un'esigenza avvertita anche ben prima dell'adozione delle recenti norme euronitarie a disciplina del diritto alla riservatezza, come testimoniato dalla vicenda italiana dell'adesione coattiva dei cittadini di fede ebraica alle comunità territoriali locali. Il riferimento è alla pregressa vigenza, prima dell'Intesa con l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane, di una norma statale (ovvero, l'art. 4 del Regio Decreto n. 1731 del 30 ottobre 1930), di origine statutaria, stabile, per l'appunto, il meccanismo dell'appartenenza di diritto a quelle comunità. Tuttavia, la Corte costituzionale, con sentenza n. 239 del 30 luglio 1984, la dichiarò illegittima non solo alla stregua degli artt. 3 e 18 (uguaglianza e libertà di associazione, che comprende altresì il recesso) ma anche dell'art. 2 della Carta fondamentale. Per tale via, riconoscendo, per la prima volta, una tutela dei diritti inviolabili – nella specie la libertà di adesione ma, per quel che s'è detto, ora anche quella di autodeterminazione informativa – all'interno e nei confronti della formazione sociale, pur se di carattere religioso. Al riguardo N. COLAIANNI, *L'appartenenza «di diritto» alle comunità israelitiche tra legge, intesa e statuto confessionale*, in *Foro it.*, 1984, 1, 2397 e ss.

trattamento dei dati, pur se libera, sarebbe tenuta al rispetto di specifiche garanzie a tutela dei singoli. L'esercizio della funzione di controllo, sia da parte dell'Unione Europea che degli Stati nazionali, relativamente alla gestione delle informazioni personali va considerata ineludibile, nella misura in cui le disposizioni di legge (comunitaria ed interna) hanno collocato la materia nel novero delle attribuzioni relative all'operatività delle autorità indipendenti e all'intervento delle autorità statali di giustizia.

IL CONTRASTO AI PRODOTTI
IN PLASTICA MONOUSO
IN ATTESA DEL RECEPIMENTO
DELLA DIRETTIVA 2019/904/UE (SUP)

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Brevi cenni allo sfondo normativo nazionale in materia di plastica monouso e di inquinamento delle acque. – 3. Gli interventi anticipatori delle Regioni. – 4. Le ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci per la riduzione dell'utilizzo di plastica monouso. – 4.1 Poteri di ordinanza *extra ordinem* del Sindaco in materia ambientale: presupposti, limiti e profili critici. – 4.2 Le ordinanze Plastic-Free: una mobilitazione diffusa degli enti locali. – 4.3 Le divergenti posizioni della giurisprudenza. – 5. Considerazioni conclusive

1. *Considerazioni preliminari*

La *Strategia europea per la plastica nell'economia circolare* ha inequivocabilmente messo in luce come la plastica costituisca un materiale essenziale per lo sviluppo dell'esistenza quotidiana del singolo cittadino, così come per l'intera catena dei processi produttivi. Uno sguardo rivolto agli aspetti quantitativi mostra difatti che la produzione di plastica è passata negli ultimi cinquanta anni da un ammontare di circa 15 milioni di tonnellate nel 1964 a circa 311 milioni di tonnellate nel 2014, con una previsione di raddoppiamento nei prossimi venti anni¹. Il significativo incremento del suo utilizzo, le continue negligenze nella gestione del rifiuto e una scarsa sensibilità ambientale hanno nel tempo condotto alla corrente drammatica circostanza per cui tale materiale costituisce la principale fonte di inquinamento delle acque, considerando che ogni anno tra i 4.8 e i 12.7 milioni di tonnellate di plastica finiscono dalla terraferma negli oceani², costituendo così l'80% dei rifiuti marini.

¹ D. E. MACARTHUR, D. WAUGHRAJ and M. R. STUCHTEY, *The New Plastics Economy. Rethinking the future of plastics*, World Economic Forum, 2016, 17.

² J. R. JAMBECK *et al*, *Plastic waste inputs from land into the ocean*, in *Science*, Febbra-

L'effetto dannoso più evidente riguarda l'aggrovigliamento della fauna selvatica in tali rifiuti, spesso in strumenti di pesca, corde e reti, che impediscono agli organismi marini di muoversi, nutrirsi e respirare. Ma l'impatto ambientale che maggiormente si impone come fonte di preoccupazione, trattandosi di un fenomeno che sfugge all'umana visibilità e al pieno controllo, deriva dalla frammentazione della plastica in piccole particelle, che, scambiate dalla fauna come cibo, vengono ingerite e da ciò conseguono effetti che coinvolgono l'intera catena alimentare marina, con conseguenze per gli esseri umani stessi come consumatori finali³.

Sulla base di tali presupposti ha preso dunque forma la Direttiva (UE) 2019/904⁴, emanata nell'obiettivo di tutelare l'ambiente e la salute umana⁵, e, più precisamente, nella prevenzione e riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, in particolare sull'ambiente acquatico, e sulla salute umana. L'ambito di applicazione della norma si estende ai prodotti di plastica monouso espressamente elencati nell'allegato della direttiva, ai prodotti di plastica oxo-degradabile e agli attrezzi da pesca contenenti plastica⁶, nella chiara consapevolezza, espressa nel 5° considerando, della pericolosità di tali materiali per gli ecosistemi marini, la biodiversità e la salute umana, oltre al danneggiamento di attività quali il turismo, la pesca e i trasporti marittimi. Sempre relativamente

io 2015, vol. 347, 768–771. Si precisa che lo studio si riferisce ai dati relativi al consumo di plastica del 2010.

³ S. KÜHN, E.L. BRAVO REBOLLEDO, J.A VAN FRANEKER, *Deleterious Effects of Litter on Marine Life*, in M. BERGMANN, L. GUTOW, M. KLAGES (eds), *Marine Anthropogenic Litter*, Cham 2015, 75 ss.

⁴ La strutturazione di una nuova regolamentazione nel settore della plastica monouso è derivata in parte dalla constatazione, secondo le puntualizzazioni del 6° considerando della direttiva (UE) 2019/904, che le direttive 2008/98/CE, 2000/59/CE, 2000/60/CE e 2008/56/CE e il regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio avessero offerto solo alcune risposte al problema dei rifiuti marini, ritenendo non sufficiente l'incidenza di tali misure su ciò. Con riferimento al rapporto tra tali fonti, la direttiva (UE) 2019/904 integra le direttive 94/62/CE e 2008/98/CE e la direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, ma rispetto ad esse si pone come *lex specialis*.

⁵ Così il 29° considerando della direttiva (UE) 2019/904.

⁶ Così l'art. 2 direttiva (UE) 2019/904. Al fine di una maggiore chiarezza, si precisa che ai sensi dell'art. 3, punto 3) della medesima norma, per plastica oxo-degradabile si intendono «materie plastiche contenenti additivi che attraverso l'ossidazione comportano la frammentazione della materia plastica in microframmenti o la decomposizione chimica», mentre per attrezzo da pesca la norma si riferisce, ai sensi dell'art. 3, punto 4), a «qualsiasi attrezzo o sua parte che è usato nella pesca o nell'acquacoltura per prendere, catturare o allevare risorse biologiche marine o che galleggia sulla superficie del mare ed è impiegato allo scopo di attirare e catturare o allevare dette risorse biologiche marine».

all'ambito di applicazione della direttiva, può in parte suscitare stupore che la norma non abbia incluso in esso le microplastiche, limitandosi ad affermare, con formulazioni generiche, la mera opportunità per l'Unione di incoraggiare i produttori a limitarne la dispersione⁷.

La norma, in piena considerazione sia dell'essenzialità del materiale per l'economia comunitaria che dell'impatto sull'ambiente marino dello stesso, struttura un quadro di regolamentazione non secondo una rigida standardizzazione delle misure, bensì individuando un complesso diversificato di soluzioni in base al tipo di prodotto coinvolto, condizionatamente, si presume, al differenziato impatto ambientale e alla loro sostituibilità con prodotti maggiormente sostenibili. Si tratta pertanto di obblighi in capo agli Stati membri che assumono una forma differente: obiettivi di riduzione quantificabile, divieto di immissione sul mercato, requisiti di prodotto e di marcatura, regimi di responsabilità estesa del produttore, obiettivi minimi di raccolta differenziata, misure di sensibilizzazione⁸.

Alla luce del rilievo che la questione assume, l'obiettivo in questa sede è di comprendere, in attesa dell'atto di trasposizione nazionale il cui termine per l'emanazione è fissato al 3 luglio 2021, quali siano state le misure anticipatoriamente emanate sul piano regionale in merito alle restrizioni nell'utilizzo di manufatti in plastica monouso e attraverso quali strumenti giuridici le stesse siano state disposte, tenuto conto altresì dello sfondo normativo italiano in cui questi si inseriscono. Oltre a ciò, il lavoro si propone di esaminare i provvedimenti a ciò finalizzati emanati da Sindaci di numerosi Comuni nell'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*, al fine di comprendere se e in quale misura siano stati integrati i presupposti fattuali legittimanti di necessità, contingibilità e urgenza, tenuto conto delle decisioni della giurisprudenza amministrativa. A tal fine, verrà altresì preventivamente costruita una riflessione intorno ai poteri di ordinanza riconosciuti dalle norme all'autorità sindacale in materia ambientale, definendone le peculiarità, i presupposti e i relativi limiti.

⁷ Così l'8° considerando della direttiva (UE) 2019/904.

⁸ Per un approfondimento sul contenuto degli obblighi fissati dalla Direttiva (UE) 2019/904 in capo agli Stati membri si veda S. DE VIDO, *The European Union Action on Single-use Plastics: A First Assessment*, in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 48, 2020, 23-36.

2. *Brevi cenni allo sfondo normativo nazionale in materia di plastica monouso e di inquinamento delle acque*

Il legislatore italiano, considerando anche il sopracitato termine per il recepimento della direttiva fissato al 3 Luglio 2021, non ha ancora emanato il relativo atto di trasposizione⁹. Ciò non significa tuttavia che all'interno dell'ordinamento non vi sia una normativa relativa a tale settore.

Sul tema il legislatore è in parte intervenuto con l'inserimento degli articoli 226 *bis* e *ter* all'interno del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, attraverso l'art. 9 *bis*, comma 1, lett. g), D.L. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, in attuazione degli obblighi contenuti nella direttiva (UE) 2015/720 in materia di riduzione dell'utilizzo di borse di plastica. Con il primo degli articoli citati, coerentemente rubricato come «*Divieti di commercializzazione delle borse di plastica*», è stato disposto il divieto di commercializzare le borse di plastica in materiale leggero e le altre borse di plastica non rispondenti a puntuali caratteristiche definite dalla norma. In tale divieto è stata comunque fatta salva la commercializzazione delle borse di plastica biodegradabili e compostabili. Ai sensi del co. 2 del medesimo articolo, è inoltre previsto che le borse di plastica su cui non sussiste il divieto di commercializzazione non possano essere distribuite a titolo gratuito. Pertanto, il prezzo di vendita per singola unità deve risultare dallo scontrino o fattura d'acquisto delle merci o dei prodotti trasportati per il loro tramite.

L'art. 226 *ter*, in conformità agli obiettivi definiti dalla direttiva (UE) 2015/720 di riduzione dell'utilizzo di borse di plastica, ha invece disposto la progressiva riduzione della commercializzazione di borse di plastica in materiale ultraleggero diverse da quelle aventi specifiche caratteristiche indicate dalla norma. Una riduzione da realizzare attraverso il progressivo aumento annuale del contenuto minimo di materia prima rinnovabile che tali prodotti devono contenere per essere commercializzate, secondo la valutazione degli organismi accreditati, tenendo conto degli standard internazionali richiamati al co. 4 del medesimo articolo. Inoltre, analogamente al co. 2 dell'art. 226 *bis*, è stato disposto, ai sensi del co. 5 dell'art. 226 *ter*, il divieto di distribuzione a titolo gratuito di tali prodotti.

Formulate secondo analoghe finalità sono altresì le restrizioni introdotte dal legislatore con la legge di bilancio 2018, l. 27 dicembre 2017,

⁹ La delega al Governo per il recepimento della direttiva è inserita nella legge di delegazione europea 2019, che è stata approvata dal Senato il 29 ottobre 2020 e che risulta in stato di relazione alla Camera dal 17 dicembre 2020.

n. 205, che, con l'art. 1, co. 545, ha introdotto il divieto, con decorrenza dal 1° gennaio 2019, di commercializzare e produrre sul territorio nazionale i bastoncini per la pulizia delle orecchie che abbiano il supporto in plastica o materiale non biodegradabile o compostabile, secondo quanto disposto dalla norma UNI EN 13432:2002, con l'obbligo di indicazione delle informazioni relative al corretto smaltimento del prodotto. A ciò si aggiunge il divieto a partire dal 1° gennaio 2020, disposto dal co. 546 del medesimo articolo, di mettere in commercio prodotti cosmetici da risciacquo ad azione esfoliante o detergente contenenti microplastiche. Uno sguardo incrociato consentirebbe di osservare che tali norme, nello specifico l'art. 1, co. 545, abbiano parzialmente anticipato il contenuto della direttiva (UE) 2019/904, limitatamente ai prodotti individuati dal punto 1) della parte B dell'Allegato, con riferimento alle restrizioni all'immissione nel mercato disposta dall'art. 5 della direttiva medesima.

Un altro passo del legislatore nazionale in tale direzione è stato effettuato in anni più recenti per mezzo dell'art.1, comma 802, della legge 30 dicembre 2018 n. 145. Con l'inserimento dell'art. 226 *quater* nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, è stata data una, seppur modesta, prima attuazione alla sopracitata *Strategia europea per la plastica nell'economia circolare* nella finalità di prevenire la produzione di rifiuti derivanti da plastica monouso e di origine fossile, di prevenirne l'abbandono e di favorirne la raccolta differenziata e il conseguente riciclaggio. In tal senso la norma riconosce ai produttori, in via sperimentale tra il 1° gennaio 2019 e il 31 dicembre del 2023, la possibilità, e non il dovere, essendo su base volontaria, di: adottare modelli di raccolta differenziata e di riciclo di stoviglie in plastica da fonte fossile con percentuali crescenti di reintroduzione delle materie prime seconde nel ciclo produttivo; produrre, impiegare ed avviare a compostaggio stoviglie fabbricate con biopolimeri di origine vegetale; utilizzare entro il 31 dicembre 2023 biopolimeri per la produzione di stoviglie monouso in modo massivo e in alternativa alle plastiche di fonte fossile¹⁰.

¹⁰ Per meglio precisare, ai sensi del co. 2 dell'art. 226 *quater* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, è altresì disposto che i produttori, in congruenza a tali finalità, promuovano: a) la raccolta delle informazioni necessarie alla messa a punto di materie prime, processi e prodotti ecocompatibili e la raccolta dei dati per la costruzione di *Life Cycle Assessment* certificabili; b) l'elaborazione di standard qualitativi per la determinazione delle caratteristiche qualitative delle materie prime e degli additivi impiegabili in fase di produzione e la determinazione delle prestazioni minime del prodotto durante le fasi di impiego, compreso il trasporto, lo stoccaggio e l'utilizzo; c) lo sviluppo di tecnologie innovative per il riciclo dei prodotti in plastica monouso; d) l'informazione sui sistemi di restituzione

Un ulteriore atto che segnala un certo interesse ed un'attivazione del legislatore nel contrasto all'inquinamento delle acque è il disegno di legge del Governo n. 1571, recante *'Disposizioni per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne e per la promozione dell'economia circolare'* («legge salva mare»), approvato dall'Assemblea della Camera nella seduta del 24 ottobre 2019 e che risulta al 18 novembre 2020 in corso di esame nella commissione *'Territorio, ambiente, beni ambientali'* del Senato. Pur non rappresentando la disciplina vigente, essendo in attesa di completa approvazione, è stato ritenuto meritevole di menzione, costituendo un parziale ed anticipato recepimento della direttiva (UE) 2019/883, nel quadro della puntuale finalità, espressa dall'art. 1, co. 1 del testo, di contribuire al risanamento dell'ecosistema marino e alla promozione dell'economia circolare, nonché alla sensibilizzazione della collettività per la diffusione di modelli comportamentali virtuosi volti alla prevenzione dell'abbandono dei rifiuti non solo nelle acque dei mari, ma anche in quelle dei laghi, fiumi e lagune, e ad una corretta gestione degli stessi.

Il disegno di legge appare particolarmente innovativo nella misura in cui introduce nuove definizioni strumentali alla costruzione di tale quadro di regolamentazione, come quella di «*rifiuti accidentalmente pescati*», intendendo con essi «*i rifiuti raccolti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune dalle reti durante le operazioni di pesca e quelli raccolti occasionalmente in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune con qualunque mezzo*». Si tratta di rifiuti equiparati, ai sensi dell'art. 2, co. 1 del disegno di legge in esame, ai rifiuti prodotti dalle navi, con la previsione di un obbligo, secondo il co. 2 del medesimo articolo, di conferimento degli stessi all'impianto portuale di raccolta, di cui all'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 182, senza oneri economici essendo disposta la gratuità del conferimento ai sensi del co. 4 del medesimo articolo. Alla luce di ciò, al fine di distribuire sull'intera collettiva nazionale tali oneri, è prevista la copertura dei costi di gestione dei rifiuti accidentalmente pescati attraverso una specifica componente che si aggiunge alla tassa sui rifiuti (co. 6), per la quale l'individuazione dei criteri e delle modalità per la definizione della stessa è rimessa all'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (co. 7). A ciò si aggiunge, quale nuova categoria giuridica nell'ambito di tale dimensione della disciplina, la nozione di «*rifiuti volontariamente raccolti*», ovvero, secondo la lett. b), co. 2, art. 1,

dei prodotti in plastica monouso usati da parte del consumatore, più dettagliatamente indicate nel co. 3 del medesimo articolo.

dei rifiuti raccolti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune durante lo svolgimento di campagne di pulizia, quali iniziative tese all'effettuazione di operazioni di pulizia organizzate su iniziativa del Comune o su istanza presentata al Comune stesso da un soggetto promotore¹¹, secondo le condizioni definite dall'art. 3.

Attraverso le disposizioni del co. 5 dell'art. 2 del medesimo disegno di legge, sia i rifiuti accidentalmente pescati che quelli volontariamente raccolti vengono inclusi nell'ambito dei rifiuti urbani, novellando così il comma 2 dell'articolo 184 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Un piccolo contributo alla prevenzione della proliferazione dei rifiuti, specialmente di plastica, nelle acque, attraverso la predisposizione di misure tese a ridurre la produzione e favorirne il riciclo, è stato altresì offerto dal d.l. 14 ottobre 2019, n. 111 («d.l. clima»), convertito con modificazioni dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141. Relativamente all'obiettivo di riduzione della produzione di rifiuti, ad intervenire è stato l'art. 7 della norma in esame che ha riconosciuto la possibilità di ricevere un contributo economico agli esercenti commerciali di vicinato e di media e grande struttura che attrezzino spazi dedicati alla vendita ai consumatori di prodotti alimentari e detergenti, sfusi o alla spina, o per l'apertura di nuovi negozi che prevedano esclusivamente la vendita di prodotti sfusi. Pertanto, un sistema di incentivi economici teso a ridurre la produzione di imballaggi e contenitori monouso. Attraverso un piano di stanziamento di risorse, l'art. 4 *quinquies* della norma ha inoltre istituito un fondo denominato «Programma sperimentale Mangiaplastica», con dotazione annuale variabile prevista fino all'anno 2024, finalizzato al finanziamento dei progetti presentati dai Comuni per l'acquisto di eco-compattatori, che favorirebbero le operazioni di riciclo.

¹¹ Ai sensi del co. 3, art. 3, del testo del Disegno di legge n. 1571 approvato dall'Assemblea della Camera in data 24 ottobre 2019, i soggetti promotori risulterebbero: «gli enti gestori delle aree protette, le associazioni ambientaliste, le associazioni dei pescatori, le cooperative e le imprese di pesca, nonché i loro consorzi, le associazioni di pescatori sportivi e ricreativi, le associazioni sportive di subacquei e diportisti, i centri di immersione e di addestramento subacqueo nonché i gestori degli stabilimenti balneari. Sono altresì soggetti promotori gli enti del Terzo settore nonché, fino alla completa operatività del Registro unico nazionale del Terzo settore, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, le associazioni di promozione sociale, le fondazioni e le associazioni con finalità di promozione, tutela e salvaguardia dei beni naturali e ambientali e gli altri soggetti individuati dall'autorità competente. Gli enti gestori delle aree marine protette possono altresì realizzare, anche di concerto con gli organismi rappresentativi degli imprenditori ittici, iniziative di comunicazione pubblica e di educazione ambientale per la promozione delle campagne di cui al presente articolo».

Al fine di completare il quadro sinora raffigurato, si ricorda, tra le altre iniziative portate avanti a livello centrale, l'adesione al *Patto europeo per la plastica* in data 6 marzo 2020. Un patto promosso nel 2019 da Francia e Paesi Bassi finalizzato a costruire una rete comune tra attori pubblici e privati per accelerare il processo di transizione verso un'economia circolare della plastica, insistendo in particolare su quattro dimensioni: la progettazione circolare di prodotti e imballaggi di plastica, l'utilizzo responsabile del materiale, l'incremento dei processi di riciclaggio e l'utilizzo stesso di plastica riciclata.

3. *Gli interventi anticipatori delle Regioni*

Se sul piano nazionale non sono state ancora emanate le misure di trasposizione necessarie al recepimento della normativa comunitaria, alcune Regioni hanno diversamente prodotto sul proprio territorio una propria regolamentazione, che, conseguentemente, non può non aver in parte condizionato la mobilitazione degli enti locali.

Il primo intervento è stato sviluppato dalla Regione Toscana, che, con la legge regionale 28 giugno 2019, n. 37, ha costruito una prima regolamentazione sul tema, richiamando direttamente nel preambolo la direttiva (UE) 2019/904. La norma, ai sensi dell'art. 1, impone sul proprio territorio delle restrizioni all'utilizzo dei prodotti di plastica monouso, vietando l'utilizzo di particolari prodotti, che corrispondono in parte ai prodotti indicati dall'allegato della direttiva 2019/904, limitatamente a specifici contesti, quali manifestazioni fieristiche, sagre, *etc.* Tale divieto si estende altresì, ai sensi dell'art. 1, co. 2, ai parchi, alle aree protette, ai lidi e alle spiagge del demanio marittimo, con riferimento ai prodotti in plastica monouso funzionali alla somministrazione del cibo e bevande. Secondo le disposizioni del co. 4 del medesimo articolo, ai fini dell'applicazione dei divieti disposti nei lidi e nelle spiagge del demanio marittimo, era stato inoltre introdotto l'obbligo in capo ai Comuni, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, di adottare gli atti di competenza per garantire l'operatività del divieto e l'applicazione delle relative sanzioni.

Se l'intervento legislativo della Regione Toscana appare in parte una forma di applicazione anticipata e parziale della sopracitata direttiva, la legge regionale 1° agosto 2019, n. 27 della Regione Marche sembra ricalcare ancora più fedelmente la disciplina comunitaria. La finalità della

norma, espressa nell'art. 1 della legge regionale in esame, viene individuata nella disciplina delle modalità di utilizzo dei prodotti di plastica al fine di ridurre la produzione degli stessi, di favorire uno sviluppo sostenibile e di diffondere un'educazione ambientale e sociale, dando attuazione ai principi dell'Economia Circolare, nel rispetto in particolare della stessa direttiva (UE) 2019/904.

Uno degli aspetti che consente di elaborare le sopraccitate considerazioni, risiede nelle norme contenute nell'art. 2 della legge regionale. Difatti, nel definire le modalità di utilizzo dei prodotti di plastica, oltre a richiamare le definizioni individuate dall'art. 3 della direttiva (UE) 2019/904, la legge regionale riproduce il medesimo schema strutturato dagli art. 4 e 5 della direttiva medesima. Nel co. 1 dell'art. 2 della legge viene difatti disposto il divieto all'utilizzo dei prodotti di plastica monouso, analogamente alle restrizioni *ex art.* 5 della direttiva, individuati nell'Allegato A della legge, che ripropone i medesimi prodotti individuati nella parte B dell'allegato della Direttiva. Stesso dicasi per quanto disposto dal co. 2 dell'art. 2 della legge regionale che sottopone i prodotti individuati dall'Allegato B, che coincidono con i prodotti elencati nella parte A dell'allegato della direttiva, a forme di riduzione del loro consumo, analogamente a quanto disposto dall'art. 4 della direttiva.

I divieti di cui all'art. 2, co. 1, della legge regionale trovano un ambito di applicazione generale, ai sensi del co. 2 dell'art. 3 della medesima legge, nelle spiagge del litorale marchigiano, ma gli stessi sono altresì indirizzati a specifici soggetti individuati dal co. 1 dell'art. 3, quali, a titolo esemplificativo, la Regione stessa (lett. a)), le Province e i Comuni (lett. b)), le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate (lett. d)), *etc.*

Un ulteriore elemento che testimonia la stretta vicinanza della legge regionale alla direttiva europea è inoltre l'art. 12 del testo legislativo, che introduce una forma di clausola di cedevolezza inversa¹². Ai sensi del co. 1 dell'articolo in questione, è difatti disposto che la Regione adegui le disposizioni normative introdotte da questa legge alla disciplina statale di recepimento, per le parti non compatibili con essa. Oltretutto, secondo il co. 2 del medesimo articolo, è prevista l'applicazione della disciplina

¹² Sulla clausola di cedevolezza inversa si veda: C. BERTOLINO, *L'incidenza degli atti normativi dell'Unione Europea sulle fonti delle autonomie territoriali: 'ritornare alle fonti' attraverso la logica dell'integrazione e della collaborazione*, in *Diritti regionali- Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, I, 2018, 440 ss. e S. TRIPODI, *L'attuazione regionale delle direttive comunitarie e le clausole di cedevolezza (Nota a Corte Cost., Sent. N. 398/2006)*, in *federalismi.it*, 9, 2007, 11 ss.

statale in luogo delle disposizioni regionali in contrasto, sino alla data di entrata in vigore della normativa regionale di adeguamento. Pertanto, appare difficilmente verosimile non considerare l'intervento legislativo della Regione Marche una forma di recepimento anticipato della normativa formulata in sede europea.

Nonostante ciò, sia nel caso della Regione Toscana e che in quello della Regione Marche, il Consiglio dei Ministri nella seduta del 3 ottobre 2019 ha deliberato di non impugnare la legge davanti alla Corte Costituzionale. La dottrina che si è interrogata sulla vicenda¹³ ha spiegato la mancata impugnazione da parte del Consiglio dei Ministri delle leggi regionali, negando che il fondamento giuridico delle norme fosse nella direttiva (UE) 2019/904, pur nell'espresso richiamo alle sue disposizioni. Secondo l'autore difatti, tale fondamento risiederebbe invece nella facoltà delle Regioni, riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale¹⁴, di porre misure più elevate in materia di protezione ambientale rispetto alla disciplina statale in virtù della trasversalità della materia "*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*"¹⁵, che consentirebbe alla stessa di estendersi anche nell'ambito delle competenze regionali.

La Regione Campania, pur nell'analoga decisione di costruire una disciplina su tale settore attraverso lo strumento legislativo, ha adottato una strategia differente. Con la legge regionale 4 dicembre 2019, n. 26, ha introdotto analoghi divieti con riguardo all'utilizzo di particolari materiali in plastica monouso, quali contenitori, mescolatori per bevande, *etc.* (art. 1, co. 1), nell'ambito delle manifestazioni fieristiche e di comunicazione, ovvero nel consumo di prodotti del medesimo materiale funzionali alla somministrazione di cibi nei parchi e nelle aree protette (art. 1, co. 2). Tuttavia, a differenza degli interventi legislativi delle sopracitate Regioni, l'entrata in vigore di tali restrizioni è stata differita al 3 luglio 2021, quale termine per il recepimento della direttiva (UE) 2019/904.

¹³ U. BARELLI, *La strategia e le norme dell'Unione Europea contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia, nelle Regioni e nei Comuni*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, n. 10, febbraio 2020.

¹⁴ Tra le pronunce in questo senso si ricorda *ex multis*: Corte Costituzionale 17 gennaio 2019, n. 7; Corte Cost. 14 novembre 2018 n. 198; Corte Cost. 30 marzo 2018, n. 66; Corte Cost. 16 luglio 2014, n. 199; Corte Cost. 24 ottobre 2013, n. 246; Corte Cost. 26 febbraio 2010, n. 67; Corte Cost. 18 aprile 2008, n. 104; Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378; Corte Cost. 1° dicembre 2006, n. 398.

¹⁵ Circa la trasversalità della materia '*tutela dell'ambiente*' e '*degli ecosistemi*' e le ricadute sul riparto di competenze tra Stato e Regioni si veda B. CARAVITA, F. FABRIZZI, A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino 2019, 121 ss.

Secondo le medesime sopracitate considerazioni dottrinali¹⁶, tale scelta è apparsa come il frutto di una *'ingiustificata prudenza'*, non costituendo la norma comunitaria il fondamento normativo di un simile intervento. Al di là di ciò, l'osservazione che si potrebbe avanzare è che da un lato può apparire comprensibile la volontà degli organi regionali di assicurare la predisposizione di un contesto normativo che dia attuazione agli obblighi definiti in sede comunitaria in caso di inadempimento a livello statale. Dall'altro è da puntualizzare che i divieti definiti dalla legge regionale 4 dicembre 2019, n. 26, trovano un ambito di applicazione limitato a specifiche circostanze fattuali, quali le manifestazioni fieristiche, e a determinate aree, come parchi e aree protette, e non si impongono come una restrizione generalizzata come quella richiesta agli Stati membri dall'art. 5 della direttiva (UE) 2019/904. Oltretutto, la norma dispone misure di restrizione che solo in parte corrispondono ai prodotti di plastica monouso individuati dalla direttiva. Pertanto, si tratterebbe di una norma che, nella non inverosimile ipotesi di una recezione statale nel rispetto del termine, produrrebbe i suoi effetti solo a seguito dell'emanazione di un atto legislativo a livello centrale che, in ottemperanza agli obblighi della direttiva, estenderebbe tali divieti anche al di fuori delle casistiche introdotte dalla Regione Campania. Alla luce di tale ragionamento, non si nascondono dunque alcune perplessità circa la *ratio* di tale scelta.

Queste tre Regioni sono le uniche ad aver sviluppato una regolamentazione servendosi dello strumento legislativo. Ciò non significa tuttavia che all'interno delle altre realtà regionali non vi sia stata alcuna mobilitazione¹⁷, e tra i casi più interessanti è certamente doveroso menzionare quanto avvenuto nella Regione Sicilia.

Con una circolare del 6 dicembre del 2018, l'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente della Regione Sicilia ha formulato delle linee guida per la riduzione della plastica monouso nelle zone demaniali, ri-

¹⁶ U. BARRELLI, *Ibidem*.

¹⁷ Tra i vari casi si ricorda: la deliberazione della Giunta della Regione Calabria n. 307 della seduta del 12 luglio 2019 che ha approvato il *Piano d'azione regionale per la riduzione dei rifiuti plastici in mare e sulle spiagge per la valorizzazione delle coste e uno sviluppo territoriale ecosostenibile*; la deliberazione della Giunta Regionale n. 50 della seduta del 25 gennaio 2019 attraverso cui è stato approvato lo schema di Protocollo di Intesa tra Regione Abruzzo e Legambiente Abruzzo Onlus *'Abruzzo Plastic Free- Progetto sperimentale per lo sviluppo di uno schema di riduzione dell'utilizzo di imballaggi in plastica nella regione Abruzzo'*; la delibera della Giunta della Regione Emilia Romagna n. 2000 dell'11 novembre 2019, con cui è stata sviluppata la *Strategia della Regione Emilia-Romagna per la riduzione dell'incidenza delle plastiche nell'ambiente (#Plastic-freeER)*.

volta a tutti i Comuni Costieri dell'isola, alla Direzione marittima di Palermo e a quella di Catania, alla Legione Carabinieri e al Comando della Guardia di Finanza della regione. Trattasi di una circolare adottata nelle more dell'iter di approvazione della direttiva europea, finalizzata a ridurre progressivamente, fino all'eliminazione totale che era prevista entro il 31 dicembre 2019, l'utilizzo dei prodotti di plastica monouso nelle aree soggette a concessione ricadenti all'interno del demanio marittimo e nelle aree marine e costiere soggette a tutela. Nello specifico, come anche è stato disciplinato dalle altre Regioni, è stato disposto il divieto di utilizzo di articoli in plastica monouso finalizzati alla somministrazione del cibo, prevedendo, in caso di inosservanza, il pagamento di una sanzione.

Anche in questo caso appare altresì opportuno riportare delle osservazioni critiche. Trattandosi di una circolare che impone divieti e dunque che incide sulle posizioni giuridiche di altri soggetti, quali i titolari di concessioni demaniali marittime, non si può che ricondurre la stessa nell'alveo delle circolari-regolamento, ovvero atti atipici che dispongono regole generali e astratte rivolte a soggetti esterni all'amministrazione¹⁸. Dunque, la scelta di porre in essere delle restrizioni di tale spessore attraverso lo strumento giuridico di una circolare, tenendo altresì presente che la richiamata direttiva risultava ancora in fase di approvazione, non può che suscitare delle perplessità.

La ricostruzione delle esperienze regionali che hanno tentato di modellare una regolamentazione all'interno del proprio territorio in tale ambito non può che concludersi con il caso della Regione Puglia, consentendo di definire utili premesse per la successiva indagine relativa alle restrizioni prodotte dagli enti locali attraverso l'impiego di poteri straordinari. Il contenuto della restrizione è analogo a quello degli altri casi, avendo disposto il divieto nelle aree demaniali marittime pugliesi di utilizzare prodotti monouso quali contenitori per alimenti, piatti, bicchieri, *etc.*, che non siano in materiale compostabile, istituendo altresì l'obbligo all'interno dei locali di consumo in contenitori di vetro delle bevande somministrate. Diversamente dalle altre esperienze, tuttavia, tali prescrizioni sono state definite attraverso l'adozione di un'ordinanza balneare da parte dell'Assessorato al Bilancio Sezione Demanio e Patrimonio, approvata con la determinazione del dirigente della medesima sezione del 5 aprile 2019, n. 251.

¹⁸ Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2015, 88.

A seguito di un'impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo, l'atto è stato inizialmente oggetto di sospensione cautelare. Nella ricostruzione che emerge dall'ordinanza del 30 luglio 2019, n. 315, il T.A.R. Puglia, da un lato, ha riconosciuto come indubbia la competenza della Regione a regolamentare l'utilizzo delle aree demaniali marittime per finalità turistico ricreative mediante ordinanze amministrative, ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. b, l. regionale 10 aprile 2015, n. 17, dall'altro, ha osservato come la direttiva (UE) 2019/904, espressamente invocata nell'atto, necessiti di un atto di trasposizione dello Stato in quanto incidente congiuntamente nell'ambito della *'tutela dell'ambiente'* e *'degli ecosistemi'* e della *'tutela della concorrenza'* ex articolo 117, comma secondo, lettera e), nella parte relativa alle restrizioni al mercato ex art. 5 della direttiva. Pertanto, per il giudice, non vi era alcuno spazio affinché la Regione sfruttasse l'esercizio della propria potestà legislativa, assumendo tra i propri fini la tutela dell'ambiente dal momento che, pur nella trasversalità della materia, *«l'intervento regionale non può "compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato" (sentenza n. 300 del 2013), tanto meno in uno stadio in cui tale punto di equilibrio non è stato ancora trovato»*.

Tuttavia, nell'ambito del giudizio di appello promosso dalla Regione Puglia, la Sezione Quarta del Consiglio di Stato, con decreto 7 agosto 2019, n. 4032, ha accolto l'istanza di misure cautelari provvisorie formulata dalla Regione Puglia e per l'effetto ha sospeso l'esecutività della impugnata ordinanza cautelare del TAR Puglia¹⁹. Nei motivi che emergono dal citato decreto dei giudici di Palazzo Spada è stato *in primis* riconfermato il fondamento normativo dell'ordinanza della Regione nell'art. 6, co. 1, lett. b, legge regionale 10 aprile 2015, n. 17, anche tenendo presumibilmente in considerazione le argomentazioni della Regione circa il disconoscimento di alcun valore di fondamento giuridico alla richiamata disciplina europea. Ma soprattutto, secondo il giudice amministrativo, l'ordinanza sarebbe stata volta a *«perseguire, in via primaria, l'interesse pubblico di settore ad una ordinata, sicura, armonica e civile fruizione del demanio marittimo e che l'incidenza in materia ambientale si presenta come indiretta e secondaria, con conseguente infondatezza [...] delle doglianze in punto di violazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato»*, potendo altresì le Regioni dettare disposizioni che determino indirettamente stan-

¹⁹ Una decisione altresì confermata nella successiva ordinanza della sez. IV del Consiglio di Stato del 30 agosto 2019, n. 4274.

dard di tutela ambientale più elevati di quelli fissati dalle norme statali. Oltretutto, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'ordinanza regionale non avrebbe inciso sulle previsioni della direttiva europea, limitandosi a disciplinarne l'utilizzo esclusivamente nelle aree del demanio marittimo e nei locali aperti al pubblico con accesso diretto al demanio marittimo.

Le significative oscillazioni nelle decisioni della giurisprudenza costituzionale sul tema, ben sintetizzate da autorevoli contributi dottrinali²⁰, non possono che condurre ad identificare come inopportuno qualsiasi tentativo che non valuti la possibilità delle Regioni di disporre interventi più restrittivi in materia ambientale con l'adeguata cautela. Se da un lato, come la richiamata giurisprudenza costituzionale ricorda, tale possibilità, in ragione della trasversalità della materia, non risulta affatto esclusa, dall'altro tale intervento, posto in essere nelle materie di loro competenza ma con un'incidenza sull'ambiente, deve conformarsi ai limiti definiti dalla disciplina statale, pur nella possibilità di incrementare i livelli di tutela, senza però compromettere il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte espressamente individuato dalla norma dello Stato²¹. E in tale ambito, in cui emergono contestualmente in rilievo interessi contrapposti relativi alla tutela dell'ambiente e alle esigenze del sistema produttivo, un punto di equilibrio, frutto di un adeguato bilanciamento in recezione della direttiva europea, ancora non è stato individuato dalla normativa statale.

4. *Le ordinanze contingibili e urgenti dei Sindaci per la riduzione dell'utilizzo di plastica monouso*

Nel corso degli ultimi due anni l'interesse per il tema del contrasto all'inquinamento delle acque causato dai materiali di plastica è cresciuto così esponenzialmente da attivare la mobilitazione di decine di Comuni dell'intera penisola, specialmente costieri, che hanno posto in essere restrizioni nell'utilizzo di prodotti in plastica monouso, prevalentemente

²⁰ Su ciò si veda S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Torino 2017, 3, 23 ss.; B. CARAVITA, A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione* in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2016, 17 ss.; D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova 2012, 233 ss.

²¹ Così *ex multis* le sentenze della Corte costituzionale dell'11 dicembre 2013, n. 300, del 29 marzo 2013, n. 58, del 20 giugno 2013, n. 145, del 23 marzo 2012, n. 66, del 22 luglio 2009, n. 225.

per mezzo di ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco, sia prima che dopo l'entrata in vigore della Direttiva (UE) 2019/904.

Ai fini di una esaustiva trattazione del tema che in questo articolo si propone di indagare, risulta adeguatamente ragionevole dedicare prioritariamente un paragrafo per l'individuazione dei lineamenti dello strumento giuridico adottato dalle autorità sindacali per la disposizione di restrizioni sul territorio comunale nell'utilizzo di manufatti in plastica monouso. Dopo aver sviluppato l'indagine con riferimento al contenuto di tali provvedimenti, individuandone i possibili margini di legittimità, ovvero i relativi profili di illegittimità plausibili, verrà infine riservata in un ulteriore paragrafo la trattazione delle posizioni della giurisprudenza sinora formatasi sul tema.

4.1. *Poteri di ordinanza extra ordinem del Sindaco in materia ambientale: presupposti, limiti e profili critici*

Il potere di ordinanza *extra ordinem*²², indipendentemente dall'autorità amministrativa coinvolta, è configurabile con un potere atipico, con temporanea capacità derogatoria di norme primarie, finalizzato alla tutela di un interesse pubblico, nel limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento²³ e della riserva di legge assoluta²⁴. Dunque, un potere

²² Tra i numerosissimi contributi della letteratura in merito al tema delle ordinanze di necessità e urgenza, si ricorda: M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, 388 ss.; U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli 1954; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza* (Diritto costituzionale ed amministrativo), in *Nov.mo Dig. it.*, XII, Torino 1965, 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma 1990; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma 1990; R. CAVALLO PERIN, *Potere di Ordinanza e Principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano 1990; A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela ambientale*, Milano 2004; R. CAVALLO PERIN, *Ordinanze* (dir. amm.), in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, IV, Milano 2006, 3981 ss.; M. CERASE, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, IV, Milano 2006, 3985 ss.; A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano 2009, 172 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto* in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli 2011, 735 ss.

²³ Relativamente al limite dei principi generali dell'ordinamento si veda V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione* in *Dir. pubbl.*, 2, Bologna 2007, 345 ss.; A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana* in *Foro Amm. TAR*, fasc. 9, 2012, 3009.

²⁴ Così nelle sentenze della Corte Costituzionale 26 giugno 1956, n. 6 e 27 maggio 1961, n. 26.

esercitabile in soli casi eccezionali di una necessità che irrompe nell'ordinamento come circostanza fattuale contingibile e urgente.

Dopo aver chiarito ciò, è tuttavia doveroso tenere ben salda una chiarificazione. Nel momento in cui si considerano circostanze di fatto emergenziali dal rilievo ambientale, l'ambiente medesimo può potenzialmente ricoprire due posizioni differenti. Da un lato è esso stesso la fonte del danno nei confronti dell'uomo, dall'altro è il destinatario e vittima dell'azione nociva, per lo più, seppur non necessariamente, di derivazione antropica.

Nel primo caso dunque ad essere coinvolta è l'azione distruttrice della natura, che, governata da proprie leggi, compromette l'integrità fisica delle persone, ovvero di beni, strutture e dell'ambiente stesso. È il caso frequente dei fenomeni sismici, che interessano in particolare il nostro territorio nazionale, in ragione di specificità di ordine geologico. Oppure, analogamente, l'insieme di rischi idrogeologici e rischi geomorfologici, in particolare gli eventi franosi. Ma anche i fenomeni vulcanici e le emergenze legate ai cambiamenti climatici, quali la manifestazione di eventi meteorologici estremi.

Nell'altro caso invece l'emergenza si identifica come una circostanza critica che minaccia o lede l'integrità delle matrici ambientali, quali acqua, aria e suolo. A titolo esemplificativo si potrebbero in questo caso citare le emergenze causate dalla contaminazione delle acque superficiali e sotterranee, per opera dello scarico di altre sostanze inquinanti o di materiali non ecocompatibili. Ugualmente classificabili in tal senso sono tutti i casi di inquinamento atmosferico e inquinamento del suolo, per opera della dispersione di sostanze inquinanti, causata ad esempio da incidenti stradali o ferroviari²⁵.

Al di là delle differenze, è possibile affermare senza incertezze che il potere di ordinanza *extra ordinem* può essere azionato dalle autorità amministrative in entrambe le idealtipiche forme di emergenze ambientali.

Come anticipato, uno dei limiti all'esercizio del potere di ordinanza tradizionalmente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza è il rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Nel momento in cui l'emanaazione di tali atti risulta finalizzata alla tutela dell'ambiente, è chiaro che a porsi come ulteriore limite sono i principi generali in materia ambien-

²⁵ Su ciò A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna 2008, 156 ss. che sviluppa una distinzione analoga tra i rischi naturali e i rischi derivanti dall'attività dell'uomo.

tale²⁶. Tra i principi espressamente richiamati dal codice dell'ambiente rientrano: il principio di sviluppo sostenibile (art. 3-*quater*), il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e il principio di «*chi inquina paga*», così come riconosciuti dall'art. 191, par. 2, del TFUE (art. 3-*ter*), il principio di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 3-*quinqüies*)²⁷. Alla luce di ciò, pertanto, l'autorità amministrativa che adotta un'ordinanza *extra ordinem* che incide nel suo contenuto sul bene ambiente è vincolata al rispetto di tali principi, indipendentemente dal fatto che tale provvedimento sia emanato in virtù di una norma attributiva del potere presente nel codice dell'ambiente (ovvero il potere di ordinanza *ex art.* 191), ovvero da altra norma.

Tra tali principi assumono particolare rilievo quei principi che informano l'azione amministrativa di tutela dell'ambiente promuovendo un'attività preventiva. In tal senso dunque la tutela dell'ambiente non si sostanzia esclusivamente nell'operazione riparativa del danno cagionato all'ambiente, ma anche in interventi preventivi che limitino la probabilità che tali deterioramenti si verifichino. La complessa operazione logica è dunque quella di comprendere come il potere di ordinanza possa legittimamente essere esercitato da una pubblica autorità per un'azione di tutela preventiva, ponendo dunque in essere un intervento precedente al verificarsi di quella situazione di necessità dal carattere contingibile e urgente, quale presupposto fattuale per il suo esercizio.

In realtà, sia il diritto positivo²⁸ che la giurisprudenza degli ultimi

²⁶ Il diretto fondamento di tale constatazione può indubbiamente ravvisarsi nell'art. 3 *bis*, co. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nella misura in cui dispone che i principi previsti nella Parte Prima del codice dell'ambiente costituiscano regola generale della materia ambientale anche nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile e urgente, annoverati tra gli atti di produzione di diritto ambientale.

²⁷ Tra i numerosi contributi della dottrina in merito ai principi generali in materia ambientale si ricorda: F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Ibidem*, vol. I, 559 ss.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Ibidem*, vol. I, 151 ss.; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, tomo I, Milano 2014, 153 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3, 2005, 509 ss.; G. COCCO, A. MARZANATI, R. PUPILELLA, *Ambiente, il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Parte speciale*, Milano 2007, 157-272; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2007; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rqda*, n. 1-2, 2012, 62 ss.

²⁸ Ai sensi dell'art. 54, co. 4 del T.U.E.L., i provvedimenti contingibili e urgenti

decenni hanno chiarito che la funzione del potere di ordinanza non sia esclusivamente ‘riparativa’, ma anche quella di prevenire le manifestazioni di un’emergenza, potendo dunque l’ordinanza essere adottata anche allo scopo di evitare la produzione di un danno, senza dover attendere che si verifichi il danno medesimo²⁹. Il presupposto di una situazione eccezionale ed imprevedibile va dunque inteso nel senso che «rileva non la circostanza (estrinseca) che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero a un evento nuovo e imprevedibile, ma la sussistenza (intrinseca) della necessità e dell’urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità sia dall’imputabilità»³⁰. Così come non rilevarebbe l’arco temporale che intercorre tra il momento dell’insorgenza del pericolo e l’urgenza attuale³¹.

Nel continuum tra un’azione preventiva posta in essere con i mezzi ordinari e un’azione riparativa nei confronti di un lesivo fatto emergenziale già manifestatosi, è possibile pensare all’ordinanza *extra ordinem* adottata per tutelare preventivamente l’ambiente come un’ipotesi intermedia. E quindi ritenerla potenzialmente legittima nella misura in cui si ponga residualmente come l’unico strumento, esauriti quelli ordinari, in grado di evitare in via d’urgenza il verificarsi, in un istante temporale successivo, di un’emergenziale forma di deterioramento.

Chiaramente in tale casistica, l’atto dovrà essere preceduto sul piano endoprocedimentale da oneri istruttori e motivazionali più consistenti, che giustifichino adeguatamente l’iter logico seguito dall’amministrazione nell’impiego delle proprie facoltà discrezionali per adottare un provvedimento derogatorio, limitativo della sfera giuridica dei consociati, prima che dinanzi agli stessi si sia manifestato il fatto.

Tutto ciò svela dunque l’intrinseca complessità che alberga nella tensione tra la funzione di prevenzione e il potere straordinario di emanare

possono essere emanati al fine di «prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

²⁹ T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379. Cfr. *ex multis* TAR Campania, Napoli, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 4992; Cons. di Stato, Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109; Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2002, n. 490.

³⁰ T.A.R. Lazio, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 13898; Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150; T.A.R. Campania, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 678; T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 aprile 2014, n. 657.

³¹ Su ciò Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Cons. di Stato, 25 settembre 2006, n. 5639 richiamate in S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell’urgenza*, in *Amministrare*, 3, 2014, 412 ss.

ordinanze contingibili e urgenti, in particolare in questa materia, nella quale la lentezza dei processi ambientali e la possibile incertezza scientifica nella valutazione degli stessi rendono ancor meno immediata la relazione causale tra l'intervento restrittivo e il beneficio di cui la collettività potrebbe fruire attraverso l'intervento stesso. Così come poco immediata sarebbe la relazione causale tra il mancato intervento in via straordinaria e il danno nei confronti dell'ambiente, che potrebbe manifestarsi solo dopo un consistente periodo.

Quest'ultimo aspetto dunque solleva un'ulteriore problematicità. Nello specifico, ci si riferisce alla difficoltà per l'amministrazione, e del giudice in sede processuale, di valutare l'idoneità dei presupposti fattuali di necessità, urgenza e contingibilità per l'adozione di un'ordinanza. Dunque, per meglio comprendere, se sia legittimo o meno qualificare come presupposto emergenziale legittimante la situazione climatica globale e la condizione di inquinamento negli oceani accumulatasi negli anni, per adottare un provvedimento derogatorio e restrittivo della libera iniziativa economica, come le stesse ordinanze che impongono limitazioni nell'utilizzo di plastica non biodegradabile e non compostabile (*infra* par. 4.2). Ciò non può che porsi dunque come fonte di profonde difficoltà interpretative.

Va certamente riconosciuto che la condizione ambientale e climatica dell'intero pianeta è, secondo le posizioni condivise da autorevoli fonti³², drammaticamente critica. E ciò ha addirittura condotto numerose autorità, da quelle locali a quelle sovranazionali a dichiarare il c.d. *stato di emergenza climatica ed ambientale*³³, che tuttavia non sembra essere dotato di rilievo giuridico alcuno.

³² Su ciò si veda il più recente rapporto IPCC, *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty* [MASSON-DELMOTTE, V., P. ZHAI, H.-O. PÖRTNER, D. ROBERTS, J. SKEA, P.R. SHUKLA, A. PIRANI, W. MOUFOUMA-OKIA, C. PÉAN, R. PIDCOCK, S. CONNORS, J.B.R. MATTHEWS, Y. CHEN, X. ZHOU, M.I. GOMIS, E. LONNOY, T. MAYCOCK, M. TIGNOR, AND T. WATERFIELD (eds.)], In Press, 2018.

³³ Con un'iniziativa dallo spessore presumibilmente simbolico, sia il Parlamento europeo in data 28 Novembre 2019 che il Parlamento italiano in data 12 Dicembre 2019 hanno approvato una mozione di dichiarazione di tale stato di emergenza climatica e ambientale. In realtà, su ciò, le istituzioni centrali sono state anticipate dagli enti locali di numerosi Stati che, tramite una forte mobilitazione, hanno adottato la medesima mozione, dichiarando tale stato di emergenza o per lo meno impegnando, per quanto attiene ai Comuni italiani, il Sindaco e la Giunta a dichiararlo.

Nonostante ciò e al di là della drammaticità della condizione ambientale corrente, dubbia rimarrebbe la legittimità dell'atto straordinario adottato, in luogo dell'utilizzo di uno strumento ordinario, sulla base del presupposto legittimante dell'emergenza climatica globale, che per quanto attuale, sconta il difetto di immediatezza quanto agli effetti che una mancata adozione dello stesso implicherebbe sulla condizione ambientale complessiva. E ciò non solo in ragione della succitata lentezza dei fenomeni ambientali, ma anche in virtù del carattere transfrontaliero degli stessi. Pertanto, una limitazione derivante da un'ordinanza di un Comune italiano finalizzata a tutelare preventivamente l'ambiente arrecherebbe beneficio agli equilibri ecosistemici locali ma anche, o eventualmente in via esclusiva, al sistema ecosistemico complessivamente inteso, e quindi ai territori di altri Comuni, Regioni e finanche Stati, senza che questi siano tuttavia investiti delle limitazioni che il primo Comune ha posto in essere. Si tratta quindi di peculiarità che possono creare delle difficoltà nella qualificazione della condizione ambientale corrente come un presupposto fattuale legittimante di una situazione contingibile e urgente richiesta a livello normativo.

Chiariti tali aspetti, è ora possibile rivolgere l'attenzione all'insieme di norme attributive di siffatto potere alle autorità sindacali. Difatti, una delle peculiarità del potere di ordinanza di necessità e urgenza in materia ambientale risiede nella coesistenza di diverse norme attributive a tal punto da aver condotto la dottrina a fare riferimento più appropriatamente a «*poteri di ordinanza*», accomunati dal sistema di limiti costituzionali elaborato progressivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁴. Tralasciando volutamente la trattazione delle ordinanze del Ministro dell'ambiente riconosciute dall'art. 8 l. 3 marzo 1987, n. 59, e delle ordinanze di protezione civile definite dagli art. 24 e 25 del d.lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1, in questa sede l'attenzione verrà riposta al solo potere di ordinanza riconosciuto all'autorità sindacale, tenendo ben salda la distinzione tra norme speciali e norme generali.

Con le prime si intendono le norme di settore attributive di siffatto potere nell'ambito di specifici ambiti materiali del bene ambiente, come il settore dei rifiuti e dell'inquinamento acustico e atmosferico. Con le seconde ci si riferisce invece alle norme attributive di un potere di ordinanza non vincolato ad un settore specifico, diversamente dai casi pre-

³⁴ Così A. ANDRONIO, *Ordinanze contingibili e urgenti*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Ibidem*, 235.

cedenti. Tali norme sono l'art. 54, co. 4, e l'art. 50, co. 5, del T.U.E.L., in parte riproduttivo, quest'ultimo, dell'art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833. È opportuno chiarire tuttavia che le stesse, pur essendo norme generali, coprono, secondo le rispettive disposizioni, aree di intervento, seppur ampie, differenziate. I provvedimenti *ex art.* 54, co. 4, emanati dal Sindaco quale ufficiale di Governo, attengono ai gravi pericoli per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, così come meglio specificati dal co. 4 *bis* del medesimo articolo. L'art. 50, co. 5, riconosce invece la titolarità al sindaco come capo dell'amministrazione locale di siffatto potere straordinario non solo al verificarsi di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, analogamente ai presupposti indicati dall'art. 32 l. n. 833/1978, ma, secondo le nuove disposizioni introdotte con l'art. 8, co. 1, lett. a), punto 1) del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, anche in relazione a situazioni di grave incuria del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale, ovvero del pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana. Così, l'art. 50, co. 5, non può pertanto che presentarsi come la norma di riferimento, alla luce di tali presupposti, del potere di ordinanza *extra ordinem* del Sindaco finalizzato alla tutela dell'ambiente. Risulta dunque questa, come anche confermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina³⁵, la norma maggiormente idonea da richiamare al verificarsi di una circostanza di necessità dal carattere contingibile e urgente non fronteggiabile con gli ordinari strumenti, con finalità preventiva e riparativa, che possa ledere il bene ambiente, al di fuori dei casi oggetto di normative speciali.

Diversamente, nell'ipotesi dei c.d. *fenomeni meteorologici estremi*, la norma di riferimento, considerando la diretta ed immediata incidenza sull'incolumità pubblica che tali eventi comportano, si configurerebbe presumibilmente con l'art. 54, co. 4, del T.U.E.L. Alla luce di tali osservazioni, non può che essere pertanto osservato criticamente il fatto che,

³⁵ A riconoscere l'art. 50, co. 5, del T.U.E.L. come la norma di riferimento in materia di ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente, si ricorda G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2011, 7 e G. DI RAGO, *Il sindaco e l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti (alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione)*, Macerata, 2003, 98. Tale posizione è altresì desumibile anche da quella giurisprudenza che ha riconosciuto che le ordinanze contingibili e urgenti a tutela della salute possano essere emanate anche quando questa sia minacciata da fenomeni di inquinamento ambientale provocati da rifiuti, emissioni inquinanti nell'aria e da scarichi inquinanti (T.A.R. Calabria, sez. II, 1° dicembre 2010, n. 2831; T.A.R. Lombardia, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379; T.A.R. Abruzzo- Pescara, 22 aprile 2011, n. 264).

sovente, le norme siano richiamate nel corpo dell'ordinanza in modo intercambiabile, con le relative implicazioni giuridiche in merito al diverso status attribuito al Sindaco.

Le ordinanze in esame, è opportuno precisarlo, non rientrano tuttavia nel *genus* delle ordinanze ordinarie, disciplinate dall'art. 244 del d.lgs. n. 152 del 2006, come inequivocabilmente chiarito dalla giurisprudenza, che, oltretutto, in ragione della molteplicità di interessi pubblici coinvolti, è emanata dalla Provincia. Alla luce di ciò, «*lo strumento dell'ordinanza contingibile ed urgente non appare, quindi, legittimamente utilizzabile [...] per disporre in ordine alla bonifica di un sito inquinato*», che grava, coerentemente con il principio «*chi inquina paga*», sull'effettivo responsabile dell'inquinamento, che le amministrazioni hanno l'onere di ricercare ed individuare, ai sensi degli art. 242 e 244 del codice dell'ambiente³⁶.

Siffatta normativa, come chiarito dalla giurisprudenza, non impedisce tuttavia al Sindaco, qualora ricorrano i relativi presupposti, di ricorrere al potere di ordinanza *extra ordinem*, in virtù della sopracitata norma di attribuzione, per disporre l'adozione di misure di sicurezza, identificabili, ad esempio nella rimozione di un materiale fonte di pericolo e di rischio per l'ambiente e per la salute pubblica, nei confronti di chiunque abbia disponibilità del bene, dunque anche del proprietario non responsabile. Difatti, siffatte operazioni, ovvero la messa in sicurezza di un bene, non rappresenterebbero una forma di attività di recupero e di risanamento, i cui costi non possono che gravare sul produttore del rischio e dell'inquinamento, bensì costituirebbero quelle misure di correzione dei danni alla fonte che rientrano nel *genus* delle precauzioni, coerentemente con il medesimo principio di precauzione e dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario detentore del sito da cui possono scaturire i danni all'ambiente. E pertanto, non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppongono un'antecedente individuazione dell'eventuale responsabile³⁷.

4.2. *Le ordinanze Plastic-Free: una mobilitazione diffusa degli enti locali*

La presenza in alcune Regioni di un'autonoma legislazione relativa all'utilizzo di manufatti in plastica monouso, nella temporanea assenza di

³⁶ Così TAR, Calabria, sez. I, sentenza 31 maggio 2010, n. 959.

³⁷ Così Tar Piemonte, sez. I, 9 maggio 2018, n. 562; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8912; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2015, n. 3544, Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; Tar Piemonte, sez. I, 9 maggio 2018 n. 562.

un atto di trasposizione della Direttiva (UE) 2019/904, impone ragionevolmente di indirizzare *in primis* la lente di analisi verso i provvedimenti *extra ordinem* dei Comuni appartenenti a queste realtà territoriali, anche al fine di comprendere se e come le disposizioni regionali e quelle di tali enti locali siano coordinate.

Come già esplicitato, la prima Regione ad aver costruito un quadro di regolamentazione sul proprio territorio è stata la Toscana. Ma in quest'area territoriale alcuni Comuni di dimensioni modeste non solo hanno anticipato la normativa regionale, ma hanno altresì emanato le ordinanze antecedentemente all'approvazione della Direttiva comunitaria stessa. Tra di essi si ricordano i Comuni di Marciana Marina con l'ordinanza sindacale del 2 dicembre 2018, n. 29, Campo nell'Elba con l'ordinanza del 21 gennaio 2019, n. 2 e il Comune di Castiglione della Pescaia con l'ordinanza del 4 gennaio 2019, n. 4. Uno sguardo incrociato agli atti, che presentano un contenuto pressoché omogeneo, consente di segnalare che le disposizioni in essi contenute richiamano espressamente le norme disposte dall'art. 9 bis, comma 1, lett. g), D.L. 20 giugno 2017, n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2017, n. 123, in attuazione degli obblighi contenuti nella direttiva (UE) 2015/720, e gli obiettivi di riduzione individuati dalla *Strategia europea della plastica*. Un particolare che svela nuovamente la sensibilità degli enti locali, anche dalle ridotte dimensioni, alle questioni di interesse comune sollevate in ambito sovranazionale.

Relativamente al contenuto, le ordinanze dispongono delle restrizioni limitando la possibilità per gli esercenti presenti sul territorio comunale (le attività commerciali, artigianali, e di somministrazione di alimenti e bevande) di distribuire prodotti, dalle posate ai prodotti per l'igiene, esclusivamente in materiale biodegradabile e compostabile. Una limitazione estesa altresì ai commercianti, associazioni ed enti in occasione di feste pubbliche e sagre. Dunque, una misura che anticipa parzialmente le restrizioni all'immissione sul mercato definite dall'art. 5 della direttiva, ma solo con riferimento ad alcuni dei prodotti, peraltro applicandosi, diversamente dalla direttiva, in via esclusiva ai prodotti in materiale non biodegradabile.

Un altro caso su cui appare opportuno rivolgere la lente di analisi è quello del Comune di Livorno. Il sindaco, con ordinanza del 26 luglio del 2019, n. 256, ha disposto delle limitazioni che ricalcano le disposizioni *ex art.* 1 della legge regionale 28 giugno 2019, n. 37, integrate purtroppo dalle ulteriori ordinanze del 30 luglio 2019, n. 260 e del 14 gennaio

2020, n. 7, che hanno rispettivamente generalizzato il divieto di utilizzo dei prodotti nei parchi, indipendentemente dalla funzionalizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande, ed esteso i divieti alle iniziative e manifestazioni sportive patrocinate anche in parte dal Comune. Si tratta pertanto di un'applicazione alle norme definite in sede legislativa regionale, con tenui integrazioni restrittive, che ha preso forma a partire dalle disposizioni dell'art. 1, co. 4. legge regionale 28 giugno 2019, n. 37, che aveva disposto l'obbligo per i Comuni della Regione di adottare, entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli atti di competenza per garantire l'operatività del divieto e l'applicazione delle relative sanzioni.

Chiarito ciò, è tuttavia doveroso riportare delle osservazioni critiche. La scelta di dare applicazione ad una normativa regionale attraverso un'ordinanza *extra ordinem* non può difatti che sollevare delle perplessità, trattandosi di uno strumento attivabile in presenza di una contingibile e urgente necessità in assenza di strumenti giuridici ordinari che consentano di conseguire il medesimo risultato. Difficilmente verosimile può dunque risultare che l'ordinanza in questione si sia presentata residualmente come il singolo strumento a disposizione dell'amministrazione comunale labronica per dare piena attuazione alle norme regionali.

Nella Regione Marche, quale ulteriore ente territoriale che su ciò ha legiferato, i Comuni hanno analogamente disposto delle restrizioni attraverso l'emanazione di ordinanze contingibili e urgenti sia prima che dopo l'entrata in vigore della legge regionale. A titolo esemplificativo, si ricorda nel primo caso l'ordinanza del 24 aprile 2019, n. 31 del Comune di Ancona, che ha disposto divieti analoghi a quelli contenuti nelle sopracitate ordinanze, parte dei quali limitati alle spiagge e litorali del territorio comunale. Nel secondo caso invece si ricorda l'ordinanza della città di Porto Recanati del 22 Novembre 2019, n. 227, con la quale, nonostante si faccia un espresso richiamo alla legge regionale 1 agosto 2019, n. 27, sembra siano stati disposti divieti limitatamente ai soli prodotti non biodegradabili e non compostabili, diversamente dalle misure individuate dalla legge regionale, che ricalcano più fedelmente quelle disposte dalla direttiva (UE) 2019/904. In tal caso pertanto l'ordinanza, non senza sorpresa, è risultata meno restrittiva rispetto ai divieti introdotti dalla legge regionale, pur nel comune perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale attraverso la riduzione della produzione di tali rifiuti.

L'altra Regione che ha costruito un testo legislativo in tale ambito è stata la Campania, differendo tuttavia l'entrata in vigore delle restrizioni

al 3 luglio 2021. Gran parte dei Comuni del territorio hanno tuttavia anticipato l'intervento regionale, prendendo parte al processo di proliferazione di ordinanze contingibili e urgenti, imponendo alla comunità locale l'utilizzo di manufatti in plastica monouso esclusivamente in materiale biodegradabile e compostabile. Così, a titolo esemplificativo, con obblighi estesi sull'intero territorio comunale: la città di Capri con l'ordinanza del 28 marzo 2019, n. 93, la città di Somma Vesuviana con ordinanza 3 aprile 2019, n. 44, il comune di Sorrento con ordinanza del 16 aprile 2019, n. 93, il comune di Pozzuoli con ordinanza del 2 luglio 2019, n. 78. Sempre nel dichiarato scopo di prevenire l'aumento del quantitativo di rifiuti plastici abbandonati in mare con grave danno all'ambiente e inesorabile pericolo per la salute umana, il Comune di Napoli ha disposto misure analoghe, inizialmente con l'ordinanza sindacale 27 marzo 2019, n. 371 e successivamente, dopo l'esaurimento della sua efficacia, con l'ordinanza del 30 settembre 2019, n. 1, con una durata che è stata intervallata tra il 1° ottobre 2019 e il 31 marzo 2020. Trattasi di ordinanze che, in entrambi i casi, hanno trovato un'applicazione limitatamente alla fascia territoriale del *lungomare della Città di Napoli*, e con un contenuto consistente nel divieto di utilizzo, fornitura e commercio di dotazioni monouso per il consumo alimentare che non fosse in plastica biodegradabile e compostabile.

Al di fuori di tali esperienze, lunga è la lista di enti locali³⁸ che hanno

³⁸ Tra di essi si ricordano nella Regione Abruzzo l'ordinanza del sindaco di Teramo del 9 aprile 2019, n. 63 e l'ordinanza del sindaco di San Vito chietino del 23 agosto 2019, n. 39. Tra gli enti locali della Regione Basilicata si ricordano le ordinanze del Sindaco del Comune di Latronico del 7 maggio 2019, n. 28, di Pisticci del 28 maggio 2019, n. 76 e di Matera del 21 giugno 2019, n. 209. Nella Regione dell'Emilia-Romagna si ricordano invece le ordinanze del Comune di Calderara di Reno del 23 luglio 2019, n. 19 e di Grizzana Morandi del 5 settembre 2019, n. 7. Tra i provvedimenti dei Comuni della Regione Lazio si citano: l'ordinanza del 7 marzo 2019, n. 18 di Sperlonga, l'ordinanza 9 maggio 2019, n. 9 di Fondi, l'ordinanza 2 agosto 2019, n.12 di Montalto di Castro, l'ordinanza 9 agosto 2019, n. 368 di Gaeta, l'ordinanza 15 gennaio 2020, n. 38 di Terracina. Tra i comuni della Regione Liguria si ricordano invece le ordinanze del 11 giugno del 2019, n. 117, del comune di Imperia e l'ordinanza del 26 novembre 2018, n. 49 del comune di Bordighera. Tra gli enti locali della Regione Puglia che hanno emanato tali provvedimenti si citano i Comuni di Andria e di Ostuni, rispettivamente con le ordinanze del 12 aprile 2019, n. 185 e del 18 luglio 2019, n. 221. Nell'area territoriale della Regione Sardegna si ricorda invece l'ordinanza sindacale di Carloforte del 15 marzo 2019, n. 11, di Arachena del 5 aprile 2019, n. 21, di San Teodoro del 2 aprile 2019, n. 9.

La Regione che ha presentato il quantitativo maggiormente significativo di enti locali che in tal senso si sono mobilitati è la Sicilia. Tra i Comuni coinvolti si ricorda: il comune di Noto, con ordinanza del 23 luglio 2018, n. 236, il comune di Pachino, con ordinanza

similmente adottato, in virtù di un analogo interesse e sensibilità, provvedimenti contingibili e urgenti per intervenire, coerentemente con la gerarchia della gestione dei rifiuti, sulla produzione degli stessi, prevenendo così la possibilità di una contaminante dispersione degli stessi nelle acque. Come anche intuibile dalla parziale trascrizione del contenuto delle sopracitate ordinanze, tali provvedimenti, al netto di differenziazioni in elementi di dettaglio non significativi, sono risultati nelle disposizioni sostanzialmente identici.

All'interno di tale modello condiviso, viene dunque prescritto agli esercenti dei territori comunali, quali le attività commerciali, artigianali, e di somministrazione alimenti e bevande, di distribuire agli acquirenti manufatti per la somministrazione di alimenti e bevande in materiale biodegradabile e compostabile³⁹. Un obbligo che, in specifiche occasioni, quali manifestazioni pubbliche e sagre, si estende anche a privati, associazioni ed enti. Inoltre, in un numero considerevole di atti si ravvisa altresì un divieto per gli esercenti del territorio comunale di distribuzione di borse per la spesa in materiale non biodegradabile e compostabile, in continuità con gli obiettivi definiti dalla direttiva (UE) 2015/720 e con il relativo recepimento interno avvenuto attraverso l'inserimento degli art. 226 *bis* e 226 *ter* nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Un'identificazione delle ordinanze in esame quale forma, anche parziale, di recepimento anticipato della normativa europea impone chiaramente un analitico confronto incrociato tra tali restrizioni e quelle disposte dalla direttiva. Come già esaminato, la direttiva comunitaria definisce obblighi in capo agli Stati membri che solo in parte si traducono in restrizioni all'immissione sul mercato, investendo altresì l'ambito della responsabilità estesa al produttore, i requisiti di marcatura, la progettazione dei

del 2 ottobre 2018, n. 61, il comune di Capaci con ordinanza del 4 dicembre 2018, n. 78, il comune di Sciacca con ordinanza del 4 febbraio 2019, n. 9, il comune di Santa Flavia con ordinanza del 5 febbraio 2019, n. 5, il comune di Taormina con ordinanza del 27 febbraio 2019, n. 12, il comune di San Cataldo con ordinanza del 18 marzo 2019, n. 21, il comune di Trapani con ordinanza del 29 marzo 2019, n. 32, il comune di Ragusa del 24 maggio 2019, n. 460, il comune di Campobello di Mazara con ordinanza del 27 maggio 2019, n. 207 e il comune di Avola con ordinanza del 21 luglio 2019, n. 21. Tra le ordinanze emanate dai Sindaci dei Comuni della Regione Veneto si ricorda l'ordinanza del 28 febbraio 2019, n. 10, del Comune di Chioggia e l'ordinanza del 27 settembre 2019, n. 69 della città di Verona.

³⁹ Tra i manufatti sottoposti a tali restrizioni più frequentemente riportati nelle ordinanze si ravvisano: posate, piatti, bicchieri, vassoi, mescolatori, cannuce, contenitori per l'asporto di cibi, bicchieri e tazze per bevande.

prodotti, *etc.* Pertanto, le presenti ordinanze sindacali ricalcherebbero solo una delle plurime prescrizioni disposte dalla norma europea.

L'aspetto che appare maggiormente meritevole di attenzione attiene ai materiali componenti i manufatti indicati che, secondo le norme, potrebbero risultare inclusi, ovvero esenti, dall'applicazione di tali restrizioni. A tal fine appaiono fondamentali le indicazioni tecniche riportate nell'11° considerando della direttiva (UE) 2019/904, secondo le quali la plastica fabbricata con polimeri naturali modificati o con sostanze di partenza a base organica, fossili o sintetiche non è presente in natura e dovrebbe di conseguenza rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Pertanto, la definizione di polimero di cui all'articolo 3, punto 5, del regolamento (CE) n. 1907/2006 dovrebbe essere adattata ed includere gli articoli in gomma a base polimerica e la plastica a base organica e biodegradabile, a prescindere dal fatto che siano derivati da biomassa o destinati a biodegradarsi nel tempo. A rigor di logica pertanto, le restrizioni *ex art.* 5 troverebbero applicazione nei confronti di prodotti di plastica oxo-degradabile e dei prodotti di plastica monouso indicati nella parte B dell'allegato, tra i quali rientrerebbero dunque quelli composti in plastica biodegradabile. Su tal fronte emergerebbe dunque un elemento di differenziazione tra la direttiva e le ordinanze di non sottile spessore. Difatti, come risulta dal contenuto delle citate ordinanze sindacali, ai soggetti richiamati viene disposto il divieto di utilizzare specifici prodotti in plastica monouso non biodegradabile e non compostabile, e viene invece consentito il solo utilizzo di materiali biodegradabili e compostabili. Da tali previsioni, diversamente dalla direttiva, l'impiego di manufatti realizzati in plastica monouso biodegradabile risulterebbe pertanto lecito.

Alla luce di tali considerazioni che attengono ad un piano più strettamente contenutistico dei provvedimenti, probabilmente parrebbe più opportuno identificare tali esperienze locali non come un'anticipazione dell'atto di trasposizione e dunque dell'operatività delle disposizioni europee, bensì come una sperimentazione a livello locale di politiche di riduzione dell'incidenza di determinati prodotti sull'ambiente, preparando la comunità locale a restrizioni più stringenti che interesseranno ben presto l'intera penisola.

La norma che è stata richiamata e riconosciuta come fondamento giuridico dell'esercizio del potere di ordinanza da parte dell'autorità sindacale per l'emanazione di tali provvedimenti, espressamente richiamata dagli stessi, è l'art. 50, co. 5, d. lgs. n° 267/2000, così come modificato dall'art. 8, co. 1, lett. b), punto 1) del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 convertito con

modificazioni dalla legge 18 aprile 2017, n. 48. Tra i presupposti fattuali che legittimano l'esercizio di tale potere rientrano tradizionalmente le emergenze sanitarie e di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale. Ma siffatto potere è altresì riconosciuto dalla norma al fine di superare situazioni di grave incuria e degrado dell'ambiente, che, si presume, abbia anch'esso carattere esclusivamente locale, visto il mantenimento dello status del Sindaco, in questo caso, di capo dell'amministrazione locale. Trattandosi di una condizione, quella del corrente stato di inquinamento delle acque, che drammaticamente colpisce le acque dell'intero pianeta, difficilmente si potrebbe qualificare come '*esclusivamente locale*' un simile stato di necessità.

Tuttavia, tali ordinanze potrebbero comunque trovare in tale norma il proprio fondamento giuridico seguendo due possibili letture interpretative. Il Sindaco potrebbe qualificare la propria condizione come speciale rispetto allo stato di necessità emergenziale comune, in ragione, ad esempio, del carattere costiero dell'ente locale, che chiaramente rende più probabile la dispersione nelle acque di tali detriti. Oppure, l'ordinanza potrebbe diversamente trovare legittimazione dalle disposizioni del co. 6 dell'art. 50, in virtù del quale, qualora l'emergenza interessi il territorio di più comuni, il sindaco adotta le misure necessarie fino all'intervento dei soggetti competenti. E dunque, seguendo tale lettura, tali misure rappresenterebbero l'intervento di risposta all'emergenziale inquinamento delle acque, nell'attesa di un atto di trasposizione della direttiva europea. Ma tale interpretazione non può che risultare giuridicamente poco sostenibile.

Di certo, in ragione dei presupposti fattuali legittimanti, ovvero delle finalità cui sono predisposte, le ordinanze in esame non trovano la propria fonte di legittimazione nell'art. 54, co. 4, del T.U.E.L., che riconosce al Sindaco la titolarità di un potere di ordinanza al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, quali dimensioni che, intese ai sensi del co. 4 *bis*, ben poco sembrano concernere le finalità delle ordinanze ivi richiamate. Pertanto, non poche perplessità suscita il rinvenimento in alcune di tali ordinanze di un congiunto richiamo normativo all'art. 50, co. 5, e all'art. 54, co. 4, del T.U.E.L.⁴⁰. E per quanto possa apparire un dettaglio di ordine forma-

⁴⁰ Così, a titolo esemplificativo: l'ordinanza del 4 gennaio 2019, n. 4, di Castiglione della Pescaia; l'ordinanza del 21 gennaio 2019, n. 2, di Campo nell'Elba; l'ordinanza del 28 febbraio 2019, n. 10, di Chioggia; l'ordinanza del 7 maggio 2019, n. 28, di Latronico; l'ordinanza del 18 marzo 2019, n. 21, di San Cataldo; l'ordinanza del 5 febbraio 2019, n.

le, trattasi invece di un aspetto che implica ricadute di ordine giuridico, con riferimento al differente status associato all'autorità sindacale riconosciuto dalle due norme.

Prima di esaminare se e in quali termini i provvedimenti in esame soddisfino i presupposti congeniali alle ordinanze contingibili e urgenti, appare un passaggio necessario riportare brevemente quanto emerge all'interno delle premesse e delle considerazioni costituenti la motivazione degli atti, quale elemento che costituisce l'espressione dell'insieme di risultanze di un'istruttoria che abbia fatto constatare la necessità di un simile intervento, ma anche il procedimento logico seguito dall'amministrazione nel bilanciamento tra interessi contrapposti.

Così come risulta pressoché omogeneo il contenuto delle limitazioni delle ordinanze, anche le premesse e le considerazioni che emergono dagli atti in esame, a seguito di un'indagine incrociata degli stessi, non sembrano presentare significative differenze. Una delle argomentazioni più frequentemente rinvenuta è la constatazione che le Pubbliche Amministrazioni abbiano l'obbligo generale di porre in essere ogni azione idonea a prevenire e ridurre la quantità di rifiuti valorizzando lo studio e le buone pratiche per favorire il massimo recupero di risorse e la non dispersione delle stesse nell'ambiente. Nello specifico, viene argomentato che tra i più rilevanti oneri del Comune rientri l'impegno a raggiungere gli obiettivi di raccolta differenziata finalizzata al riutilizzo, riciclaggio e recupero dei materiali, riducendo sensibilmente la quantità di rifiuti secchi indifferenziati da conferire in discarica o destinati ad inquinare l'ambiente, anche alla luce del fatto che i costi di conferimento in discarica ricadono sul bilancio comunale. Oltretutto, sempre nell'ambito delle premesse che motivano l'intervento del Sindaco, viene altresì specificato, in un numero considerevole di ordinanze, che tra le finalità in capo all'amministrazione comunale rientrano: la riduzione della produzione di rifiuti durante la stagione estiva; l'incremento e la valorizzazione della raccolta differenziata, diminuendo così la percentuale di rifiuto secco residuale a favore della quota destinata al compostaggio; la diminuzione del ricorso a materie prime non rinnovabili, favorendo invece l'impiego di materie prime rinnovabili quali le bioplastiche; l'utilizzo di feste, sagre e manifestazioni in genere come veicolo di promozione della cultura ambientale dei partecipanti; la salvaguar-

dia dell'ecosistema quale fonte di inestimabile ricchezza; l'orientamento e la sensibilizzazione della comunità verso scelte e comportamenti consapevoli e virtuosi in campo ambientale.

Queste risulterebbero pertanto le argomentazioni che motivano l'intervento amministrativo del Sindaco in tale ambito, ma parrebbero piuttosto i richiami ai dati quantitativi rappresentanti la gravità della condizione corrente circa l'incidenza sull'ambiente dei rifiuti di plastica a porsi come base motivazionale del ricorso al potere straordinario. Nello specifico, a rappresentare il presupposto della necessità, quale situazione di fatto consistente in un pericolo per l'incolumità dei beni pubblici, sarebbe dunque la sopracitata dispersione e accumulazione dei rifiuti di plastica nelle acque, che annualmente produce i sopramenzionati danni all'ambiente e che, secondo le previsioni correnti, è destinata ad aumentare in un modo drammaticamente significativo. Le autorità sindacali, imponendo delle restrizioni che limitano la somministrazione e il consumo di determinati prodotti, e dunque la possibile dispersione postuma, hanno dunque posto in essere un'azione preventiva di tutela dell'ambiente, coerentemente con i principi riportati nella prima parte del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e con la gerarchia di gestione dei rifiuti, ma attraverso l'esercizio di un potere straordinario. Tuttavia, i presupposti fattuali di necessità, contingibilità e urgenza del potere di ordinanza non precludono in assoluto all'autorità amministrativa di costruire, tramite tale atto, una regolamentazione preventiva. In tal senso la giurisprudenza amministrativa⁴¹ ha difatti ripetutamente chiarito che il sindaco possa emanare ordinanze contingibili e urgenti non solo per rimediare a danni già verificatesi, ma anche per prevenire e dunque evitare che tali danni si verificchino. Così, in questo caso, il provvedimento straordinario dell'amministrazione sarebbe stato emanato a partire dalla necessità di prevenire che l'ambiente marino delle acque potesse essere ulteriormente contaminato, producendo un danno addizionale cui dover rimediare *ex post*.

Lo stato di necessità che ha attivato la possibilità per l'autorità sindacale di emanare un simile provvedimento è tuttavia subordinato necessariamente alla condizione che la circostanza di fatto non sia fronteggiabile con gli strumenti ordinari. La linea interpretativa che potrebbe essere seguita condurrebbe alla constatazione che il requisito della residualità

⁴¹ Su ciò si confronti *ex multis*: T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 2 marzo 2013, n. 575; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 aprile 2003, n. 16782; Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Consiglio di Stato, Sez V, 19 febbraio 1996, n. 220; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 novembre 1994, n. 926 .

venisse soddisfatto nella misura in cui, in assenza di una disciplina nazionale di trasposizione della direttiva comunitaria, l'ordinanza avrebbe rappresentato l'unico strumento giuridico in grado di imporre simili limitazioni, derogando alla libera commercializzazione disposta dalla normativa nazionale.

Un altro presupposto indefettibile di tali ordinanze sindacali è il carattere di urgenza dello stato di necessità, e quindi la sussistenza di un pericolo da fronteggiare nell'immediatezza. Su ciò, la rappresentazione della condizione globale circa l'inquinamento delle acque, che il contributo di altre discipline mette a disposizione della comunità scientifica, difficilmente non condurrebbe a qualificare come urgente tale stato di necessità. Pertanto, il carattere di urgenza della condizione medesima sarebbe tale, secondo la presente possibile ricostruzione, da non aver consentito al Sindaco, nell'azione di tutela dell'ambiente nell'interesse della comunità locale ed extra locale, di attendere l'intervento legislativo di trasposizione.

L'altro presupposto indefettibile delle ordinanze *extra ordinem* è la contingibilità, ovvero quell'insieme di elementi che identificherebbe tale stato di necessità come eccezionale e straordinario. Nella misura in cui lo stato di necessità è stato individuato nel deterioramento delle risorse ambientali, specialmente marine, causato dai rifiuti di plastica, ben si dovrebbe constatare che lo stesso sia esito di un processo maturato e alimentatosi lentamente negli anni, quale effetto di negligenze nella gestione dei rifiuti e di scarsa sensibilità ambientale. Dunque, una condizione tutt'altro che eccezionale e straordinaria, che, diversamente da altre emergenze, non irrompe improvvisamente ed imprevedibilmente nell'ambiente, imponendosi subitaneamente nell'agenda pubblica. Nel tentativo di ricostruire i possibili profili di legittimità di tali ordinanze, pertanto, con riferimento a tale presupposto, non si può che abbracciare quella lettura interpretativa della contingibilità sviluppata da quegli indirizzi giurisprudenziali⁴² che reputano irrilevante che la situazione di ne-

⁴² Su ciò Consiglio di Stato, sez. V, del 3 giugno 2013, n. 3024; Cons. di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904; Cons. di Stato, 25 settembre 2006, n. 5639. Relativamente alla prevedibilità circa la situazione di necessità, si confronti *ex multis*: T.A.R. Lazio, sez. II, 4 dicembre 2019, n. 13898; Consiglio di Stato, sez. II, 22 luglio 2019, n. 5150; T.A.R. Campania, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 678; T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 aprile 2014, n. 657. Circa gli indirizzi giurisprudenziali formatisi in merito a ciò si veda la ricostruzione sviluppata da S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, in *Amministrare*, 2014, 3, 412 ss.

cessità sia sorta in un istante temporale passato e comunque ininfluenza il fatto che la stessa fosse per l'autorità pubblica prevedibile da tempo.

Infine, un altro presupposto-limite congeniale alle ordinanze sindacali è la temporaneità dell'efficacia dell'atto, che impone che, coerentemente con il carattere temporaneo ed eccezionale dell'emergenza, l'atto abbia efficacia sino al perdurare della necessità. In tal senso dunque, considerato che i provvedimenti sono stati emanati al fine di fronteggiare una condizione di deterioramento ambientale in assenza dell'opportuna disciplina legislativa, apparirebbe logico riconoscere il limite temporale di efficacia del provvedimento nell'istante di entrata in vigore dell'atto di trasposizione della direttiva, che colmerebbe il vuoto legislativo in tal settore. Ciò che va tuttavia osservato criticamente è che, salvo esigue eccezioni⁴³, all'interno dei provvedimenti non si ravvisa alcun riferimento che abbia disposto un limite temporale, rimanendo così indefinito il termine finale di efficacia degli effetti dell'ordinanza.

Le ordinanze contingibili e urgenti, pur nella possibilità di derogare alla normativa vigente, risultano limitate dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento, tra i quali figura, pur nella difficoltà di individuazione degli stessi⁴⁴, il principio di proporzionalità. Comprendere se le ordinanze in esame, in considerazione dell'analisi dei presupposti, rispettino tale principio, è un'operazione complessa, non a caso il contenuto delle pronunce in sede giurisdizionali non è stato univoco (*infra* par. 4.3). Ciò che tuttavia si potrebbe osservare è che il difetto degli elementi di eccezionalità e straordinarietà che compongono il presupposto della contingibilità, tenuto conto della peculiarità del fenomeno in questione, ovvero la mancata individuazione di un temporaneo limite di efficacia negli atti, rappresentano innegabilmente degli aspetti critici difficilmente conciliabili con i requisiti di idoneità, adeguatezza e necessità dei mezzi rispetto ai fini, propri del principio di proporzionalità.

La valutazione circa l'effettiva sussistenza degli indefettibili presupposti e circa il rispetto del principio di proporzionalità sarebbe stata presumibilmente meno controversa se tali ordinanze avessero avuto un'efficacia limitata alla stagione estiva, quale arco temporale nel quale, in alcune aree turistiche, viene generato circa il 75 % dei rifiuti annuali⁴⁵.

⁴³ Tra di esse figura il caso delle ordinanze del Comune di Napoli del 27 marzo 2019, n. 371 e 30 settembre 2019, n. 1.

⁴⁴ Così M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli 2011, 741 e V. CERULLI IRELLI, *Ibidem*, 360.

⁴⁵ F. GALGANI *et al*, *Global Distribution, Composition and Abundance of Marine Lit-*

In tal modo dunque l'ordinanza del Sindaco si sarebbe posta presumibilmente come lo strumento giuridico che, coerentemente con i presupposti e i limiti sopramenzionati, avrebbe limitato in via d'urgenza, in assenza di una disciplina nazionale in merito, l'incremento eccezionale di rifiuti di plastica, mantenendo tuttavia provvisoria l'efficacia delle proprie disposizioni.

4.3. *Le divergenti posizioni della giurisprudenza.*

Le forti difficoltà interpretative sin qui emerse riflettono l'ampia complessità che contraddistingue l'intera vicenda, sia con riferimento alla coesistenza di interessi contrapposti coinvolti nella stessa sia in merito alle problematiche insite all'utilizzo di un potere straordinario. Non sorprende pertanto che numerosi siano stati i ricorsi contro gli enti locali per l'annullamento delle ordinanze in esame, e che, alla luce di tale complessità, le posizioni assunte dal giudice amministrativo non siano state univoche.

Uno dei casi in cui è mancata tale univocità è stato il ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'ordinanza del 9 aprile 2019, n. 63 del Sindaco di Teramo, proposto dalla Federazione Gomma Plastica e dalla società *Isap Packaging S.p.A.* Con ordinanza dell'11 luglio 2019, n. 123, il T.A.R. Abruzzo, sez. I, aveva respinto la domanda di sospensione dell'efficacia dell'atto in assenza del pericolo di un danno grave e irreparabile alla sfera soggettiva delle ricorrenti, dal momento che, come riportato nell'ordinanza del giudice, la società ricorrente e le altre imprese associate nella Federazione Gomma Plastica sono risultate esse stesse produttrici anche di bioplastica compostabile o biodegradabile. Inoltre, come argomentato, ha contribuito ad indurre alla medesima conclusione la circostanza che il divieto disposto dall'ordinanza sindacale di utilizzo e distribuzione di materiale monouso in plastica non biodegradabile e non compostabile avesse efficacia limitata solo al territorio di una piccola città, dove peraltro le ricorrenti avrebbero potuto indirizzare la distribuzione di manufatti biodegradabili e compostabili senza perdere le quote di mercato finora occupate attraverso la distribuzione di plastiche tradizionali.

Non alla medesima conclusione era giunto tuttavia il Consiglio di

Stato, che, con l'ordinanza del 30 agosto 2019, n. 4273, aveva invece accolto l'appello per la riforma della succitata ordinanza del T.A.R. Abruzzo, sez. I, e conseguentemente l'istanza cautelare in primo grado. Secondo i giudici di Palazzo Spada, pur negli espressi limiti della cognizione del giudizio cautelare, l'ordinanza sindacale non risultava essere stata adottata in conformità alla legge. Nello specifico avrebbe difettato delle necessarie istruttorie e della motivazione circa la situazione di emergenza o di grave pericolo, consistenti nei presupposti necessari per l'emanazione di provvedimenti *extra ordinem* in deroga al principio di tipicità degli atti amministrativi e alla disciplina vigente, oltre all'assenza di un'indicazione di un limite temporale di efficacia, connotato al carattere straordinario dell'atto, come criticamente osservato nel precedente paragrafo. Da tali elementi, anche considerando il carattere generale e onnicomprensivo del provvedimento che ha implicato un'incidenza sulle scelte imprenditoriali della singola società così come dell'intera filiera produttiva, era stata dunque dedotta dai giudici la sussistenza del pericolo di danno.

Al di fuori delle decisioni in sede cautelare, il T.A.R. Abruzzo, sez. I, con la sentenza del 12 marzo 2020, n. 109, si è pronunciata definitivamente sul ricorso, dichiarandolo inammissibile. Prima di analizzare i motivi che hanno condotto il giudice amministrativo a tale decisione, appare opportuno riportare quanto contestato dalle ricorrenti. Con un unico articolato motivo, le stesse hanno lamentato il difetto di motivazione e di istruttoria e sviamento di potere, alla luce del contrasto dell'ordinanza con alcuni elementi della normativa nazionale e comunitaria. Nello specifico, secondo le parti ricorrenti, l'atto sarebbe stato in contrasto con l'art. 226 *quater* nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, introdotto dall'art.1, comma 802, della l. 30 dicembre 2018, n. 145, che prevede il passaggio dalla produzione di plastica tradizionale al crescente riciclo di stoviglie di plastica da fonte fossile alla produzione di bioplastica, solo in formula graduale e su base volontaria dal 1° gennaio 2019 al 31 dicembre 2023. L'atto sarebbe stato altresì in contrasto con la direttiva (UE) 2019/904, dal momento che differisce l'entrata in vigore delle restrizioni al 2021, e con le deliberazioni della Giunta della Regione Abruzzo del 22 gennaio 2018, n. 886, e del 25 gennaio 2019, n. 50, che si sarebbero limitate a prevedere interventi di informazione e formazione, di sensibilizzazione sul tema della sostenibilità ambientale nonché di diffusione di buone pratiche ambientali orientate alla riduzione degli imballaggi di plastica e valorizzazione di nuovi modelli sostenibili di produzione e consumo, e non a suggerire il ricorso a poteri *extra ordinem*.

Inoltre, sempre secondo le ricorrenti, l'ordinanza in esame sarebbe risultata in contrasto con i principi regolatori della medesima, dal momento che la necessità di ridurre l'impatto che la plastica monouso ha sulla gestione dei rifiuti, e le finalità da essa derivanti, non avrebbero giustificato il divieto *sine die* imposto dal provvedimento.

Il Comune di Teramo, in qualità di parte resistente, ha invece eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire di entrambi i soggetti ricorrenti, nonché la carenza di un interesse attuale e concreto in capo alle medesime.

Il giudice, ripercorrendo la giurisprudenza costituitasi in merito a ciò, ha ricordato che la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettive presuppone che la questione rientri tra le finalità dell'associazione e che tale interesse sia comune a tutti gli associati⁴⁶, e che pertanto l'associazione medesima debba ritenersi priva di tale legittimazione se l'oggetto della controversia consista in una questione capace di dividere la categoria in posizioni contrastanti o se l'interesse riguardi solo una parte degli associati o iscritti⁴⁷. Tenuto conto di ciò, il giudice ha dunque ritenuto, sulla base dello statuto della Federazione Gomma Plastica, «che l'interesse sostanziale dedotto in giudizio, avente ad oggetto la salvaguardia della produzione di materie plastiche tradizionali monouso nel settore alimentare, non è comune a tutte le imprese ad essa associate con la conseguenza che la ricorrente avrebbe potuto farlo valere in giudizio, secondo le regole generali, solo previo espresso mandato (in specie mancante), in deroga allo statuto che ne affida invece la tutela all'associazione di settore».

Nondimeno, il giudice ha altresì ritenuto fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della ricorrente *Isap Packaging S.p.a.*, in ragione del fatto che l'ordinanza non abbia fra i suoi destinatari i produttori di plastica tradizionale, ma i distributori e i fruitori. Così, prosegue il giudice, «pur se il collegamento funzionale fra le attività di produzione, commercio e consumo, depone per la sussistenza di un'astratta legittimazione della ricorrente, [...] è necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, che sussista anche (almeno il pericolo di) una lesione attuale e concreta [omissis]». Secondo il giudice, dunque deve «essere provato, anche solo per presunzioni, che il divieto possa determinare una per-

⁴⁶ Su ciò si riportano di seguito i riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati: Consiglio di Stato, sez. III, 7 agosto 2019, n. 5605; Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 288.

⁴⁷ Su ciò si riporta il riferimento giurisprudenziale ivi richiamato: Consiglio di Stato, sez. III, 20 novembre 2018, n. 6557.

dita degli ordini del materiale plastico monouso prodotto dalla ricorrente provenienti dal territorio soggetto al divieto di commercializzazione e uso», che la società ha documentato allegando dei dati, che tuttavia, a seguito della contestazione dalla parte resistente, non sono stati dimostrati con l'allegazione di ulteriori elementi utili⁴⁸.

Rispetto a quest'ultima sentenza, di esito opposto sono state le decisioni del T.A.R. Sicilia, sez. I, in merito all'ordinanza del 5 febbraio 2019, n. 5, del Sindaco di Santa Flavia e all'ordinanza del 29 marzo 2019, n. 32, del Sindaco di Trapani.

Con riferimento al primo caso il giudice, con l'ordinanza del 6 luglio 2019, n. 807, ha confermato l'esito di una predetta ordinanza del 16 maggio 2019, n. 625, sospendendo cautelamente l'efficacia dell'ordinanza sindacale impugnata⁴⁹. Secondo il giudice, il ricorso è dunque risultato assistito da adeguato *fumus boni juris* nella misura in cui le disposizioni dell'ordinanza impugnata sono apparse «*in evidente contrasto con la normativa nazionale vigente (art. 1, comma 802, l. 145/2018 che ha introdotto nel d.lgs. 152/2006 il nuovo art. 226quater, dedicato alle "Plastiche monouso") e con la normativa comunitaria in materia, appunto, di plastiche monouso*». Non solo, sempre secondo la decisione che risulta dall'ordinanza 6 luglio 2019, n. 807, le stesse sono risultate altresì in difetto dei «*presupposti di legge per il ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente, sia sotto il profilo della mancanza del requisito della eccezionalità e imprevedibilità della situazione [...], sia sotto il profilo della mancata previsione di un limite temporale di efficacia*».

⁴⁸ Ad ulteriore motivo della fondatezza del difetto di interesse della società, il collegio ha infine osservato che dalle risultanze degli atti allegati era emerso il fatto che la società producesse anche bioplastica per uso alimentare e che pertanto dall'ordinanza la stessa potesse perfino ricavare anche un vantaggio.

⁴⁹ Per dovere di completezza, si precisa che nell'ordinanza dei giudici del 16 maggio 2019, n. 625, l'esito della decisione è stata una sospensione cautelare dell'ordinanza sindacale, ma anche degli altri atti impugnati, ovvero ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e comunque connesso, ed in specie, in qualità di atti presupposti: la circolare dell'Assessore del Territorio e dell'Ambiente della Regione Siciliana prot. n. 4846/Gab del 6 dicembre 2018, nonché della circolare del 3 luglio 2018, n. 42304 e del D.A. 319/Gab del 5 agosto 2016, entrambi dell'Assessore del Territorio e dell'Ambiente della Regione Siciliana richiamati nella prima circolare.

Con l'ordinanza del 16 maggio 2019, n. 625, il collegio aveva sospeso l'efficacia degli atti richiamati, ma aveva altresì disposto l'acquisizione dall'Assessorato Regionale Territorio e Ambiente di documentati chiarimenti in ordine ai fatti di causa, che, come emerge dalla successiva ordinanza del medesimo collegio, non è stata tuttavia adempiuta dall'Assessorato stesso.

Con un procedimento analogo⁵⁰, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia ha disposto con ordinanza del 5 luglio 2019, n. 798, la sospensione cautelare dell'ordinanza del Sindaco di Trapani del 29 marzo 2019, n. 32. Anche in questo caso dunque il collegio ha rilevato la sussistenza del *fumus boni iuris*, con particolare riferimento alla mancanza dei presupposti per l'esercizio del potere straordinario. Nello specifico i giudici hanno precisato che in merito al divieto di utilizzare specifici prodotti in plastica monouso disposto dalla direttiva (UE) 2019/904, richiamata dalla stessa ordinanza del Sindaco, non erano risultate adottate alcune disposizioni nazionali e regionali in fase discendente rispetto alla medesima disciplina comunitaria. Dunque, secondo il medesimo collegio, un divieto immediato di commercializzazione e distribuzione di prodotti disposto da un'ordinanza, nelle more del periodo antecedente al 2021 e in assenza di una motivata e documentata emergenza, avrebbe indotto ad un danno grave ed irreparabile⁵¹.

Posizione analoga a quest'ultima è stata presa dal T.A.R. Puglia, sez. II, che, con la sentenza del 23 luglio 2019, n. 1063, si è pronunciata definitivamente sul ricorso, annullando l'ordinanza del 12 aprile 2019, n. 185, adottata del Sindaco del Comune di Andria. Secondo i giudici, le censure della parte ricorrente sono state ritenute suscettibili di favorevole apprezzamento dal momento che l'atto è apparso «manifestamente illegittimo per violazione dell'articolo 50 del T.U.E.L. e dei principi generali in materia di adozione delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti». Dalle argomentazioni dei giudici emerge dunque che le finalità dell'ordinanza, quali la diminuzione della percentuale di rifiuti dannosi per l'ambiente, a favore di utensili riutilizzabili, la diminuzione del ricorso a materie prime non rinnovabile e la salvaguardia dell'ecosistema, non avrebbero dimostrato la sussistenza di una situazione di pericolo tale da legittimare il ricorso a siffatto potere. Inoltre, dalle stesse non sarebbe emersa alcuna motivazione circa l'impossibilità del ricorso a strumenti di azione ordinaria per il perseguimento dei medesimi fini,

⁵⁰ Analogamente al precedente caso, il collegio con ordinanza del 20 giugno 2019, n. 744, ha dapprima sospeso in via cautelare, l'ordinanza sindacale e gli atti presupposti, intimando l'Assessorato Regionale Territorio e Ambiente di fornire documentati e motivati chiarimenti in merito ai fatti di causa, in questo caso prodotte e prese in considerazione nell'ordinanza dei giudici successiva.

⁵¹ Con la sentenza n. 1499 del 21 luglio 2020 il T.A.R. Sicilia-Palermo si è pronunciato definitivamente sul ricorso, annullando l'ordinanza sindacale n. 32 del 29 marzo 2019 del Sindaco di Trapani.

disponendo oltretutto un divieto privo di efficacia finale e differito nella sua efficacia iniziale⁵².

Nondimeno è stato altresì osservato che, anche qualora non si fosse considerato alla stregua di ordinanza *extra ordinem*, l'atto sarebbe risultato privo di idonea base normativa. Prendendo in considerazione la direttiva (UE) 2019/904, che dall'ordinanza viene invocata, i giudici hanno difatti puntualizzato che il termine per il recepimento delle stesse è fissato, come ampiamente ripetuto, al 3 luglio 2021, ma soprattutto che la competenza ad adottare le misure di recepimento spetti allo Stato e non al Comune. L'unica normativa vigente al momento dell'adozione dell'atto risultava l'art. 226 *bis* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in merito alla riduzione dell'utilizzo di borse di plastica in materiale leggero, ma, come si evince dalla sentenza, l'assenza dei presupposti legittimanti il potere di ordinanza non avrebbe consentito di ampliare il divieto in deroga alla legislazione vigente. Infine, sempre secondo il collegio, gli articoli 181, 182 e 182 *bis* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, invocati dall'ordinanza, non riguardando la regolamentazione dell'uso di plastica, non avrebbero potuto legittimare il contenuto di tali ordinanze sindacali.

Trattasi di osservazioni, queste ultime, condivise altresì dal T.A.R. Veneto nell'ordinanza del 18 dicembre 2019, n. 563, che ha sospeso in via cautelare l'ordinanza del 27 settembre 2019, n. 69, del Sindaco di Verona, avallando la tesi che il Comune avesse esercitato un potere *«privo di adeguata base normativa, non sussistendo alcuna norma interna di fonte primaria, né alcuna disposizione europea direttamente applicabile, che legittimasse l'imposizione del divieto applicato»*.

Per concludere, ad esito opposto è giunto il T.A.R. Sardegna che, con ordinanza del 30 maggio 2019, n. 121, ha invece respinto la domanda cautelare per insussistenza della lesione, dal momento che i destinatari del divieto sarebbero risultati, secondo la valutazione dei giudici, tenuto conto di quanto espresso dalla difesa del Comune, soltanto coloro che attuano una vendita *'per asporto'* e, non trattandosi di una limitazione

⁵² L'ordinanza del 12 aprile 2019, n. 185, adottata dal Sindaco del Comune di Andria, come numerose altre ordinanze, ha differito l'efficacia di tali divieti ad una data postuma, nel caso di specie al 1° Gennaio 2020, al fine di consentire l'esaurimento delle scorte nei magazzini degli esercenti. Nell'ambito di tale controversia è stato tuttavia messo in luce dalla parte ricorrente che tale differimento temporale avrebbe illogicamente e contraddittoriamente smentito l'esistenza stessa di una situazione di emergenza ambientale, quale circostanza fattuale per l'emanazione dell'atto.

che attiene anche ai ‘*prodotti preconfezionati*’, l’ordinanza non avrebbe trovato applicazione nei confronti delle imprese ricorrenti.

5. *Considerazioni conclusive*

A distanza di circa un anno dall’entrata in vigore della direttiva (UE) 2019/904 e dal termine per il suo recepimento, pur in assenza dell’atto di trasposizione nazionale, all’interno del nostro ordinamento si è assistito ad una considerevole mobilitazione degli enti di governo regionali e locali sul tema.

Sul piano regionale, se alcune Regioni si sono limitate ad approvare piani di azione, strategie e circolari, in ben tre casi il recepimento delle disposizioni contenute nella Direttiva è stato parzialmente anticipato tramite un intervento legislativo. In merito a ciò, la posizione che riconosce la legittimità di siffatte leggi sulla base della possibilità delle Regioni di porre in essere misure di protezione dell’ambiente più elevate rispetto alla disciplina statale può essere condivisa solo parzialmente. Difatti pur ammettendo tale possibilità, coerentemente con la giurisprudenza formatasi, mancherebbe comunque quel punto di equilibrio, da formulare tramite norma dello Stato di trasposizione della direttiva comunitaria, tra le esigenze di tutela dell’ambiente ed interessi economico-produttivi, che si ponga come limite e standard da rispettare negli interventi regionali, che ancora non è stato individuato.

Per quanto attiene alle ordinanze *extra ordinem* emanate dagli enti locali, non si ritiene che i provvedimenti così come emanati siano pienamente conformi al principio di proporzionalità e che soddisfino effettivamente i presupposti legittimanti. Tenuto debitamente conto della ricostruzione giurisprudenziale sviluppata, pur nella non univocità degli esiti delle decisioni dei giudici amministrativi, è possibile tuttavia osservare che il giudice non abbia mai riconosciuto espressamente l’effettiva sussistenza degli indefettibili presupposti di necessità, urgenza e contingibilità delle ordinanze *extra ordinem* del Sindaco, perfino nelle decisioni dei giudici che hanno respinto la domanda cautelare e nella sentenza che ha dichiarato il ricorso inammissibile. Ciò consente dunque di constatare che sinora la giurisprudenza non abbia ritenuto plausibile un’identificazione della generale condizione di contaminazione delle acque causata dalla dispersione dei rifiuti di plastica come una situazione di necessità contingibile e urgente. Oppure che la stessa condizione, pur apparendo

come una situazione di necessità, non avesse quei caratteri emergenziali tali da presentare i presupposti necessari per legittimare l'emanazione di un simile provvedimento in grado di derogare alla normativa vigente che riconosce invece la libera commercializzazione di tali prodotti, tentando di anticipare parzialmente il recepimento della direttiva comunitaria, o comunque di sperimentare a livello locale politiche di riduzione dell'utilizzo di tali manufatti.

Al di là del caso di studio in questa sede esaminato, risultano dunque sufficientemente chiare le significative difficoltà che si presentano nell'ambito dell'identificazione dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere di ordinanza, in special modo se preordinati ad una finalità di protezione ambientale. In conclusione del ragionamento in questa sede sviluppato non apparirebbe irragionevole supporre dunque che l'integrazione dei presupposti fattuali risulterebbe comunque subordinata alla presenza di una specificità in ambito locale che qualifichi, attraverso un'adeguata motivazione, l'emergenziale condizione del territorio comunale come differente rispetto alla generalizzata condizione di emergenza che accomuna anche altri territori, e pertanto meritevole di una provvisoria disciplina straordinaria attraverso un provvedimento *extra ordinem*.

Sempre in sede di considerazioni conclusive, appare del tutto ragionevole ricordare che in realtà è l'ordinaria azione preventiva a configurarsi come l'unica modalità in grado di porre in essere un adeguato intervento amministrativo a protezione dell'ambiente, che sia dotato di una puntuale ponderazione degli interessi coinvolti nel pieno rispetto del principio di legalità e di tipicità dei provvedimenti amministrativi. Ma uno sguardo sincero alla realtà non può non confrontarsi con i diffusi deficit delle amministrazioni locali, che di certo non in ogni occasione dimostrano la capacità e la volontà di strutturare azioni simili, ricorrendo piuttosto a provvedimenti d'urgenza. A ciò si aggiunge il fatto che, essendo un atto monocratico, l'ordinanza è configurabile come la manifestazione della volontà dell'autorità sindacale, e può pertanto facilmente trasformarsi in uno strumento per dar vita a forme di protagonismo ed eccessi, di cui le ordinanze prive di un'adeguata istruttoria che tenga conto di specificità locali, redatte con approssimazione o direttamente copiate nel contenuto da ordinanze di altri Comuni appartenenti ad altre realtà, ne rappresentano una dimostrazione.

Tali derive non impediscono tuttavia di qualificare l'ordinanza come un prezioso strumento a disposizione della pubblica autorità, che, se utilizzato nel quadro della proporzionalità e ragionevolezza, può adeguata-

mente presentarsi come uno strumento giuridico dell'amministrazione dell'emergenza che possa tutelare gli interessi pubblici in circostanze emergenziali, tra cui quelle di carattere ambientale, coerentemente con gli obiettivi di sviluppo sostenibile e la necessità di adattamento alle emergenziali sfide imposte dai cambiamenti climatici. A tal fine non può pertanto che essere ribadita la centralità del ruolo guida dei principi generali dell'ordinamento in materia ambientale, proponendosi anch'essi quali parametro di legittimità per l'esercizio di siffatto potere, mantenendo siffatti provvedimenti *extra ordinem* nella cornice di una legalità sostenibile.

SAGGI

Maria Chiara Mattesini

DONNE D'EUROPA. FEMMINISMO CRISTIANO E PROGETTO DEMOCRATICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Libere e forti. – 3. Femminismi e dintorni. – 4. Il lavoro delle donne. – 5. La tratta di esseri umani.

1. *Premessa*

Questo saggio vuole brevemente ripercorrere tre tappe fondamentali “messe a segno” dall’impegno politico delle donne in ambito europeo. In particolare, si coglie volentieri l’occasione per ricordare una figura femminile poco conosciuta, quella di Maria Paola Colombo Svevo, già senatrice della Democrazia cristiana, membro del Partito popolare europeo e parlamentare europea dal 1995 al 1999, e per ricordare, altresì, un’idea e una prassi di democrazia che non dimentichi il punto di vista femminile sulle cose e i valori della partecipazione e della solidarietà, quei valori, cioè, che la caratterizzano e la differenziano dagli altri regimi politici.

2. *Libere e forti*

Un breve cenno biografico di Maria Paola Colombo Svevo, inserito nel contesto storico-politico e culturale in cui è vissuta, sarà di aiuto per comprendere e valutare meglio le battaglie condotte al Parlamento Europeo, punto di arrivo di decenni di impegno e studio.

Classe 1942, nata a Rho in provincia di Milano, la sua storia è un tassello importante del cattolicesimo democratico, in continuità, soprattutto, con l’insegnamento di Luigi Sturzo e la sua teoria dello stato democratico che chiamò popolarismo¹. Ed è stato il pensiero femminile

¹ Per una biografia più dettagliata di Maria Paola Colombo Svevo, mi permetto di

cattolico a impegnarsi maggiormente a ch  il popolarismo sturziano divenisse una prassi, un “costume”, assimilandone contenuti e lessico politici. L’apprendistato della Colombo Svevo, elemento comune al *cursus* delle donne democristiane,   iniziato nelle sedi della politica locale, altro elemento che rimanda all’insegnamento del sacerdote siciliano e, pi  in generale, cattolico. Una tradizione forte di pensiero e azione, di cui Colombo Svevo   stata un esempio coerente e ancora stimolante, costruito con seriet  e umilt , partendo da una gavetta, ancora giovane, nella politica locale. Fa parte, infatti, delle politiche di professione, una generazione di donne cattoliche che, cresciuta negli anni Settanta, ha iniziato a fare politica nelle giunte, nei consigli comunali e regionali ed   lei stessa a confessare che «non sarei mai stata una buona politica se non fossi stata consigliera comunale»².  , come s’  detto, un tratto comune che, in linea di continuit  col popolarismo, si   caratterizzato per un’attenzione costante ai corpi intermedi della societ , a quei “mondi vitali”, come si era espresso un altro sociologo italiano, Achille Ardig , altro importante punto riferimento³.

La gavetta, dunque, inizia nel 1970, anno in cui Colombo Svevo   eletta consigliere al comune di Monza. Dopo un periodo come capogruppo, entra in giunta come vice sindaca e assessore ai Servizi sociali. Nel 1975   eletta consigliere alla Regione Lombardia; dal 1980 al 1983   assessore ai Servizi sociali e in tale funzione ha predisposto il primo Piano Regionale dei Servizi socio-assistenziali ed elaborato le linee guida per la legge di riforma dei Servizi sociali, anticipandone, sperimentalmente, l’attuazione sul territorio regionale. Senatrice per tre legislature dal 1983 al 1994, in questo ruolo   stato significativo il suo contributo all’elaborazione delle leggi sul volontariato, sulle cooperative sociali e alla legge di riforma degli Enti locali. Dal 1994 al 1999   eletta al Parlamento Europeo (PE). Terminato questo mandato e dissoltosi il Partito popolare italiano, ha preferito lasciare l’attivit  politica e dedicarsi interamente al volontariato e all’insegnamento.

rinvia al mio *Maria Paola Colombo Svevo. Una cattolica democratica libera e forte*, Roma-Bari 2021.

² T. DI MAIO (a cura di), *Le democristiane. Le donne cattoliche nella costruzione della democrazia repubblicana*, Soveria Mannelli 2009, 121. Sull’apprendistato politico delle donne democristiane cfr. M. T. SILVESTRINI, C. SIMIAND, S. URSO (a cura di), *Donne e politica. La presenza femminile nei partiti politici dell’Italia repubblicana. Torino 1945-1990*, Milano 2005; la ricerca   dedicata alle donne democristiane nella provincia di Torino, ma si pu  estendere, in senso generale, a tutte le donne della Dc.

³ A. ARDIG , *Crisi di governabilit  e mondi vitali*, Bologna 1980.

Le sfere di azione e le proposte di legge già rivelano i suoi interessi, il senso del fare politica, l'attenzione costante agli ultimi, il non arretrarsi dinanzi agli orrori della vita, anzi, farli emergere e dare loro un nome per identificarli e combatterli. Rivelano, poi, il suo costante sguardo femminile sulle cose che diventa bussola di orientamento per "testare" la democraticità delle istituzioni e della società. Ancora prima di laurearsi in Scienze politiche all'Università Cattolica di Milano, nel 1967, Colombo Svevo fa parte del Movimento femminile (Mf) del partito come incaricata della gioventù provinciale milanese. Nel 1965 diviene delegata provinciale di Milano, prendendo il posto di Maria Luisa Cassanmagnago, e dal 1972 entra a far parte del Comitato nazionale del Mf⁴, di cui, nel 1988, è eletta delegata nazionale. Anche questo "pezzo" di vita rivela la sensibilità che l'ha ispirata.

Ripercorrere, se pure per sommi capi, le tappe di una vita è anche occasione per seguire le dinamiche storiche e le intersezioni tra dato biografico e dato storico. Il vissuto di Colombo Svevo si dispiega lungo decenni difficili, ma anche fruttuosi e segnati da una crescente consapevolezza e partecipazione. Questa caratterizzazione, infatti, ci sembra quella più calzante per descrivere gli anni Sessanta e Settanta, gli anni della sua formazione e del suo ingresso nella politica locale. È da notare, ad esempio, come la legislazione inizi ad essere, sempre più, il frutto di richieste partite dal "basso" e, in questo senso, la "vivacità" legislativa e le leggi che hanno riguardato le donne ne sono un esempio⁵. Il protagonismo femminile assume un peso maggiore rispetto al passato, provocando anche la crisi degli equilibri politici: le due legislature del 1972 e del 1976 si chiudono anticipatamente proprio sui temi del divorzio e dell'aborto. Infine, anche se non sono leggi ma piccole rivoluzioni e indice, anche esse, di cambiamenti faticosi, ricordiamo che per la prima volta una donna è nominata ministro: si tratta di Tina Anselmi divenuta, nel 1976, mi-

⁴ Maria Paola Colombo Svevo è cooptata nel Comitato nazionale del Mf, a conclusione della riunione del Comitato nei giorni 27 e 28 ottobre 1972. Archivio Storico Istituto Luigi Sturzo (ASILS), Fondo Democrazia cristiana (Fondo Dc), Serie Segreteria politica (1944-1992), Uffici centrali del partito, Movimento femminile, Sc. 45, fasc. 18.

⁵ FONDAZIONE NILDE IOTTI (a cura di), *Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia*, Pavona di Albano Laziale (Roma) 2012, 16-17. Cfr. anche G. LONGO, *Donne e testi di legge. Teorie e pratiche*, in Unione Donne Italiane-Circolo "La Goccia" Roma, *Esperienza storica femminile nell'età moderna e contemporanea*, Atti del seminario, Parte seconda a cura di A. Crispino, Pavona Albano Laziale 1989, 191-210.

nistro del Lavoro e della Previdenza sociale⁶. Sempre per la prima volta, un'altra donna, Nilde Iotti, diviene, nel 1979, presidente della Camera dei deputati⁷.

3. *Femminismi e dintorni*

Si è scritto *cambiamenti faticosi* e questi decenni sono segnati dal difficile sviluppo, possiamo dire, dell'azione elettiva a scapito di quella prescrittiva, difficoltà in particolar modo patita dalle donne e soprattutto dalle donne democristiane. Sudditanza, amarezza, frustrazione per l'indifferenza di gran parte del partito nei loro confronti: i documenti conservati nell'archivio del Movimento femminile confermano questi stati d'animo.

Oltre al faticoso rapporto col partito, dalla fine degli anni Sessanta anche la dirigenza di Franca Falcucci diviene oggetto delle polemiche provenienti, soprattutto, dalle nuove generazioni. Eletta delegata nazionale del Mf nel 1964, avrebbe mantenuto questa carica sino al 1977, "passando il testimone" a Gabriella Ceccatelli. Appartenente agli ambienti della borghesia romana, è stata una delle protagoniste della riforma del diritto di famiglia, dando ad esso un'impronta conservatrice⁸. Occorre anche, però, inquadrare la sua figura nel clima del '68 e degli anni Settanta, che vedono esplodere il neofemminismo, «una pratica politica che aveva profondamente trasformato la coscienza e la vita di molte migliaia di donne, in tutte le regioni italiane, in città grandi e piccole,

⁶ Sulla figura di Tina Anselmi, cfr. T. ANSELMINI (con A. VINCI), *Storia di una passione politica*, Milano 2006.

⁷ Sulla figura di Nilde Iotti, cfr. L. LAMA, *Nilde Iotti. Una storia politica al femminile*, Roma 2013; FONDAZIONE NILDE IOTTI (a cura di), *La Presidente*, Roma 2019. Il volume contiene un saggio di Giorgio Frasca Polara, giornalista e collaboratore di Nilde Iotti, e alcuni discorsi di quest'ultima.

⁸ Per questa interpretazione mi permetto di rinviare al mio *Una battaglia al femminile. Maria Eletta Martini e il nuovo Diritto di Famiglia*, Lucca 2017. Per una sintetica storia del diritto di famiglia in età repubblicana, cfr. F. D'AGOSTINO, G. DALLA TORRE, *Per una storia del diritto di famiglia in Italia: modelli ideali e disciplina giuridica*, in G. Campanini (a cura di), *Le stagioni della famiglia. La vita quotidiana nella storia d'Italia dall'unità agli anni Settanta*, Cinisello Balsamo 1994, 215-250. S. BOSCATO, *La politica delle democristiane e' evoluzione della società italiana fra divorzio e nuovo diritto di famiglia*, in B. PISA, S. BOSCATO (a cura di), *Donne degli anni Settanta. Voci, esperienze e lotte*, Milano 2012, 55-92.

anche in moltissimi paesi»⁹, e che vedono accendersi i dibattiti laceranti sul divorzio e sull'aborto¹⁰. Le nuove generazioni di donne cattoliche, strette tra il conservatorismo della cultura di appartenenza e l'esplosione del neofemminismo, chiedono una maggiore politicizzazione del Movimento femminile, rivendicano, cioè, la volontà di *incarnarsi* nella storia abbandonando reticenze e ipocrisie. Politicizzazione, cioè, come obbligo di contare di più nei momenti decisionali: questo vuole significare *politicizzare* la questione femminile. Le distanze rappresentano, in fin dei conti, le diversità di due generazioni, la più giovane della quale è cresciuta e maturata nel clima del '68. Un clima che non ha mancato di coinvolgere anche l'*ecclesia* dei fedeli e le gerarchie ecclesiastiche. Proprio dall'Università Cattolica di Milano ha preso avvio la contestazione studentesca e, sempre nel capoluogo lombardo, fra il 1965 e il 1966 è nato il primo gruppo femminista italiano di cui è documentata l'esistenza: il gruppo DEMAU (Demistificazione autoritarismo)¹¹.

Il femminismo cristiano, quella parte di mondo cattolico più sensibile ai mutamenti culturali e psico-sociali, è stato un pensiero non subito compreso, soprattutto dalle femministe dell'area di sinistra. Ricordiamo, in particolare, due iniziative con le quali le donne cattoliche hanno cercato un confronto con le questioni poste dal femminismo e hanno elaborato, attraverso di esso, la propria posizione: il Gruppo Promozione della donna, nato a Milano nel 1972»¹² da un'intuizione di Maria Dutto e

⁹ A. ROSSI-DORIA, *Ipotesi per una storia che verrà*, in T. BERTILOTTI, A. SCATTIGNO, *Il femminismo degli anni Settanta*, Roma 2005, 3. Sul neofemminismo, cfr. A. R. CALABRÒ, L. GRASSO, *Dal movimento femminista al femminismo diffuso. Storie e percorsi a Milano dagli anni '60 agli anni '80*, Milano 2004; *Il movimento femminista negli anni '70*, in «Memoria. Rivista di storia delle donne», n. 19-20, 1987; F. LUSSANA, *Il movimento femminista in Italia. Esperienze, storie, memorie (1965-1980)*, Roma 2012; EAD., *Le donne e la modernizzazione: il neofemminismo degli anni Settanta*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, tomo 2, *Istituzioni, politiche, culture*, Torino 1997, 471-565. Per una visione critica, d'insieme, degli anni Settanta si rimanda ai quattro volumi de *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, Soveria Mannelli 2003.

¹⁰ Sul divorzio, cfr. F. LUSSANA, *L'Italia del divorzio. La battaglia fra Stato, Chiesa e gente comune (1946-1974)*, Roma 2014. Sull'aborto, cfr. G. SCIRÈ, *L'aborto in Italia. Storia di una legge*, Milano 2011.

¹¹ A. R. CALABRÒ, L. GRASSO (a cura di), *Dal movimento femminista al femminismo diffuso: ricerca e documentazione nell'area lombarda*, cit., pp. 143-158; F. LUSSANA, *Le donne e la modernizzazione: il neofemminismo degli anni Settanta*, cit., 523-528.

¹² M. SFONDRINI, *Gruppo Promozione Donna: un'avventura costruita con pazienza e tenacia*, in *Bollettino dell'Archivio per la Storia del Movimento sociale cattolico in Italia*, XXXIII, 1998, 2, 199-193.

Marisa Sfondrini è divenuto occasione d'incontro dell'*intelligenza* femminile cattolica, e la rivista «Progetto Donna»¹³, il cui primo numero esce l'8 marzo 1982. Oltre a Colombo Svevo, di questa *intelligenza* fanno parte, oltre alle già citate Dutto e Sfondrini, Vilma Preti, Maria Teresa Bellenzier, Gianna Campanini, Elisabetta Fiorentini, Carla Guglielmi, Cettina Militello, Tina Leonzi, Giulia Paola Di Nicola. Si avvia, così, a livello di associazioni, movimenti, gruppi informali, sia pure con ritardo, esiguità di mezzi e scarsa risonanza anche all'interno della comunità ecclesiale, una diversa considerazione del fenomeno femminista, visto anzitutto come un'importante occasione per suscitare e incoraggiare la riflessione, anche nel mondo cattolico, in ordine ad una delle sfide più peculiari della storia contemporanea.

Il lavoro di questa parte del mondo cattolico femminile è quello che ha caratterizzato questa “seconda fase” del femminismo, sulla scia del volume di Betty Friedan, uscito in Italia nel 1982¹⁴. Se i movimenti cattolici femminili sono arrivati in generale più tardi, «hanno però recuperato “alla grande”, portando il contributo di un maggiore equilibrio teorico e comportamentale»¹⁵. La decana del femminismo americano, che nel 1963 aveva denunciato la “mistica della femminilità”¹⁶, adesso denuncia la “mistica del femminismo”, accusata di aver liquidato, forse troppo frettolosamente ed erroneamente, i valori familiari. Posizioni che, in realtà, il femminismo cattolico andava affermando da sempre. Si inaugura, almeno in questo campo, una sorta di *distensione*, mediante toni più sereni e prospettive più costruttive: la rivalutazione della famiglia, l'avvertita

¹³ Per una ricostruzione della rivista, cfr. i contributi di T. LEONZI, *Una doverosa memoria*, e G. CAMPANINI, *Il significato di una rivista*, rispettivamente 64-66 e 66-69, in *Prospettiva Persona*, Anno XIX, n. 73-74, luglio-dicembre 2010; R. TORTI, *Progetto donna: uno sguardo di sintesi*, in *Prospettiva Persona*, Anno XX, n. 76, aprile-giugno 2011, 43-46; M. BELLENZIER, *L'impegno culturale delle donne cattoliche negli ultimi trent'anni*, in *Atti dell'incontro di studio. Una memoria mancata. Donne cattoliche del '900 italiano*, in *Bollettino dell'Archivio per la storia del movimento sociale cattolico in Italia*, Anno XXXIII, maggio-agosto 1998, n. 2, 170-187; M. FARINA, *Progetto donna: un'istanza dalla Chiesa per una nuova umanità*, in *Ricerche teologiche*, Anno I, 1991, n. 2, 71-99.

¹⁴ B. FRIEDAN, *The Second Stage*, Summit, New York, 1981. Edizione italiana: *La seconda fase*, Milano 1982.

¹⁵ G. P. DI NICOLA, *Movimenti femminili cattolici e partecipazione politica*, in *Cosmopolis. Rivista di teoria e filosofia politica*, n. 1-2, 2018. La rivista è online: www.cosmopolisonline.it.

¹⁶ B. FRIEDAN, *The Feminine Mystique*, W. W. Norton and Co, New York City, 1963. Edizione italiana: *La mistica della femminilità*, Milano 1964.

necessità di porsi in dialogo con l'uomo, la riduzione dell'enfasi posta sulla sessualità intesa come strategia di liberazione totale.

4. *Il lavoro delle donne*

Con questo bagaglio valoriale, anche Colombo Svevo continua le sue battaglie, sapendo utilizzare un clima più conciliante, rispetto al decennio precedente, quando persistevano ancora diffidenze, dogmatismi, nonostante la percentuale delle donne presenti al Parlamento Europeo fosse di gran lunga superiore a quella dei parlamenti nazionali. Dove stava la debolezza intrinseca? Ce lo spiega la cattolica Paola Gaiotti De Biase, europarlamentare dal 1979 al 1984:

Da una parte abbiamo la strumentalizzazione politica delle tematiche femminili da parte delle sinistre, dall'altro abbiamo, anche nei partiti democristiani, una insufficiente capacità delle donne di far accettare al partito nel suo complesso questo tema come una questione chiave del futuro della società, non solo delle donne¹⁷.

Soprattutto, resiste un vecchio dogmatismo che il femminismo portava ancora emotivamente con sé, denunciato anche da Betty Friedan: «le donne non si dividono fra le progressiste che vogliono l'uguaglianza, e le tradizionaliste che vedono nella famiglia il loro unico riferimento»¹⁸. Dogmatismi che avrebbero resistito per molto. Ancora nel 1995, la quarta Conferenza mondiale sulle donne, la prima alla quale non partecipava l'Unione sovietica, tenutasi a Pechino dal 4 al 15 settembre 1995, è presentata «quasi come un terreno di sfida tra opposte concezioni, tra femminismo radicale e tesi conservatrici, tra integralismi laici e religiosi, o supposti tali»¹⁹.

Oltre alle diffidenze, si presentano difficoltà di non poco conto. Pochi

¹⁷ Fondo Maria Paola Colombo Svevo (Fondo MPCs), Sc, Movimento femminile. "L'Europa dei cittadini", Milano 24 febbraio 1995. Intervento dell'on. Maria Paola Colombo Svevo, 5.

¹⁸ T. LEONZI, *Intervista all'on. Paola Gaiotti De Biase, parlamentare europea*, in *Progetto Donna*, Anno III, n. 2, marzo-aprile 1984, 34.

¹⁹ Archivio per la storia del movimento sociale cattolico in Italia "Mario Romani", Sezione A. Coari, Serie 12.2, Materiali di lavoro. "Dopo la Conferenza di Pechino: obiettivi comuni di una politica per le donne", di Maria Paola Colombo Svevo, vice-presidente della Commissione Giustizia e Interni del Parlamento Europeo, 2 ottobre 1995.

mesi prima della revisione del Trattato di Maastricht, si tiene a Milano, il 24 febbraio 1995, un convegno organizzato dal Partito popolare europeo (Ppe), dedicato al tema “Una Costituzione per l’Europa. 1996: oltre Maastricht”. I popolari suggeriscono di definire un catalogo dei diritti fondamentali e propongono un Parlamento e un consiglio dei ministri con uguale potere legislativo. A riguardo, invece, delle decisioni da prendere, alla regola dell’unanimità si preferisce quella della maggioranza qualificata. Ostacoli da abbattere con la redistribuzione dei poteri e un nuovo patto di rapporti fra istituzioni europee, statali e regionali. Le difficoltà provengono, poi, da un clima di sfiducia nei confronti delle istituzioni europee che, politicamente, trova collocazione nelle formazioni politiche di destra. Non fa eccezione l’Italia, la cui fisionomia partitica, proprio agli inizi degli anni ‘90, registra cambiamenti radicali.

Altro “scoglio” da superare sono le competenze del così detto “terzo pilastro”, cioè della Commissione per le libertà pubbliche e per gli affari interni, che si chiede siano trasferite nelle procedure comunitarie. Un settore, infatti, che, rappresentando il “cuore” del potere statale, i governi nazionali non amava condividere con l’Unione Europea (UE). È necessario, invece, a giudizio del Ppe, stabilire diritti sociali comunitari, prevedere, cioè, un intervento del diritto comunitario anche in quei settori come il diritto di famiglia, la patria potestà, la libera circolazione dei minori. Sono da auspicare la definizione di normative comuni sulla sicurezza interna e la creazione di uno spazio giuridico comune: «se questa costruzione vuole avere un senso deve poter garantire i due elementi che in ogni ordinamento caratterizzano il rapporto tra cittadino e stato, ossia la solidarietà e la protezione dei diritti sociali, da un lato, e la sicurezza dei cittadini, dall’altro»²⁰.

In questo contesto, dunque, vengono portate avanti alcune importanti battaglie. Nel 1995 Colombo Svevo è nominata relatrice del progetto sulla “Parità di retribuzione per lavoro di pari valore” e sulla “Tratta di esseri umani” e designata quale relatrice, nel 1998, del progetto “Ruolo delle cooperative nella crescita dell’occupazione femminile”. Un lavoro non semplice, anche perché la delegazione italiana del Ppe sconta una complessa situazione interna al proprio paese, che, come accennato, dall’inizio degli anni ‘90 conosce una metamorfosi politica. Alle elezioni del 1994, infatti, nessuna delle sigle che erano state sulla scena sin dal

²⁰ Fondo MPCs, Sc, Movimento femminile. “L’Europa dei cittadini”, Milano 24 febbraio 1995. Intervento dell’on. Maria Paola Colombo Svevo, 5.

1945 è presente. Il cambiamento si esprime con la scomparsa, ufficializzata o di fatto, delle sigle delle formazioni storiche. Nel gennaio 1994 nasce Forza Italia, grazie all'iniziativa dell'imprenditore Silvio Berlusconi, che lo ha costruito secondo un modello nuovo, quello del «partito personale»²¹. Entrano in scena nuovi partiti mentre quelli tradizionali si modificano. Quelli così detti di massa scompaiono. All'interno dei gruppi politici, alcune variabili ed alcuni tradizionali attori organizzativi subiscono un significativo ridimensionamento: le unità territoriali di base, gli iscritti e gli attivisti si riducono fortemente nel numero, mentre l'autofinanziamento e la propaganda affidata al lavoro dei militanti perdono molta della loro importanza e la comunicazione politica viene progressivamente sostituita dalla comunicazione affidata ai *leaders* attraverso i media elettronici²².

Il 24 giugno 1994 la Commissione per i diritti della donna presenta al PE un «Memorandum sulla parità di retribuzione per lavori di pari valore», una sorta di documento di base per l'avvio di una discussione su questo tema²³. Inizialmente, era stata nominata relatrice l'on. Celia Vilalobos, dimessasi poi nel settembre 1994. Il Parlamento Europeo, nella riunione del 26 settembre, converge sul nome della Svevo. Il suo progetto di relazione è il frutto della raccolta degli elementi comuni emersi nei dibattiti, nei convegni e nelle audizioni organizzate dalla Commissione. I dati che scaturiscono, riguardanti tutti i paesi europei, sono la sottovalutazione economica dei lavori femminili, la distribuzione non equilibrata di uomini e donne in tutti i settori, la mancanza di una distribuzione equa del lavoro produttivo, la segregazione professionale delle donne, il deprezzamento del lavoro femminile. Questi sono i dati che emergono: le professioni prevalentemente femminili sono caratterizzate da condizioni lavorative poco soddisfacenti, basse retribuzioni e scarse possibilità di promozione, come testimonia l'on. Joaquina Alemany, deputata catalana della coalizione Convergenza e Unione e membro dell'Istituto catalano per la donna, all'audizione di Bruxelles del 21 e 22 marzo 1995²⁴. Questa

²¹ M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari 2010.

²² La letteratura di questa crisi e trasformazione del panorama partitico è molto ricca. Si rimanda ai lavori di Simona Colarizi, Pietro Craveri, Roberto Formigoni, Agostino Giovagnoli, Piero Ignazi.

²³ Historical Archives of the European Union (HAEU), PE4 7896 5/6. «Memorandum sur l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale, Bruxelles 23 giugno 1994».

²⁴ HAEU, PE4 7896 6/6. Parlamento Europeo, Commissione per i diritti della donna. Intervento dell'on. Joaquina Alemany, audizione di Bruxelles 21 e 22 marzo 1995, 3.

è anche la situazione francese, come conferma Franchine Demichel, professoressa di Diritto pubblico presso l'università di Paris VIII. Benché esista una legislazione avanzata, la realtà è meno trasparente e incoraggiante: nel 1991 la Francia si situa al penultimo posto tra i paesi membri della Comunità Economica Europea in ordine alla presenza femminile nei parlamenti nazionali²⁵. Lili Gyldenkilde, membro della Commissione Affari sociali e occupazione, fa notare, poi, la sorprendente diversità, anche sul piano linguistico, messa in atto nella descrizione di mansioni lavorative maschili e femminili: quelle maschili sono spesso descritte in termini tecnici e di responsabilità, quelle femminili, invece, di cui scarsamente è riconosciuto l'impegno che presuppongono, sono rappresentate in termini più semplici²⁶. Differenze linguistiche che possono avere un ruolo decisivo nel valutare se un lavoro rivesta o meno lo stesso valore. Inoltre, altra causa che pregiudica il valore salariale socialmente attribuito alle donne, è la riduzione dell'orario di lavoro che esse chiedono per far fronte anche agli impegni familiari. Infine, la crescita delle donne, passate nel 1992 a rappresentare oltre il 40% della popolazione attiva, rispetto allo scarso 30% del 1960, riguarda, tuttavia, un numero limitato di settori e di professioni e, comunque, il tasso di attività femminile è meno elevato se ci si basava sulle ore di lavoro prestate.

La stessa Colombo Svevo ricorda che la definizione di pari lavoro è importante e condiziona fortemente la politica di attuazione del principio della parità salariale. In Spagna, ad esempio, il Tribunale costituzionale aveva giudicato, nel 1993, che le integrazioni retributive concesse ad alcuni salariati erano discriminatorie, poiché il criterio della forza fisica, impiegato per valutare i compiti, non è neutro²⁷. Nel suo progetto di relazione, esorta a colmare il vuoto giuridico dell'onere della prova, invita la Commissione a fare campagne di informazione e sollecita le parti sociali ad un accordo in materia di conciliazione tra vita professionale e vita familiare. Come strategie di azione, si suggeriscono la ristrutturazione dei ruoli familiari in vista di un'equa ripartizione dei compiti e delle respon-

²⁵ HAEU, PE4 7896 6/6. Intervento della sig.ra Franchine Demichel pronunciato all'audizione di Bruxelles, 21 e 22 marzo 1995).

²⁶ HAEU, PE4 7896 5/6, Parlamento Europeo, Commissione per gli affari sociali e l'occupazione. Progetto di parere destinato alla Commissione per i diritti della donna sul Memorandum sulla parità di retribuzione per lavori di pari valore, in data 26 aprile 1995. Relatore per parere: on. Lili Gyldenkilde.

²⁷ HAEU, PE4 7896 3/6. Parlamento Europeo, progetto di relazione, in merito al Memorandum sulla parità di retribuzione per lavori di pari valore. Commissione per i diritti della donna, Relatrice: on. Maria Paola Colombo Svevo, 4 ottobre 1995, 9.

sabilità, una maggiore gamma di opzioni professionali per le donne e poi: flessibilità e ristrutturazione dei tempi di lavoro, valorizzazione delle professioni prevalentemente femminili, miglioramento della rappresentanza diretta femminile negli organi decisionali economici, sociali e politici²⁸. Il progetto di relazione, esaminato nella sua ultima riunione, il 19 dicembre 1995, incontra unanimamente l'approvazione, con 15 voti favorevoli e nessun astenuto²⁹.

Come accennato, il 2 settembre 1997 le viene affidata anche la relazione sul ruolo delle cooperative nella crescita dell'occupazione femminile. Nel Documento di lavoro del 26 marzo 1998, Colombo Svevo illustra il contributo concreto che la cooperazione può dare all'occupazione femminile e si chiede se sia possibile considerarla, anche, un laboratorio di sperimentazione di nuove forme di lavoro e nuove modalità di organizzazione della produzione, soprattutto nell'area dei servizi di interesse collettivo³⁰. In Europa, infatti, sta emergendo un nuovo tipo di impresa, l'impresa sociale, e già dagli anni Ottanta, attraverso numerose risoluzioni, il Parlamento Europeo ha richiamato l'attenzione sulle sue potenzialità. La specificità di tale modello consiste nel combinare imprenditorialità e finalità sociali³¹, «in una sintesi originale che la distingue sia dalle imprese classiche che dalle tradizionali forme di associazioni *no profit*»³². L'economia sociale si è rivelata particolarmente utile per i servizi alla persona. Tali servizi, poi, rivestono interesse anche per l'occupazione femminile. Possono, infatti, creare occupazione aggiuntiva in quanto rispondono a nuovi bisogni; l'essere caratterizzati da, inoltre, elementi

²⁸ *Ivi*, 13-14.

²⁹ HAEU, PE4 7896 1/6. Parlamento Europeo, documenti di seduta. Edizione in lingua italiana. Relazione in merito al Memorandum sulla parità di retribuzione per lavori di pari valore. Commissione per i diritti della donna. Relatrice: on. Maria Paola Colombo Svevo, 21 dicembre 1995, 3.

³⁰ HAEU, PE4 7910 2/2. Parlamento Europeo. Commissione per i diritti della donna. Documento sul ruolo delle cooperative nella crescita dell'occupazione femminile, 26 marzo 1998.

³¹ Si tratta di un fenomeno nuovo, che in Italia era già stato formalizzato con la legge n. 381 del 1991 sulle cooperative sociali, considerate "la via italiana all'impresa sociale", il cui primo articolo recita: "Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini". Per gli aspetti tecnici della legge, cfr. G. COTRONEI, *Cooperative sociali: aspetti civilistici e contabili, consorzi, cooperative onlus, agevolazioni fiscali, leggi regionali di attuazione della Legge n. 381/1991*, Roma 2003. Per l'aspetto etico, cfr. A. MATTIONI, E. CODINI, A. COLOMBO, A. FOSSATI (a cura di), *Le leggi della solidarietà: commento coordinato della legge sul volontariato e sulle cooperative sociali*, Milano 1993.

³² *Ivi*, 3.

immateriali e relazionali riduce la possibilità di sostituire le persone con le macchine e, infine, sono in grado di occupare le fasce più deboli della popolazione, come le donne e i giovani. Si prende in ipotesi, dunque, che il modello cooperativo, grazie al tipo di funzionamento partecipativo, fondato sull'autogestione e la responsabilizzazione dei lavoratori e ad un'organizzazione flessibile, possa contribuire alla capacità di inserimento professionale delle donne e soddisfarne talune esigenze come l'aspirazione all'autonomia finanziaria e decisionale, la compatibilità tra vita familiare e professionale e il miglioramento della qualità della vita. Maria Paola Colombo Svevo non si nasconde i rischi, sempre presenti e temuti, di una «nuova domesticità» legata all'impiego delle donne in settori tradizionalmente femminili³³. Le stesse possibilità di flessibilità tramite il *part time* possono aumentare la marginalizzazione della donna nel lavoro. Occorre, innanzitutto, non ideologizzare il modello cooperativo, per sottolinearne, invece, il carattere complementare rispetto agli altri strumenti del servizio pubblico e privato. La formazione, come elemento fondamentale del modello cooperativo, può tradursi in arricchimento professionale ed umano, mentre l'acquisizione di nuove competenze può essere utilizzato per la riconversione in altri settori, mantenendo e, anzi, aumentando, in questo modo, il proprio valore sul mercato del lavoro. Anche sul piano europeo, come s'è scritto, va maturando una diversa sensibilità per il ruolo che l'economia sociale può svolgere. Tuttavia, mancano ancora un'impostazione mirata all'occupazione femminile e uno studio attendibile e aggiornato sulla consistenza del settore e, in particolare, sulla partecipazione femminile³⁴. Nel progetto di relazione, la Svevo chiede maggiori finanziamenti per l'imprenditorialità femminile nell'economia sociale, stanziamenti per una formazione continua e adeguata e per potenziare il sostegno organizzativo³⁵. Anche questo progetto registra, il 25 giugno 1998, l'approvazione all'unanimità³⁶.

³³ *Ivi*, 6.

³⁴ *Ivi*, 8.

³⁵ HAEU, PE4 7910 1/2. Progetto di relazione sul ruolo delle cooperative nella crescita dell'occupazione femminile. Commissione per i diritti delle donne. Relatrice: on. Maria Paola Colombo Svevo. Parte A: Proposta di risoluzione, 19 maggio 1998, 7.

³⁶ HAEU, PE4 7910 1/2. Relazione sul ruolo delle cooperative nella crescita dell'occupazione femminile. Commissione per i diritti delle donne, in data 8 luglio 1998.

5. *La tratta di esseri umani*

E poi, come vice presidente della Commissione per le Libertà pubbliche e per gli Affari interni del Parlamento Europeo, l'impegno contro la tratta di esseri umani, a cui è ancora oggi legato il nome della Colombo Svevo:

La prima volta che vidi su un o.d.g. "tratta degli esseri umani" fu a Berlino nel 1994 in occasione della riunione dei ministri degli Affari interni e Giustizia. [...] Più che un o.d.g. era una specie di promemoria che si trascinava di riunione in riunione e riguardava soprattutto l'eventuale competenza di Europol anche in questo settore. Di ritorno al Parlamento chiesi alla Commissione Libertà pubbliche di fare un rapporto di iniziative sul traffico di esseri umani in Europa. La richiesta fu accettata «con la tipica condiscendenza che si acclude alle cose inutili. Solo le donne, che, come si sa, si appassionano ai casi della vita, si interessarono al rapporto, anche se cercavano in ogni modo di limitarlo alla "tratta per la prostituzione"³⁷.

Difficoltà e differenze ideologiche non mancano. L'Europa, unita sul complesso problema del traffico di esseri umani e contro lo sfruttamento sessuale, è, ancora oggi, divisa sul tema della prostituzione³⁸. Deve intendersi come tratta solo la prostituzione forzata od ogni forma di prostituzione è di per se stessa violenza e quindi identificabile come vera e propria tratta? Alcuni paesi europei, infatti, non hanno sottoscritto la Convenzione dell'Onu contro la tratta degli esseri umani, approvata il 21 maggio 1950³⁹, proprio perché in essa è considerata tratta anche la prostituzione di persone consenzienti. Il nodo da sciogliere, dunque, è la prostituzione e le diverse legislazioni a essa inerenti. In paesi come l'Olanda, ad esempio, si ritiene che la prostituzione forzata sia riservata quasi esclusivamente alle donne di colore, mentre si dà per scontato che

³⁷ Fondo MPCS, Sc. Materiale sulla tratta delle donne. "Quel che i documenti non dicono da Berlino-Amsterdam", 1-2.

³⁸ Cfr. *Speciale: prostituzione e diritti umani*, in «Prospettiva Persona», Anno VIII, n. 27, marzo 1999.

³⁹ "Convenzione internazionale per la repressione del traffico di esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione altrui", 21 maggio 1950. All'art. 1 si afferma: «Le parti della presente convenzione convengono di punire tutti coloro che, per soddisfare i piaceri altrui: 1) assumano, corrompano o travisino, ai fini della prostituzione, un'altra persona anche se consenziente; 2) sfruttino la prostituzione di un'altra persona, anche se consenziente... ».

la prostituzione nei quartieri a luci rosse sia frutto di una scelta libera e consapevole. La spaccatura è profonda⁴⁰:

Se uno spartiacque ho potuto cogliere è stato quello del femminismo: in genere, chi proveniva da movimenti femministi non tollerava la vendita del proprio corpo e vedeva in questo atto non una forma di libertà, ma di estrema violenza, quasi simbolo esterno dei rapporti violenti tra uomo e donna in questa società⁴¹.

Altre questioni, poi, su cui è difficile trovare l'unanimità sono la definizione stessa di tratta, il permesso temporaneo di soggiorno per le vittime, la previsione di extraterritorialità per i reati, l'abuso sessuale dei bambini. Temi scomodi che diventeranno, purtroppo, questione di interesse pubblico e oggetto di dibattito politico. Alcuni Stati, oltretutto, negano il fenomeno della tratta, mentre altri lo considerano secondario. «In realtà – spiegava Colombo Svevo – è un problema che va “staccato”. Se non si sa farlo emergere, rimane sommerso nella sua crudele solitudine»⁴². Un altro ostacolo, infine, esiste: un rapporto d'iniziativa nell'ambito del “terzo pilastro”, quello degli Affari interni, non ha, come s'è visto, potere cogente.

In ambito europeo, il suo contributo è legato proprio alla volontà di portare alla luce questo dramma. La tratta non è un fenomeno nuovo. Nuovi, però, sono i caratteri che ha assunto. Ai flussi migratori dal Sud del mondo, si aggiungono, dopo il crollo del muro di Berlino, quelli provenienti dall'Est Europa. Le cause prime sono certamente riconducibili

⁴⁰ Su queste tematiche, ancora attuali e irrisolte, sulla mancata maturazione della sfera sessuale e sulla simbologia politica che ruota attorno a queste questioni, cfr. E. CUOMO, *Tutta colpa di Ismene? Interrogativi e questioni simbolico-politiche sulla tratta delle donne nella società contemporanea*, Sesto San Giovanni (Mi) 2018; O. GARGANO, *Tratta, sfruttamento e questione femminile*, in «Prospettiva Persona», Anno 2012, n. 45-46 dicembre 2013, VIII-X; C. DEMEZZI, *Prostituzione: voglia di cambiare*, in «Prospettiva Persona», Anno XX, n. 76, aprile-giugno 2011, 36-37; *Immaginario sessuale maschile e domanda di prostituzione*, in «Prospettiva Persona», Anno XX, n. 76, aprile-giugno 2011, 38-39; L. TUSSI, *Le differenze di genere nella cultura occidentale*, in «Prospettiva Persona», Anno XX, n. 76, aprile-giugno 2011, 40-42.

⁴¹ Fondo MPCs, Sc. Materiale sulla tratta delle donne. “Quel che i documenti non dicono da Berlino-Amsterdam”, 3. A proposito dell'approccio femminista sulla questione, cfr. I. RIELLI, M. DENITTO, F. DE PASCALIS, D. DOCI, L. GAGLIARDI, M. ARGIA RUSSO, O. SMIRNOVA (a cura di), *Libera libere. Pensieri e pratiche femministe su tratta, violenza, sfruttamento*, Bari 2019.

⁴² *Ivi*, 8.

al divario economico esistente tra paesi poveri e paesi ricchi⁴³. In questa situazione, commenta amaramente Colombo Svevo, «diventa irrilevante e un poco ipocrita disquisire sul consenso di queste ragazze. Sarebbe più corretto partire da un altro dato: queste ragazze nel loro paese non facevano le prostitute»⁴⁴. La tratta ha assunto connotati nuovi, poiché si “nutre” anche dell'importanza economica che lo sfruttamento sessuale sta assumendo «in un mondo in cui tutto si compra e si vende come merce»⁴⁵. A cinquanta anni dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo, la prostituzione è espressione di “nuove” libertà o il segno di una schiavitù non ancora sconfitta? E sulla strada, certo difficile, dell'uguaglianza tra uomo e donna, alla ricerca di una *reciprocità*, termine caro alle donne cattoliche, la prostituzione non si colloca forse come una ferita profonda? Non è indice di un equilibrio non ancora raggiunto? E che rapporto esiste tra l'emancipazione della donna e questa riaffermazione di potere dell'uomo sulla donna attraverso il sesso a pagamento? Perché questa profonda spaccatura tra mondo della passione e mondo della famiglia?⁴⁶ Le risposte non sono scontate, ma la soluzione sta nell'affrontare la questione della prostituzione come questione di diritti umani. Il fenomeno, poi, non è legato solo alla prostituzione, anche se la maggior parte delle vittime sono giovani donne. Il traffico di esseri umani riguarda anche altri settori come le attività lavorative svolte in condizioni degradanti o illegali presso fabbriche, aziende agricole, strutture turistiche, ristoranti o, addirittura, nelle famiglie e in molti casi coinvolge ambiti come le adozioni illegali e il traffico di organi⁴⁷.

Sebbene già in passato la Comunità europea avesse approfondito il tema della tratta – soprattutto per iniziativa del Parlamento Europeo, che già nel 1989 aveva presentato una risoluzione sulla prostituzione e il traffico di esseri umani⁴⁸ – l'Unione Europea inizia a interessarsi del problema

⁴³ Cfr. M. AMBROSINI, *Comprate e vendute*, Franco Angeli, Milano 2002; T. CASADEI, *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino 2012.

⁴⁴ M. P. COLOMBO SVEVO, *La tratta delle donne*, in *Mo. VI Movimento di Volontariato Italiano. Bimestrale nazionale a cura della federazione regionale Lombardia del Mo. VI*, Anno XVI, n. 4-5 luglio/ottobre 2001, 5.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Cfr. *Prospettiva Persona*, Anno VIII, n. 27, marzo 1999. Questo numero è dedicato al tema della prostituzione e dei diritti umani; L. Leonini, *Una ricerca sui clienti*, in *Prospettiva Persona*, Anno XII, n. 45-46 dicembre 2003, XIII-XVIII; EAD., *Sesso in acquisto*, Milano 1999.

⁴⁷ M. P. COLOMBO SVEVO, *Il ritorno della tratta di esseri umani*, in *Aggiornamenti Sociali*, Anno XLVII, n. 78, luglio-agosto 1996, 559.

⁴⁸ Cfr. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, 16 maggio 1989, n. C 120. In pre-

dopo l'approvazione del Trattato di Maastricht, nel 1992. Col Titolo VI del Trattato, infatti, l'Unione ha esteso parzialmente le proprie competenze in settori fino ad allora rimasti di controllo esclusivo degli Stati membri. Divergono questioni di interesse comune la politica di asilo, la politica d'immigrazione, la lotta contro la tossicodipendenza, il traffico di droga e altre gravi forme di criminalità internazionale. Il Trattato di Maastricht introduce nuovi poteri che, sebbene ancora limitati all'aspetto di cooperazione intergovernativa, spingono i Paesi membri a prendere decisioni comuni su alcuni temi di sicurezza interna. Dopo la sua entrata in vigore, la tratta delle persone incrocia e condiziona molte delle politiche e delle competenze dell'Unione Europea. Di fondamentale importanza, inoltre, è la Convenzione Europol, che fornisce all'Europa un ufficio di polizia in grado di coordinare le attività di controllo interno. Mediante le nuove possibilità offertegli dal Trattato, il Parlamento Europeo sin da subito ha iniziato ad ampliare le tematiche su cui intervenire nell'ambito del "terzo pilastro".

Con la nuova legislatura apertasi nel giugno 1994, il Parlamento decide di riprendere l'iniziativa proponendo alla Commissione e al Consiglio una nuova relazione con proposte precise e dettagliate. Ci si trova, infatti, in un contesto parzialmente mutato rispetto a quello che ha portato alla risoluzione del '93. Anzitutto, lo si è detto, il fenomeno della tratta ha assunto dimensioni più ampie. Inoltre, l'esperienza del Belgio, il cui Parlamento ha approvato nel 1995 una legge contro il traffico di esseri umani, ha contribuito alla ripresa di un impegno più incisivo dopo i tragici fatti di pedofilia accaduti a Marcinelle nel 1996⁴⁹. Si aggiunga, infine, che con la libertà di circolazione, prevista dagli accordi di Schengen entrati in vigore nel 1990, si sono ampliate le possibilità offerte alla criminalità internazionale di far circolare le vittime della tratta. La tratta, dunque, che riguarda in particolare le donne, costituisce «un *vulnus* gravissimo alle politiche di parità che da sempre sono considerate prioritarie dall'Unione Europea»⁵⁰.

cedenza, nel 1950, il Consiglio d'Europa aveva predisposto alcuni strumenti per la protezione dei diritti umani e delle persone più indifese. Ricordiamo la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che stabilisce: «Nessuno può essere tenuto in condizione di schiavitù o di servitù e nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio», e la raccomandazione R (91) 11 del 9 settembre 1991 che mira a proteggere i bambini e i giovani da sfruttamento sessuale, pornografia, prostituzione e tratta.

⁴⁹ Cfr. S. JEKELER, *L'esperienza del Belgio*, in *Prospettiva Persona*, Anno XII, n. 45-46, dicembre 2003, XXV-XXIX.

⁵⁰ Fondo MPCs, Sc. Materiale sulla tratta delle donne. "Conferenza nazionale Azio-

È l'insieme di queste ragioni a convincere Maria Paola Colombo Svevo a chiedere, il 5 dicembre 1994, l'autorizzazione a presentare una Relazione sulla tratta di esseri umani⁵¹. Nella riunione del 20 dicembre, la Commissione Libertà pubbliche e Affari interni la nomina relatrice e la proposta di risoluzione legislativa è approvata all'unanimità l'11 dicembre 1995⁵². Con la relazione presentata al Parlamento Europeo e la seguente risoluzione adottata da quest'ultimo il 18 gennaio 1996, per la prima volta si definiscono i contenuti della politica comune dell'Unione Europea in materia di tratta. L'istanza di integrazione del contrasto della tratta nell'agenda politica dell'UE, contenuta nella relazione, rappresenta, in quel momento, un'intuizione chiave e una sfida improrogabile di fronte ad un fenomeno che si stava diffondendo anche nei paesi membri dell'Unione. La relazione prende in considerazione, non solo la cooperazione giudiziaria e di polizia in ambito penale, ma si spinge sino ad affrontare il fenomeno nella sua dimensione più ampia, chiedendo una mobilitazione, a partire dalle misure di repressione penale del crimine, anche delle politiche di promozione e tutela della parità di genere. Chiede, inoltre, la programmazione di interventi di protezione sociale per le donne e i minori, particolarmente vulnerabili a tale crimine proprio in ragione delle discriminazioni e della negazione di pari opportunità nei paesi di origine come in quelli di destinazione. In modo pionieristico, poi, traccia il percorso del successivo sviluppo delle politiche dell'Unione Europea, affermando che «una politica comune nell'ambito del traffico di esseri umani debba avere delle finalità preventive, dissuasive, repressive e di recupero»⁵³. Tra le vittime, si citano i migranti, «i quali, una volta arrivati a destinazione, vengono occupati clandestinamente, trattati e sfruttati in modo disumano e degradante»⁵⁴, e i bambini, oggetto di tratta a vantaggio dell'industria della pornografia e del turismo sessuale⁵⁵.

ni in favore dell'inserimento socio-lavorativo delle donne vittime di tratta, 24-25 ottobre 2003. Intervento di Maria Paola Colombo Svevo: "Gli strumenti dell'Unione Europea per le vittime del traffico", 3.

⁵¹ Cfr. M.A. QUIROZ VITALE, *Diritti umani e cultura giuridica. Il principio di autodeterminazione e l'invenzione delle nuove schiavitù in Europa*, Sesto San Giovanni (Mi) 2018.

⁵² HAEU, Fondo Femmes d'Europe, 405. *Donne d'Europa*, giugno 1995, n. 54. 3.

⁵³ Fondo MPCs, Sc. Materiale sulla tratta delle donne. "Parlamento Europeo, documenti di seduta, edizione in lingua italiana, 14 dicembre 1995, Relazione sulla Tratta di esseri umani, Commissione per le libertà pubbliche e gli affari interni. Relatrice: on. Maria Paola Colombo Svevo", 9.

⁵⁴ *Ivi*, 22.

⁵⁵ *Ivi*, 23.

Come prima risposta alla risoluzione, la Commissaria svedese Anita Gradin convoca, nel giugno del 1996, la prima conferenza europea sul tema della tratta. A novembre dello stesso anno è istituito il programma STOP (Sexual Trafficking of Persons), l'anno successivo l'iniziativa DAPHNE e adottata una strategia comune sulla tratta per favorire l'adozione di una definizione comune del reato di tratta negli stati membri. Il suo rapporto è stato fondamentale. Ne è nato, nel 1996, il primo "Libro bianco" che ha squarciato un velo. Nella Carta dei diritti fondamentali, proclamata una prima volta a Nizza il 7 dicembre del 2000 e inserita nel progetto di costituzione europea, la tratta è esplicitamente citata come violazione della dignità della persona. Nello stesso dicembre del 2000 il protocollo Onu per la prevenzione, la repressione e le criminalizzazioni del traffico di persone, in particolare donne e bambini, è aperto alla sottoscrizione. Al marzo 2003 solo 23, di almeno 40 Stati, lo hanno ratificato⁵⁶. E poi, vi è la Decisione Quadro del Consiglio dell'UE del 19 luglio 2002 sulla tratta degli esseri umani. In ambito europeo emerge la specificità dell'esperienza italiana di tutela della vittima prevista all'art. 18 del Testo Unico sull'immigrazione: «una disposizione umanitaria»⁵⁷ che consente allo straniero sfruttato di sfuggire alla violenza delle organizzazioni criminali accettando di partecipare ad un programma di assistenza e di reintegrazione sociale e di ottenere un permesso di soggiorno⁵⁸. La Direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime è, infine, approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea il 5 aprile 2011.

⁵⁶ ENATW, *Guida al protocollo Onu contro la tratta*. Ringrazio l'Associazione IRENE, nelle persone di Michela Allievi, Marcello D'Amico e Gabriella Merlo, per questo materiale.

⁵⁷ Fondo MPCs, Sc. Materiale sulla tratta delle donne. "Traffico di esseri umani e tutela della vittima, di Maria Paola Colombo Svevo", 3.

⁵⁸ Cfr. ENATW, *Right to temporary or permanent residency, Article 18 of the Italian Immigration Law (Law 286/98)*. Si ringrazia l'Associazione IRENE, nelle persone di Michela Allievi, Marcello D'Amico e Gabriella Merlo, per questo materiale. Sull'art. 18, cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli Affari Sociali, *La tratta di esseri umani. Esperienza italiana e strumenti internazionali*, Roma 2001, 122 e S. FORLATTI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli 2013.

Leonardo Lippolis

LA NUOVA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
SULLE LEGGI-PROVVEDIMENTO:
VERSO UN EFFETTIVO
“SCRUTINIO STRETTO” DI COSTITUZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Caratteri essenziali della legge-provvedimento e obiettivi dell'indagine. – 2. L'ammissibilità della legge-provvedimento. 3. Il sindacato della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento: 3.1. Il modello dello “scrutinio stretto” di costituzionalità; 3.2. Le critiche al modello. – 4. La nuova giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento: 4.1. Il caso POS Molise (Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116): verso una riserva di procedimento amministrativo; 4.2. Il caso Ilva (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, Corte cost., 8 novembre 2019, ord. n. 230): il ragionevole bilanciamento tra interessi in conflitto; 4.3. Il caso Ponte Morandi (Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168): urgenza e ragione oggettiva dell'intervento; 4.4. L'individuazione delle “popolazioni interessate” al referendum consultivo *ex art.* 133 Cost. (Corte cost., 25 settembre 2019, n. 214): lo scrutinio di ragionevolezza secondo parametri oggettivi. – 5. Considerazioni di sintesi.

1. *Caratteri essenziali della legge-provvedimento e obiettivi dell'indagine*

Con l'espressione legge-provvedimento¹ si suole intendere quell'intervento legislativo adottato secondo le forme e le procedure della legge – parlamentare o regionale – che si contraddistingue per un contenu-

¹ L'espressione è stata utilizzata per la prima volta da F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato di diritto amministrativo*, Milano 1907, III, 94. Sul tema generale della legge-provvedimento si richiama la fondamentale opera di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968. Cfr. anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2001, spec. 19 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007 319 ss.. Fra i contributi più recenti e significativi sui termini generali del problema si veda S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano 2007, G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, Milano 2013; M. LOSANNA, *Leggi provvedimento. La giurisprudenza costituzionale*, Torino 2015.

to particolare e concreto, tipico di un provvedimento amministrativo². Trattasi, pertanto, di un atto formalmente legislativo, soggetto al regime proprio della legge per quanto concerne il suo valore e la sua forza, ma sostanzialmente amministrativo, provvedendo direttamente alla regolamentazione di una specifica situazione³. Riguardate sotto il profilo delle modalità di produzione degli effetti giuridici, le leggi-provvedimento sono così ricondotte allo schema norma-fatto⁴ perché, diversamente dalla relazione norma-potere-fatto, non ricorrono ad ulteriori soggetti, oltre il legislatore, per la regolamentazione del caso concreto⁵.

Il fenomeno dell'amministrazione per legge interseca due diverse im-

² Cfr. C. MORTATI, op. ult. cit., 3 ss., che, nell'apertura del suo lavoro monografico, individua nella concretezza dei soggetti individuati dalla legge, oppure della situazione regolata, l'elemento comune alle leggi-provvedimento. Nello stesso senso, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, I, Torino 1992, 156, che definisce «leggi-provvedimento» le leggi che «si distinguono dalle leggi-norma classiche (le quali contengono regole impersonali e atemporal), perché intendono provvedere in situazioni caratterizzate dalla determinatezza dei soggetti e dalla concretezza della situazione. Più recentemente, cfr. A. SARANDREA, *Legge-provvedimento*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubbl.*, Milano 2006, 3430, secondo cui ««il "tipo" di "legge-provvedimento" ricorre qualora una legge disciplini in modo puntuale e concreto una fattispecie. In particolare, a quello che, nella tradizione, è stato inteso come il contenuto tipico dell'atto legge, ossia generalità e astrattezza, se ne sostituisce uno che è proprio dell'azione amministrativa». Nello stesso senso, ancora, G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, cit., 320, secondo cui «la legge provvedimento, rispetto a tutte le altre leggi, si individua soltanto in base al suo contenuto, che appunto si sostiene essere il contenuto tipico di qualunque provvedimento amministrativo».

³ In questo senso, G.U. RESCIGNO, op. ult. cit., 320.

⁴ Accoglie questa impostazione, da ultimo, G. BERNANEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4/2015, 1305 ss.

⁵ L'identificazione delle modalità di produzione degli effetti giuridici secondo questi due noti schemi, che riflette la più antica distinzione tra norme di relazione e norme di azione (E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1967, CIII, III, 66-77; ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Padova 1967, 55-66) è di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo*, Padova 1978, 310 (già in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, vol. I, Padova 1972). Questa dicotomia deriva da tre schemi teorico-generalisti della produzione giuridica: "norma-potere", "potere-norma", "norma-fatto", su cui E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano 1960, 159 ss. Questi tre meccanismi si trovano in una relazione circolare: la produzione dell'effetto per la ricorrenza del fatto prevista dalla norma (norma-fatto) è spiegata dalla produzione della norma da parte del potere (potere-norma), che a sua volta è spiegata dalla previsione del potere da parte di una norma (norma-potere). La circolarità tra fatto e norma, così impostata, si arresta al limite del giuridico, «quando si giunge al confine del diritto con la società».

postazioni di fondo che segnano il passaggio dalla forma di Stato liberale a quella dello Stato sociale⁶. Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana il mito della legge generale ed astratta, frutto di una concezione minima dell'intervento statale, appare ridimensionarsi fortemente a fronte dell'affermarsi di un'idea di Stato che, al contrario, presuppone un intervento in concreto nella società da parte dello stesso legislatore, in funzione redistributiva ed a garanzia della giustizia sociale⁷. Non è un caso che il proliferare di interventi legislativi concreti, pur conosciuto nell'epoca liberale⁸, si sia manifestato con più evidenza a partire dagli anni Cinquanta del Novecento, periodo in cui in Italia, come nel resto dei Paesi occidentali, si affermava il ruolo dello Stato come pianificatore e interventista nella politica economica⁹. È in questo contesto che matura

⁶ Sulla molteplicità dei significati riconducibili all'espressione «Stato sociale» cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 330 ss.; S. FOIS, *Analisi e problematiche fondamentali dello «Stato sociale»*, in *Dir. e soc.*, 1999, 163 ss.

⁷ Sulla problematica compatibilità dello Stato di diritto con lo Stato sociale cfr. E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 66: «Stato di diritto e Stato sociale sono collegati l'un l'altro in un rapporto di integrazione che non manca di un momento di tensione. È un bene che sia così. Se si trasformasse lo stato di diritto in roccaforte dei *beati possidentes* esso verrebbe meno al suo compito sociale e si esporrebbe così a pericoli. Uno stato sociale radicalizzato si trasforma necessariamente in uno stato amministrativo, che non può più essere uno Stato di diritto».

⁸ È stato osservato da G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico, 2005/2006*, Bologna 384, che «neanche il legislatore più liberale» ha mai potuto attenersi solo alla limitata funzione di «stabilire le regole di comportamento sulla cui base i privati provano a modificare il mondo secondo le loro intenzioni, le loro ricchezze, le loro capacità», in quanto «se non altro egli doveva (e voleva) approvare i bilanci dello Stato [...] accertare e controllare come venivano spesi i soldi dei cittadini. Spendere non è più prevedere in astratto [...] ma è esso stesso un concreto comportamento, è un effettivo provvedere in certo modo rispetto a certe determinate persone. Nella realtà storica poi anche il legislatore dell'800 doveva occuparsi della costruzione di strade, di porti, di ferrovie, di sovvenzioni all'industria e così via: cioè anche esso doveva decidere in concreto comportamenti dello Stato (e degli uomini dello Stato) rispetto a fatti, circostanze e persone determinate. Tecnicamente: doveva adottare leggi-provvedimento».

⁹ Per i riferimenti storici sul ruolo dello Stato italiano nell'economia all'indomani del secondo dopoguerra, cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna 1996, 480 ss. Sull'incidenza che l'evoluzione dello Stato sociale ha avuto in merito all'utilizzo e alla diffusione delle leggi-provvedimento, cfr. P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo stato immaginario*, Torino 1994, 207, secondo cui «le modificazioni connesse all'intervento pubblico e all'attribuzione allo Stato di compiti di regolazione del ciclo economico hanno inciso profondamente sulla funzione dell'attività legislativa». I mutamenti più rilevanti attengono «sia al sistema delle fonti sia ai contenuti e agli oggetti assunti dai provvedimenti legislativi. Sotto il primo profilo basta ricordare il nuovo intreccio

la prima giurisprudenza dell'Italia repubblicana sul fenomeno dell'amministrazione per legge, avente ad oggetto la c.d. legge Sila del 1950 che, nell'ambito della riforma agraria e fondiaria, delegava il governo a provvedere, mediante decreti aventi forza di legge, all'espropriazione ed al trasferimento dei beni a favore dell'Opera per la valorizzazione della Sila¹⁰.

Sin da subito l'esperienza dell'amministrazione per legge ha dato conto dell'inconsistenza del criterio della generalità ed astrattezza ai fini di una identificazione non approssimativa delle leggi-provvedimento, le quali in realtà risultano riconducibili a diversi tipi di atti legislativi, che la dottrina ha provveduto a distinguere e classificare¹¹. Negli svariati tentativi di sistematizzazione, diretti a realizzare schemi certi, alla categoria delle leggi-provvedimento sono state ricondotte: le leggi di approvazione, che regolano una situazione sostanziale sulla quale ha già disposto un provvedimento amministrativo (come l'approvazione *ex lege* di piani urbanistici o paesaggistici); le leggi personali o individuali, che modificano posizioni giuridiche di soggetti individuati o individuabili in relazione a fattispecie spazio temporali individuate o individuabili o condizioni personali; le leggi autoapplicative, ossia quegli atti legislativi idonei a produrre l'effetto giuridico della trasformazione di situazioni giuridiche soggettive, prescindendo dall'esercizio del potere amministrativo; le leggi di sanatoria, la cui norma «munisce di un crisma di stabilità di rapporti e

di attività legislativa e contrattazione tra le parti sociali. Per quanti attiene ai contenuti è sufficiente ricordare come la funzione legislativa si caratterizza per essere sempre più produttiva di effetti immediati e concreti nella distribuzione del reddito e nell'attribuzione delle risorse». Per una ricognizione generale di questo profilo, cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 106 ss. Fortemente critico sulla scelta di giustificare interventi puntuali e concreti da parte del legislatore in ragione delle esigenze di *welfare* è F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 115 ss.

¹⁰ Cfr. Ad. Plen., 20 marzo 1952, n. 6, in *Giur. it.*, n. 3/1952, 65 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 15 gennaio 1953, n. 107, in *Foro it.*, n. 1/1953, 173 ss.; Corte cost., 25 maggio 1957, n. 59 e n. 60, in *Giur. it.*, n. 3/1952, 65 ss., con nota di E. GUICCIARDI, *Ha vinto il diritto*. In dottrina, cfr. G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano Silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, n. 4/1952, 73 ss.; A. AMORTH, *La costituzionalità della delegazione legislativa per la riforma fondiaria e la impugnativa dei decreti espropriativi avanti il Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1952, IV, 73 ss.; G. AZZARTI, *Le controversie sulla legittimità costituzionale dei decreti delegati*, in *Foro it.*, n. 4/1953, 33 ss.; A.M. SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe in materia di riforma fondiaria*, in *Foro amm.*, n. 4/1952, 1 ss.

¹¹ Per una ricognizione esaustiva della classificazione delle leggi-provvedimento, cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 125-178.

situazioni giuridiche, la cui consistenza sia stata ritenuta o appaia dubbia o irregolare»¹².

La giurisprudenza della Corte costituzionale, salvo casi isolati¹³, ha spesso rifuggito da rigide classificazioni e ha assunto a parametro un concetto generico di legge-provvedimento, comprensivo delle varie figure specifiche che ad esso sono state ricondotte¹⁴. Tuttavia la classificazione non è meramente descrittiva perché, come ricorda la stessa Corte, la legittimità costituzionale «deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto»¹⁵. Ma, nonostante l'opzione tradizionale a favore di un sindacato svolto “caso per caso”¹⁶, la Corte è giunta nel tempo ad elaborare una serie di parametri generali (di seguito, “limiti”) cui ancorare il giudizio di costituzionalità sulle leggi-provvedimento, al di là della loro riconduzione ad un determinato tipo.

Obiettivo della presente indagine è la ricognizione di questo modello “generale” di sindacato, da analizzare alla luce delle più recenti e significative pronunce del giudice costituzionale sulle leggi-provvedimento. Modello che, predicando un controllo «stretto» di costituzionalità, a compensazione del *deficit* di tutela che deriva dalla sottrazione della materia legificata alle garanzie – amministrative e giurisdizionali – che assistono il cittadino, si è affinato nel tempo, ma ha spesso subito la critica di rimanere uno scrutinio «annunciato»¹⁷, raramente riscontrato nella pratica della Corte.

2. L'ammissibilità della legge-provvedimento

Il problema dell'ampiezza e della modalità del sindacato sulle leggi-provvedimento segue logicamente quello dell'ammissibilità costituzionale di una simile categoria di atti.

¹² Così A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi in sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 84.

¹³ Cfr., da ultimo, Corte cost. 23 giugno 2020, n. 116, che riconduce espressamente la legge-provvedimento oggetto di sindacato nell'ambito delle leggi di sanatoria «*in quanto intes[a] a fornire 'copertura legislativa' a precedenti atti amministrativi*».

¹⁴ Rileva questo aspetto S. SPUNTARELLI, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*, nota a Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 137, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, 1478 ss.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, Corte. cost., n. 241/2008, cit.

¹⁶ Cfr. S. SPUNTARELLI, op. ult. cit.

¹⁷ Così, C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, spec. 3739-3740.

La presenza di un atto legislativo con il quale anziché «disporre in astratto» si «provveda in concreto»¹⁸ è stata da tempo ritenuta compatibile dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale facendo leva su un duplice ordine di ragioni: da un lato valorizzando l'assenza di una riserva costituzionale di amministrazione; dall'altro attestando l'assenza in Costituzione di un vincolo contenutistico per la legge, sia statale che regionale¹⁹.

Per quanto riguarda il primo aspetto, nonostante una parte autorevole della letteratura giuridica ritenesse possibile configurare una vera e propria "riserva di amministrazione" (argomentando dalla lettura combinata degli artt. 70 e 97 Cost., per cui se «la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere», vi sono «sfere di competenza» riservate al Governo)²⁰, la Corte costituzionale è sempre apparsa ferma

¹⁸ La nota espressione è di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova 1993, 24.

¹⁹ L'orientamento della Corte si è consolidato a partire dalla decisioni n. 59 e 60 del 1957, cit. Cfr., *ex multis*, Corte cost. 21 marzo 1989, n. 143; 16 febbraio 1993, n. 62; 24 febbraio 1995, n. 63; 21 luglio 1995, n. 347.

²⁰ Nel suo significato fondamentale l'espressione "riserva di amministrazione" richiama il concetto di riserva di competenza, sia nei confronti degli atti formalmente legislativi che nei confronti degli atti giurisdizionali, così da realizzare una ripartizione delle attribuzioni in ordine all'esercizio del potere statale (cfr. D. VAIANO, *La riserva di amministrazione*, Milano 1996, 4). Tuttavia, al concetto originario sono stati attribuiti molteplici significati, che «tendono a sottolineare profili diversi dell'aspirazione a rinvenire questo principio in norme di diritto positivo» (così, S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 271). In una prima accezione il principio è interpretato come riserva di organizzazione. Secondo M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 173, l'art. 97, comma 1, Cost., contemplando una riserva di legge a carattere relativo, è identificato come «"canone di ripartizione" della funzione di organizzazione»: esso individua «una riserva (relativa) di potere del Parlamento» e «una riserva (limitata) di potere dell'apparato esecutivo». L. A. rileva «un principio di articolazione delle funzioni (versione aggiornata ed ampliata della divisione dei poteri) il quale già è sufficiente a dar posto e valore autonomi ed originari all'esecutivo, come apparato complessivo di Governo e di amministrazione». In una seconda accezione la "riserva di amministrazione" è intesa come riserva di funzione amministrativa, concetto a sua volta scomponibile in due diverse declinazioni: o come riserva di provvedimento amministrativo o come riserva di procedimento amministrativo. La prima declinazione evidenzia come, ai fini della tutela giurisdizionale, è essenziale distinguere due momenti all'interno di una fattispecie produttiva di effetti giuridici nei confronti dei destinatari: il momento del previo disporre in astratto e un successivo momento di adozione della misura in concreto; solo questo «stacco» tra la norma e il provvedimento garantirebbe la «raffrontabilità» del provvedimento amministrativo alla legge, altrimenti risultando vanificato il principio di legalità, «nel suo più pregnante significato garantista» (così, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss). Nella sua seconda declinazione la riserva di funzione amministrativa si arricchisce della riserva di procedimento (su questo profilo, cfr. C. PINELLI, *Art.*

nel negare una simile circostanza. Dall'analisi del disposto costituzionale emerge che, non essendovi l'assegnazione esclusiva al Governo-pubblica amministrazione delle scelte decisionali concernenti provvedimenti concreti, non può ritenersi precluso alla legge di sostituirsi in determinazioni che normalmente sono adottate dall'amministrazione²¹.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, strettamente connesso al primo, la Corte costituzionale aderisce ad una concezione formalistica della legge, secondo cui il valore e la forza di un atto nel sistema delle fonti²² dipende dal procedimento seguito per la sua adozione e non, invece, dal suo contenuto, normativo o meno²³. Invero le norme costituzionali non

97, 1° comma, parte II, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1994, 412 ss.). Il fondamento di questa riserva viene fatto discendere dai principi di imparzialità e buon andamento scolpiti nella Costituzione (art. 97, comma 1, Cost.), dai quali si ricava la necessità e la doverosità del procedimento amministrativo quale sede idonea al compimento di un'adeguata istruttoria finalizzata alla completa valutazione di tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie e alla partecipazione degli interessati. Tale posizione è decisamente rafforzata a seguito dell'emanazione della l. n. 241 del 1990 e del dibattito sviluppatosi attorno ad essa (su cui v. *infra* par. 3.1.). Sul tema cfr. anche A. MITROTTI, 'Riserva di amministrazione' versus 'Amministrazione per legge'. Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3/2020.

²¹ Cfr., *ex multis*, Corte. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in relazione alla vicenda Ilva di Taranto. Tra gli studi classici che negano la riserva d'amministrazione, cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., e S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano 1963. Per una recente rilettura del tema cfr. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 673 ss.

²² Sulla forza di legge cfr., *ex multis*, A.M. SANDULLI, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss., nonché Id., *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, Torino 1961, 524 ss., e *Legge (diritto costituzionale)*, *ibidem*, IX, Torino 1963, 630 ss.; C. ESPOSITO, *Elementi soggettivi ed oggettivi degli «atti aventi forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 1078 ss.; F. CUOCOLO, *Gli atti dello Stato aventi «forza di legge»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 146 ss.; V. CRISAFULLI, *Atti con forza di legge e regolamenti atipici*, in *Giur. cost.*, 1963, 202 ss., nonché Id., *Interrogativi sui criteri di identificazione degli atti «con forza di legge»*, in *Giur. cost.*, 1959, 715 ss., e Id., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, 925 ss., spec. 937 ss.; G. QUADRI, *La forza di legge*, Milano 1970, *passim*; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit.; S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2014, 26 ss.

²³ Tale principio è ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte: cfr., *ex multis*, Corte cost. Corte. cost., 2 luglio 2008, n. 241, secondo cui «tanto la Costituzione (artt. 70 e 121) quanto gli statuti regionali definiscono la legge non già in ragione del suo contenuto strutturale o materiale, bensì in dipendenza dei suoi caratteri formali, quali la provenienza da un certo organo o un certo potere, il procedimento di formazione e il particolare valore giuridico (rango primario delle norme legislative, trattamento giuridico sotto il profilo del sindacato, residenza all'abrogazione, ecc.)». Anche la dottrina è ormai unanime nel fondare il riconoscimento di un atto normativo sul criterio formale: cfr., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, 17, per il quale l'elemento decisivo che distingue gli atti normativi dagli altri atti giuridici è determinato dalla loro forma, «da intendersi nel senso pregnante del tipo di funzione di

definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme giuridiche generali e astratte. Non è dubbio che la legge è l'atto col quale normalmente si producono le norme che compongono l'ordinamento giuridico dello Stato²⁴. Ma la stessa Costituzione contempla, come leggi, taluni atti che, pur essendo posti in essere collettivamente dalle Camere, non hanno il carattere di atti di produzione di norme giuridiche: come le leggi di approvazione del bilancio e del consuntivo, di concessione dell'esercizio provvisorio del bilancio (art. 81 Cost.), le leggi che si limitano ad autorizzare la ratifica di trattati internazionali (art. 80 Cost.), le leggi di variazione circoscrizionale (art. 133, Cost.); l'art. 43 della Costituzione prevede, poi, la possibilità che con legge si proceda ad espropriazione di determinate imprese²⁵.

Dall'impossibilità di rinvenire nel testo costituzionale una riserva d'amministrazione che funga da base positiva di una concezione sostanziale della legge discende che vi è discrezionalità dello stesso nell'adottare anche atti legislativi con contenuto concreto e particolare.

Simili considerazioni sono state ben presto estese anche alla fattispecie dell'adozione di leggi-provvedimento ad opera del legislatore regionale, per le quali si era registrata un'iniziale incertezza sulla loro legitti-

cui sono espressione, del tipo di procedimento e del tipo di soggetti che vi partecipano: se si vuole, del tipo di potere giuridico che li produce». Sullo stesso orientamento si colloca R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1998, 67 ss. Più articolata, invece, la posizione di G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 21 ss., il quale, per individuare gli atti normativi, ricorre, salvo eccezioni indicate, sia al criterio formale che a quello sostanziale, fondato sulla generalità e astrattezza del comando.

²⁴ Cfr., sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 27, per il quale «anche ad ammettere che il concetto logico della norma non ne implichi necessariamente la generalità-astrattezza, è tuttavia innegabile che la generalità rappresenta – quanto meno – un carattere “naturale” delle norme costituenti il diritto oggettivo». Lo stesso A. riconosce comunque la possibilità che vi siano leggi formali dal contenuto non normativo.

²⁵ Cfr. Corte. cost. n. 60/1957, cit. Tuttavia, deve rilevarsi che il medesimo argomento è stato utilizzato anche dai sostenitori dell'inammissibilità delle leggi-provvedimento al di fuori, appunto, dei soli casi espressamente previsti dalla Costituzione (cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., 383 ss., il quale fa specifico riferimento agli artt. 43, 78, 81, 82 Cost.). Inoltre, secondo tale orientamento si aggiungerebbe la considerazione secondo cui la Costituzione vieta l'emanazione di leggi personali nel campo delle disposizioni relative ai diritti di libertà (artt. 13 ss. Cost.), e negli artt. 53 (che, ancorando l'imposizione fiscale alla capacità contributiva «vieta leggi fiscali impositive personali» e 25 Cost. (che, nel formulare il principio di legalità dei reati e delle pene «vieta leggi penali singolari») (in questo senso, G.U. RESCIGNO, op. ult. cit. e, analogamente, A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, n. 6/1989, 1046 ss., spec. 1053).

mità²⁶, in parte rispondente alle esigenze di primo avvio e coordinamento con la riconosciuta autonomia regionale, che ha comunque condotto, in un secondo momento, al riconoscimento di un trattamento analogo a quello riservato alle leggi statali²⁷.

3. *Il sindacato della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*

3.1. *Il modello dello "scrutinio stretto" di costituzionalità*

Risolto positivamente il problema dell'ammissibilità – in astratto –

²⁶ Cfr. Corte cost., 24 novembre 1958, n. 60, resa in tema di ordinamento degli enti locali, dove la Corte osservò che la potestà legislativa regionale in materia non può essere esercitata «se non in forma di disciplina organica e uniforme, vale a dire di carattere generale, comune a tutti i casi», e che «la diversità delle garanzie offerte dall'ordinamento nei confronti degli atti amministrativi e di quelli legislativi rendono tutt'altro che irrilevante il fatto che un determinato provvedimento venga adottato nell'una piuttosto che nell'altra forma». Cfr. anche Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, cit., nella quale, anche se implicitamente, la Corte manifesta un atteggiamento restrittivo e di forte cautela, prevedendo un trattamento differenziato tra legislatore statale e legislatori regionali in ordine alla possibilità di adottare leggi-provvedimento. Un trattamento differenziato, più precisamente, che il giudice costituzionale esplica mediante l'elevazione del principio del giusto procedimento tra i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, i quali sono in grado di vincolare il legislatore regionale ma non quello statale, che non è tenuto al loro rispetto purché non si identifichino, a loro volta, con norme o principi della Costituzione. Ancora sul finire degli anni Settanta l'interpretazione data dal giudice costituzionale in merito alla portata del principio del giusto procedimento comportava, salvo isolate pronunce, una diversità di trattamento tra legislatore statale e regionale proprio in virtù del suo riconoscimento come principio generale dell'ordinamento (cfr. Corte cost., 20 marzo 1978, n. 23). Tale orientamento del giudice costituzionale s'inseriva nel solco di un più generale approccio restrittivo nei confronti dell'autonomia legislativa delle Regioni, solo in parte rispondente alle esigenze di primo avvio e di coordinamento tra legislatore statale e legislatori regionali. Per una ricognizione storica sul tema cfr., tra i contributi più recenti, cfr. P. SCARLATTI, *Il regime delle leggi-provvedimento regionali nella trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, 559 ss.

²⁷ Corte cost., 21 marzo 1989, n. 143, con nota di A. FRANCO, cit. In questa storica pronuncia la Corte esplicita l'adesione alla concezione della legge in senso formale anche nei confronti della legge regionale. La sussistenza di un divieto di leggi a contenuto particolare e concreto nei confronti delle sole Regioni, «in conseguenza di un presunto principio generale dell'ordinamento giuridico», non può essere accolta in quanto «un principio del genere, concernendo i caratteri strutturali della legge diretti a qualificarne l'essenza o l'identità tipologica come atto normativo, dovrebbe essere desunto da una inequivoca norma avente un rango superiore alla stessa legge, che in verità non è dato rinvenire nel nostro ordinamento positivo».

delle leggi-provvedimento (sia statali che regionali), l'attenzione si è concentrata sulle forme di tutela esperibili nei confronti di tali atti.

Anche quando esprime un contenuto particolare e concreto la legge mantiene le caratteristiche di tale atto normativo, restando assoggettata al relativo regime. In specie, avendo forma legislativa, le leggi-provvedimento sono sottratte agli strumenti rimediali (di carattere giurisdizionale e giustiziale) approntati dall'ordinamento per la reazione avverso gli atti della p.A. Il contenuto sostanzialmente amministrativo delle stesse pone, tuttavia, l'esigenza di ovviare al vuoto di tutela che può derivarne.

Con riferimento alla tutela giurisdizionale, la Corte ha costantemente osservato che, attraverso l'adozione di una legge-provvedimento, la garanzia di un sindacato giurisdizionale su un atto sostanzialmente amministrativo non è soppressa bensì si trasferisce dal giudizio amministrativo al giudizio costituzionale. In questi termini, emerge con chiarezza come il giudice costituzionale abbia adottato una interpretazione essenzialmente riduttiva dell'art. 113 Cost., per la quale la previsione non consiste in altro che in «una manifestazione di un principio costituzionale più generale, secondo il quale il regime delle impugnazioni segue la natura giuridica degli atti oggetto di contestazione», di modo che, con riferimento alla problematica delle leggi-provvedimento, «l'ordinamento offre gli strumenti di tutela previsti dall'art. 134 della Costituzione, in relazione all'incostituzionalità delle leggi»²⁸.

Se, quindi, l'adozione di una legge-provvedimento non comporta, di per sé, una sottrazione alla garanzia giurisdizionale, essendo questa offerta dal giudizio di costituzionalità in via incidentale, ci si è interrogati – e ci si interroga ancora – sull'adeguatezza del sindacato effettuato dalla Corte costituzionale su tali atti.

La Corte, consapevole della peculiarità del contenuto delle leggi-provvedimento, dopo essersi mossa per un breve periodo nell'alveo di un giudizio improntato essenzialmente sul controllo del rispetto del principio di eguaglianza²⁹, si è successivamente attestata su uno «scruti-

²⁸ Corte cost. 143/1989, cit. Anche la giurisprudenza amministrativa si è perfettamente conformata all'orientamento tracciato dalla Corte costituzionale aderendo alla tesi appena esposta. Sul punto cfr. L. CARBONE, *Leggi provvedimento e tutela giurisdizionale*, nota a Cons. St., sez. V, 24 marzo 2004, n. 1559, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 652 ss.).

²⁹ Cfr. C. Cost., 30 gennaio 1962, n. 1, in *Giur. cost.*, 1962, con nota di C. ESPOSITO, *La irresponsabilità dello Stato per eventi di servizio e gli artt. 28 e 3 della Costituzione*, 2 ss; Cfr. anche C. cost., 14 aprile 1969, n. 80, in cui la Corte dichiara illegittima la legge della Regione Sicilia 28 aprile 1951, n. 41, che prevedeva un ingiustificato trattamento di favore per una singola impresa zolfifera. Si riporta un passo significativo della sentenza,

nio stretto» di costituzionalità³⁰, essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore³¹. Ne discende che le leggi-provvedimento, pur ammesse in astratto, risultano esposte ad un limite generale, dato dal rispetto del principio di ragionevolezza³². Un simile principio, seppur notoriamente caratterizzato da

dove la Corte, al par. 2 del Considerato in diritto, afferma che: «il principio di eguaglianza [...] richiede che la legge singolare corrisponda a una obiettiva diversità della situazione considerata, rispetto a situazioni omogenee, la quale giustifichi razionalmente la disciplina differenziata per questo adottata. Occorre perciò che la ratio della legge si esaurisca nella fattispecie da essa disciplinata, e non si estenda a situazioni, concrete o ipotizzabili, le quali, pur presentando elementi comuni con essa, se ne diversifichino in modo da non rendere giustificabile l'applicazione ad esse della normativa disposta per il caso singolo. Ove queste condizioni non esistano, vale a dire ove la ratio della legge sia tale da coprire situazioni omogenee rispetto a quella singolarmente considerata, si avrà violazione del principio di eguaglianza, perché si determineranno ingiustificate condizioni di vantaggio o di svantaggio per i soggetti della situazione e del rapporto regolato dalla legge, in relazione ai soggetti della serie delle situazioni o dei rapporti che ne sono stati esclusi. In questi limiti, è nella discrezionalità del legislatore ordinario stabilire l'ambito della disciplina normativa da adottare, ma rientra nel giudizio di costituzionalità accertare che i detti limiti siano stati rispettati; e precisamente, accertare se non vi è contrasto tra la ratio della legge e la sua limitazione a un caso concreto, non giustificata da una obiettiva diversità di esso rispetto ad altri casi a cui quella disciplina legislativa potrebbe estendersi».

³⁰ Cfr. G. VASSALLI, *La giustizia costituzionale nel 1999, Relazione del Presidente sull'attività della Corte costituzionale relativa al 1999*, 20 febbraio 2000, in *www.giurcost.org/cronache*: «le leggi provvedimento, derogando ai principi generali in ordine alla distribuzione delle funzioni, sono soggette a "scrutinio stretto" da parte della Corte». L'espressione "scrutinio stretto" è ricorrente nella giurisprudenza della Corte (cfr., *ex multis*, Corte cost., nn. 2 e 153 del 1997; 185 e 211 del 1998; 364 del 1999; 429 del 2002; 267 del 2007; 241 e 288 del 2008; 137 del 2009; 289 del 2010; 20 del 2012; 85 e 275 del 2013).

³¹ Lo scrutinio stretto di ragionevolezza viene esercitato in modo sistematico soltanto a partire da Corte cost., 15 luglio 1991, n. 346, in *Giur. cost.*, con nota di F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, 2773 ss. In questa pronuncia, e in misura ancora maggiore in altre successive (Cfr. Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 2; Id. 29 maggio 1997, n. 153; Id., 5 febbraio 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 116 ss., con nota di A. CELOTTO, *Il controllo sulle leggi di sanatoria: «schemi» di giudizio di uno scrutinio «particolarmente rigoroso»*, Id., 14 luglio 1999, n. 364; Id., 12 ottobre 2002, n. 421), la Corte effettua un rigoroso sindacato di legittimità costituzionale, talora agganciato ai canoni di ragionevolezza e non arbitrarietà desunti dall'art. 3 Cost., talaltra ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (o agli uni e agli altri richiamati congiuntamente).

³² Sul principio di ragionevolezza cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 133, secondo il quale il principio di ragionevolezza è «uno strumento nelle mani della Corte costituzionale per realizzare l'unità dell'ordinamento e la coerenza delle manifestazioni della funzione legislativa». Sul tema cfr. anche, *ex multis* L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, 902 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV. (a cura di), *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*, Padova 2002, 159

confini incerti³³, induce la Corte ad effettuare una serie di valutazioni complesse incentrate sulla ricerca della *ratio* della norma, al di là della volontà del legislatore intesa in senso soggettivistico³⁴, al fine di verificare la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine perseguito. Tale sindacato sarà «tanto più rigoroso quanto più marcata [sarà, n.d.r.] la natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto a controllo»³⁵.

Così declinato, lo scrutinio di costituzionalità finisce per assumere le caratteristiche di un giudizio sulla funzione legislativa, «un giudizio sui motivi che hanno indotto il legislatore a deviare dal normale rapporto tra il provvedere e il disporre»³⁶, tanto da ipotizzare, nella letteratura giuridica classica, la configurabilità di un vizio di «eccesso di potere legislativo», che riflette il tentativo di assimilare i vizi della legge a contenuto amministrativo ai vizi del provvedimento amministrativo³⁷, così da giustificare un sindacato più penetrante sulle leggi-provvedimento.

ss.; A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.

³³ Assai critico è L. PALADIN, op. ult. cit., che arriva ad affermare che un principio di ragionevolezza non esiste, perché si tratta di formula verbale alla quale non corrisponde un concetto o una nozione ben determinata. Cfr., più recentemente, G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 286-302; Id., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Torino 2000, in cui l'A. sottolinea l'effetto di indebolimento del testo costituzionale che il ricorso al principio di ragionevolezza determina. Più cauta è l'impostazione di M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano 1994, 246-252, che si esprime in favore dell'elaborazione di test di giudizio che consentano di salvaguardare anche nei giudizi di ragionevolezza una maggiore certezza del diritto.

³⁴ Sulla ricerca della *ratio legis*, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1972, 267, secondo il quale l'indagine sulla *ratio* unisce al momento logico il momento teleologico della norma giuridica teso ad illuminare la strumentalità di quest'ultima «ad un fine di convivenza sociale, che non può dirsi raggiunto con la sola emanazione, ma solo con l'applicazione di essa norma nella vita di relazione»; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 140, secondo il quale per l'interpretazione delle leggi-provvedimento occorre far riferimento alle regole interpretative dettate per la legge in generale, ai sensi dell'art. 12 delle disp. prel. cod. civ. Per la ricostruzione della *ratio legis* nella giurisprudenza costituzionale, cfr. A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in questa Rivista, 1975, 561 ss., e, più di recente, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 119 ss.

³⁵ Così, Corte cost., n. 153/1997, cit. Cfr. anche Corte cost., 17 giugno 1996, n. 205, e, Id., n. 2/1997, cit.

³⁶ Così, A. MARCHETTI, *Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, 17 luglio 2013, in *www.federalismi.it.*, 12.

³⁷ La dottrina, sin dagli anni Cinquanta del Novecento, si è misurata con la nozione

Al di là della plausibilità di una simile (e discussa) impostazione teorica³⁸, non vi è dubbio che, allo stato attuale, il canone della ragionevolezza, una volta emancipatosi dal principio di eguaglianza³⁹, abbia ormai assunto un connotato conformativo rispetto ad ogni altro parametro costituzionale, da cui deriva la pervasività del suo richiamo, utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte⁴⁰.

Questo aspetto trova conferma in relazione al sindacato sulle leggi-provvedimento, dove il limite generale della ragionevolezza, come si vedrà subito appresso, arricchisce e rafforza gli ulteriori limiti specifici cui deve sottostare l'amministrazione per legge, quali sono quelli del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause

di eccesso di potere legislativo (C. MORTATI, *L'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss.; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 993 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano 1970). Si concepì tale vizio come «sorpasamento dei limiti posti all'esercizio della discrezionalità» (così C. MORTATI, op. ult. cit., 457). Secondo questa teoria un simile sindacato poteva ritenersi confermato dall'art. 134 Cost. che, con la formula «questioni relative alla legittimità costituzionale», comprende tutte le figure di illegittimità, compresa «quella dell'eccesso di potere, come vizio della causa, o di deviazione della funzione tipica dell'atto» (C. MORTATI, op. ult. cit., 461). Questa impostazione suppone che discrezionalità legislativa e discrezionalità amministrativa presentino caratteri di omogeneità, ritenendosi che, analogamente a quanto accade nell'esercizio del potere discrezionale amministrativo, il legislatore compie una scelta in relazione ad interessi in conflitto. Si sostiene, quindi, un concetto unitario di discrezionalità, al quale ricondurre «ogni specie di attività vincolata ad un fine trascendente l'interesse dell'agente, quale che sia il campo in cui l'attività stessa si esplica» (così, C. MORTATI, (voce) *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960, 1100; nello stesso senso E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 150 ss.). Seguendo questa impostazione, ne discende che la differenza tra la scelta discrezionale amministrativa e quella legislativa non sarebbe qualitativa ma quantitativa, nel senso che mentre il potere discrezionale amministrativo deve essere esercitato rispettando le norme poste da tutte le fonti del diritto, il legislatore deve attenersi al rispetto dei valori e delle norme costituzionali (E. BETTI, op. ult. cit. 160 ss.). Il precipitato di questo ragionamento è, dunque, la predicabilità di un sindacato sulla ragionevolezza dell'intervento legislativo in termini analoghi a quello effettuato sul provvedimento amministrativo.

³⁸ Per una critica alla teoria dell'eccesso di potere legislativo, si rinvia alle profonde osservazioni di L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, cit.

³⁹ Questo aspetto è stato sottolineato in dottrina sin dai primi anni Novanta (cfr. AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.).

⁴⁰ Questo aspetto è stato evidenziato, più di recente, da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 1-2, in www.cortecostituzionale.it.

in corso (artt. 24, 113 Cost.)⁴¹ e quello dell'osservanza dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). Limiti, questi, che riflettono la rilevanza costituzionale del principio della separazione dei poteri⁴², e che rimarcano come le leggi-provvedimento costituiscano un fenomeno perennemente sospeso tra la "riserva di giurisdizione"⁴³ e la "riserva di amministrazione"⁴⁴.

Quanto al primo limite specifico, che intercetta il delicato tema del rapporto tra effettività della tutela giurisdizionale ed autorità della legislazione, il confine oltre cui sono violati i corretti rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale è stato individuato nell'interferenza diretta della legge sul giudicato⁴⁵. Ciò non solo a causa dell'intangibilità del giudicato, che ben si presta a rappresentare il confine dell'autonomia costituzionale dell'ordinamento giudiziario; ma anche perché l'attitudine di una legge ad incidere su uno o più giudicati rivela il suo scopo concreto, eccedente la funzione normativa, e consistente nell'inammissibile

⁴¹ Corte cost., 20 novembre 1995, n. 492; Id., 15 luglio 1991, n. 346

⁴² In relazione alla individuabilità nel sistema costituzionale nazionale del principio di separazione dei poteri, cfr., senza pretesa di esaustività, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1966; E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm.*, 1996, 1247 ss.; cfr. anche G. BOGNETTI, *voce Poteri (divisione dei)*, *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, ID., *La divisione dei poteri*, Milano Giuffrè, 1994; A. CERRI, *voce Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, 1990; M. DOGLIANI, *Costituente (potere)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989; C. ROERHRSSEN, *Della separazione dei poteri in Montesquieu e Kelsen con particolare riguardo al potere esecutivo*, in *Riv. amm.*, 1989, 659 ss.; A. PIZZORUSSO, *Organizzazione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, Milano 1981, XXXI, 151.

⁴³ Sulla nozione di riserva di giurisdizione, cfr. Corte Cost. n. 85/2013, cit., par. 12.5, per cui, con tale espressione «si possono indicare due distinti, seppur collegati, principi, entrambi presenti nella Costituzione. Il primo – enunciato in modo esplicito da una serie di norme costituzionali (artt. 13, 14, 15 e 21) – consiste nella necessità che tutti i provvedimenti restrittivi di alcune libertà fondamentali debbano essere adottati «con atto motivato dell'autorità giudiziaria», a garanzia del modo indipendente ed imparziale di applicare la legge in questo campo. Intesa in questo senso, la riserva di giurisdizione risulta evidentemente estranea all'odierno giudizio. Il secondo principio – non enunciato esplicitamente da una singola norma costituzionale, ma chiaramente desumibile in via sistematica da tutto il Titolo IV della Parte II della Costituzione – consiste nella esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie, che coinvolgono diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni. Con riferimento alla giurisdizione penale, la «riserva di sentenza», di cui sinora s'è detto, è integrata nella Costituzione italiana dalla riserva al pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale, che costituisce un potere esclusivo, ma anche un dovere dei titolari di tale funzione giudiziaria (art. 112 Cost.)»

⁴⁴ Sulla nozione di riserva di amministrazione, v. *supra* nota n. 20.

⁴⁵ Cfr., Corte cost. 27 luglio 2000, n. 374; Id., 2 aprile 2009, n. 94

«correzione» dell'attività giurisdizionale⁴⁶. Ma il rispetto della funzione giurisdizionale non si esaurisce in ciò. Se il giudicato costituisce un confine invalicabile (un limite «rigido», censurabile ai sensi degli artt. 24, 113 Cost.), il rispetto della funzione giurisdizionale implica anche che il legislatore non può ignorare il dato della pendenza del giudizio nel modulare le sue scelte finali, in ciò ravvisandosi un limite «elastico», che va ad integrare e rendere più incisivo il sindacato sulla ragionevolezza della scelta⁴⁷.

Rispetto all'individuazione di un corretto punto di equilibrio tra l'autorità della legge e la garanzia della giurisdizione, appaiono eccentriche due risalenti e isolate pronunce in cui la Corte ha affermato il principio della sindacabilità della legittimità di un atto amministrativo, nonostante la sua sopravvenuta approvazione con legge⁴⁸. La controversia verteva sull'approvazione di un piano urbanistico regionale: procedimento, questo, che secondo la Corte può essere suddiviso in due fasi, l'una amministrativa, con le garanzie proprie del giusto procedimento, sfociata nell'adozione del piano; l'altra legislativa, di mera approvazione del piano. Gli eventuali vizi della fase amministrativa di formazione, adozione e modifica del piano non sono sanati – secondo queste sentenze-, né comunque coperti dall'approvazione con legge regionale e non sono, pertanto, sottratti all'ordinario sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative incidenti sulle situazioni soggettive. Ne discende che la legge sopravvenuta non impedisce ai soggetti interessati di ricorrere avanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi preparatori e che, nel caso di sentenza del giudice amministrativo che annulli il piano, la medesima legge di approvazione finirebbe con il «rimanere, in tutto o in parte, priva di oggetto»⁴⁹.

Questi arresti sono stati fortemente criticati da un'autorevole dottrina, che ha messo in guardia dalle «aberranti conseguenze» a cui conduce una simile impostazione, la quale, facendo riemergere l'antica distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale, giunge ad affermare «la novità assoluta nel nostro ordinamento di una legge deliberata dal Consiglio, promulgata dal Presidente della regione, pubblicata regolar-

⁴⁶ Corte cost. n. 374/2000 cit.

⁴⁷ In questo senso F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, cit., 2774.

⁴⁸ Corte cost. 11 giugno 1999 n. 225 e Corte cost. 11 giugno 1999 n. 226, in *Giur. cost.*, n. 3/1999, con nota di G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale?*, 2005 ss., e di A. SIMONCINI, *La legge «senza valore»* (ovvero, della necessità di un giudizio sulla ragionevolezza delle scelte normative).

⁴⁹ Così Corte cost. n. 226/1999, cit., par. 4 del Considerato in diritto.

mente, ma egualmente nulla-inesistente, che chiunque ha il dovere di non applicare»⁵⁰. Invero, l'esito di questo approccio appare eccessivamente sbilanciato a favore del potere giurisdizionale, obliterando il dato della forza e del regime giuridico della legge. La ricerca di un punto di equilibrio tra opposti valori costituzionali in gioco, se rende inaccettabile il diniego giustizia, non può neppure coincidere con l'assoluta prevalenza delle esigenze di garanzia giurisdizionale.

L'orientamento stabile della Corte ha difatti escluso che all'adozione di una determinata disciplina con norme di legge sia di ostacolo la circostanza che, in sede giurisdizionale, sia stata ritenuta illegittima quella contenuta in un atto amministrativo. Anche in tale ipotesi è escluso che, di per sé, sia compromessa la funzione giurisdizionale, «poiché legislatore e giudice continuano a muoversi su piani diversi: il primo fornisce regole di carattere tendenzialmente generale e astratto; il secondo applica il diritto oggettivo ad una singola fattispecie»⁵¹. In definitiva, secondo la Corte la funzione giurisdizionale e quella legislativa corrono lungo due binari paralleli nel senso che, salvo il limite del giudicato, le vicende processuali che riguardano l'atto amministrativo – poi assorbito dalla legge – non sono idonee, di per sé, a paralizzare l'efficacia della legge-provvedimento.

Ciò non toglie che, qualora il ricorso allo strumento legislativo provvedimento risponda al solo scopo di sottrarre l'atto amministrativo al vaglio giudiziario, ciò paleserà il suo carattere abusivo, che potrà alla declaratoria di incostituzionalità della legge per irragionevolezza dell'intervento, riguardata sotto il profilo dell'interferenza – indebita e non giustificata – con la funzione giurisdizionale⁵².

⁵⁰ Così G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale?*, cit., 2019-2020.

⁵¹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., ord. n. 32 del 2008, Id., n. 352 del 2006, e Corte cost., 3 giugno 1998, n. 211, Id., 24 giugno 1994, n. 263.

⁵² Cfr. Corte. cost., 13 luglio 2007, n. 267, in *Giur. cost.*, n. 4/2007, con nota di G. ARCONZO, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento (in margine alla sent. n. 267 del 2007)*. In tal caso, la Corte benché abbia affermato come «queste leggi sono ammissibili entro limiti sia specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, sia generali, e cioè del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà», ha concretamente condotto il suo giudizio guardando esclusivamente alla ragionevolezza dell'intervento normativo, senza riconoscere al contrasto con la funzione giurisdizionale un parametro autonomo cui ricondurre lo scrutinio di costituzionalità. Su questo aspetto, cfr. R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 928 ss., spec. 920, dove l'A. afferma che se le leggi in luogo di provvedimento sono ispirate dal «solo intento di sottrarre ai privati la garanzia della tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi possono ritenersi viziate

E ciò non toglie che il vizio di un atto amministrativo, poi approvato con legge, non sia sanato ma possa tradursi in un vizio della legge di approvazione. Da qui, però, appare perplesso ritenere – come sostenuto negli arresti criticati – che in capo al giudice della controversia sussista un – mal celato – potere di disapplicazione della legge perché svuotata di contenuto. Così opinando si aprirebbe ad un sindacato diffuso del giudice che, nei fatti, sottrarrebbe alla esclusiva competenza della Corte costituzionale il sindacato accentrato sulle leggi⁵³, mortificando la portata *erga omnes* delle sentenze che ne dichiarano l'incostituzionalità, a scapito della certezza delle relazioni giuridiche⁵⁴. Invero, ogni doglianza che si riflette sulla legge-provvedimento si incentra su quest'ultima, risolvendosi necessariamente nel giudizio di legittimità costituzionale.

Si introduce, così, il secondo limite specifico cui sono sottoposte le leggi-provvedimento: quello del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità che governano la funzione amministrativa, anche quando questa si presenta sotto la forma di legge.

Qui, diversamente rispetto a quanto osservato circa il rispetto della funzione giurisdizionale, non si è registrato un orientamento stabile della Corte.

per eccesso di potere legislativo se non anche per violazione del principio desumibile dagli articoli 24 e 113 della Costituzione». Cfr., sul punto, anche S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 186 ss.

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, 20 gennaio 2004, n. 1559. Il Supremo Consesso amministrativo ritiene che «a fronte dell'assorbimento del disposto di un atto amministrativo in un provvedimento avente forma e valore di legge, resta precluso al giudice ogni possibilità di sindacato diretto sull'atto impugnato dinanzi a sé, che si risolverebbe, diversamente opinando, in una sottrazione alla Corte costituzionale della sua esclusiva competenza nello scrutinio di legittimità degli atti aventi forza di legge».

⁵⁴ A ben vedere la disapplicazione, se riguardata in termini generali, non risolve alcun problema di coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico, bensì crea un paradosso: disapplicazioni che rischiano di restare confinate tra le parti in causa, o comunque tra una cerchia ristretta di soggetti, frantumano l'unità dell'ordinamento «in una serie infinita di microcosmi, più o meno clandestini», tenuto conto che «non c'è non solo nessun sistema di conoscenza legale ma neppure nessun sistema di conoscibilità diffusa delle disapplicazioni operate dai giudici rispetto allo stesso atto o –al limite– rispetto alla stessa fattispecie, disapplicazioni che rischiano quindi di restare confinate tra le parti in causa» (così S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No grazie*, in «Impugnazione» e «disapplicazione» dei regolamenti, 195-196, Atti del convegno organizzato dall'ufficio studi e documentazioni del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, n.3 dei *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino 1998, 195-196, in relazione al tema della disapplicabilità dei regolamenti amministrativi, ma con argomentazioni che si ritengono estensibili al problema delle leggi-provvedimento).

Anticipando quanto verrà approfondito in seguito⁵⁵, la Corte, pur continuando a negare l'esistenza di una riserva di amministrazione nel nostro ordinamento, è giunta ad una progressiva valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa ritenendo, a seguito di un percorso interpretativo tortuoso⁵⁶, che il rispetto delle garanzie procedurali non può rimanere confinato nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, a pena di incostituzionalità della legge per violazione dell'art. 97 Cost.

Questa impostazione si fonda sull'assunto secondo cui il processo di traduzione degli interessi pubblici previamente fissati dalla norma ha visto, per effetto del «cantiere nazionale delle riforme» degli anni Novanta, un arricchimento delle garanzie procedurali offerte dall'ordinamento, così da assicurare la piena partecipazione degli interessati alla determinazione amministrativa, cui consegue l'effettiva raffrontabilità delle scelte operate dall'amministrazione⁵⁷.

Ne consegue che la scelta di ricorrere allo strumento legislativo piuttosto che all'atto amministrativo non è mai neutrale ma rischia di produrre un'alterazione della legalità procedimentale e una compressione delle garanzie offerte dal procedimento amministrativo⁵⁸,

⁵⁵ V. *infra*, par. 4.1.

⁵⁶ Di cui si darà conto nel successivo par. 4.1.

⁵⁷ In questi termini, F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 329 ss., spec par. 4. In particolare, l'A. evidenzia che «con le leggi nn. 142/1990 e 241/1990, e con il d.lgs. n. 29/1993, il principio di imparzialità si è meglio specificato nel principio di separazione tra politica e amministrazione e nel principio di partecipazione, alla ricerca di un equilibrio armonioso tra istanza di democratizzazione ed esigenza di oggettivazione e responsabilizzazione dell'organizzazione e dell'azione amministrative (ex art. 97, comma 3, Cost.)». Sul piano funzionale, questa evoluzione ha portato a emersione puntuale «la diretta attinenza costituzionale del dovere di motivazione e del principio del giusto procedimento, quali strumenti con cui garantire il diritto di difesa del cittadino». Il procedimento in generale è emerso sempre più come «la declinazione costituzionale necessaria per far emergere i vincoli e gli snodi che connotano ineludibilmente l'azione delle amministrazioni, attribuendosi allo stesso la funzione di linguaggio unitario della Repubblica».

⁵⁸ Questa impostazione era già stata anticipata da Corte Cost. n. 61 del 1958, cit., in cui la Corte si mostra consapevole della circostanza che «la diversità delle garanzie offerte dall'ordinamento nei confronti degli atti amministrativi e di quelli legislativi rendono tutt'altro che irrilevante il fatto che un determinato provvedimento venga adottato nell'una piuttosto che nell'altra forma». Su questo profilo Cfr. anche S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 288, la quale afferma che «la forza del principio di differenziazione tra previa legge generale recante previsioni astratte ed esercizio della funzione amministrativa secondo specifiche modalità imposte dall'ordinamento non può che risultare più preminente alla luce della consolidata esperienza della legge 241/90».

il quale è stato autorevolmente definito «giuridicamente necessario»⁵⁹.

Questo *deficit* di partecipazione, come già avvertito da autorevole dottrina⁶⁰, deve allora essere recuperato nel procedimento di formazione della legge, ogniqualvolta essa esprima un contenuto amministrativo.

Si tratta, a ben vedere, di una logica affine a quella che informa il sindacato sulla funzione regolatoria delle Autorità indipendenti, per le quali il rispetto delle garanzie di partecipazione diviene correttivo sia del *deficit* di legittimazione democratica, essendo queste Autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri⁶¹, sia della perdita di legalità sostanziale, dato che le formule utilizzate dalla legge per definire i loro poteri sono piuttosto generiche⁶². Il rispetto della legalità procedimentale conferisce a tali amministrazioni un diverso sistema di legittimazione, nel quale la ragione giustificativa «non discende dalla democrazia politica ma dalla democrazia procedimentale»⁶³.

⁵⁹ Cfr. F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 98, il quale osserva che «è in crescita la rilevanza giuridica dell'attività amministrativa come tale, la quale da nozione meramente ricognitiva evolve in nozione giuridica (ponendosi come fattispecie accanto all'atto e al provvedimento)».

⁶⁰ Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 130, secondo cui è «necessaria per la validità, sia del procedimento che dell'atto che ne deriva, [...] l'osservanza di modalità analoghe a quelle richieste per i corrispondenti atti della pubblica amministrazione».

⁶¹ Si sottolinea la distanza dell'autorità indipendente dal modello descritto dall'art. 95 Cost., perché mentre le amministrazioni tradizionali si raccordano naturalmente all'indirizzo politico del Governo, figure come le Autorità indipendenti, invece, sfuggono a questo legame, alterano il canone essenziale della responsabilità ministeriale e, di riflesso, anche il rapporto Governo-Parlamento tipico del regime parlamentare. L'indifferenza rispetto agli interessi in gioco ha poi suggerito di qualificarne la posizione come "neutrale", ossia di equidistanza rispetto agli interessi particolari in gioco. Su questo profilo Cfr. V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro Amm.*, n. 2/1997, 368.

⁶² Il fenomeno richiama la teoria dei poteri impliciti, tematica che, in senso più ampio, attiene alla teoria generale del diritto, e che risponde all'idea secondo cui una determinata competenza, pur non espressamente attribuita, è ritenuta implicita perché strumentale, o necessaria o consequenziale all'attività in esame. Sulla teoria dei poteri impliciti Cfr. i fondamentali contributi di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001, 458 ss.; Cfr. G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2003, 41-50; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2007, 710; M. D'AMICO, (voce) *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 3365 ss.

⁶³ Così S. CASSESE, *Negoziante e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in A.A.V.V., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino 2009,

Con riferimento alle leggi-provvedimento, predicare il recupero della legalità procedimentale è funzionale a colmare non un difetto di legittimazione del legislatore, dato che, come osservato, la Corte costituzionale non ritiene che la funzione amministrativa sia riservata al Governo-pubblica amministrazione, bensì la diminuzione di tutele (amministrative e giurisdizionali) che deriva dalla sostituzione del legislatore all'amministrazione.

Accanto ai limiti sin qui esposti, se non pongono altri, più specifici, che interessano distintamente le leggi-provvedimento statali e regionali.

Con riferimento a queste ultime, il sindacato sulla ragionevolezza dell'intervento amministrativo per legge si interseca con l'osservanza del riparto di competenze tra legislatore statale e regionale stabilito dall'art. 117 Cost. In particolare, è ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte il principio per cui la legge dello Stato, nell'esercizio di una competenza esclusiva, può vietare che la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa⁶⁴. E tanto perché «[i]n tale area riservata di competenza, per quanto la funzione amministrativa debba essere allocata al livello di governo reputato idoneo ai sensi dell'art. 118 Cost., il compito sia di individuare questo livello, sia di disciplinare forma e contenuto della funzione, non può che spettare al legislatore statale»⁶⁵. Tale determinazione, aggiunge la Corte, può essere desunta in virtù degli ordinari criteri ermeneutici «dall'impianto logico della normativa statale, anche in difetto di una disposizione che la preveda univocamente»⁶⁶.

Questo modo di procedere è stato stigmatizzato dalla dottrina che ha evidenziato come il principio affermato, in tal modo, configuri una riserva di provvedimento amministrativo regionale, imposta dal legislatore statale, lesiva dell'autonomia legislativa regionale⁶⁷. A ciò si aggiunge la critica all'ampio margine di discrezionalità che consegue alla Corte

42. Sul tema, cfr. altresì M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, 9 maggio 2003, par. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., 11 febbraio 2010, n. 44; Id., 25 giugno 2008, n. 250. Sul tema cfr. S. SPUNTARELLI, *La forma degli atti regionali*, in *Giur. it.* 2009, 1637 ss.

⁶⁵ Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 20, richiamata da Corte cost., 28 febbraio 2019, n. 28.

⁶⁶ Corte cost., n. 20/2012, cit., par. 5.1 del Considerato in diritto.

⁶⁷ G. SAPUTELLI, *Dall'illegittimità della legge «in luogo» di provvedimento regionale alla «riserva (materiale) implicita» di atto amministrativo per la disciplina dei calendari venatori*, in *Giur. cost.*, 2012, 216 ss.; G.U. RESCIGNO, *Variazioni sulle leggi-provvedimento (o, meglio, sulle leggi al posto di provvedimento)*, *ibidem*, 2008, 3070 ss.,

costituzionale – e più in generale all’interprete – allorché il divieto di leggi-provvedimento regionali non sia esplicito ma si leghi, implicitamente, alla connotazione tecnica dell’intervento posto in essere⁶⁸.

In realtà, la gravità della sostituzione con legge-provvedimento non sta nel fatto che il legislatore statale aveva previsto la forma dell’atto amministrativo e il legislatore regionale aveva violato tale obbligo, ma è rinvenibile piuttosto nelle conseguenze di tale sostituzione. Difatti, in tutte le ipotesi esaminate dalla Corte le leggi-provvedimento regionali si ponevano innanzi tutto in contrasto con l’art. 97 della Carta costituzionale, in quanto determinavano una elusione delle garanzie che assistono il cittadino di fronte all’esercizio della funzione amministrativa (dall’obbligo di motivazione, al rispetto delle garanzie partecipative, alla facoltà di compulsa l’amministrazione all’esercizio del potere di autotutela).

Come si vedrà⁶⁹, questo parametro è silenziosamente evidente e sotteso alle argomentazioni della Corte⁷⁰, come confermano le ultime pronunce rese dal giudice costituzionale che, anziché far leva sul riparto di competenze tra legislatore statale e regionale, richiamano direttamente la lesione del parametro sostanziale di cui all’art. 97 Cost.

Quanto alle leggi provvedimento statali, per queste è ricorrente il richiamo ai presupposti di necessità e urgenza di cui all’art. 77 Cost. Invece, gli atti normativi statali che più frequentemente la Corte costituzionale ascrive alla classe delle leggi-provvedimento non sono leggi formali, bensì atti aventi forza di legge e, in particolare, decreti legge⁷¹. Tanto che,

⁶⁸ G. SOBRINO, *Leggi-provvedimento delle Regioni e competenze legislative dello Stato: la Corte costituzionale fissa i “paletti” (ulteriori) all’esercizio dell’autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 2013, 787.

⁶⁹ V. *infra*, par. 4.1.

⁷⁰ Questo aspetto è stato evidenziato, in relazione al contenzioso in materia di prelievo venatorio in deroga, da S. SPUNTARELLI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di prelievo venatorio e un silenzioso parametro di legittimità*, nota a Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 258, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, 3172 ss. Tale aspetto sarà approfondito successivamente (v. *infra* par. 4.1.)

⁷¹ Tra le disposizioni normative esplicitamente ascritte dalla Corte alla classe delle «leggi provvedimento», rari sono i casi di sindacato su disposizioni ascrivibili ad una legge parlamentare. Così è stato per l’art. 1, comma 796, lettera o), della l. 27 dicembre 2006, n. 296, recante Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007 (qualificato esplicitamente dalla Corte «legge-provvedimento» nella sentenza n. 94 del 2009, punto n. 7.6 del Considerato in diritto), e per l’art. 11-*quinquies*, comma 7, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, recante Misure di contrasto all’evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria, introdotto dalla legge di conversione del 2 dicembre 2005, n. 248 (qualificato esplicitamente dalla Corte «legge-provvedimento» nella sentenza n. 267 del 2007, punto n. 4 del Considerato

in riferimento alle leggi-provvedimento statali, si potrebbe quasi parlare non più di una “amministrazione per legge” ma di una “amministrazione per (atti aventi forza di) legge”⁷², come confermano i recenti interventi su segmenti del sistema bancario (d.l. 8 gennaio 2019, n. 1, recante misure urgenti a sostegno della Banca Carige S.p.a. – Cassa di risparmio di Genova e Imperia), quelli relativi ad infrastrutture strategiche (d.l. 28 settembre 2018, n. 109, che reca disposizioni urgenti per la città di Genova), all’esercizio di poteri speciali del Governo rispetto ad acquisizioni di imprese anch’esse strategiche (*golden power*), a bonifiche di siti inquinati (d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, relativo alla società ILVA di Taranto)⁷³. Si ravvisa, pertanto, un nesso sempre più stringente tra la «gravità della fattispecie concreta, e l’eccezionalità dello strumento provvedimentale»⁷⁴. Nesso che, ancora una volta, rileva in una duplice direzione: sia in ordine alla verifica del rispetto dei presupposti di cui all’art. 77 Cost., sia come criterio informatore del sindacato sulla ragionevolezza dell’intervento amministrativo per legge. Emerge, quindi, che l’eccezionalità del ricorso all’amministrazione per legge non è solo una direttiva politica, che può essere disattesa dal legislatore entro i confini della ragionevolezza⁷⁵,

in diritto). Le altre disposizioni ascritte dalla Corte alla medesima classe sono atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi delegati) e leggi regionali. Cfr., sul punto, M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, cit., 60 ss.

⁷² Sottolinea questo aspetto M. LOSANA, *Leggi Provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, cit., 70, secondo cui «la prassi dell’amministrazione per legge esce dal parlamento per caratterizzare in modo sempre più incisivo l’azione di Governo». Cfr., altresì, G. BERNABEI, *Carattere provvedimentale della decretazione d’urgenza. L’amministrazione con forza di legge*, Milano 2017, 310-311. In particolare, secondo l’A. tali decreti svolgono una sostituzione completa della amministrazione in quanto provvedono dall’iniziativa alla valutazione discrezionale, al merito della scelta, fino alla produzione degli effetti costitutivi, modificativi o estintivi che si realizzano istantaneamente al momento della loro entrata in vigore.

⁷³ Per una più ampia disamina di questo aspetto, cfr. L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza, giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, 1021 ss.

⁷⁴ Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270.

⁷⁵ In proposito, si è rilevato come l’ammissibilità costituzionale delle leggi-provvedimento sia subordinata alla loro eccezionalità. Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 99, secondo cui «appare chiaro che una sostituzione frequente e massiccia del legislatore nello svolgimento dei naturali compiti della pubblica amministrazione, conferendo veste di legge ai provvedimenti esecutivi, all’infuori di ogni apprezzabile esigenza di opportunità politica, renderebbe abusivo l’esercizio di un potere, che in tanto rimane nell’ambito della costituzionalità in quanto sia contenuto in margini ristretti». Tuttavia, come precisa lo stesso A., si tratta di un limite difficilmente concretizzabile, non essendo predicabile un’ipotesi di illegittimità costituzionale legata alla quantità di leggi-provvedimento. In sostanza, questo limite si risolve in una direttiva politica la cui attuazione

ma un limite giuridico alla legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento, ogniquale queste presentino la forma del decreto-legge⁷⁶. Il discorso, qui, si salda con quell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che, a partire da un noto arresto del 1995, è giunta a ritenere la sindacabilità, anche a legge di conversione approvata ed entrata in vigore, dell'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza dei decreti-legge⁷⁷.

Riepilogando quanto esposto, le modalità utilizzate dalla Corte per effettuare uno scrutinio stretto possono sintetizzarsi: nella ricostruzione della *ratio* dell'intervento legislativo, alla luce dei lavori preparatori e delle reali motivazioni che, al di là del dato letterale, hanno indotto il legislatore ad una simile soluzione; nella comparazione di tale *ratio* con altri parametri costituzionali, individuati – disgiuntamente o congiuntamente – nel rispetto della funzione giurisdizionale e nell'imparzialità e nel buon andamento dell'azione amministrativa, a cui si associa, per le leggi regionali, l'osservanza del riparto di competenze tra legislatore statale e regionale, e, per le leggi statali (che sovente presentano la forma dei decreti-legge), la verifica dei presupposti di necessità e urgenza dell'intervento amministrativo per legge. L'insieme di questi parametri dovrebbe consentire una valutazione più incisiva della congruità e della necessità dello strumento normativo adoperato rispetto all'obiettivo da raggiungere nel caso concreto.

3.2. *Le critiche al modello*

Un siffatto modello di sindacato – articolato nei termini sopra descritti – non ha tuttavia scalfito le critiche che lo hanno sempre accompagnato. Critiche che, negli ultimi decenni, sono state rinvigorite in ragione di due fenomeni cruciali: il primo è rappresentato dal richiamo all'effettività della tutela giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia

è in definitiva rimessa alla volontà del legislatore, entro i margini della ragionevolezza. Esistono, tuttavia, limiti di natura particolare che possono desumersi dalla Costituzione e che possono arginare i rischi insiti nel fenomeno in esame.

⁷⁶ Cfr. C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli 2018.

⁷⁷ Tale principio è stato affermato da Corte cost., 20 luglio 1995, n. 91, e si è stabilizzato a partire da Corte cost., 23 maggio 2007, n. 171, con cui – per la prima volta – la Corte ha dichiarato incostituzionale un decreto-legge per mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza. Per un caso recente in cui tale evidente mancanza non è stata ritenuta sussistere dalla Corte, cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5 del 2018.

dell'Unione europea, oggi positivizzato all'art. 47 della Carta di Nizza⁷⁸; il secondo attiene all'evoluzione del processo amministrativo, da giudizio di stampo prevalentemente "cassatorio", incentrato sulla legittimità dell'azione amministrativa, a giudizio sempre più incentrato sulla verifica della fondatezza della pretesa del ricorrente.

Su queste premesse, le carenze che denunciano l'inadeguatezza del sindacato giurisdizionale effettuato dalla Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento si appuntano, essenzialmente, su quattro profili.

Anzitutto, si è rilevata la mancata previsione dell'impugnazione diretta della legge davanti al giudice costituzionale. Tale aspetto stride con la concezione funzionale di pubblica Amministrazione fatta propria dal diritto dell'Unione europea, che rifugge da qualificazioni di mera forma e applica direttive e regolamenti sulla scorta dei caratteri sostanziali dell'autorità emanante e degli scopi che l'atto deve conseguire. Su questo assunto, le criticità sono particolarmente presenti in relazione alle leggi-provvedimento c.d. autoapplicative, cioè quelle leggi provvedimento non precedute da un precedente provvedimento amministrativo. In questi casi, mancando, a monte, un atto amministrativo, l'unica tutela rispetto ad una legge-provvedimento autoapplicativa sarebbe esperibile solo in via d'azione, e cioè attraverso un'impugnazione diretta dell'atto davanti alla Corte costituzionale. Considerato che l'ordinamento italiano riconosce solo in un numero limitato e specifico di casi l'accesso diretto alla Corte costituzionale, «la legge-provvedimento autoapplicativa, più che un problema di effettività della tutela giurisdizionale, ne pone a monte uno di esistenza della tutela stessa»⁷⁹. Ciò ha portato la Corte di Giustizia ad affermare, seppur in riferimento a Paesi diversi dall'Italia, che, qualora la legge-provvedimento intervenga in una materia di competenza dell'Unione europea per la quale l'ordinamento impedisce diretto all'accesso alla giustizia costituzionale, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare

⁷⁸ Molto si è discusso e, per alcuni aspetti, si discute ancora oggi, attorno all'esatto significato del termine effettività e alla portata ad esso attribuita dalla Corte di giustizia. La letteratura in materia è praticamente sterminata. In questa sede ci si limita a richiamare i riferimenti bibliografici essenziali: cfr. N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli 2009, 635 ss.; M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, 476 ss.; M. ACCETTO, S. ZLEPTING, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *Eur. Public Law*, 2005, 375 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano 2004.

⁷⁹ Così M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Dike, 2018, 68.

la norma che sbarra all'impugnazione diretta della legge-provvedimento medesima⁸⁰.

In secondo luogo, si è evidenziato che il sindacato di costituzionalità è condizionato dal vaglio del giudice *a quo* circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione, cui peraltro non è neppure riconosciuto il potere di adottare misure cautelari sospensive della legge sospettata di incostituzionalità.⁸¹

In terzo luogo, si è ricordato che le norme relative al giudizio di costituzionalità in via incidentale (di cui alla L. 11 marzo 1953, n. 87) non prevedono il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia della legge nei cui confronti il giudice comune abbia sollevato una questione di costituzionalità⁸².

In quarto luogo, e soprattutto, si è registrato l'atteggiarsi dello scrutinio di ragionevolezza ad una intensità inferiore rispetto al controllo del giudice amministrativo sull'eccesso di potere⁸³: esso, a differenza di quanto avviene nel sindacato sull'eccesso di potere sugli atti amministrativi, si scontra con tutte le difficoltà insite nella configurabilità di manifestazioni sintomatiche dell'eccesso di potere legislativo, le quali rendono assai meno agevole il compito del giudice costituzionale in relazione all'accertamento, in assenza di un dovere di motivazione della legge-provvedimento⁸⁴, del rapporto tra la reale finalità sottesa dall'intervento e la

⁸⁰ CGUE, Grande Sezione, 18 ottobre 2011, C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09. Favorevole alla soluzione della disapplicazione già F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e «valore di legge»*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2001, 33 ss.

⁸¹ Per osservazioni critiche sul punto, cfr. P. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimento d'urgenza*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli 1979, 117 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, quarta ed., Napoli 2002, 641; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, terza ed., IV, Milano 2000, 159 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Vol. I: le tutele*, Padova 2003, 287. In senso favorevole alla configurazione di misure cautelari, tendenti a paralizzare temporaneamente gli effetti della legge, cfr. A. PACE, *Decreti legislativi d'esproprio e tutela cautelare*, in *Giur. cost.*, 1968, 594 e ss.

⁸² Tra i tanti, basti il richiamo a F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e «valore di legge»*, cit.

⁸³ F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e «valore di legge»*, cit. Più di recente, cfr. A. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi-provvedimento: variabilità della soluzione ed «evanescenza» dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *AIC*, n. 1/2011; cfr. anche P. SCARLATTI, *Il regime delle leggi-provvedimento regionali nella trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.

⁸⁴ Nella prospettiva che accoglie il concetto di eccesso di potere legislativo (v. *supra* nota 37), la quale implica un sindacato volto a rilevare la divergenza tra la finalità concre-

coerenza e congruità del mezzo prescelto, che riveste la forma legislativa. Tale distacco tra giudizio di costituzionalità e giudizio amministrativo si è acuito nel tempo. Da una parte, la formula dello “scrutinio stretto” di costituzionalità si è in larga parte rilevata velleitaria, risolvendosi spesso in un mero controllo esterno sulla ragionevolezza, incentrato sul carattere manifesto del vizio⁸⁵. Dall'altra, il processo amministrativo si è evoluto

tamente perseguita dall'atto rispetto a quella che avrebbe dovuto avere, ne discenderebbe la doverosità della motivazione della legge (in questo senso, C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, cit., 460). Tuttavia, si è autorevolmente replicato che tale doverosità «in nessun modo si fonda sulla lettera della Costituzione» (così L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, cit., 1034). Una più recente opinione ritiene la doverosità della motivazione facendo leva sul principio dell'effettività della tutela giurisdizionale: «se la legge viene ad assumere caratteristiche di concretezza e specificità, alla stregua di un atto amministrativo, risulta allora imprescindibile una spiegazione del percorso logico che ha condotto alla scelta legislativa, poiché, diversamente opinando, si impedirebbe al destinatario inciso di conoscere le ragioni dell'atto con ripercussioni sulla efficacia della tutela giurisdizionale» (così G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1333). Tuttavia, come riconosce lo stesso A., si potrebbe obiettare che per le leggi provvedimento la motivazione è superflua, non potendo il giudice amministrativo sindacare l'atto né la funzione legislativa che lo ha prodotto. Ciononostante, riprendendo l'invito di Mortati, «la presenza di una motivazione carente, illogica, contraddittoria potrebbe rappresentare un sintomo ulteriore della arbitrarietà e irragionevolezza dell'atto, conducendo più agevolmente ad una declaratoria di illegittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle leggi». La giurisprudenza costituzionale, non rivenendo nella Costituzione indici letterali o sistematici per poter desumere un dovere di motivazione delle leggi-provvedimento, ha fatto ricorso ad un criterio di tipo induttivo, secondo cui l'irragionevolezza dell'intervento legislativo si può desumere da «indizi» e «presunzioni» ricavabili «dall'esame dei comportamenti seguiti per la formazione della volontà legislativa» (Cfr. Corte cost., 19 novembre 1982, n. 195, in *Giur. cost.*, 1982, 2067 ss., con nota di F. MODUGNO, *Ancora sulla mancata determinazione del thema decidendum e sull'“eccesso di potere legislativo”*, 2072 ss.).

⁸⁵ Come emerge dalla casistica, solo in pochi casi la Corte si è spinta ad effettuare uno scrutinio davvero stringente delle leggi-provvedimento, analizzandone la congruità e l'adeguatezza al caso, la coerenza e la non arbitrarietà, nonché le ragioni che ne hanno sorretto la peculiare scelta di una tale tipologia di atto (Cfr. Corte cost., n. 1/1962, cit.; Corte cost., n. 90/1966; Corte cost., n. 80/1969). Di fatto, nella maggior parte dei casi, il sindacato si risolve nell'analisi di una palese irragionevolezza o arbitrarietà (Cfr. Corte cost. n. 347/1995, cit.; Corte cost., n. 25/2001). Per un caso recente, Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 289, avente ad oggetto una legge regionale in materia di riordino della rete ospedaliera, nella parte in cui si censurava l'irragionevolezza del piano di riparto, approvato con legge, nella parte in cui comportava una riduzione dei posti letti per le strutture private accreditate. La Corte ha ritenuto il suddetto intervento ragionevole sulla base della seguente argomentazione: «la circostanza che siffatto riordino comporti una diversa incidenza della diminuzione dei posti letto fra la ospedalità pubblica e quella privata non costituisce motivo di manifesta irragionevolezza della disciplina, rientrando nella sfera di discrezionalità del legislatore regionale, nel rispetto delle esigenze di funzionalità degli

nel senso di un controllo sempre più penetrante sulla legittimità dell'azione amministrativa, al punto da incentrarsi sull'accertamento dell'intero rapporto controverso⁸⁶.

Le critiche ora esposte devono tuttavia essere ridimensionate se si guarda alle più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sulle leggi-provvedimento. Tendenze che, anticipando quanto emergerà dalla casistica analizzata, confermano l'acquisita consapevolezza della Corte a favore di un sindacato effettivamente «stretto» di costituzionalità, imposto dalla eccezionalità della sostituzione del legislatore all'amministrazione.

4. *La nuova giurisprudenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*

4.1. *Il caso POS Molise (Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116): verso una riserva di procedimento amministrativo*

Con un recente innovativo arresto la Corte costituzionale⁸⁷ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di legge statale (art. 34-bis del d.l. n. 50 del 2017, convertito in l. n. 96 del 2017) che aveva "approvato" il Programma Operativo Straordinario (POS) della Regione Molise, commissariata per il rientro dal disavanzo sanitario⁸⁸.

essenziali servizi offerti – ora non in discussione –, la modulazione degli strumenti volti al contenimento della spesa pubblica nel predetto settore» (par. 3.4. del Considerato in diritto). In dottrina la debolezza del sindacato di costituzionalità è stato denunciata, tra gli altri, da A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, n. 2/1999, 1136 ss.; C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, cit.; A. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi-provvedimento: variabilità della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, cit.; F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, n. 4/2017.

⁸⁶ Su questo aspetto, basti qui il riferimento ad Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁸⁷ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116, con nota di F. DELLA VALLE, *La Corte muove un timido passo su un sentiero ardito*, in *Foro It.*, e di F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, disponibile in *www.forumcostituzionale.it*.

⁸⁸ In particolare, il legislatore statale, per far fronte alla compromessa situazione economico-finanziaria e sanitaria in cui versava la Regione Molise, adottava la legge di stabilità 2015, la quale (all'art. 1, comma 604 e 605) autorizzava, per l'anno 2015, la spesa

L'iter argomentativo che ha condotto la Corte a ritenere fondata la questione di legittimità costituzionale ruota attorno alla valorizzazione del ruolo del procedimento amministrativo «nell'amministrazione partecipativa disegnata dalla legge 7 agosto 1990 n.241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)». Osserva la Corte che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto «[è] nella sede procedimentale [...] che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela»; e che la modalità dell'azione amministrativa deve poter emergere «a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa».

Su queste premesse si afferma che se la materia «per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato» presenta i tratti della materia amministrativa, allora ne consegue l'applicazione delle garanzie tipiche del procedimento amministrativo.

Applicando tale principio al caso di specie, la Corte ha rilevato che l'oggetto della legge-provvedimento censurata presenta le caratteristiche della materia amministrativa⁸⁹ e che la complessità delle scelte e degli interessi in gioco (legati alla tutela della salute) e le ricadute su tutte le

fino ad un massimo di 40 milioni di euro in favore della Regione stessa, subordinatamente alla sottoscrizione di uno specifico Accordo tra lo Stato e le Regioni concernente l'intervento straordinario per l'emergenza economico-finanziaria del Servizio Sanitario della Regione Molise e per il riassetto della gestione del Servizio Sanitario Regionale. L'Accordo veniva sancito in data 3 agosto 2016 e recava il Programma Operativo Straordinario (POS) 2015-2018 della Regione Molise. Il POS veniva successivamente recepito con decreto del Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario della predetta Regione Molise n. 52 del 12 settembre 2016. Il legislatore statale, a seguito dell'impugnazione tanto del P.O.S. quanto del D.C.A. n. 52/2016 e degli altri atti attuativi, interveniva, dunque, con l'art. 34-*bis* del D.L. n. 50 del 2017, legificando il P.O.S. medesimo. In definitiva, il legislatore statale, in un primo momento ha imposto il ricorso allo strumento amministrativo, e, successivamente (quando tale provvedimento è risultato oggetto di svariati ricorsi innanzi al giudice amministrativo), si è sostituito all'amministrazione ed è intervenuto con legge, derogando, quindi, all'opzione da lui stesso originariamente effettuata.

⁸⁹ Nello specifico, quella oggetto di scrutinio, secondo la Corte, può essere ricondotta nell'ambito delle leggi di sanatoria, «in quanto intes[a] a fornire 'copertura legislativa' a precedenti atti amministrativi». Secondo la giurisprudenza costituzionale, le leggi di sanatoria «non sono costituzionalmente precluse in via di principio, ma[...], trattandosi

strutture sanitarie regionali, avrebbe postulato una istruttoria amministrativa approfondita, fisiologicamente non appartenente al procedimento di formazione delle leggi.

Con un secondo innovativo passaggio la Corte puntualizza che il maggior rigore richiesto nello scrutinio della legge di sanatoria in esame impone di estendere il sindacato di costituzionalità anche ad un'ulteriore caratteristica dell'azione amministrativa, quale è, appunto, l'esistenza di un successivo vaglio giurisdizionale. Si riconosce che la scelta di adottare l'atto legislativo in luogo dell'atto amministrativo non è neutrale sotto il profilo della tutela giurisdizionale. Specie in presenza di un'attività amministrativa già svolta e successivamente legificata, in cui una diminuzione di tutela delle situazioni soggettive incise dall'azione amministrativa «è *in re ipsa* ed è nella specie conclamata». E ciò in quanto non può reputarsi irrilevante la possibilità – correlata al procedimento amministrativo e ai suoi caratteri – di sottoporre le scelte compiute ad un più intenso sindacato giurisdizionale (grazie anche all'obbligo di rendere trasparente e conoscibile, attraverso la motivazione del provvedimento, il percorso logico che ha portato all'adozione di quella determinata decisione) o di invocare una tutela che, in coerenza con i principi di pluralità e atipicità di tutele del nuovo processo amministrativo, non si limiti all'annullamento dell'atto impugnato, ma si sostanzi in un intervento più articolato e incisivo, come la condanna dell'amministrazione all'adozione di un determinato atto o comportamento o la riforma o la sostituzione dell'atto impugnato.

Da ultimo, con un passaggio non meno significativo, viene riconosciuto che la legificazione comporta la compromissione della naturale elasticità dell'azione amministrativa, che trova nel potere di autotutela una fisiologica risposta alle necessità di riesame del provvedimento.

Sulla scorta dei predetti argomenti la Corte Costituzionale ha concluso nel senso della violazione degli artt. 3 e 97 Cost. perpetrata dal legislatore, con assorbimento degli ulteriori parametri invocati dal rimettente.

Tale sentenza costituisce il punto di arrivo di quell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale tesa alla valorizzazione delle garanzie procedurali per sindacare la costituzionalità delle leggi-provvedimento. Come già accennato⁹⁰, si è progressivamente forgiata una «specialità» del procedimento di approvazione di quelle leggi per cui la qualificazione

di ipotesi eccezionali, la loro giustificazione deve essere sottoposta a uno scrutinio particolarmente rigoroso».

⁹⁰ V. *supra* par. 3.1.

da parte del legislatore di una materia come tipicamente amministrativa comporta l'osservanza delle regole proprie dell'azione amministrativa. Per cogliere la portata innovativa del principio affermato occorre dar conto, seppur sinteticamente, di tale *iter* evolutivo che, per semplicità espositiva, può essere suddiviso in tre fasi.

In una prima fase, la risalente pronuncia della Corte n. 13 del 1962 ha riconosciuto l'esistenza del "giusto procedimento", e delle garanzie di partecipazione che esso comporta, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, da osservare a pena di incostituzionalità della legge-provvedimento⁹¹. Tuttavia, la portata di questa affermazione è stata dapprima stemperata dalla stessa sentenza in relazione al legislatore statale poiché, diversamente dai legislatori regionali, esso non è vincolato al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, a meno che non si identifichino con norme o principi costituzionali (tra cui non rientrerebbe, secondo la Corte, il principio del giusto procedimento)⁹². Progressivamente, poi, il richiamo al giusto procedimento per le leggi regionali è stato ridimensionato⁹³, e definitivamente abbandonato⁹⁴.

Ciononostante, il principio interpretativo affermato da questa storica pronuncia ha fornito agli interpreti «suggestive prospettive di ricerca»⁹⁵. Ciò che più conta sottolineare è che, secondo questa ricostruzione, la legge non può costituire l'abito formale per sottrarre ai cittadini il diritto di "esporre le proprie ragioni". È vero che questo principio è stato affermato come inderogabile per le Regioni ma non per il legislatore statale, ma è anche vero che, come evidenzia la stessa Corte, la legislazione statale,

⁹¹ Corte cost. n. 13/1962, cit., avente ad oggetto una legge regionale con cui il territorio della Valle d'Aosta è stato, senza alcuna discriminazione, dichiarato bellezza naturale e zona di particolare importanza turistica. Si riporta il passaggio centrale dell'argomentazione della Corte: «[...] la Corte ritiene che il principio informatore delle indicate leggi statali altro non è che l'applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato. Questo principio generale consiste nella esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico» (par. 3 del considerato in diritto).

⁹² Corte cost., ult. cit., par. 3 del considerato in diritto.

⁹³ Corte cost., n. 90/1966, cit.; Id. n. 80/1969, cit.

⁹⁴ Corte cost. n. 143/1989, cit.

⁹⁵ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, 142.

pur potendo derogare a tale principio, assai spesso, in casi di particolare rilevanza, ne ha fatto un canone fondamentale di tecnica normativa. La Corte cita gli esempi della legge sulle espropriazioni per pubblico interesse e della legge urbanistica, e cita soprattutto il caso relativo alla riforma fondiaria che, pur stabilendo un sistema straordinario secondo cui gli atti di espropriazione i avevano forza di legge, tali atti sono stati «l'epilogo di un procedimento durante il quale gli interessati hanno potuto addurre le difese utili nell'ambito di quel sistema»⁹⁶. Quasi cioè ad auspicare che, pur nel rispetto delle scelte politiche del legislatore nazionale, il principio del giusto procedimento sia almeno, se non principio giuridicamente vincolante, un «valore direttivo nei rapporti con la legge statale»⁹⁷, di tecnica di redazione delle norme di legge, oltre che principio immanente la funzione amministrativa.

In una seconda fase, la violazione delle garanzie procedurali da parte delle leggi-provvedimento regionali ha continuato a rilevare, seppur indirettamente, attraverso il sindacato sul riparto di competenze tra legislatore statale e regionale delineato dall'art. 117 Cost. Ci si riferisce alla giurisprudenza costituzionale che, a seguito della riforma della riforma del titolo V della Costituzione, ha iniziato a dichiarare l'illegittimità costituzionale di numerose leggi-provvedimento regionali là dove, nel quadro dell'esercizio di una competenza legislativa esclusiva dello Stato, la legge statale vieti — in maniera esplicita o anche implicitamente — l'esercizio in via legislativa della funzione amministrativa regionale. Si è già ricordato⁹⁸ che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, il legislatore statale, nel caso in cui venga in considerazione una materia a lui riservata in via esclusiva, sia pienamente competente a determinare anche le forme tramite le quali la Regione può esercitare le attribuzioni riconosciutele in proposito dalla stessa normativa statale. La Corte costituzionale, pertanto, individua il parametro di costituzionalità di volta in volta leso da siffatte leggi regionali adottate in luogo di provvedimento nell'art. 117 comma 2, Cost., e non nelle disposizioni costituzionali inerenti alle garanzie di accesso al procedimento amministrativo che pure, nei loro contenuti, la Corte evoca in modo spesso puntuale e dettagliato. Sembra quindi che tali profili siano assorbiti nella lesione della ripartizione costituzionale delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Al riguardo si può richiamare la corposa casistica maturata in rela-

⁹⁶ C. cost. n. 13/1962, par. 3 del considerato in diritto.

⁹⁷ Così, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, 134.

⁹⁸ V. *supra* par. 3.1.

zione alla materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, comma 2, lett. s, Cost.). Si pensi ai numerosi casi di approvazione dei calendari venatori con legge regionale nonostante, secondo la Corte, risulti «evidente che il legislatore statale, prescrivendo la pubblicazione del calendario venatorio e contestualmente del “regolamento” sull'attività venatoria e imponendo l'acquisizione obbligatoria del parere dell'ISPRA, e dunque esplicitando la natura tecnica del provvedere, abbia inteso realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma che naturalmente ne consegue, con divieto di impiegare, invece, la legge-provvedimento»⁹⁹. O, ancora, all'autorizzazione con legge del prelievo venatorio in deroga, circostanza che «preclude l'esercizio del potere di annullamento da parte del Presidente del Consiglio dei ministri dei provvedimenti derogatori adottati dalle Regioni»¹⁰⁰, in contrasto con la disciplina nazionale e dell'Unione europea che, peraltro, finisce «con il trasformare la stessa deroga in un rimedio stabile e permanente»¹⁰¹. Analoghe declaratorie di incostituzionalità hanno interessato le leggi regionali con cui si è prorogata l'autorizzazione all'esercizio di cave¹⁰², o con cui si è rinnovata l'autorizzazione agli scarichi domestici e assimilati; o, ancora, in materia di gestione integrata di rifiuti¹⁰³. Tale sindacato è arrivato a coinvolgere anche altre materie di natura trasversale, come la tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.), in relazione all'affidamento diretto della gestione del servizio idrico integrato¹⁰⁴, o le prestazioni essenziali (art. 117, comma 2, lett. m., Cost.), in tema di rimborsabilità dei farmaci disposti per legge¹⁰⁵.

⁹⁹ Così, Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 20, in *Giur. cost.*, n. 2/2012, con nota di G. SERAFINO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, 1591 ss.

¹⁰⁰ Così Corte cost., n. 250/2008, cit.. Conforme, Corte cost., 20 giugno 2012, n. 160. Per osservazioni critiche su tale sentenza, Cfr. C. CHIOLA, *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, 30 maggio 2012, in www.federalismi.it; e Q. CAMERLENGO, *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Le Regioni*, n. 3/2012, 566 ss.

¹⁰¹ Così Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 260, e, da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2018, n. 70.

¹⁰² Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 67.

¹⁰³ Corte cost., n. 28/2019, cit.

¹⁰⁴ Corte cost., 31 maggio 2012, n. 133.

¹⁰⁵ Corte cost., n. 271/2008, cit., in *Giur. cost.*, 2008, 3049 ss., con osservazioni di G.U. RESCIGNO, cit., e di F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la Costituzione può la legge statale?»*. Ossia «la trasversalità oltre se stessa»; Cfr. anche Corte cost. n. 44/2010, cit.

In tutti i casi richiamati i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, per quanto espressamente evocati, sono rimasti nascosti nelle retrovie dell'argomentazione della Corte sebbene, al di là dei parametri costituzionali invocati, costituissero il vero cuore delle censure¹⁰⁶.

Tali principi sembrano aver fatto breccia nella ultimissima giurisprudenza della Corte costituzionale (la terza fase), fondata su una impostazione decisamente innovativa, che concentra lo scrutinio di costituzionalità sulla lesione diretta di parametri costituzionali sostanziali. Questo orientamento, in parte anticipato dai richiami sempre più insistenti alle regole della partecipazione procedimentale¹⁰⁷, ha portato, da ultimo, alla

¹⁰⁶ Osserva S. SPUNTARELLI, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*, cit., che «proprio il ricorso all'art. 117 Cost. rischia di nascondere l'intento del giudice costituzionale di rinvenire un divieto di elusione delle garanzie ordinamentali che presiedono all'esercizio dell'attività amministrativa (sia essa svolta dall'amministrazione che dal legislatore)». Questo atteggiamento si inserisce nella più generale tendenza della Corte costituzionale a sganciarsi dai parametri costituzionali invocati dall'ordinanza di rinvio. Su questo aspetto cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 378 ss. Più di recente cfr., A. MORELLI, *Corrispondenza tra «chiesto» e «pronunciato» e principio di effettività nel giudizio incidentale sulle leggi*, in A. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino 2008, spec. 401 ss.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69, in tema di localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ove si afferma che il procedimento amministrativo costituisce il luogo elettivo di composizione degli interessi, in quanto è «nella sede procedimentale [...] che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela». La struttura del procedimento amministrativo «rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza». Viene in tal modo garantita, «in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.». È interessante notare come il parametro di cui all'art. 97 Cost., pur non invocato dal remittente, sia stato particolarmente valorizzato dalla Corte al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento regionale. Nel caso di specie, «la soluzione legislativa adottata dalla Regione, nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti». Sulla scorta di tali argomenti è stata dichiarata l'incostituzionalità della normativa in esame, per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. Per un commento alla sentenza,

declaratoria di incostituzionalità di una legge regionale intervenuta in tema di aree naturali protette di interesse regionale e locale, per violazione – anche – dell’art. 97 Cost., in quanto il mancato coinvolgimento degli enti locali nella modifica o nella soppressione dell’area protetta, «costituisce un vizio della fase procedimentale, che si trasferisce alla legge-provvedimento con cui essa è stata conclusa»¹⁰⁸.

Tale percorso evolutivo ha infine investito anche le leggi-provvedimento statali, con la ricordata sentenza n. 116 del 2020, la quale – a quanto consta, per la prima volta – ha utilizzato la disciplina normativa del procedimento amministrativo, di cui alla legge n. 241 del 1990, quale strumento per il *test* di ragionevolezza costituzionale applicato ad una legge-provvedimento statale. In questa nuova tendenza si intravede una opportuna rivalutazione, seppur implicita, della pronuncia n. 13 del 1962, nella parte in cui declinava il contenuto garantista del principio del giusto procedimento, nell’ottica di censurare la violazione dei principi sottesi all’art. 97 Cost., cui consegue l’assorbimento delle restanti censure d’incostituzionalità.

Si può quindi affermare che il nuovo orientamento della Corte, sebbene continui a negare la costituzionalità di una riserva di amministrazione, intesa come competenza esclusiva della pubblica amministrazione nell’adozione di un atto amministrativo¹⁰⁹, finisce, in concreto, con il ritenere sussistente una sorta di riserva di procedimento amministrativo (ossia delle garanzie partecipative proprie di esso)¹¹⁰, nella parte in cui afferma che se una materia è conformata dalla legge come amministrativa,

v. F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰⁸ Corte cost., 20 maggio 2020, n. 134.

¹⁰⁹ Una parziale eccezione si è ravvista in Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 258, con nota di S. SPUNTARELLI, *La via della tutela dell’ambiente per riconoscere la riserva di atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, 3172 ss., che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale di una legge-provvedimento regionale che disciplinava un ambito di materia riservato dalla legge statale ad un provvedimento amministrativo, ha sostenuto l’esistenza di una «*implicita* riserva di amministrazione». Tuttavia la portata di questa affermazione appariva subito stemperata – non solo per l’aggettivo prescelto, ma soprattutto – per la fonte da cui la Corte aveva ricavato tale riserva implicita, ossia non la Costituzione ma una legge statale. Pur non trattandosi di una formale costituzionalizzazione del principio, la scelta della Corte di chiamare in causa la riserva di amministrazione non può passare inosservata, in quanto conferma la centralità che assume il rispetto dei principi dell’azione amministrativa nel sindacato sulle leggi-provvedimento.

¹¹⁰ Sui molteplici significati del concetto di “riserva di amministrazione”, v. *supra* nota n. 20.

allora ciò implicherebbe la necessità che essa trovi la sua emersione nelle modalità e nelle forme tipiche dell'azione amministrativa (per l'appunto quelle procedurali connotate dalla garanzia proprie dell'istruttoria, dal diritto di partecipazione, dall'obbligo di motivazione).

Il principio espresso non è esente da un certo margine di ambiguità. Si è evidenziato in dottrina che la mancata costituzionalizzazione della riserva di amministrazione, e con essa del principio del giusto procedimento, priva di carica precettiva la natura intrinsecamente amministrativa della disciplina censurata¹¹¹. L'argomento, tuttavia, non sembra dirimente nella misura in cui la Corte, pur non evocando esplicitamente il principio del giusto procedimento, individua il parametro costituzionale di riferimento direttamente nell'art. 97 Cost. Semmai la contraddizione pare risiedere nel fatto che se in punto di ammissibilità – in astratto – della legge-provvedimento la Corte sposa una lettura formalistica della legge, per cui non è predicabile alcuna riserva di funzione amministrativa, nel momento in cui esercita – in concreto – il sindacato di costituzionalità forgia, attraverso il richiamo alle «virtù costituzionali del procedimento»¹¹², una specialità del contenuto della legge-provvedimento che sembra riproporre quella distinzione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale. Distinzione che, seguendo questa impostazione, non opererebbe “a monte”, sul piano della collocazione dell'atto nel sistema delle fonti, bensì “a valle”, in relazione alle modalità del sindacato di costituzionalità su di esse esercitabile¹¹³. La *ratio* sottesa a questo strabismo interpretativo sembra fondarsi su una soluzione di compromesso che coniuga la necessità di ribadire un controllo accentrato sulle leggi alla consapevolezza di dover modulare diversamente il sindacato di costituzionalità in ragione della peculiarità del contenuto degli interventi legislativi a carattere provvedimentale, per scongiurare abusi ed elusioni delle forme di tutela apprestate dall'ordinamento.

Ciononostante, il principio interpretativo affermato dalla Corte è senz'altro da salutare con favore in quanto, nei suoi esiti, estende allo Stato una puntualità e profondità di giudizio sino ad oggi riscontrata quasi esclusivamente nei confronti del legislatore regionale.

¹¹¹ Cfr. F. FERRARI, *Il giudizio comparativo*, cit., 144

¹¹² L'espressione è di F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, cit.

¹¹³ Cfr., su questo aspetto, le profonde riflessioni di G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale?*, cit., 2013 ss.

4.2. *Il caso Ilva* (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., 4 luglio 2017, n. 182, Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, Corte cost., 8 novembre 2019, ord. n. 230): *il ragionevole bilanciamento tra interessi in conflitto*

Una delle vicende che, più di altre, ha interessato negli ultimi anni il sindacato della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento è senza dubbio quella riguardante lo stabilimento industriale Ilva di Taranto. Di seguito si analizzeranno le principali tappe della giurisprudenza costituzionale sui provvedimenti emergenziali adottati dal Governo per far fronte alla crisi dello stabilimento. Si precisa che la sostanza delle questioni analizzate dalla Corte va ben oltre il caso specifico della vicenda Ilva: concerne il modello delineato dal legislatore, e ritenuto compatibile dalla Corte costituzionale, come applicabile in futuro, in via generale, nel caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale.

Ciò premesso, occorre ricordare che a cavallo tra il 2012 e il 2013 ebbe a riscontrarsi una situazione di sostanziale contrapposizione tra talune iniziative dell'autorità giudiziaria e alcuni provvedimenti del legislatore. Era accaduto, in particolare, che nel contesto di un articolato procedimento relativo all'accertamento di gravi ipotesi di reati ambientali concernenti l'emissione nociva di gas e di polveri nell'atmosfera, nonché di altri connessi reati di pericolo contro l'incolumità pubblica, il Gip del Tribunale di Taranto aveva disposto il sequestro preventivo – tra l'altro – di ampie porzioni di quello stabilimento, senza facoltà d'uso di strutture inquinanti, con l'affidamento dell'amministrazione a custodi giudiziari incaricati di avviare l'attuazione di modifiche per consentire all'impianto di ricominciare a funzionare in una rinnovata situazione di sicurezza.

Poco dopo il Governo, attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza, era intervenuto con il d.l. n. 207 del 2012, poi convertito dalla legge n. 231 del 2012, con cui si era deciso che negli stabilimenti riconosciuti come di interesse strategico nazionale (tra i quali era espressamente indicato l'impianto siderurgico Ilva di Taranto) l'esercizio dell'attività di impresa sarebbe potuta continuare per non più di trentasei mesi, se «indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione», pur in presenza di un sequestro degli impianti disposto dall'autorità giudiziaria, laddove fossero state rispettate le prescrizioni impartite dall'autorità amministrativa con una autorizzazione integrata ambientale (di seguito, AIA), «al fine di assicurare la più ade-

guata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili»¹¹⁴.

Inevitabile la reazione della magistratura, che dapprima ha seguito la via del conflitto di attribuzioni (sollevato dalla procura e dichiarato inammissibile¹¹⁵), per poi imboccare quella del ricorso incidentale (su richiesta del Gip e del Tribunale di Taranto), che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, con cui sono state dichiarate in parte infondate e in parte inammissibili le questioni di legittimità sollevate.

Nella prospettiva presa in considerazione in questo studio¹¹⁶, le censure di incostituzionalità si appuntavano, essenzialmente, su due profili.

Da una parte si sosteneva che l'intervento legislativo avesse determinato un intollerabile compressione del diritto fondamentale alla salute, declinato come diritto a vivere in un'ambiente salubre, considerato un diritto incompressibile, e quindi prevalente rispetto ad altri diritti di rango costituzionale a tutela dell'occupazione della libertà di iniziativa economica. Dall'altra si lamentava la natura provvedimentale del decreto, emanato – secondo i rimettenti – al solo scopo di neutralizzare gli effetti del provvedimento di sequestro disposto dall'autorità giudiziaria, determinando così una vulnerazione della funzione giurisdizionale.

Nel considerare non fondate le eccezioni di illegittimità, la Corte procede con ordine. Innanzitutto viene riconosciuta la natura provvedimentale del decreto in ragione del fatto che esso, nella parte dedicata specificamente all'Ilva, «sostituisce il proprio dettato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dalla norma generale»¹¹⁷. La

¹¹⁴ Artt. 1, 3, d.l., 3 dicembre 2012, n. 207.

¹¹⁵ Corte. cost., 13 febbraio 2013, ord. n. 17.

¹¹⁶ Per i rilievi penalistici che hanno riguardato la disciplina generale del c.d. decreto Ilva si rinvia alle riflessioni di D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *DPenCont – Riv. trim.*, n. 1/2013.

¹¹⁷ Par. 12 del Considerato in diritto. La norma generale cui fa riferimento la Corte è l'art. 1, comma 1, del decreto ai sensi del quale: «In caso di stabilimento di interesse strategico nazionale, individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, quando presso di esso sono occupati un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno, qualora vi sia una assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può autorizzare, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale, la prosecuzione dell'attività produttiva per un periodo di tempo determinato non superiore a 36 mesi ed a condizione che vengano adempite le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame della medesima autorizzazione, secondo le procedure ed i termini ivi indicati, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili».

pronuncia ribadisce poi i capisaldi della giurisprudenza costituzionale in materia, ricordando come «la prevalente dottrina e la giurisprudenza di questa Corte non considerano la legge-provvedimento incompatibile, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione»; riaffermando come «le leggi provvedimento devono soggiacere tuttavia “ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio”»¹¹⁸.

Sulla ragionevolezza dell'intervento la Corte ha ricordato in premessa che i diritti fondamentali previsti in Costituzione si trovano in un rapporto di mutuo completamento e non è possibile pertanto operare una gradazione a priori. Così la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»¹¹⁹. In sostanza, ogniqualvolta emerga la tensione tra interessi tutelati in Costituzione, occorre trovare un punto di equilibrio, da individuare caso per caso, in cui la mediazione sia sempre ragionevole e proporzionata, senza arrivare mai a comprimere il nucleo essenziale del diritto minacciato.

Su questa premessa la Corte ha osservato che, nel caso di specie, «sia la normativa generale che quella particolare si muovono nell'ambito di una situazione di emergenza ambientale e occupazionale», di peso ancor maggiore nell'attuale fase di recessione economica nazionale ed internazionale¹²⁰. La *ratio* delle norme censurate consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui consegue l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.

Da tanto la Corte ha dedotto che la combinazione tra una previsione legislativa (art. 1 del d.l. n. 207 del 2012) e un atto amministrativo (AIA) determina le condizioni e i limiti della liceità della prosecuzione di un'attività produttiva per un tempo definito, in tutti i casi in cui uno stabilimento – dichiarato, nei modi previsti dalla legge, di interesse strategico

¹¹⁸ Par. 12.1. del Considerato in diritto.

¹¹⁹ Par. 9. del Considerato in diritto.

¹²⁰ Par. 12.2. del Considerato in diritto.

nazionale – abbia procurato inquinamento dell’ambiente¹²¹. Pertanto, la scelta del legislatore, di condizionare la prosecuzione dell’attività industriale alla verifica *in progress* delle prescrizioni contenute nell’Aia, realizza un corretto equilibrio tra le due esigenze, e come tale superare il vaglio di costituzionalità.

Con riguardo al secondo nodo problematico, rappresentato dall’asserita interferenza sulla funzione giurisdizionale, la Corte osserva che la disciplina generale non prevede la continuazione pura e semplice dell’attività, alle medesime condizioni che avevano reso necessario l’intervento repressivo dell’autorità giudiziaria, ma impone nuove condizioni, previste dall’AIA. Quest’ultima fissa modalità e tempi per l’adeguamento dell’impianto produttivo rispetto alle regole di protezione dell’ambiente e della salute, entro il periodo considerato, con una scansione graduale degli interventi, la cui inosservanza deve ritenersi illecita e quindi perseguibile ai sensi delle leggi vigenti¹²². Da ciò consegue che la normativa censurata non incide in alcun modo sul potere-dovere del pubblico ministero di esercitare l’azione penale, né inibisce il ricorso allo strumento cautelare, ma «mira solo ad escludere che i provvedimenti di sequestro, presenti o futuri, possano impedire la prosecuzione dell’attività produttiva»¹²³. In definitiva, «nessuna delle norme qui censurate è idonea ad incidere, direttamente o indirettamente, sull’accertamento della responsabilità», e «spetta naturalmente all’autorità giudiziaria, all’esito di un giusto processo, l’eventuale applicazione delle sanzioni previste dalla legge»¹²⁴. Speculare, rispetto al perdurante potere delle autorità competenti di accertare le responsabilità dei titolari dell’impresa *de qua*, è il diritto dei cittadini, che si ritengano lesi nelle proprie situazioni giuridiche soggettive, di agire in giudizio per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, con relative domande risarcitorie. Tale diritto «non è inciso in senso sfavorevole dalla norma censurata, ma inserito, come ogni pretesa giuridica, nel contesto normativo di riferimento, che, come chiarito sopra, non azzera e neppure sospende il controllo di legalità, ma lo riconduce alla verifica dell’osservanza delle prescrizioni di tutela dell’ambiente e della salute contenute nell’AIA riesaminata»¹²⁵.

Chiarito, quindi, che la normativa generale non comporta alcuna vul-

¹²¹ Par. 10.4. del Considerato in diritto.

¹²² Par. 10.4. del Considerato in diritto.

¹²³ Par. 8.1. del Considerato in diritto.

¹²⁴ Par. 12.5. del Considerato in diritto.

¹²⁵ Par. 8.2. del Considerato in diritto.

nerazione della funzione giurisdizionale, la Corte si occupa del profilo specifico – che però rappresenta il cuore della questione di costituzionalità – evidenziato dai giudici *a quibus*: quello della vanificazione della misura cautelare disposta in relazione all’Ilva che, attraverso la disciplina in esame, è stata reimmessa nel possesso dei beni aziendali nonché autorizzata alla commercializzazione dei prodotti. Su questo profilo la Corte rigetta la tesi dei rimettenti che faceva leva su limite del giudicato, declinato qui come “giudicato cautelare”, osservando che tale espressione non consiste in una decisione giurisdizionale definitiva, che conclude un processo, ma è un’espressione di creazione giurisprudenziale con cui viene indicata una preclusione endoprocessuale¹²⁶. Si aggiunge, inoltre, che tale preclusione opera *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che ogni mutamento significativo del quadro materiale o normativo di riferimento vale a rimuoverla, reintroducendo il dovere del giudice di valutare compiutamente l’intera situazione. Tale mutamento normativo – secondo la Corte – è stata determinata proprio dalla norma censurata la quale ha creato «una nuova situazione di fatto e di diritto, in quanto la produzione può riprendere non con le modalità precedenti – che avevano dato luogo all’intervento dell’autorità giudiziaria – ma con modalità nuove e parzialmente diverse»¹²⁷.

La pronuncia della Corte, vista la sua rilevanza, ha suscitato un vivace dibattito in dottrina, già anticipato da chi aveva osservato che tutta la vicenda può essere ricondotta ad «un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali»¹²⁸.

Di fronte al grave deterioramento della salubrità ambientale nell’area, i giudici *a quibus* hanno richiesto alla Corte di considerare il diritto alla salute prevalente su ogni altro¹²⁹. La Corte, al contrario, ha rigettato

¹²⁶ Cfr. R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?* Nota alla sentenza “Ilva”, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013. Secondo l’A., la Corte, negando che il cd. giudicato cautelare abbia la forza di rendersi irremovibile, ha inteso anche limitare il ruolo della magistratura che interviene, come nel caso di una misura preventiva, quando non è ancora chiara la fattispecie incriminatrice. In tal caso, secondo l’A., si pone la necessità «di tracciare i confini entro cui questo strumento di prevenzione possa operare, per evitare che il sequestro preventivo supplisca ad interventi di natura amministrativa».

¹²⁷ Par. 12.4. del Considerato in diritto.

¹²⁸ Così A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, 7 ss.

¹²⁹ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali relative alla possibile gerarchia di valori costituzionali, cfr. E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, 21 ss. della relazione al convegno «Il caso Ilva:

tale argomentazione, ritenendo che l'aggettivo "fondamentale" non è sinonimo di assolutezza del diritto, ma solo garanzia della insopprimibilità del suo nucleo.

Su questa premessa, la sentenza sottolinea che la normativa impugnata, pur non garantendo nel breve termine una piena tutela del diritto alla salute, traccia un percorso in cui l'autorizzazione a produrre acciaio è limitata nel tempo, sottoposta a controlli periodici, revocabile e comunque finalizzata, nel lungo periodo, a realizzare il risanamento ambientale dell'area.

Si è allora notato che nel sindacato condotto dalla Corte «più che il criterio del bilanciamento è prevalso quello della sopportabile compressione»¹³⁰. Tra i due valori fondamentali in contrasto, salute e lavoro, si ricava la sensazione che solo quest'ultimo venga tutelato in modo pieno, attraverso l'autorizzazione a proseguire l'attività produttiva. La tutela del diritto alla salute, invece, è esposta a rischi maggiori, in quanto, dipende dall'effettivo risanamento dell'impianto e dell'area, che le norme vorrebbero costante e graduale.

Nonostante le rassicurazioni della Corte, che evidenzia come l'effettività delle misure di risanamento sia garantita da una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria¹³¹, rimaneva il dubbio che il decreto, volto a permettere all'Ilva la continuità della produzione industriale, non avesse predisposto una pronta ed efficace tutela della salute, cosicché, nei fatti, lo stabilimento continuava la sua produzione senza che il miglioramento delle condizioni di salute sia né immediato né certo¹³².

nel dilemma tra protezione dell'ambiente, tutela della salute e salvaguardia del lavoro, il diritto ci offre soluzioni?», tenutosi il 15 marzo 2013 e organizzato dall'Istituto Dirpolis, consultabile su www.federalismi.it.

¹³⁰ Così M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, 5 febbraio 2014, in www.federalismi.it, 23.

¹³¹ Par. 7.5. del Considerato in diritto: «L'art. 1 del d.l. n. 207 del 2012, al comma 2, stabilisce inoltre: «È fatta comunque salva l'applicazione degli articoli 29-octies, comma 4, e 29-nonies e 29-decies del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni». Il comma 3 del medesimo art. 1 prevede, in caso di inosservanza delle prescrizioni dell'AIA riesaminata, la «sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato della società risultante dall'ultimo bilancio approvato. La disposizione precisa il contesto normativo in cui la suddetta sanzione è applicabile: "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 29-decies e 29-quattordices del decreto legislativo n. 152 del 2006 e dalle altre disposizioni di carattere sanzionatorio penali e amministrative contenute nelle normative di settore [...]».

¹³² In linea con questa interpretazione, cfr. E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, cit., che sottolinea come

Quanto alla violazione della sfera di competenza costituzionalmente riservata all'autorità giudiziaria, secondo un'interpretazione non sembra sostenibile che si sia effettivamente verificato un vero e proprio mutamento del quadro normativo processuale e sostanziale (presupposti e finalità del sequestro preventivo, tipo di reato/i in relazione al/i quali il sequestro sia stato disposto), tale da vanificare gli effetti del provvedimento di sequestro¹³³, in realtà generando il paradosso per cui «la legittimazione alla violazione del giudicato cautelare deriverebbe dalla stessa norma che ne ha determinato la potenziale lesione»¹³⁴.

In definitiva, le critiche evidenziano come il giudizio della Corte sia stato, in concreto, solo nominalmente “stretto”, sia con riferimento al limite specifico, rappresentato dal rispetto della funzione giurisdizionale, che a quello generale, costituito dal principio di ragionevolezza.

Di fronte al quadro problematico suscitato all'indomani della pronuncia del 2013, un'occasione per un inizio di ripensamento è stata offerta quando la Corte era stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale del c.d. decreto Ilva del 2015 (art. 3 del d.l. n. 92 del 2015), il quale consente la prosecuzione dell'attività dell'Ilva nonostante il provvedimento di sequestro preventivo dell'autorità giudiziaria per reati inerenti la sicurezza dei lavoratori, con impegno per l'impresa ad adottare

la pronuncia rischia di realizzare un bilanciamento ineguale, dal momento che le norme sottoposte al vaglio di costituzionalità «non comportano alcun beneficio immediato alla salute dei cittadini, ma si limitano a rendere disponibili maggiori risorse finanziarie per far fronte a danni alla salute già subiti dagli stessi»; cfr. anche G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 aprile 2018, secondo cui «quando c'è in ballo la salute (e la vita), quando è certo che ogni giorno di attività porta nuovi gravissimi danni alla salute e all'ambiente, non ci può essere, tanto meno con l'avallo della Costituzione, alcun “bilanciamento” fondato sulla speranza che non oggi ma in un futuro più o meno prossimo una azienda già più volte inadempiente rispetti un percorso (non breve) imposto dalle Autorità».

¹³³ Secondo A. MARCHETTI, *Il “decreto Ilva”: profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, 17 luglio 2013, in *www.federalismi.it*, 22: «due sono le ragioni che ci inducono ad una tale conclusione. Il cambiamento descritto dalla Corte non può dirsi certamente riconducibile (almeno per una questione di coerenza interna alla motivazione della sentenza de qua) all'art. 3, comma 2, del d.l. 207/2012 essendo la norma, per espresa ammissione della stessa, una mera disposizione di rinvio ad un atto amministrativo e certamente non può essere attribuito ad un provvedimento formalmente e sostanzialmente amministrativo, benché contenente nuove prescrizioni per la tutela dell'ambiente e della salute, la forza di legge. Lo stesso mutamento non è altresì imputabile né all'art. 1, comma 4, (c.d. norma generale) né all'art. 3, comma 3 (c.d. norma speciale “ad Ilvam”), risolvendosi le due norme nella mera autorizzazione alla prosecuzione dell'attività produttiva e dunque nella vanificazione dei provvedimenti cautelari adottati».

¹³⁴ Ancora, A. MARCHETTI, op. ult. cit., 23.

un piano «recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, riferite all'impianto oggetto del provvedimento di sequestro».

Il remittente osservava come la disciplina sospettata di incostituzionalità fosse ben diversa da quella che aveva costituito oggetto della pronuncia della Corte costituzionale nel 2013, in quanto nel d.l. censurato mancavano «specifici contrappesi normativi» presenti, invece, nel primo decreto “ad Ilvam”¹³⁵, e costituiti dalla subordinazione della prosecuzione dell'attività d'impresa all'osservanza dell'AIA e dalla predisposizione di una precisa procedura di monitoraggio, dunque un ragionevole punto di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionali coinvolti.

Questa argomentazione è stata accolta dalla Corte con la sentenza n. 58 del 2018, osservando come la disposizione censurata avesse consentito la prosecuzione dell'attività d'impresa subordinandola «esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un “piano” ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati»¹³⁶, senza cioè alcun diretto coinvolgimento di quelle autorità, cui spetta per legge un potere di monitoraggio ed ispezione, dapprima destinatarie di una mera comunicazione della parte interessata e poi assegnatarie di un compito di verifica dai contorni indeterminati ed incerti. Tale soluzione aveva «finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)»¹³⁷.

Con tale sentenza la Corte, nell'intento di chiarire i dubbi suscitati dal precedente arresto del 2013, ha precisato che l'inviolabilità dei diritti alla vita e alla salute non è suscettibile di cedere davanti ai diritti al lavoro e all'attività d'impresa¹³⁸, senza però rinunciare ad un sindacato incentra-

¹³⁵ L'espressione è di D. PULITANÒ, cit.

¹³⁶ Par. 3.2. del Considerato in diritto.

¹³⁷ Par. 3.3. del Considerato in diritto.

¹³⁸ Si afferma, al par. 3.3. del Considerato in diritto, che «il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicitare *sempre* in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere *prontamente* i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti *condizione minima e indispensabile* perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto

to sul bilanciamento tra esigenze della produzione ed esigenze di tutela della vita della salute delle persone. Questa tecnica di sindacato non può essere obliterata quando viene in evidenza il carattere “fondamentale” del diritto in questione perché, come ricordato dalla Corte costituzionale nel suo primo arresto del 1956, «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto»¹³⁹, ed è pertanto sempre necessario un bilanciamento che assicuri una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e, come ammoniva Carl Schmitt, farsi “tiranno”¹⁴⁰.

A segnare l’ultima tappa della vicenda Ilva è stata l’ordinanza dell’8 febbraio 2019 con cui il Gip di Taranto aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della disciplina di cui al decreto legge n. 1 del 2015. Tale decreto, nel porre l’Ilva in regime di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ha segnato un netto cambio di rotta nella delineazione del modello di governo della crisi dello stabilimento industriale. Da una parte, veniva sostanzialmente prorogato il termine di trentasei mesi per l’autorizzazione alla produzione in costanza di sequestro originariamente previsto nel d.l. n. 207 del 2012: inizialmente spostato al 30 giugno 2017 (per mezzo della modifica apportata dal d.l. 4 dicembre 2015, n. 191, convertito dalla legge n. 13 gennaio del 2016), tale termine veniva poi ulteriormente dilazionato, prima di diciotto mesi, e infine al 23 agosto 2023, essendo stato «adeguato» alla scadenza dell’AIA. Dall’altra, il d.l. censurato ha introdotto un meccanismo di esenzione dalla responsabilità (amministrativa e) penale nel caso di condotta conforme alle autorizzazioni e alle prescrizioni dell’autorità amministrativa (e legislativa) (il c.d. “scudo penale” dell’Ilva)¹⁴¹.

alle *esigenze basilari* della persona. In proposito questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l’art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso “limita espressamente la tutela dell’iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la ‘sicurezza’ del lavoratore” (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell’integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)».

¹³⁹ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, su cui, più di recente, cfr. G. GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant’anni dopo*, in *Riv. AIC*, n. 1/2017.

¹⁴⁰ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967.

¹⁴¹ Tale ultimo aspetto ha rivestito un ruolo centrale nella trattativa legata al rinnovo del contratto tra la multinazionale ArcelorMittal (per mezzo della sua società italiana AM InvestCo Italy S.p.A.) e i commissari straordinari che attualmente gestiscono il gruppo Ilva. Difatti, la cessazione di efficacia della «protezione legale» a partire dal 6 settembre 2019, determinata dalla mancata riproposizione in sede di conversione in legge della ul-

I dubbi di costituzionalità espressi dal giudice *a quo* puntavano al cuore del rinnovato modello *di gestione* della crisi allestito dal legislatore, interessando entrambi i profili di disciplina appena evidenziati.

Il rimettente, attraverso un'attenta operazione di *distinguishing*, aveva tracciato le differenze che – a suo avviso – correvano fra il «ragionevole bilanciamento» di interessi in conflitto che aveva superato il vaglio di costituzionalità nel 2013 e la nuova disciplina di cui al d.l. n. 1 del 2015. Da un lato lo spazio temporale massimo di trentasei mesi entro il quale doveva essere limitata la prosecuzione dell'attività, era stato dilatato di proroga in proroga, sino ad essere esteso a undici anni dal sequestro dello stabilimento, così «cronicizzando» l'emergenza. Dall'altro, quella esenzione dalla responsabilità penale che la Consulta nel 2013 aveva affermato non desumibile dal dettato del d.l. n. 207 del 2012 trovava, questa volta, espresso riconoscimento nell'esimente di cui all'art. 2, comma 6, del d.l. n. 191 del 2015.

Una siffatta disciplina si sarebbe dimostrata in contrasto con diversi parametri costituzionali¹⁴², così portando nuovamente all'attenzione del giudice costituzionale il modello «legge Ilva», inteso nel suo complesso.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha potuto fornire una risposta ai quesiti sollevati: con ordinanza n. 230 del 2019, infatti, veniva disposta la restituzione degli atti al rimettente «per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla luce del mutato quadro normativo»¹⁴³, nel frattempo intervenuto per far fronte ad – alcune delle – segnalate criticità¹⁴⁴.

teriore proroga prevista dall'art. 14, primo comma, d.l. 3 settembre 2019, n. 101, è fra le ragioni espressamente richiamate dalla AM InvestCo Italy S.p.A. a supporto dell'iniziativa processuale volta a recedere dal contratto di affitto del complesso aziendale ILVA. Iniziativa, successivamente ritirata e sostituita dalla ricerca di un accordo extraprocessuale fra le parti.

¹⁴² In primo luogo, l'art. 3 Cost., con riferimento al trattamento irragionevolmente privilegiato che il legislatore avrebbe garantito all'Ilva, rispetto tanto alla generalità delle altre imprese, quanto agli altri complessi rientranti nella categoria degli «stabilimenti produttivi di interesse generale». L'aver poi consentito che l'attività pericolosa continuasse, esponendo i lavoratori e più in generale la popolazione all'inquinamento così ingenerato, avrebbe determinato una violazione del combinato disposto degli artt. 32 e 35 Cost., così come dei limiti che l'art. 41 Cost. riconosce per l'esercizio dell'attività di impresa. Ancora, le norme censurate sarebbero state in conflitto sia con gli artt. 24 e 112 Cost., interferendo le stesse con il dovere dell'ordinamento di reprimere e prevenire reati, che con l'art. 117 Cost., in quanto violative degli artt. 2, 8 e 13 CEDU, alla luce di quanto affermato nella sentenza dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Cordella e altri c. Italia* del 24 gennaio 2019.

¹⁴³ Corte cost., 8 novembre 2019, ord. n. 230.

¹⁴⁴ Invero gli interventi legislativi successivi si occupano esclusivamente del profilo

Ciononostante la vicenda Ilva sembra ben lungi dall'essere definita e solleva interrogativi che, con un certo grado di probabilità, si ripresenteranno davanti alla Corte costituzionale.

Invero, uno degli argomenti in base ai quali si era ritenuta la legittimità costituzionale del “modello Ilva” faceva leva sulla temporaneità delle misure adottate che, come osservato dalla stessa Corte, risponde «ad una delle condizioni poste dalla giurisprudenza di questa Corte perché una legislazione speciale fondata sull'emergenza possa ritenersi costituzionalmente compatibile»¹⁴⁵.

Il prolungarsi di questa situazione di emergenza ha esposto i lavoratori e la popolazione residente nei pressi dello stabilimento a livelli intollerabili di inquinamento per un lungo lasso temporale.

Se si guarda la vicenda sotto questo profilo, non è casuale che la Corte, come osservato in riferimento all'arresto del 2018, pur senza rinunciare a bilanciamenti con altri interessi pur costituzionalmente rilevanti, abbia posto le premesse per uno scrutinio di ragionevolezza più stringente, che pone in primo piano il diritto fondamentale alla salute.

riguardante il c.d. scudo penale. In particolare, alla vigilia della scadenza dell'efficacia dell'esimente (30 aprile 2019) l'art. 46 del c.d. Decreto crescita (d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. con modif. dalla l. 28 giugno 2019, n. 58) ha modificato l'art. 2 comma 6 del d.l. 1/2015, riducendo l'ambito di applicazione del c.d. scudo penale alle sole norme ambientali (con esclusione delle norme a tutela della salute, dell'incolumità pubblica e della sicurezza sul lavoro), e soprattutto prorogandone l'efficacia fino al 6 settembre 2019. A pochi giorni da tale scadenza, tuttavia, l'art. 2 comma 6 è stato nuovamente modificato dal c.d. Decreto imprese (art. 14, co. 1, d.l. 3 settembre 2019, n. 101), che, con specifico riferimento alle figure dell'affittuario-acquirente e dei relativi delegati, ha nuovamente prorogato l'efficacia dell'esimente agganciandola alla scadenza dei termini di attuazione del Piano ambientale (ossia fino al 2023); ed ha definitivamente chiarito che la stessa non si applica al settore della salute e sicurezza dei lavoratori. Sennonché, in sede di conversione del Decreto imprese tale proroga è stata stralciata (l. 2 novembre 2019, n. 128), con conseguente ripristino della disciplina previgente (che fissava la scadenza al 6 settembre 2019) e dunque immediata caducazione della copertura offerta dall'art. 2 comma 6.

¹⁴⁵ Così, Corte cost. n. 85/2013, cit., par. 12.2. del Considerato in diritto. È stato osservato da M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, cit., che «la pronuncia è figlia di una tradizione consolidata, secondo cui il diritto emergenziale è legittimo se rispetta i principi di proporzionalità, causalità, temporaneità e sufficiente determinatezza. In particolare, la proporzionalità è quella che deve sussistere tra evento e misure adottate; la causalità, o strumentalità, è quella «tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione»; la temporaneità si riferisce alla sospensione di norme; la sufficienza determinatezza, infine, richiede che il potere sia ben definito nella durata, nel contenuto, nella modalità di esercizio. Tutti i parametri elencati possono riassumersi nel concetto di ragionevolezza che, più che aggiungersi a quelli, sembra ricomprenderli».

Da quanto esposto emerge, allora, che emergenza e ragionevolezza convivono in una relazione di inversa proporzionalità: quanto più sbiadiscono le condizioni che giustificano la legislazione di emergenza (tra le quali rientra la temporaneità dell'intervento¹⁴⁶), tanto più il sindacato di ragionevolezza dovrà essere penetrante, al fine di verificare se sussistono ancora quelle condizioni che giustificano un modello derogatorio rispetto alla disciplina generale.

4.3. Il caso Ponte Morandi (Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168): urgenza e ragione oggettiva dell'intervento

Un'altra nota vicenda che fornisce spunti per indagare il rapporto tra emergenza e ragionevolezza ha riguardato le numerose questioni di legittimità costituzionale relative al c.d. decreto Genova (d.l. 28 settembre 2018, n. 109), sollevate da cinque ordinanze del Tar Liguria (ord. nn. 51-55, 6 dicembre, 2019). Il suddetto decreto era stato contestato in sede amministrativa in quanto escludeva il concessionario autostradale (Autostrade per l'Italia s.p.a., di seguito Aspi), così come le società ad esso collegate o da esso controllate, dalle attività di demolizione e ricostruzione del Ponte Morandi, imponendo al contempo al concessionario medesimo di sostenere i costi delle attività di demolizione e ricostruzione dell'opera e degli espropri. I dubbi di legittimità costituzionale si articolavano essenzialmente intorno a tre profili.

In primo luogo si censurava l'irragionevolezza, la sproporzionalità, e l'arbitrarietà dell'intervento legislativo (artt. 3 e 97 Cost). Si affermava, in particolare, che l'esclusione di Aspi era irragionevole alla luce dell'obiettivo primario perseguito dal decreto contestato, ossia la più celere ricostruzione dell'infrastruttura, e sproporzionata in quanto fondata «su un assunto ipotetico e perplesso relativo alla non certa irresponsabilità della società concessionaria».

In secondo luogo, le misure escludenti citate, di carattere “sostanzialmente punitivo”, costituivano, secondo il giudice rimettente, una violazione dei principi di libertà imprenditoriale e di libertà della concorrenza (art. 41 Cost.), senza che si potessero giustificare in base alla tutela di interessi contrapposti di rango costituzionale.

Da ultimo, il fatto di aver stabilito l'esclusione del concessionario in quanto ritenuto inaffidabile e responsabile di un grave inadempimento,

¹⁴⁶ V. *supra* nota 145.

senza tuttavia un accertamento concreto dell'inadempimento in sede giudiziale, rappresentava, secondo il giudice *a quo*, una violazione del principio del giusto procedimento (art. 97 Cost), oltre che dei diritti di difesa e al contraddittorio in capo alla società esclusa (artt. 24 e 111 Cost.)

Tali censure sono state dichiarate infondate.

È interessante la premessa metodologica da cui muove la Corte. Si condivide l'assunto dei rimettenti secondo cui il d.l. Genova è una legge-provvedimento, soggetta in quanto tale ad uno «scrutinio di costituzionalità stretto, ovvero particolarmente severo, poiché in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati». La Corte, però, non condivide l'ulteriore assunto – che sembra rievocare la teoria dell'eccesso di potere legislativo – secondo cui il sindacato di costituzionalità sulle leggi provvedimento sia strutturalmente equipollente a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Che il legislatore attragga a sé una materia che, in caso contrario, sarebbe stata rimessa alla autorità amministrativa comporta, infatti, «che la legge si sostituisca all'atto provvedimentale, ma non che ne mutui con ciò anche i tratti costitutivi»¹⁴⁷. Lo scrutinio di costituzionalità della legge-provvedimento, afferma la Corte, non può limitarsi alla verifica della validità e congruità delle motivazioni¹⁴⁸, in quanto essa è tenuta ad individuare «la causa ultima della norma, quale componente razionalmente coordinata nel più vasto insieme dell'ordinamento»¹⁴⁹. Ne deriva l'intento della Corte di attingere alla razionalità oggettiva delle disposizioni censurate, di contro all'approccio seguito dai giudici rimettenti, teso a rendere causa immediata di illegittimità costituzionale ogni eventuale inadeguatezza della motivazione esplicitata dal legislatore.

Ciò premesso, la Corte osserva che l'estromissione di Aspi dalle attività di demolizione e ricostruzione del Ponte Morandi è avvenuta in due passaggi. In primo luogo, il legislatore ha deciso di non attivare la convenzione di concessione (ai sensi della quale il mantenimento della funzionalità delle infrastrutture costituisce un obbligo per il concessionario),

¹⁴⁷ Par. 15.1. del Considerato in diritto.

¹⁴⁸ Su questo profilo, la Corte precisa che seppur, «in linea di principio, il legislatore non abbia l'obbligo di motivare le proprie scelte (Corte. cost., n. 14 /1964), ugualmente ciò non gli è affatto precluso (Corte Cost. n. 379/2004), ed anzi, specie a fronte di un intervento normativo provvedimentale, può proficuamente contribuire a porne in luce le ragioni giustificatrici, agevolando l'interprete e orientando, in prima battuta, il sindacato di legittimità costituzionale».

¹⁴⁹ Par. 15.1. del Considerato in diritto.

sia per l'urgenza di ripristinare tempestivamente un tratto autostradale essenziale per i collegamenti nella regione, sia per i dubbi insorti in merito all'affidabilità del concessionario, alla luce della gravità dell'evento verificatosi. Di conseguenza, ha escluso il concessionario dalla procedura negoziata, anche al fine di aprire maggiormente il settore autostradale alla concorrenza.

Ciascuno di questi passaggi si basa, secondo la Corte, su «ragioni obiettive», sebbene non sempre esposte in modo limpido nella normativa contestata¹⁵⁰.

Quanto alla mancata attivazione della concessione si osserva che il concessionario non può imporre al concedente «quelle iniziative che il legislatore provvedimentale reputi, nella sua discrezionalità, contrarie all'interesse pubblico»¹⁵¹. Quello che rileva è la scelta del legislatore di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a ricorrere al mercato al fine di eseguire un'opera, piuttosto che chiederne l'esecuzione a un soggetto che vi sarebbe sì obbligato, ma non è più degno di fiducia. Questa decisione non costituisce deviazione dalle regole generali in materia di concessioni; né contrasta con il Codice dei appalti pubblici¹⁵².

Quanto all'esclusione del concessionario dalla procedura negoziata, i rimettenti, pur non contestando la legittimità del ricorso all'affidamento dei lavori per mezzo di procedura negoziata senza previa pubblicazione, ritenevano che fosse costituzionalmente illegittimo escludere a priori Aspi dalla procedura, pur essendo quest'ultimo il soggetto più idoneo, anche sotto il profilo della tempestività, a soddisfare l'interesse pubblico ad una celere ricostruzione del Ponte.

La corte rigetta nel merito tale censura, ritenendo la ragionevolezza dell'intervento sulla base di una pluralità di indici.

Anzitutto, si evidenzia l'eccezionalità del contesto in cui si inserisce la misura. Invero, «il crollo del Ponte Morandi [...] ha segnato profondamente la coscienza civile nella comunità, e ha aperto una ferita nel rap-

¹⁵⁰ Par. 16.1. del Considerato in diritto.

¹⁵¹ Par. 17.1. del Considerato in diritto.

¹⁵² L'intervento legislativo in esame, infatti, è espressivo del principio generale fissato, da ultimo, con l'art. 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), reso in attuazione della direttiva n. 2014/24/UE, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi. Esse, pertanto, in via generale ben possono essere obbligate dal legislatore a prediligere la via del ricorso al mercato al fine di eseguire un'opera, rispetto alla contraria opzione di esigerne l'esecuzione da parte di un soggetto che già vi sarebbe obbligato e rispetto al quale siano sorti dubbi in merito alla sua affidabilità.

porto di fiducia che non può mancare tra i consociati e lo stesso apparato pubblico, cui è affidata la cura di beni primari tra i quali, in primo luogo, la salute e l'incolumità». In un tale contesto «segnato da un grado eccezionale di gravità», non risulta allora irragionevole o incongrua la decisione del legislatore di rivolgersi, per la ricostruzione dell'infrastruttura, a un soggetto diverso da chi avrebbe dovuto prevenirne il disfacimento¹⁵³.

In secondo luogo, il sindacato della Corte si orienta sulla natura dell'intervento. Si osserva che tale scelta non può essere censurata in quanto ritenuta connessa a un giudizio di responsabilità in capo ad Aspi, e ad una sorta di sanzione anticipata nei confronti della stessa: trattasi piuttosto della «scelta incensurabile» del legislatore di provvedere in via cautelativa per via diversa da quella consentita dalla convenzione, in una situazione che incrina la fiducia del concedente nelle capacità e nella affidabilità del gestore, peraltro «in forme così celeri da non arrecare in sé alcun pregiudizio alla concessionaria»¹⁵⁴. Si ricorda che la giurisprudenza sia nazionale sia euro-unitaria è ferma nel ritenere che gravi inadempimenti da parte di un operatore economico possono giustificare la sua esclusione da una gara – anche quando l'illecito non sia stato definitivamente accertato in giudizio¹⁵⁵ –, nella misura in cui siano stati sufficienti a determinare una rottura del rapporto di fiducia¹⁵⁶. Non si può dunque ritenere che la pubblica amministrazione sia obbligata a contrarre con soggetti che essa ritiene, sulla base di elementi oggettivi, inaffidabili. Né si ravvisa alcuna violazione della garanzia giurisdizionale perché, come osservato, non vi è alcuna correlazione tra la scelta precauzionale di non impegnare ulteriormente il concessionario, e l'accertamento definitivo della responsabilità in un giudizio civile o penale per il fatto, nel senso che la prima, esercitata dal legislatore, non necessita del secondo, soggetto invece a riserva di giurisdizione.

In terzo luogo, la Corte valorizza il rispetto delle garanzie del contraddittorio, osservando come Aspi sia stata posta nelle condizioni di replicare alle contestazioni mosse, ed eventualmente dimostrare l'incidenza di fattori imprevedibili o ingovernabili, prima dell'adozione del decreto-legge contestato. Sussistevano pertanto «seri e comprovati elementi», a disposizione del legislatore provvedimento, per indursi a non affidare ad Aspi il compito di ricostruire l'infrastruttura crollata, sulla base di una

¹⁵³ Par. 19.1. del Considerato in diritto.

¹⁵⁴ Par. 19.1. del Considerato in diritto.

¹⁵⁵ Come si può desumere anche da CGUE, 19 giugno 2019, in causa C-41/18, Meca.

¹⁵⁶ CGUE, 3 ottobre 2019, in causa C-267/18, D.A.C. SA

logica «in senso lato cautelare», che non ha affatto determinato l'irrogazione di una sanzione anticipata nei confronti della concessionaria¹⁵⁷.

La Corte ricorda infine come il *deficit* di fiducia insorto verso Aspi non possa trovare un correttivo nei principi di diritto europeo e nazionale riguardanti la più ampia partecipazione alle gare, anche alla luce delle peculiarità del settore delle concessioni autostradali. È richiamata, in tal senso, una delibera della Corte dei Conti del 18 dicembre 2019, dalla quale si ricava che Aspi è concessionaria di circa la metà della rete autostradale italiana da molti decenni, «senza peraltro aver ottenuto tale qualità a seguito di una gara»¹⁵⁸. È dunque proprio l'insussistenza di un regime concorrenziale nel settore autostradale a giustificare il trattamento riservato dal legislatore a chi aveva, fino a quel momento, goduto di condizioni privilegiate e in contrasto con le norme europee in tema di concorrenza. Risulta così che «il legislatore non ha [...] conculcato la libertà di iniziativa economica di Aspi, ma piuttosto prevenuto un contrasto con l'utilità sociale, di cui all'art. 41 Cost., irrobustendo l'assetto concorrenziale con l'ingresso di altri operatori economici»¹⁵⁹.

Alla luce delle argomentazioni esposte, la pronuncia si segnala perché, in termini recisi, prende le distanze da quell'orientamento teso ad assimilare il giudizio costituzionale sulle leggi-provvedimento a quello del giudice amministrativo, senza però rinunciare ad effettuare un sindacato effettivamente «stretto», valorizzando la pervasività del parametro di ragionevolezza che, negli esiti, accorcia le distanze tra i due giudizi.

Questo approccio risulta evidente sotto almeno due profili, che attengono alle motivazioni dell'intervento per legge e all'osservanza del principio del giusto procedimento.

In ordine al primo profilo, si è già accennato che la Corte rimarchi come il sindacato sulle leggi che presentano un carattere provvedimentale, per essere realmente effettivo, non possa arrestarsi alla verifica – esterna – della adeguatezza delle motivazioni, per come esplicitata dal legislatore, ma debba spingersi ad accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi oggetto di tutela in grado di giustificare la legge. Nel caso di specie, la scelta dell'intervento legislativo (di ricostruire l'opera senza incaricare la concessionaria, sotto la cui custodia essa era crollata), è stata ritenuta immune da profili di irragionevolezza alla luce della riscontrata natura cautelare della misura che, pur rivestendo la

¹⁵⁷ Par. 23.2. del Considerato in diritto.

¹⁵⁸ Par. 24 del Considerato in diritto.

¹⁵⁹ Par 24.2. del Considerato in diritto.

forma di una norma con carattere provvedimentale, non costituisce altro che l'applicazione delle regole di diritto comune che presidiano l'aggiudicazione dei lavori pubblici, giustificata sul presupposto di eccezionale gravità (il crollo del Ponte Morandi) che ha incrinato la fiducia del concedente nelle capacità e nella affidabilità del gestore.

Il secondo profilo della sentenza che, seppur velatamente, cerca di stigmatizzare l'assimilazione del regime della legge-provvedimento a quello dell'atto amministrativo attiene al rispetto delle garanzie procedurali.

Il ricorrente censurava l'omissione di un procedimento amministrativo nel quale valutare, in contraddittorio, la opportunità di rivolgersi al mercato ai fini della ricostruzione.

La Corte rigetta tale censura affermando che se «è vero che, in particolari circostanze, condizione di legittimità costituzionale dell'atto avente forza di legge è che esso non sia contagiato da vizi propri del procedimento amministrativo che lo precede», tuttavia ciò «non equivale a dire che l'omissione di tale procedimento sia di per sé un vizio della legge, se non quando il procedimento preliminare è imposto direttamente o indirettamente dalla Costituzione», ciò che nel caso di specie va escluso.

Di primo acchito, questa affermazione sembra quasi contraddire quella tendenza della giurisprudenza costituzionale alla valorizzazione delle garanzie procedurali, quale condizione di costituzionalità delle leggi-provvedimento¹⁶⁰.

A ben vedere, la contraddizione è più apparente che reale, perché l'affermazione – seppur non perspicua – della Corte, risponde ai principi generali del diritto d'emergenza. Invero, non mancano situazioni in cui un principio fondamentale è antitetico alla necessità e all'urgenza. Tipico è il caso del principio del giusto procedimento, che può imbattersi con le esigenze di celerità che impediscono la partecipazione, così come del resto consente l'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241¹⁶¹. Se questa premessa è corretta, deve riconoscersi che il principio del giusto procedimento è un principio mite o cedevole di fronte all'urgenza. Questa deroga deve però fondarsi su specifiche ed analitiche ragioni, per cui, ancora una volta, diviene centrale la garanzia di un sindacato “stretto” sulla ragionevolezza

¹⁶⁰ V. *supra*, par. 4.1.

¹⁶¹ Ai sensi della disposizione citata, la pubblica amministrazione, qualora sussistano «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento», può omettere la comunicazione di avvio del procedimento (che costituisce il presupposto della partecipazione procedimentale), e può comunque adottare provvedimenti cautelari.

della scelta effettuata. La stessa Corte, più avanti, sottolinea infatti che «l'estrema urgenza del provvedere [sulla quale ci si è già soffermati] non sarebbe stata ragionevolmente compatibile con un ulteriore indugio nelle procedure di rilevazioni tecniche, a fronte di un quadro iniziale certamente tale da giustificare misure precauzionali nei confronti del custode»¹⁶². Senza contare che se è mancato un procedimento amministrativo formale, certamente non è mancata alla concessionaria la possibilità di replicare alle contestazioni seguenti al crollo del ponte, così instaurando un vero e proprio contraddittorio¹⁶³.

4.4. *L'individuazione delle "popolazioni interessate" al referendum consultivo ex art. 133 Cost. (Corte cost., 25 settembre 2019, n. 214): lo scrutinio di ragionevolezza secondo parametri oggettivi*

Merita, infine, menzionare un recente arresto con cui la Corte costituzionale¹⁶⁴ è tornata sulla vicenda del distacco della frazione di Marotta dal Comune di Fano (e sua incorporazione nel Comune di Mondolfo), risolvendo una nuova questione di costituzionalità – rimasta sullo sfondo in una precedente sentenza¹⁶⁵ – sollevata dal Consiglio di Stato rispetto alla legge della Regione Marche, n. 15 del 2014. Questione che attiene alla portata del concetto di «popolazioni interessate» di cui all'art. 133, comma 2, Cost.

Posto che, secondo il dettato costituzionale, la Regione può con legge istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni solamente previo *referendum* consultivo, il Consiglio di Stato contestava che – nel caso di specie – tale consultazione popolare fosse stata operata coinvolgendo i soli residenti nella frazione oggetto della proposta di distacco e nelle aree alla stessa contigue, senza

¹⁶² Par. 23.2. del Considerato in diritto.

¹⁶³ Cfr. Par. 23. 2. del Considerato in diritto: «Nel corso del procedimento ispettivo, tra l'altro, sono state raccolte informazioni e documenti da ASPI, della quale sono anche stati ascoltati tecnici e dirigenti, nonché, in data 13 settembre 2018, l'amministratore delegato e il direttore centrale delle operazioni. È vero che [...] in esito all'istruttoria tecnica la Commissione ha ipotizzato in termini di verosimiglianza tre ipotesi alternative quanto alle cause e al cinematismo del crollo. Nondimeno è vero anche che le conclusioni della stessa commissione in merito agli aspetti tecnici e amministrativi di tale evento contengono numerose e puntuali contestazioni a proposito di carenze nelle valutazioni di sicurezza e nelle procedure di controllo della sicurezza strutturale delle opere; contestazioni nei confronti delle quali ASPI è stata messa nelle condizioni di interloquire».

¹⁶⁴ Corte cost., 25 settembre 2019, n. 214.

¹⁶⁵ Corte cost., 12 gennaio 2018, n. 2.

quindi indire un *referendum* di portata generale che permettesse a tutti i residenti dei due Comuni coinvolti di esprimere la propria preferenza.

Il giudice amministrativo fondava la rilevanza della censura di costituzionalità proprio sulla ricostruzione che la Corte costituzionale aveva seguito nel precedente arresto, in cui la Corte ometteva di pronunciare sulla questione sostanziale solo in quanto il giudice amministrativo erroneamente ipotizzava – all’epoca – che il sindacato di legittimità sugli atti relativi al *referendum* consultivo ricadesse nella propria giurisdizione. Secondo la Corte, invece, tale cognizione – ove sia già stata approvata la legge di variazione circoscrizionale – si trasferisce al giudice costituzionale, in quanto il vizio del passaggio referendario si trasforma, *ex post*, in un vizio del procedimento legislativo, inserendosi quale aggravio per legge regionale prevista dall’art. 133 Cost. La Corte costituzionale nega quindi la persistenza della giurisdizione amministrativa, e ciò per il fatto che la legge di variazione circoscrizionale *ex art. 133, comma 2, Cost.* non appare in alcun modo paragonabile ad una legge di mera approvazione. Non si è, infatti, in presenza di una legge-provvedimento di ratifica dell’esito del *referendum* in quanto, come si evince dalla natura consultiva del *referendum* medesimo, la scelta politica del Consiglio regionale rimane centrale ed aperta anche a seguito di un voto popolare positivo (dovendosi tener conto della sola capacità preclusiva dell’eventuale volontà negativa espressa dalle popolazioni interessate).

Ciò premesso, si osserva che la giurisprudenza costituzionale pregressa non si presentava come chiaramente risolutiva della questione ermeneutica (la individuazione delle “popolazioni interessate” al *referendum* consultivo), essendo tradizionalmente accettato che – nel “polimorfismo” del concetto di “popolazioni interessate” – fossero ammissibili attuazioni regionali diverse (ad esempio a seconda del procedimento di variazione territoriale – istituzione di nuovi Comuni o modificazione delle loro circoscrizioni o delle loro denominazioni – che viene concretamente in considerazione)¹⁶⁶. Difatti, se in passato la Corte costituzionale aveva affermato un generale principio di massima consultazione in riferimento all’istituzione di nuovi Comuni¹⁶⁷, tale affermazione non si è però mai consolidata come una soluzione adeguata anche nelle situazioni di proposta di modifica alle circoscrizioni. La giurisprudenza costituzionale

¹⁶⁶ Cfr. Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 278.

¹⁶⁷ Cfr. Corte cost., 15 settembre 1995, n. 433, dove si afferma che «popolazioni interessate sono tanto quelle che verrebbero a dar vita a un nuovo Comune, così come quelle che rimarrebbero nella parte, per così dire, “residua” del Comune di origine».

più recente¹⁶⁸ aveva evidenziato come l'art. 133, comma 2, Cost. riferisca l'interesse – cui è connesso l'obbligo di consultazione – direttamente alle popolazioni, anziché agli enti territoriali¹⁶⁹. In definitiva, la nozione di “popolazioni interessate” è variabile, e la giurisprudenza della Corte costituzionale si è orientata, di conseguenza, nel senso di un sindacato caso per caso, valutando la consistenza demografica dei Comuni, l'estensione e le caratteristiche orografiche dei territori coinvolti, nonché la storia e l'assetto economico e sociale delle aree.

Nel caso di specie la Corte costituzionale ha considerato ragionevole la delimitazione della platea dei soggetti da consultare ai soli residenti nelle aree immediatamente contigue alla frazione da scorporare, e ciò per il concorrere di una serie di argomenti oggettivamente riscontrabili: la diseguale ampiezza dei due Comuni, sia demografica che territoriale, a cui si aggiunge la limitata estensione dell'area da riallocare; la conformazione della frazione, costiera e più distante dal centro del Comune distaccante piuttosto che da quello del Comune di assegnazione; il dato dell'identità storico/culturale della “comunità” interessata, tale da qualificare quella comunità quale un «fatto sociologicamente distinto».

La Corte, nella decisione in esame, riconosce le incertezze della giurisprudenza passata, che talvolta aveva lasciato confondere il principio di massima partecipazione democratica con una – in realtà non necessaria – estensione della partecipazione a tutti i residenti delle municipalità coinvolte. Per sciogliere i dubbi interpretativi la Corte costituzionale non fornisce tuttavia un'opzione per l'una o l'altra soluzione estrema, ma riconosce la discrezionalità degli organi regionali nella definizione degli interessi. Discrezionalità che – sottratta al sindacato del giudice amministrativo – risulta pienamente sindacabile dal giudice delle leggi, nella sua ragionevolezza.

È interessante osservare che quella sull'individuazione degli interessi della popolazione da consultare non sembra poter essere ricostruita come valutazione di natura esclusivamente politica, quanto piuttosto come una decisione di carattere tecnico, che implica un accertamento degli interessi obbiettivi fondato su argomenti che – pur in assenza di motivazione della legge – la Corte costituzionale può desumere dall'*iter* legislativo rinforzato *ex* art. 133 Cost.

Proprio i criteri utilizzati per ponderare l'intensità dell'interesse delle

¹⁶⁸ A partire da Corte cost., 7 aprile 2000, n. 94.

¹⁶⁹ Analogamente a quanto accade nell'art. 132, co. 1, a proposito della fusione o creazione di Regioni.

diverse frazioni di popolazione diventano rilevanti per garantire un sindacato pieno ed effettivo sulla ragionevolezza della decisione. La Corte costituzionale infatti ha, da un lato, riassunto nella propria giurisdizione la piena cognizione delle scelte tecnico/politiche relative all'individuazione obiettiva degli interessi, riconoscendone il carattere non libero ma orientato da criteri obiettivi puntualmente definiti, e, d'altro lato, ha reso effettivo il proprio sindacato pretendendo che la legge-provvedimento risulti motivata *per relationem*, dovendo emergere in modo esplicito dagli atti, perché la Corte costituzionale possa svolgere quel ruolo di sindacato in vece del giudice amministrativo, tutte le ragioni che hanno condotto a quella concreta ponderazione degli interessi.

In definitiva, si conferma ancora una volta che, escluso il sindacato del giudice amministrativo, la Corte costituzionale non lascia vuoti di tutela, ed anzi estende la propria cognizione adeguando l'intensità del sindacato alla dimensione provvedimentale della legge regionale aggravata dal *referendum*.

5. *Considerazioni di sintesi*

Nelle più recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di leggi-provvedimento non emerge una cesura netta rispetto al passato, anzi continuo è il richiamo ai propri precedenti. Costanti sono le affermazioni circa la non rinvenibilità nel testo della Costituzione di una riserva di amministrazione, l'inesistenza della generalità e dell'astrattezza quali caratteri necessari dell'atto legislativo, l'assenza di un divieto assoluto di emanare "leggi provvedimento". Tuttavia, a fronte dell'aumento esponenziale dell'amministrazione per legge¹⁷⁰, nell'ultimo biennio è emersa l'esigenza di affinare e rendere effettivo il predicato "scrutinio stretto" di costituzionalità.

Le novità interpretative elaborate dalla Corte, lungi dal rappresentare – come in passato – enunciazioni eccentriche o isolate, denotano la acquisita consapevolezza del giudice costituzionale di poter svolgere un

¹⁷⁰ Come conferma il Rapporto sulla legislazione 2019-2020, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati, in *www.camera.it*, secondo il quale ben il 42% degli interventi normativi sono classificati come leggi-provvedimento. Tale dato dà l'impressione «di una legislazione che si frammenta anche per "rincorrere" la crescente complessità delle nostre società».

ruolo più incisivo in sede di controllo giurisdizionale sulle leggi-provvedimento.

Le ultime tendenze giurisprudenziali confermano, infatti, come il sindacato sulla ragionevolezza dell'intervento si svolga prendendo in considerazione la situazione di eccezionalità da cui scaturisce l'intervento legislativo, la natura della misura in esame, il contesto normativo di riferimento entro cui si colloca la disposizione censurata, la presenza di criteri oggettivi che permettano la raffrontabilità della scelta, l'eventuale pendenza di un contenzioso giudiziario (che, specie per le leggi di sanatoria, potrebbe svelare un intento correttivo della funzione giurisdizionale), la valorizzazione delle garanzie procedurali a compensazione del *deficit* di tutela che deriva dalla sottrazione dell'atto all'"ordinario" sindacato del giudice amministrativo. L'insieme di questi parametri – richiamati spesso congiuntamente nelle decisioni – ha consentito al giudice costituzionale una valutazione complessiva e più approfondita della legge-provvedimento al fine di sindacare in maniera compiuta la congruità e la necessità dello strumento normativo adoperato rispetto all'obiettivo da raggiungere nel caso concreto.

Tutto ciò porta a rendere effettivo quello "scrutinio stretto" predicato dalla Corte, e sembra ridurre quelle – criticate – distanze tra il giudizio amministrativo e il giudizio costituzionale, così salvaguardando l'effettività della garanzia giurisdizionale.

Rimane ferma, comunque, la differenza strutturale tra i due giudizi. Come ha ricordato la Corte nel caso Morandi, il sindacato di costituzionalità sulle leggi provvedimento non è strutturalmente equipollente a quello effettuato dal giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Se da una parte si è arrivati ad affermare che quando la materia «per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato» presenta i tratti della materia amministrativa, allora ne consegue l'applicazione delle garanzie tipiche del procedimento amministrativo¹⁷¹, dall'altra ciò non significa che la legge che si sostituisca all'atto provvedimentoale «ne mutui con ciò anche i tratti costitutivi»¹⁷². La Corte ribadisce, quindi, che lo scrutinio di costituzionalità, anche quando attiene ad una legge-provvedimento, richiama una giurisdizione che, a differenza di quella amministrativa, presenta pur sempre caratteri oggettivi e non soggettivi, nel senso che non è tesa all'accertamento del rapporto e della fon-

¹⁷¹ Così Corte cost. n. 116/2020, cit.

¹⁷² Così Corte cost. n. 168/2020, cit.

datezza della pretesa ad esso sottostante, bensì attinge alla razionalità oggettiva delle disposizioni censurate¹⁷³. Visto sotto questa luce il sindacato di costituzionalità sulle leggi-provvedimento presenta una portata assai ampia e sembra in grado di svelare una garanzia di tutela giurisdizionale addirittura maggiore di quella offerta dal giudizio amministrativo¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra giudice costituzionale e giudice comune*, 21 dicembre 2011, in *www.federalismi.it*. Nello stesso senso si pone F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 121, secondo il quale, «per quanti sforzi la Corte possa fare per assimilare il proprio giudizio sulle leggi-provvedimento a quello del giudice amministrativo, la garanzia che essa è in grado di offrire a quelle situazioni è strutturalmente e funzionalmente ben diversa da quella che offre il giudice amministrativo».

¹⁷⁴ Sulla possibilità che la protezione offerta dal giudizio costituzionale risulti, sotto certi aspetti, più efficace di quella effettuabile attraverso la giurisdizione amministrativa, cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 192. Nel senso che le leggi-provvedimento, lungi dall'attenuare le possibilità di difesa, addirittura le esaltano, cfr. PIRAINO, *Ancora sulle leggi-provvedimento*, in nota a Corte cost. 14 luglio 1986, n. 190, in *Le Regioni*, 1987, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

ATTUALITÀ

Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali

Silvia Talini

SOMMARIO: 1. Brevi riflessioni introduttive – 2. Il fatto all’origine delle censure e le questioni di costituzionalità sottoposte all’attenzione del Giudice delle leggi – 3. La decisione della Corte e i suoi rapporti con la precedente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale – 4. Considerazioni di sistema a partire dalla dichiarazione di inammissibilità. L’unione omosessuale come “formazione sociale” ex art. 2 della Costituzione – 4.1. La progressiva valorizzazione della genitorialità come rapporto sociale e il conseguente venir meno dell’imprescindibilità del dato biologico – 4.2. L’idoneità della coppia omosessuale ad assumere il ruolo genitoriale e la trascrizione nei registri dello stato civile dei figli delle coppie *same sex* ad opera della giurisprudenza – 4.3. L’esistenza di un “margine costituzionale” per l’adozione di una decisione diversa a tutela del nato – 4.3.1. La valorizzazione del preminente interesse del minore e l’inidoneità della sua tutela ad opera della c.d. adozione non legittimante – 4.3.2. Ancora sul limite della discrezionalità legislativa. Riflessioni conclusive – 5. Postilla.

1. Brevi riflessioni introduttive. – Solo il Legislatore, attraverso l’esercizio del suo potere discrezionale, può stabilire se due donne – unite civilmente – possano essere entrambe registrate come madri del figlio nato in Italia e concepito all’estero mediante procreazione medicalmente assistita (PMA)¹ di tipo

¹ Nell’ordinamento italiano la procreazione medicalmente assistita è disciplinata dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”).

Per un’analisi di tale intervento normativo all’indomani della sua approvazione, v. C. CASINI, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino 2004; P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano 2004.

Si ricorda, inoltre, che l’approvazione della legge n. 40 del 2004 ha generato un intenso dibattito nella società civile culminato, nel 2005, in un referendum abrogativo che non ha raggiunto il *quorum* di partecipazione. In ordine a tale chiamata referendaria, v. il fascicolo monografico di *Bioetica*, 3, 2005 nonché E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita: quali prospettive dopo il referendum del 2005?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 103 ss.

Per un approfondimento “evolutivo” in ordine alle vicende riguardanti la legge n. 40 del 2004 si rinvia, *ex multis*, a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano 2017, 367 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, 1669 e, dello stesso Autore soprattutto in riferimento agli sviluppi

eterologo². Questa la decisione adottata dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 230, depositata il 4 novembre 2020, con cui sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale ordinario di Venezia in riferimento all'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili³ e all'art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000 in materia di atti dello stato civile⁴.

Nell'*iter* argomentativo espresso in motivazione, i giudici costituzionali hanno ritenuto di non poter superare la discrezionalità legislativa in materia di omogenitorialità, spettando al solo Parlamento – in qualità di interprete della volontà collettiva e previo bilanciamento dei plurimi interessi sottesi – un (eventuale) intervento volto ad apprestare effettiva ed espresa tutela anche al diritto alla bi-genitorialità tra coppie del medesimo sesso che sono ricorse all'estero a tecniche di PMA eterologa.

La questione, ponendo nuovamente la giurisprudenza costituzionale di fronte al tema della posizione assunta dall'interesse del minore in rapporto alle nuove forme di genitorialità e di concepimento, appare assai complessa e delicata. Ne discende la necessità di una preliminare disamina dei fatti da cui l'ordinanza di remissione trae origine e dai dubbi di costituzionalità in essa sollevati. Offerto un inquadramento della questione, si tenterà, nella seconda parte dell'indagine,

giurisprudenziali e ai profili penalistici, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano 2008 nonché *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU, e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2011.

² Occorre precisare, al fine di inquadrare correttamente i termini della questione in riferimento all'omogenitorialità, che nella fecondazione di tipo eterologo si ricorre ai gameti di donatori terzi, esterni alla coppia; viceversa, nella fecondazione omologa vengono utilizzati i gameti – maschili e femminili – dei componenti della coppia che si sottopone alle tecniche. Si tratta, quindi, di una tipologia di fecondazione in cui non si ricorre all'apporto di un terzo donatore.

Ne deriva che l'esperienza della genitorialità nelle coppie omosessuali femminili possa realizzarsi esclusivamente attraverso l'accesso a tecniche di fecondazione di tipo eterologo.

³ Legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"), nota come "Legge Cirinnà".

Su tale intervento cfr., tra i molti e su diversi aspetti, M. BELLETTI, *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2017, 689 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze: commento alla Legge n. 76/2016 e ai D. lgs. n. 5/2017; D. lgs. n. 6/2017; D. lgs. n. 7/2017*, Torino 2017; G. FERRANDO, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Politica del diritto*, 1, 2017, 43 ss.; M. BLASI, A. FIGONE, G. OBERTO (a cura di), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino 2016; E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia: legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, Napoli 2016; G. CASABURI, I. GRIMALDI (a cura di), *Unioni civili e convivenze*, Pisa 2016; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 10, 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze: commento alla L. 76 del 2016*, Milano 2016; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 10, 2016, 846 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 10, 2016, 882 ss.; G. SPADARO, LUCA DELL'OSTA, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano 2016.

⁴ Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 ("Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127").

di proporre un'analisi ampia della soluzione adottata dal Giudice delle leggi alla luce del sistema costituzionale e dell'evoluzione – sociale, giuridica ed ermeneutica – del diritto alla genitorialità e dell'interesse del minore in relazione alle figure genitoriali.

2. *Il fatto all'origine delle censure e le questioni di costituzionalità sottoposte all'attenzione del Giudice delle leggi.* – Le due ricorrenti, legate in Italia dal vincolo dell'unione civile, si sono rivolte ad una clinica estera ai fini del concepimento di un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, pratica espressamente preclusa dalla normativa italiana in materia di PMA (art. 4, comma 3, della legge n. 40 n. 2004)⁵. In seguito alla nascita del figlio, avve-

⁵ Sul punto occorre preliminarmente precisare come, a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, sia oggi consentita un'ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. I giudici hanno infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili».

Ancora in ordine alla fecondazione di tipo eterologo, il Giudice delle leggi è intervenuto con una successiva pronuncia additiva dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194» (Corte cost., sent. n. 96 del 2015).

In ordine a tali interventi additivi, su cui si tornerà ampiamente nel corso della trattazione (*infra*, sopratt. par. 4.1 e par. 4.3.2), cfr., *ex plurimis*, sulla sent. 162 del 2014: M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 34 ss.; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, 2830 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2014 nonché i numerosi contributi pubblicati a commento della sentenza in *Giurcost.org*.

Sulla successiva sentenza n. 96 del 2015, v. M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2015; E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Giur. cost.*, II, 2015, 533 ss.; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 novembre 2015; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015.

Sul divieto di PMA eterologa nell'ordinamento italiano, prima degli interventi additivi della Corte costituzionale, v. R. BARTOLI, *La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 101 ss.; A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata*, Roma 2013; A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2013, 1637 ss.

Ancora in riferimento alla fecondazione eterologa v., con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte Edu, la sent. *S.H. e altri c. Austria* del 1° aprile 2010 (ric. n. 57813/00), in cui i giudici di

nuta in Italia, l'ufficiale dello stato civile incaricato di redigere l'atto di nascita, ha indicato quale unico genitore la partoriente, attribuendo al bambino il solo cognome di quest'ultima. Prendendo atto del ripetuto rifiuto di trascrivere nel documento anche le generalità e il cognome della seconda componente della coppia, che aveva prestato espresso consenso alla PMA della compagna (c.d. madre intenzionale), le ricorrenti hanno instaurato un giudizio per la rettifica dell'atto di nascita chiedendo al Tribunale ordinario di Venezia che il documento recasse l'indicazione della genitorialità di entrambe e l'attribuzione al bambino del doppio cognome ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000.

Il Collegio adito, con ordinanza di rimessione n. 108 del 3 aprile 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo la disciplina in esame in contrasto con il dettato costituzionale per violazione di diversi parametri⁶.

Strasburgo hanno condannato l'Austria, ritenendo che un divieto assoluto di donazione di gameti fosse incompatibile con gli artt. 8 e 14 della Convenzione.

Su tale intervento della Corte EDU, che ha avuto un ruolo importante anche nelle decisioni successivamente assunte dalla Corte costituzionale, v. in *Rivista.it* del 2 luglio 2010, i contributi di S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, tra ordinamento italiano e CEDU*; B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*; I. PELLIZZONE, *Fecondazione eterologa e Corte europea: riflessioni in tema di interpretazione convenzionalmente conforme e obbligo del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale*.

Si vedano, inoltre, E. DOLCINI, *Strasburgo – Firenze – Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1429 ss. e F. VIGANÒ, *La sentenza della Consulta sul divieto di accesso alla fecondazione assistita per coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (e una chiosa finale sulla questione della diretta applicazione della CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2015.

⁶ Al fine di delimitare i confini della questione sottoposta al giudizio del Giudice delle leggi, occorre precisare che essa non si estende anche alle coppie omosessuali maschili per le quali la filiazione necessita della diversa tecnica della maternità surrogata vietata in senso assoluto, anche nei confronti delle coppie eterosessuali, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, il quale pone a presidio del divieto una sanzione di natura penale (reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro).

Tale tecnica, come più volte chiarito da consolidata giurisprudenza di legittimità, è assai diversa dalla PMA di tipo eterologo mancando, in quest'ultima, l'impegno di una donna a portare a termine una gravidanza "per conto terzi" e la rinuncia da parte della partoriente a ogni futura "pretesa" sul nato (v., in questo senso, Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193; Cass. civ., Sez. I, sent. 15 giugno 2017, n. 14878; Cass. civ., Sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599; Cass. civ., Sez. I, sent. 11 novembre 2014, n. 24001 su cui G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, I, 2014, 3408 ss.).

Ampiamente sulla maternità surrogata, in relazione al principio dell'interesse del bambino, il recente volume di E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore. La prospettiva relazionale*, Napoli, 2019, 132-171. In ordine a tale tecnica procreativa nel sistema costituzionale, cfr. anche i contributi ospitati in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino 2019, nonché in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli 2017.

In ordine al dibattito internazionale riguardante il processo genitoriale maschile tramite il ricorso alle pratiche di maternità surrogate, cfr. D. DEMPSEY, *Surrogacy, Gay Male Couples and the Significance of Biogenetic Paternity*, in *New Genetics and Society*, 32, 1, 2013, 37-53; D.E. MURPHY, *The Desire for Parenthood: Gay Men Choosing to Become Parents Through Surrogacy*, in *Journal*

Il rimettente, in primo luogo, pone in luce come la normativa vigente escluda la possibilità di interpretare estensivamente l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 a norma del quale: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime (...)». Il giudice *a quo* rinviene plurimi limiti letterali e teleologici a preclusione di tale operazione ermeneutica: *in primis*, l'art. 1, comma 20, della l. n. 76 del 2016 prevedendo che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile (...), le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono (...), si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. (...)», delimita espressamente l'ambito applicativo della normativa speciale ai soli scopi di assicurare diritti e doveri nascenti dall'unione civile, ossia quelli che afferiscono ai componenti della coppia, senza possibilità di alcun riferimento alla prole o alla filiazione.

Ancora, ad avviso del rimettente, la predetta estensione interpretativa – diretta a superare la limitazione della tutela in riferimento alla sfera della filiazione derivante dal ricorso alla PMA eterologa –, si porrebbe in insanabile contrasto con gli artt. 5 e 12 della legge n. 40 del 2004: il primo riserva l'accesso alle tecni-

of Family Issues, 34(8), 2013, 1104-1124. J. STACEY, Gay Parenthood and the Decline of Paternity as We Knew It, in *Sexualities*, 9(1), 2006, 27-55; G. WHITE, When children have two fathers: effects of relationships with stepfathers and noncustodial fathers on adolescent outcome, in *Journal of Marriage and Family*, 2001, 155 ss.

In argomento occorre altresì anticipare come la Corte costituzionale sia stata chiamata a decidere una recentissima questione di costituzionalità riguardo al riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che siano ricorsi alla maternità surrogata all'estero. Nel dettaglio, la prima Sezione civile della Suprema Corte, con ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, dell'art. 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto dello stato civile di un minore procreato con la tecnica della maternità surrogata del nome del c.d. genitore di intenzione (non biologico). La questione è stata dichiarata inammissibile con la sentenza n. 33 del 2021 nella quale, tuttavia, è contenuto un esplicito monito rivolto al legislatore: fermo restando il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, i giudici costituzionali hanno ritenuto che l'attuale quadro giuridico non assicuri adeguata tutela agli interessi del bambino nato a seguito di tale tecnica, si esorta pertanto il legislatore ad agire celermente al fine di assicurare idonea ed effettiva protezione al minore: «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte impicanti interventi su materie di grande complessità sistemica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore» (sul punto *infra*, par. 5).

Sugli effetti di sistema derivanti dall'inserimento di un monito anche nelle decisioni di inammissibilità v. ampiamente le riflessioni che seguono (*infra*, par. 4.3.2.).

che di fecondazione alle sole coppie di maggiorenni di sesso diverso⁷, il secondo – al comma 2 – pone una cospicua sanzione amministrativa allorché le tecniche vengano praticate nell’ambito di unioni *same sex*⁸.

Finanche, il Tribunale di Venezia fonda l’impossibilità di operare un’interpretazione estensiva sulla tassativa elencazione contenuta nell’art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000: la disposizione specifica che innanzi all’ufficiale di stato civile possano essere indicati nell’atto di nascita i soli genitori legittimi, naturali o adottivi, la madre (naturale) che ha apprestato il consenso ad essere nominata e colui che ha espresso il consenso alla PMA disciplinata in Italia, ossia il coniuge (o convivente) unicamente di sesso maschile della partoriente.

Dunque, anche sotto il profilo della rilevanza, il perentorio dato letterale degli artt. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 e 29, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000 impedisce al rimettente un’interpretazione costituzionalmente orientata, che consenta un’apertura verso la omogenitorialità femminile nell’atto di nascita.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* specifica che il combinato disposto delle predette disposizioni – per un verso – rischierebbe di

⁷ A norma dell’art. 5 (“Requisiti soggettivi”) «(...) possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». La disposizione deve essere letta in relazione al precedente art. 4 ai sensi del quale il ricorso alle tecniche di PMA «è consentito solo quando sia accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (comma 1) ed «è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (comma 3).

Come anticipato, la Corte costituzionale è intervenuta in diverse occasioni sulla legge n. 40 del 2004 introducendo due ipotesi di accesso alla PMA di tipo eterologo nei casi di infertilità-sterilità (sent. n. 162 del 2014) e di gravi malattie genetiche trasmissibili al feto (sent. n. 96 del 2015) solo della coppia eterosessuale.

Dalla richiamata disciplina discende il divieto di accesso alle tecniche di PMA, sia di tipo omologo sia eterologo, per le coppie *same sex* e le donne *single* o in età avanzata.

Un’ampia riflessione critica in ordine al quadro normativo da cui deriva l’impossibilità di accesso alle tecniche di PMA in riferimento alle coppie omosessuali è contenuta in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano 2017, 300 ss.

⁸ Salvo quanto sancito dal Giudice delle leggi nelle richiamate sentenze nn. 162 del 2014 e 96 del 2015, l’art. 12, comma 2, della legge n. 40 del 2004 prevede che «Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell’articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie (...) composte da soggetti dello stesso sesso (...) è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro».

Rilevanti anche i successivi commi 9 e 10 del medesimo articolo: il primo dispone «la sospensione da uno a tre anni dall’esercizio professionale nei confronti dell’esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7»; il secondo sancisce che l’autorizzazione ad effettuare la PMA «alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell’ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l’autorizzazione può essere revocata».

Sul regime sanzionatorio posto a sostegno della legge n. 40 del 2004 v., in ordine a molteplici aspetti, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino 2012.

«ridursi a rigida espressione di positivismo giuridico se scrutinato alla luce dei principi fondamentali a tutela del nato», per l'altro si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza del Giudice delle leggi in materia di riconoscimento della dignità costituzionale alle unioni omosessuali, quali formazioni sociali ove si svolge la personalità umana⁹.

All'esito di tale *iter* argomentativo, il Tribunale di Venezia solleva, dunque, diverse eccezioni di incostituzionalità¹⁰.

Risulterebbero in primo luogo violati i principi di cui agli artt. 2 e 3, primo e secondo comma, della Costituzione. L'impossibilità di applicare a una coppia di donne unite civilmente le regole sulla filiazione intenzionale non realizzerebbe «il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Si tratta di un diritto, specifica il rimettente, che «dovrebbe essere inteso come aspirazione giuridicamente qualificata a mettere al mondo e crescere dei figli, a fortiori avendo costituito un legame di coppia formalizzato, che per la sua, almeno tendenziale, stabilità si presenterebbe più adatto a crescere la prole». Richiamando la giurisprudenza costituzionale in materia di "formazione sociale"¹¹, il giudice *a quo* afferma che – a seguito dell'evoluzione del modo di concepire i rapporti umani – dovrebbe essere annoverata all'interno dei suoi confini anche l'unione tra le ricorrenti, avendo l'art. 1 della legge n. 76 del 2016 espressamente istituito l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica ipotesi di formazione sociale¹². Attraverso siffatta previsione si sarebbe, dunque, superata la tradizionale impostazione che individuava la coppia nella sola unione di soggetti di sesso diverso, «intraprendendo la strada dell'unificazione delle discipline familiari, sia omosessuali che eterosessuali».

Con specifico riferimento alla violazione di cui all'art. 3 della Costituzione, il rimettente osserva come la negazione della tutela richiesta dalle ricorrenti comporterebbe «una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e sul reddito», laddove privilegierebbe le persone «che dispongono dei mezzi economici, non solo per concepire in via assistita, ma anche per far nascere il figlio all'estero e richiedere, con ormai sicuro successo, in ragione del consolidato orientamento nomofilattico, la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero». Risulterebbe, invero, irragionevole e logicamente contraddittoria la manca-

⁹ Sul punto v. ampiamente le riflessioni che seguono (*infra*, par. 4).

¹⁰ Tribunale di Venezia, Sez. II civ., ord. del 3 aprile 2019, n. 108.

¹¹ Come si avrà modo di specificare nel proseguo della presente indagine, il riferimento è alla sentenza n. 138 del 2010 nella quale i giudici costituzionali hanno accolto la nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (*infra*, par. 4).

¹² Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016: «La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto».

ta inclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso nell'elenco dei soggetti legittimati ad accedere alla PMA annoverando la legge n. 40 del 2004, fra le sue finalità, l'obiettivo di favorire la soluzione ai problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità (requisiti sussistenti, per ragioni biologiche, anche in una coppia omosessuale).

Sussisterebbe, inoltre, anche una violazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., il quale, assegnando alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale al pieno sviluppo della personalità umana, «non potrebbe non estendere tale ruolo alla rimozione del tradizionale stigma subito dagli omosessuali consentendo – in particolare alle donne – di realizzare il desiderio di maternità». Il rispetto del principio di uguaglianza, infine, imporrebbe che il bambino «non sia discriminato dalla legge, e dunque sotto-tutelato sul piano sia morale che materiale, in considerazione delle caratteristiche della relazione tra i genitori, in particolare laddove si tratti di relazione omosessuale».

Risulterebbe altresì violato l'art. 30 Cost. in quanto – sia per gli adulti, sia per il nato – l'impossibilità di indicare nell'atto di nascita due madri unite civilmente, non tutelerebbe il diritto alla filiazione, secondo una concezione progressista che indurrebbe «ad affrancarne la realizzazione dalla tradizionale dimensione naturalistico-fattuale, tutelandola come diritto pretensivo che, ove il progresso scientifico la consenta, non può essere escluso o limitato, se non in funzione di interessi che il legislatore consideri, legittimamente, pari ordinati».

Il rimettente, in ultimo, individua una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. ravvisando un contrasto della descritta disciplina con i principi sovranazionali in materia di diritto alla bigenitorialità. Secondo il giudice *a quo*, negare al bambino la relazione giuridica con entrambe le madri violerebbe l'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché l'art. 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Da una lettura congiunta di tale complesso di fonti, specifica il giudice *a quo*, si rinviene un principio internazionale definitivamente acquisito: «quello per cui il matrimonio non costituisce più un discrimine nei rapporti tra genitori e figli, né per gli uni, che hanno visto riconosciuto il diritto non solo a formarsi una famiglia, ma altresì a diventare genitori, anche oltre i limiti imposti dalla natura e comunque per effetto di una manifestazione di volontà svincolata dal dato biologico; né per gli altri, che debbono godere della medesima tutela indipendentemente dalla forma del legame tra coloro che ne assumono la genitorialità».

Grundnorm in materia, prosegue il rimettente, si rinviene nell'art. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) che pone il principio del preminente interesse del minore, declinato dalla giurisprudenza costituzionale in uno specifico diritto «a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai

quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione»¹³. Dunque, conclude il Tribunale di Venezia, «l'acquisto dello *status* di figlio di entrambe le parti dell'unione civile (...) dovrebbe essere riguardato come ineludibile presupposto per l'accesso del minore alla massima tutela spettantegli».

Così argomentate le eccezioni di incostituzionalità, il collegio rimettente sospende il processo chiedendo al Giudice delle leggi di dichiarare l'illegittimità degli artt. 1, comma 20, della l. n. 76 del 2016 e 29, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000 nella parte in cui escludono il riconoscimento della bigenitorialità, a favore di due donne unite civilmente, con riferimento ai figli nati per effetto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) compiute all'estero con il consenso di entrambe, negando la possibilità che le stesse siano indicate congiuntamente come genitori nell'atto di nascita.

3. *La decisione della Corte e i suoi rapporti con la precedente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.* – Il Giudice delle leggi, nella sentenza n. 230 del 2020, ha dichiarato inammissibile la questione pur sposando, all'inizio delle valutazioni nel merito, la premessa esegetica da cui muove il rimettente: la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA «è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa». Il principio, afferma la Corte, appare largamente desumibile da due disposizioni contenute nella legge n. 40 del 2004: l'art. 8, per cui coloro che sono nati a seguito del ricorso alle tecniche di PMA assumono lo stato di figli “nati nel matrimonio” o “riconosciuti” della coppia che ha avviato il percorso e l'art. 9 che, in riferimento alla fecondazione eterologa, vieta al coniuge (o al convivente) della madre naturale di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità.

Ciò premesso, l'*iter* argomentativo muta direzione allorché i giudici costituzionali ribadiscono che, alla luce del divieto per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA in Italia, «quelle coinvolte nel progetto di genitorialità condiviso devono pur sempre essere coppie “di sesso diverso”».

A sostegno di tale affermazione la Corte richiama diversi precedenti giurisprudenziali. Rileva, *in primis*, la nota sentenza n. 221 del 2019: l'esclusione delle coppie formate da due donne dalle tecniche di fecondazione assistita «non è fonte di distonia né di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

Nella medesima occasione i giudici costituzionali ebbero modo di soffermarsi su alcuni punti che, seppur non richiamati nella motivazione della

¹³ Corte cost., sent. n. 31 del 2012.

Cfr., in senso analogo nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., Sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599 su cui si tornerà ampiamente.

pronuncia n. 230, sembrano aver assunto un ruolo decisivo nella soluzione adottata.

Sotto un primo profilo, la Corte ebbe modo di confermare come l'idea sottesa alla disciplina contenuta nella legge n. 40 del 2004, «secondo cui una famiglia ad instar naturae (...) rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato, non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale». Tale affermazione, precisa il Giudice delle leggi, è svincolata dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e dell'unione eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali.

La Corte, nella medesima decisione, ha inoltre individuato un chiaro discrimine tra l'adozione e le tecniche di PMA: il primo istituto «presuppone l'esistenza in vita dell'adottando, non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale¹⁴ – l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate». Diversamente, l'accesso alla PMA è funzionale «a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (...), realizzandone le aspirazioni genitoriali». La Corte, dunque, individua il *discrimen* tra i due istituti nella circostanza per cui, nelle ipotesi di fecondazione assistita, il bambino deve ancora nascere: non è dunque irragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono – in astratto – le migliori “condizioni di partenza”. Del resto, specificano ancora i giudici nella sentenza n. 221, «in assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione»¹⁵.

¹⁴ La Corte di Cassazione, in effetti, ha espressamente riconosciuto alle coppie *same sex* la possibilità di accedere alla c.d. adozione non legittimante (art. 44 lett. d, legge n. 183 del 1984). Nel dettaglio i giudici di legittimità, ponendo l'accento sul preminente interesse del minore, hanno escluso che l'analisi sulla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge n. 184 del 1983 per l'accesso all'adozione non legittimante potesse dare rilievo a una valutazione negativa fondata esclusivamente sulla composizione della coppia. L'istituto, infatti, «mira a dare riconoscimento giuridico, previo accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con quest'ultimo e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali, in quanto inteso a consolidare, ricorrendone le condizioni di legge, legami preesistenti e ad evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato» (Cass. civ., Sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12962).

Analiticamente sul punto, *infra* par. 4.1.

¹⁵ Prosegue la Corte: la «circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia».

Assai incidente nell'adozione della decisione dello scorso 4 novembre appare, inoltre, l'affermazione secondo cui non risulta «violato l'art. 31, secondo comma, Cost., il quale riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»; e ancora «la tutela costituzionale della "salute" non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (...) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione».

In ultimo, come espressamente ricordato anche nella sentenza n. 230 del 2020, in quell'occasione i giudici costituzionali ebbero modo di specificare come la stessa giurisprudenza della Corte EDU avesse escluso che una legge nazionale contenente il limite all'accesso alle tecniche di PMA per le coppie eterosessuali sterili potesse dar luogo a una disparità di trattamento, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, nei confronti delle coppie omosessuali, stante la non equiparabilità delle rispettive situazioni¹⁶.

Proprio in riferimento alla giurisprudenza sovranazionale, la Corte nella

La letteratura internazionale che ha approfondito le tematiche inerenti il riconoscimento delle unioni non matrimoniali *same-sex* e l'adozione da parte delle coppie composte da persone dello stesso sesso è assai ampia. In riferimento al dibattito nel diritto statunitense ed europeo v., tra i molti, J. GERHARDS, *Non-Discrimination towards Homosexuality: The European Union's Policy and Citizens' Attitudes towards Homosexuality in 27 European Countries*, in *International Sociology*, 25 (1), 2010, 5-28; E. LEWIN, *Gay Fatherhood: Narratives of Family and Citizenship in America*, 2009 Chicago; V. CLARKE, *What about the Children? Arguments Gay and Lesbian Parenting*, in *Women's Studies International Forum*, 24, 1, 2001, 555-570; S. SLATER, *The Lesbian Family Life Cycle*, 1995 New York; L. BENKOV, *Reinventing the Family: Lesbian and Gay Parents*, 1994 New York; A. STEIN, *Sex and Sexuality: Stories of a Lesbian Generation*, 1997 Berkeley; P. BLUMSTEIN, P. SCHWARTZ, *American Couples*, 1983 New York.

In particolare, in ordine ai nuclei familiari formati da due donne, anche in relazione al riconoscimento sociale del processo genitoriale tramite il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, v. J. BUTTERFIELD, I. PADAVIC, *The Impact of Legal Inequality on Relational Power in Planned Lesbian Families*, in *Gender & Society*, 28, 5, 2014, 752-774; S.E. DALTON, D.D. BIELBY, *That's Our Kind of Constellation. Lesbian Mothers Negotiate Institutionalized Understandings of Gender within the Family*, in *Gender & Society*, 14, 1, 2000, 36-61; M. RYAN, D. BERKOWITZ, *Constructing Gay and Lesbian Parent Families "Beyond the Closet"*, in *Qualitative Sociology*, 32, 2000, 153-172.

Sul dibattito internazionale riguardante il processo genitoriale maschile tramite il ricorso alle pratiche di maternità surrogata v. la precedente nota n. 6.

Una recente indagine sul fenomeno della filiazione delle coppie omosessuali nel panorama europeo è contenuta nel contributo di S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, 1° aprile 2020 al quale sia consentito un rinvio anche per l'ampia bibliografia internazionale richiamata.

¹⁶ In argomento la Corte costituzionale richiama la sentenza *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012, ric. n. 25951/07.

Ancora in riferimento al divieto di trattamenti discriminatori per ragioni legate all'orientamento sessuale, si vedano anche le precedenti pronunce della medesima Corte *Frettè c. Francia* del 26 febbraio 2002 (ric. n. 36515/97) e *E.B. c. Francia* del 22 gennaio 2008 (ric. n. 43546/02) in cui i giudici di Strasburgo giungono a conclusioni differenti riguardo all'applicazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione in materia di accesso alle procedure di adozione da parte di una persona omosessuale. Assai rilevante è altresì la successiva pronuncia *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013 (ric. n. 19010/07) con cui la Grande Camera ha condannato l'Austria per violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione per non aver consentito a una donna impegnata in una relazione omosessuale di

sentenza n. 230 ricorda – a sostegno dell’inammissibilità – come i giudici di Strasburgo, nella disciplina della fecondazione medicalmente assistita «la quale suscita delicati problemi di ordine etico e morale», abbia affermato l’esistenza di «un ampio margine di apprezzamento» da parte degli Stati soprattutto in ordine «a quei profili in ordine ai quali non si riscontri un generale consenso a livello europeo»¹⁷.

Vi è di più. Con riguardo ai parametri interposti di cui agli artt. 8 e 14 CEDU, la Corte costituzionale ha inoltre ricordato come la giurisprudenza di Strasburgo abbia recentemente chiarito che gli Stati Parte non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato all’estero attraverso maternità surrogata; per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata può farsi ricorso all’adozione «purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l’attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell’interesse superiore del minore»¹⁸.

Ad analoghe conclusioni il Giudice delle leggi perviene in riferimento alla tutela del diritto alla genitorialità previsto nella Convenzione sui diritti del fanciullo, diritto che, secondo i giudici costituzionali, «è riconosciuto non già in termini assoluti, ma solo ove corrisponda al migliore interesse per il minore (*best interest of the child*)»¹⁹.

adottare il figlio della sua compagna, senza che venisse reciso il legame di quest’ultimo con la madre naturale.

¹⁷ Già citata sent. Corte EDU, *S. H. contro Austria*, del 1° aprile 2010, le cui conclusioni sono state ribadite dalla Grande Camera nella successiva decisione del 3 novembre 2011 (v., anche per un rinvio alla dottrina, la precedente nota n. 5).

In argomento, anche Corte EDU sent. *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012 (ric. n. 54270/10) su cui C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1, 2013.

Sul differente – ma connesso – piano della tutela del *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte EDU, v. L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo: espansione o trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148.

¹⁸ Grande Camera, Corte EDU, parere del 10 aprile 2019, reso su richiesta della Corte di Cassazione francese (su cui v. anche la successiva nota n. 58).

Sul punto occorre altresì ricordare come la Grande Camera della Corte EDU, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017 (ric. n. 25358), abbia espressamente sancito il divieto di una coppia di riconoscere un figlio come proprio se il bambino sia stato generato senza alcun legame biologico con i due aspiranti genitori e attraverso il ricorso a una maternità di tipo surrogato.

¹⁹ In estrema sintesi, la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre del 1989 e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176, afferma che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, occorre considerare l’interesse superiore del minore come sempre preminente (c.d. *best interest of the child*). La medesima Convenzione, inoltre, declina uno specifico e pieno diritto del minore a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione (v., in particolare, gli artt. 3 e 7 della Convenzione).

Un’analisi della genesi del principio, derivante dal diritto anglosassone, è contenuta in E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016 nonché in L. LENTI, *Best interest of the child o best interest of children?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.

La Corte, proseguendo nel richiamo dei propri precedenti giurisprudenziali, ricorda di aver chiarito, nella successiva sentenza n. 237 del 2019, come la legge n. 76 del 2016 – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie *same sex* – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva sia attraverso fecondazione assistita, in favore di coppie omosessuali, in quanto dal rinvio che essa opera alle disposizioni sul matrimonio restano escluse, perché non richiamate, quelle che regolano la paternità, la maternità e l'adozione legittimante²⁰. Nella stessa sede, inoltre, i giudici costituzionali hanno avuto modo di precisare come, per quanto espressamente disposto dal citato art. 5 della l. n. 40 del 2004, le coppie dello stesso sesso non possono accedere alle tecniche di fecondazione assistita. Tale scelta, posta dal legislatore del 2004 in maniera espressa, si rivela «non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subiecta materia, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

Ciò premesso, la Corte costituzionale – ancora nella sent. n. 237 – giunge a dichiarare che la scelta operata dal legislatore nella legge n. 76 del 2016 di non riferire le prescrizioni relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso non si pone in contrasto con gli artt. 2 e 30 Cost., «perché l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona (...)». A sua volta, l'art. 30 Cost. «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» e la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non implica che possa esplicarsi senza limiti²¹. Ciò poiché siffatta libertà deve essere bilanciata «con altri interessi costituzionalmente protetti: (...) particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella

²⁰ La Corte ricorda altresì come, di recente, il Giudice di legittimità in una fattispecie analoga a quella oggetto del giudizio abbia negato la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero. Il diniego è motivato dalla Corte in ragione della vigenza nell'ordinamento italiano del divieto per le persone dello stesso sesso di ricorrere a tale tecnica riproduttiva (Corte Cass., Sez. I civ., 3 aprile 2020, n. 7668).

Nella medesima direzione v. anche, seppur non citata nella sentenza n. 230 del 2020, Cass. civ., Sez. I, sent. 22 aprile 2020, n. 8029 in cui i giudici di legittimità, nel caso di un bambino concepito e nato all'estero a seguito di PMA di tipo eterologo, non hanno accolto la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre anche della donna legata alla partorienta da unione civile, poiché «in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto».

²¹ Considerazioni già proposte dalla stessa Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 162 del 2014.

cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico»^{22 23}.

Così richiamati i precedenti giurisprudenziali, il Giudice delle leggi giunge a dichiarare – nella sentenza n. 230 del 2020 – l’inammissibilità delle questioni prospettate dal collegio rimettente per un duplice ordine di motivi.

I giudici, *in primis*, ritengono che le questioni sollevate siano connotate da quel margine di apprezzamento discrezionale che appartiene alla valutazione del solo legislatore, cui spetta, in via esclusiva, l’individuazione di un ragionevole punto di bilanciamento in ordine alle delicate esigenze contrapposte tanto più in una materia che, secondo la richiamata giurisprudenza della Corte EDU, rientra in «un ampio margine di apprezzamento» da parte degli Stati. Afferma dunque la Corte che l’obiettivo auspicato dal Tribunale di Venezia, quanto al riconoscimento del diritto alla bigenitorialità delle due donne unite civilmente, non è raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità esso, viceversa, risulta «perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta»²⁴.

Chiarito che l’intervento richiesto rientra nell’alveo delle scelte riservate alla discrezionalità del legislatore, la Corte sembra porre una timida apertura verso la “copertura costituzionale” del diritto alla genitorialità omosessuale: «se (...), il riconoscimento della omogenitorialità, all’interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata».

²² I giudici, sul punto, richiamano la sentenza n. 221 del 2019.

²³ Quanto al prospettato *vulnus* dell’art. 3 Cost., la Corte si limita a specificare che «è pur vero che la giurisprudenza, anche di legittimità (...), ammette il riconoscimento in Italia di atti formati all’estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di “due madri”, ma, come è stato già rilevato, la circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l’ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia (sent. 221 del 2019)».

²⁴ A sostegno di tale soluzione è stato recentemente rilevato come «la Corte costituzionale qui riconosce che esistono, in alcune materie di particolare rilevanza etica, spazi che la Costituzione non “copre”, lasciando una relativa libertà al legislatore, e rifiuta di potersi sostituire a quest’ultimo. È semmai il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 11). La scelta per il diritto all’omogenitorialità, prosegue l’Autore, «non è contenuta nella Costituzione; quest’ultima non vi si oppone (...), ma certo nemmeno la impone. Sicché, piuttosto che cercare di arruolare la giurisprudenza costituzionale, chi invoca quel diritto convinca la maggioranza dei parlamentari ad approvare una legge nella direzione voluta» (11).

L'omogenitorialità, dunque, resta un'opzione costituzionalmente perseguibile ma solo attraverso una scelta di natura normativa.

Infine, per quanto attiene al «connesso e parallelo profilo» dell'interesse del minore, la Corte fonda l'esclusione del *vulnus* sulla circostanza «che la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore».

Nel dettaglio, l'ipotesi di adozione a cui i giudici costituzionali fanno espresso riferimento – disciplinata all'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983²⁵ – consente il processo adottivo nelle ipotesi di impossibilità di affidamento preadottivo, irrealizzabilità che, attraverso un'interpretazione estensiva offerta dalla giurisprudenza di legittimità, attiene non solo alle condizioni di fatto (assenza di adottanti) ma altresì alle condizioni di diritto (lo stato di abbandono del minore). In questo senso le Sezioni Unite hanno recentemente affermato che in materia di genitorialità omosessuale la tutela di alcuni valori, «non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, (...) non esclude la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983»²⁶.

All'esito di tali argomentazioni i giudici costituzionali adottano quindi una declaratoria di inammissibilità delle questioni sollevate dal Tribunale di Venezia.

4. *Considerazioni di sistema a partire dalla dichiarazione di inammissibilità. L'unione omosessuale come "formazione sociale" ex art. 2 della Costituzione.* – La Corte, dunque, pone l'accento sull'esistenza di un conflitto tra istanze contrapposte (alla genitorialità di ogni individuo e alla facoltà di un ordinamento di limitare i profili soggettivi del diritto alla filiazione) la cui soluzione impone l'esercizio del potere decisionale del legislatore, che nella fattispecie, non ha ecceduto il suo ampio margine di discrezionalità.

Pur valutando con favore la scelta compiuta dai giudici costituzionali di non decidere nel senso dell'infondatezza della questione – opzione che avrebbe prodotto il silente effetto di confermare, in modo ancor più penetrante, la bontà della disciplina – la soluzione adottata non convince sotto diversi profili.

Ad avviso della scrivente, la declaratoria di inammissibilità lascia trapelare la consapevolezza dei giudici costituzionali di muoversi lungo un crinale profondamente «scivoloso» e la necessità di adottare una decisione quanto più possi-

²⁵ Rubricata «Diritto del minore ad una famiglia».

²⁶ Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193.

Su tale recente pronuncia si tornerà anche in seguito (*infra*, par. 4.2.).

bile cauta e prudente. In altri termini, la Corte, ponendo esclusivo accento sulla discrezionalità legislativa e sulla presenza di soluzioni già esistenti nel sistema, sembra volutamente marginalizzare la richiesta di prendere posizione su una centrale questione: l'acquisizione, sin dalla nascita (qui il punto), dello *status filiationis* dal quale discende il diritto di ciascun bambino a godere di un'immediata e certa stabilità dei suoi rapporti affettivi e familiari.

Si tratta, al contrario, di un aspetto che appare in larga parte in ombra all'interno della sentenza n. 230: l'attenzione è posta – salvo lo scarno punto 9 del *Considerato in diritto* – quasi esclusivamente sulla composizione *same sex* della coppia, lasciando in secondo piano la primaria necessità di tutelare il nato a seguito di PMA eterologa attraverso l'iscrizione di entrambe le madri nel registro degli atti di nascita. Azione che appare diretta espressione dei diritti derivanti al bambino dalla sua famiglia naturale fondata, in questo caso, su un'unione espressamente disciplinata nell'ordinamento italiano dalla legge n. 76 del 2016.

È evidente, in effetti, come a seguito dalla mancata trascrizione nell'atto di nascita della madre intenzionale si determini una forte compressione non solo nella sfera giuridica della donna quanto – e soprattutto – in quella del bambino il quale, unicamente in ragione delle modalità in cui il concepimento è stato realizzato, sarà costretto a crescere in una condizione di profonda incertezza sociale e giuridica. Vieni a crearsi, in altri termini, un vero e proprio decremento delle tutele spettanti al nato. Si pensi, in via di esempio, ai limiti riguardanti il riconoscimento delle parentele e ai connessi diritti successori, all'ipotesi di decesso o malattia della partoriente o, ancora, al possibile rifiuto della madre naturale di prendersi cura del figlio; tutti casi in cui il genitore intenzionale sarebbe privo di qualunque titolo idoneo a proteggere il figlio con conseguenti situazioni di estrema tensione che potrebbero altresì ripercuotersi sullo sviluppo psicofisico del bambino.

Ciò premesso, consentire all'ufficiale dello stato civile di iscrivere nell'atto di nascita entrambe le figure genitoriali, appare un'azione strettamente funzionale alla garanzia del complesso sistema di tutele che, secondo la Costituzione, deve sorreggere la “formazione sociale” in cui – di fatto – il bambino vive e cresce fin dai primi giorni sotto la guida e la protezione di ambedue le adulte che ne hanno desiderato il concepimento e la nascita.

In ordine a tale profilo, è utile ricordare come lo stesso articolo di apertura della legge n. 76 del 2016 ponga il legame nascente dall'unione civile come diretta espressione dei principi costituzionali, qualificando l'unione tra persone dello stesso sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» (art. 1)²⁷.

²⁷ Sul punto è stato tuttavia osservato come il tema della filiazione sia «il grande assente della riforma sulle unioni civili» e gli effetti negativi di tale omissione si sono prodotti soprattutto nella sfera giuridica dei bambini figli delle coppie omosessuali (L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento della «nuove» forme di filiazione e genitorialità*, in *Osser-*

Un esplicito riconoscimento in tal senso della coppia *same sex* si rinviene altresì nella giurisprudenza costituzionale, laddove la stessa ha offerto un'interpretazione estensiva alla nozione di "formazioni sociali": nell'alveo dell'art. 2 della Costituzione rientra anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone del medesimo sesso. A tale legame, in qualità di formazione sociale spetta, pertanto, «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»²⁸.

vatorio AIC, 3, 2018, 556). In realtà, come lo stesso Autore rileva, l'art. 5 dell'originario disegno di legge sulle unioni civili (n. 2081/S), consentiva al componente della coppia di attivare la procedura di adozione del figlio naturale del *partner* ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), della legge n. 183 del 1984. Tuttavia, a causa delle forti resistenze incontrate in sede di dibattito parlamentare, la disposizione venne espunta dal testo definitivo della riforma sulle unioni civili.

²⁸ Corte cost., sent. n. 138 del 2010.

Un'ampia riflessione in argomento, rivolta verso il futuro, è contenuta in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli 2011.

Cfr. altresì i numerosi contributi pubblicati nel Forum dei Quaderni Costituzionali: F. CALZARETTI, *Copie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, 31 maggio 2010; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, 23 aprile 2010; L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, 16 aprile 2010; M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, 13 settembre 2011; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*; F. SAIITO, *La giurisprudenza tedesca in materia di unioni omosessuali. Spunti di comparazione con la sent. 138/2010*, 17 marzo 2011; S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, 27 aprile 2010.

Si vedano ancora gli scritti presenti nella Rivista AIC di M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale*, 1, 2012; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, 3, 2011; A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, 4, 2011.

In argomento deve altresì ricordarsi un discusso accoglimento da parte del Giudice delle leggi in materia di c.d. divorzio imposto. In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 ("Norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso"), nella parte in cui non consentivano a due coniugi «di proseguire nella loro vita di coppia pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi con conseguente rettificazione anagrafica» (Corte cost., sent. n. 170 del 2014).

Anche tale intervento, dunque, sembra inserirsi in quel filone della giurisprudenza costituzionale volto a riconoscere alle coppie omosessuali l'inviolabile diritto a vivere liberamente la propria unione.

Su tale pronuncia v., *ex plurimis*, F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 giugno 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Giurcost.org*, 2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Giurcost.org*, 2014; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

Sotto questo profilo, se da un lato autorevole dottrina ha chiarito come il riconoscimento di una formazione sociale non determini un'automatica e generale applicazione di tutte le norme costituzionali anche nei rapporti privati²⁹, dall'altro non può negarsi che, a seguito dell'evoluzione normativa e sociale, tale espresso inserimento delle unioni civili all'interno dell'art. 2 Cost. ad opera della giurisprudenza costituzionale testimonia il riconoscimento, in tale unione, di uno spazio idoneo per lo svolgimento della personalità di coloro che ne fanno parte.

Ancora in riferimento ai rapporti tra gli artt. 2 e 29 Cost., con il citato approdo giurisprudenziale la Corte costituzionale sembra discostarsi – definitivamente – da alcune riflessioni proposte in dottrina volte a collocare il legame omosessuale, non già all'interno dei confini della famiglia naturale (art. 29 Cost.), quanto nel solo diritto di associazione (art. 18 Cost.). Si era in questo senso affermato che un «rapporto [famigliare] ed una (...) intimità non si propongono necessariamente od esclusivamente per una motivazione od una finalità di carattere sessuale, ma quando ciò si verifichi, pare implicitamente richiesto da quella aggettivazione che debba trattarsi di una sessualità secondo natura e non contro di essa. Sicché è evidente che non si attagli ad altri tipi di convivenza, a menages ed a sodalizi di qualunque genere, che per la loro difformità dalle regole e dagli istituti naturali, rimangono affidati, nei limiti e sotto gli eventuali profili in cui siano da ritenere meritevoli di riconoscimento e di qualche tutela, alla sola generica garanzia dell'art. 18 della Costituzione»³⁰.

Per un'analisi relativa all'ordinanza di remissione sia consentito un rinvio a S. TALINI, *Il mutamento di sesso impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale? La questione in una recente ordinanza di remissione della Corte di Cassazione*, in *Osservatorio AIC*, giugno, 2013 nel quale era stata invece ipotizzata una dichiarazione di inammissibilità della questione.

Deve infine ricordarsi come un decisivo impulso al riconoscimento delle coppie omosessuali nell'ordinamento giuridico italiano, culminato nell'approvazione della legge n. 76 del 2016, è stato offerto dalla giurisprudenza della Corte EDU. Il riferimento, in particolare, è alla nota sentenza *Oliari e altri c. Italia* del 21 luglio 2015 (ric. nn. 18766/11 e 36030/11) in cui i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per la mancata previsione da parte del legislatore, nonostante i numerosi solleciti delle sue superiori Corti, di un istituto giuridico diverso dal matrimonio che riconoscesse la relazione tra persone dello stesso sesso. La carenza di siffatto riconoscimento giuridico, secondo la Corte, determinava una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare come enunciato dall'articolo 8 della Convenzione.

²⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20.

³⁰ P.F. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Diritto di Famiglia*, 2, 2005, 585 ss.

In riferimento ai confini dell'art. 29 della Costituzione l'Autore, nel medesimo scritto, pur ammettendo che non possa ritenersi famiglia solo l'unione fondata sul matrimonio, specifica che unicamente a quest'ultima la Costituzione riservi determinati diritti e doveri; alla famiglia naturale sarebbero invece riconosciute solo marginali garanzie specie con riguardo al tema della filiazione.

Esclude espressamente che le unioni di fatto possano rientrare nelle formazioni sociali anche A. Pace: «Fermo restando che l'art. 2 non prevede direttamente una specifica disciplina della formazioni sociali (...), deve essere sottolineato (...) che l'importanza del riconoscimento delle formazioni sociali non può essere enfatizzata al punto di contraddire ciò che la stessa Costituzione ha altrove espressamente statuito» (19). Un esempio, specifica l'Autore, «potrebbe essere offerto da quanti individuano nell'art. 2 il fondamento costituzionale della "famiglia di fatto", con potenzialità eversive

Viceversa, è proprio nell'espresso inserimento della coppia *same sex* all'interno del perimetro costituzionale delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) e della famiglia (art. 29 Cost.)³¹ ad opera del Giudice delle leggi, che sembra ancorarsi la protezione costituzionale nei confronti di tutti i membri dell'unione civile, pur restando libero il legislatore di consentire la «distinta considerazione dei rapporti interpretati rispetto a quelli che si realizzano nei confronti del pubblico potere»; per riconoscere soggettività al gruppo sono infatti sempre «necessarie norme di legge ordinaria che determinino meccanismi di imputazione delle volontà individuali al gruppo come tale (...)»³². Legittimazione che sembra oggi direttamente discendere dal citato articolo 1 della legge n. 76 del 2016 che qualifica espressamente il legame tra persone del medesimo sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» (comma 1), prevedendo altresì che «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e [quelle] contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque

di quanto altrove disposto a proposito dei “diritti della famiglia come società fondata sul matrimonio” (art. 29, comma 1 Cost.)» (A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., 19-20).

Il dibattito dottrinale intorno alla nozione di “formazione sociale” è amplissimo cfr., *ex plurimis* oltre agli Autori citati, A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1977, 109; P. RESCIGNO *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, Padova 1966; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 51; A. RUGGERI, *Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)*, in *Consulta online*, 27 maggio 2019, 272. Si veda ancora P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova 1972, il quale individua nell'articolo 2 della Costituzione non tanto una disposizione posta a tutela delle formazioni sociali e del pluralismo, quanto una presa d'atto della loro esistenza e del riconoscimento e garanzia dei diritti individuali dell'uomo (171).

Ben ricostruisce l'ampio dibattito dottrinale intorno alla nozione e alla posizione assunta dalle “formazioni sociali” nel sistema costituzionale, T. GUARNIER, *Libertà collettive e detenzione penale*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, 168-175.

³¹ In riferimento alla nozione di famiglia accolta nell'art. 29 Cost., in dottrina è stato osservato come la stessa rappresenti il risultato di un processo «condotto per minimi comuni denominatori delle diverse posizioni» espresse in Assemblea costituente e che abbia subito una lenta ma significativa evoluzione (F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, op. cit., 602). Tuttavia, osservano gli Autori, se è vero che per la definizione di famiglia è sempre stato adottato un approccio ermeneutico per cui la sua nozione “giuridica” risulta un “prodotto storico-sociale” (608), dall'altro occorre notare come le diverse ipotesi di riforma dell'art. 29 Cost. non siano mai state espressamente rivolte verso il primo comma; ciò dimostrerebbe la perdurante assenza di una volontà di incidere, in maniera diretta, sull'assunto della natura “legittima” della sola famiglia fondata sul matrimonio (621).

In questa sede, inoltre, non può tacersi la dottrina – in larga parte contrastante con le posizioni espresse nelle precedenti note – di Arturo Carlo Jemolo il quale ideò una nota similitudine secondo cui la famiglia, e quindi anche le relazioni che si instaurano al suo interno, appare come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto ... La famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto» (A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania*, 1948, II, 57). L'auspicio dell'Autore, dunque, è di un ricorso assai circoscritto alla regolazione giuridica nei rapporti affettivi e familiari.

³² A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., 17.

ricorrono» – dunque anche in Costituzione *ex art. 29* – «si applicano ad ognuna delle parti dell’unione civile» (comma 20).

4.1. *La progressiva valorizzazione della genitorialità come rapporto sociale e il conseguente venir meno dell’imprescindibilità del dato biologico.* – Assai rilevante, inoltre, è il progressivo superamento di una concezione del diritto alla filiazione come inscindibilmente connesso al dato biologico; con la già richiamata sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale ha infatti consentito l’accesso alle tecniche di PMA di natura eterologa – dunque con l’apporto di un terzo – da parte di coppie affette da un’ accertata patologia causa irreversibile di sterilità o infertilità. Più nel dettaglio, i giudici costituzionali hanno affermato che «la scelta della coppia, assolutamente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, la quale, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo». Nella medesima pronuncia la Corte ha altresì ancorato la dichiarazione di illegittimità alla violazione dell’art. 32 Cost. nel quale rientra, per consolidata giurisprudenza, anche la protezione «della salute psichica oltre che fisica (...), la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica (...)»³³.

Proprio in relazione agli ampi confini del “diritto alla salute” il Giudice delle leggi ha ritenuto non «dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia»; anche considerando le «diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l’impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo omologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell’accezione che al relativo diritto deve essere data (...)». Nelle ipotesi di patologie produttive di una disabilità, prosegue la Corte, «la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell’individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati (...)»³⁴.

Ancora nella medesima pronuncia, i giudici costituzionali si soffermano espressamente su un altro aspetto che appare assai simile a un profilo sollevato nell’ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia (ma risolto diversamente nella sent. n. 230 del 2020). La Corte afferma che l’impossibilità assoluta per le coppie sterili o infertili di accedere alla PMA eterologa mostra un elemento di

³³ In ordine al passaggio da una visione strettamente fisica della salute a una nozione sempre più ampia della stessa, tale da comprendere anche la sfera psichica dell’individuo, cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 251 del 2008; 113 del 2004; 253 del 2003; 167 del 1999.

³⁴ Sul punto i giudici richiamano le sentt. nn. 80 del 2010 e 251 del 2008.

illegittima irrazionalità realizzando «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurde intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi». Si tratta, prosegue la Corte, non di «un mero inconveniente di fatto, [è] bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole».

La citata sentenza, come noto, non rappresenta l'unico intervento manipolativo operato della giurisprudenza costituzionale verso soluzioni che hanno progressivamente svincolato il diritto al concepimento dal dato meramente biologico.

Con la successiva pronuncia n. 96 del 2015 la stessa Corte ha superato anche il limite dell'infertilità o sterilità, estendendo la possibilità di accedere alle tecniche di fecondazione di tipo eterologo anche alle coppie eterosessuali fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al feto. Più nel dettaglio, i giudici costituzionali hanno dichiarato che la normativa censurata costituisce «il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone della razionalità dell'ordinamento, ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria». Emersa con scelta additiva tale fattispecie, il Giudice delle leggi specifica che spetta comunque «al legislatore introdurre apposite disposizioni al fine dell'auspicabile individuazione (...) delle patologie che possono giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (...) e di un'opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle»³⁵.

³⁵ In diverso ambito (quello della maternità surrogata), ma ancora in riferimento al superamento della genitorialità fondata sul solo legame biologico, si veda Corte cost., sent. n. 272 del 2017: «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello status filiationis, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti. In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame».

Su tale rilevante decisione cfr., E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, op. cit., 155-158; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 marzo 2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018.

Non dimenticando che i richiamanti interventi giurisprudenziali si rivolgono pur sempre a coppie eterosessuali, ciò che in questa sede preme rilevare – per la centralità che tale circostanza assume nella presente indagine – è il chiaro allontanamento da una concezione della genitorialità fondata unicamente sul dato biologico. Emerge, al contrario, una visione del concepimento come momento non necessariamente connesso al rapporto sessuale tra i *partners* quanto, piuttosto, legato a un progetto genitoriale voluto e perseguito da una coppia riconosciuta nella sua dimensione di “formazione sociale”. Tale constatazione, naturalmente, è il risultato di una complessa evoluzione sociale dei rapporti affettivi e familiari che ha trovato espressione, da ultimo, proprio nella legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso³⁶.

La stessa legge, purtroppo, non contiene una specifica norma a tutela dei figli delle coppie omosessuali i quali, come affermato in dottrina, pagano il prezzo più alto della lacuna: «la rigidità delle categorie giuridiche “tradizionali” e la carenza di tutele specifiche per le famiglie omogenitoriali crea scenari ingiusti, conseguenza del mancato riconoscimento legale di uno dei due genitori – quello non biologico –, contravvenendo all’idea che sia la responsabilità e non il mero legame genetico a fondare in senso più pregnante il rapporto genitoriale»³⁷. Del resto, come chiarito in diversa sede, sembra «continui a sfuggire una verità di fatto, ovvero che oggi ci troviamo di fronte a un patchwork della famiglia, suscettibile di assumere la forma della famiglia di fatto, eterosessuale e omosessuale, con o senza figli, della famiglia “ricostruita” o “ricomposta”, nella quale uno o entrambi i partner hanno avuto precedenti relazioni stabili, di tipo matrimoniale, e dalle quali hanno avuto uno o più figli, della famiglia fondata sul matrimonio, della famiglia monoparentale o mononucleare, della famiglia omogenitoriale e non solo»³⁸.

4.2. *L'idoneità della coppia omosessuale ad assumere il ruolo genitoriale e la trascrizione nei registri dello stato civile dei figli delle coppie same sex ad opera della giurisprudenza.* – Di là dal progressivo superamento della tradizionale concezione che individuava nel legame biologico tra genitori e figli un elemento imprescindibile del diritto al concepimento, occorre in questa sede ricordare come non esista alcuna evidenza scientifica – o dato esperienziale – che possa dimostrare il prodursi di effetti negativi o dannosi nella crescita di un minore che vive all’interno di una famiglia formata da *partners* legati da una relazione omosessuale.

³⁶ In materia di costante evoluzione sociale e alla conseguente possibilità di riconoscere nuovi diritti non può che richiamarsi la nota e autorevole dottrina di F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995.

³⁷ L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici*, op. cit., 553.

³⁸ ID., *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, in *Questionegiustizia.it*, 11 luglio 2018.

Tale constatazione è posta dal Giudice di legittimità a fondamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale incidente su diversi (ma connessi) ambiti.

Si pensi al riconoscimento – ricordato anche nella sentenza n. 230 – da parte della Corte di Cassazione della possibilità per le coppie *same sex* di avviare il processo di adozione non legittimante nelle ipotesi di impossibilità di affidamento preadottivo (art. 44, comma 1, lettera d), legge n. 184 del 1983). In effetti, come in parte anticipato, il Giudice di legittimità – attraverso un'interpretazione estensiva della citata disposizione – ha ritenuto che all'interno dei suoi confini applicativi debba ricomprendersi sia un'impossibilità di tipo fattuale (assenza di adottanti), sia un'impossibilità di diritto (stato di abbandono del minore).

Prendendo le mosse da tale presupposto, i giudici della Suprema Corte hanno posto l'accento sul preminente interesse del minore escludendo che l'analisi sulla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge n. 184 del 1983 per l'accesso a tale istituto potesse dare rilievo a una valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della coppia richiedente. Secondo la Corte, infatti, l'istituto «mira a dare riconoscimento giuridico, previo accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con quest'ultimo e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali, in quanto inteso a consolidare (...), legami preesistenti e ad evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato»³⁹.

Una scelta negativa, unicamente fondata sull'omosessualità dei membri della coppia, sarebbe pertanto irrazionale e discriminatoria.

Si tratta di un *iter* logico-giuridico posto a fondamento anche di altre sentenze in cui il Giudice di legittimità è stato chiamato a decidere su fattispecie

³⁹ Cass. civ. Sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12962.

Sulla possibilità di accesso delle coppie omosessuali all'ipotesi di adozione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, v. anche la citata sentenza della Sezione Unite n. 12193 dell'8 maggio 2019 richiamata altresì dalla Corte costituzionale nella decisione n. 230 del 2020. Occorre tuttavia ricordare come, nella medesima pronuncia, il Giudice di legittimità abbia negato l'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero attraverso la pratica della maternità surrogata e il genitore d'intenzione; secondo i giudici siffatto riconoscimento trova un limite invalicabile nell'espresso divieto della maternità surrogata *ex art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004*.

Su tale rilevante decisione, cfr. M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, 7, 667-676; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 7, 2019, 677 ss.

Ancora in riferimento all'adozione di cui all'art. 44, comma primo, lett. d), l. n. 184/1983 v., come esemplificativa di un ampio orientamento della giurisprudenza di merito, Trib. minorenni di Roma, sent. 30 luglio 2014, n. 299, in cui si afferma che tale tipologia di adozione può «applicarsi anche a conviventi del medesimo sesso, in primo luogo in forza del carattere letterale di detta norma, che non discrimina tra coppie conviventi eterosessuali o omosessuali, là dove una contraria lettura sarebbe in contrasto con la ratio legis, al dato costituzionale e alla CEDU».

in larga parte coincidenti con quelle oggetto della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Venezia. In effetti, in diverse pronunce, la Suprema Corte ha ritenuto non illecita la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dichiarativo della nascita di un figlio di donne concepito a seguito di una procedura di fecondazione eterologa; tale trascrizione, affermano i giudici, non si pone in contrasto con l'ordine pubblico interno. In particolare, il riconoscimento e la trascrizione di un atto straniero, validamente formato, «nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne (...), per aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello "status filiationis", validamente acquisito all'estero»⁴⁰.

Nella medesima occasione, i giudici hanno espressamente escluso che esistano «certezze scientifiche, dati di esperienza o indicazioni di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio».

Su un versante parzialmente diverso – ma ancora in riferimento all'impossibilità di ancorare il giudizio relativo alla capacità ad assumere il ruolo genitoriale sul solo orientamento sessuale della persona – si pongono le decisioni concernenti l'affidamento del bambino in relazione a una dichiarazione di omosessualità espressa da uno dei due *partner*. Nella specie la Corte di Cassazione, seguendo il prevalente orientamento della giurisprudenza di merito, ha escluso che potesse addivenirsi ad una revoca dell'affidamento del figlio naturale alla madre esclusivamente in ragione del suo intrattenere una convivenza omosessuale con un'altra donna. Alla base della doglianza, specificano i giudici, non sono poste «certezze scientifiche, dati di esperienza o l'indicazione di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che l'as-

⁴⁰ Cass. civ., Sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599.

Ancora in riferimento alla trascrizione dell'atto di nascita, v. Cass. civ., Sez. I, sent. 15 giugno 2017, n. 14878 in cui i giudici di legittimità hanno affermato «che l'accoglimento della domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non contrasta con l'ordine pubblico internazionale italiano».

Su tale decisione, soprattutto in riferimento alla condizione giuridica del minore nato da una gestazione rivolta a coppie omosessuali, v. F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1, 9 ss.

serita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio»⁴¹.

Si fonda sull'inesistenza di un pregiudizio a danno del minore ad essere inserito in un contesto familiare omosessuale anche l'ordinanza n. 14007 del 2018 della I Sezione civile della Suprema Corte: «non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano, la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché (...) il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico». Tale interesse, prosegue la Corte, «coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale»⁴².

In ordine alla possibilità di trascrivere nell'atto di nascita sia la madre naturale, sia quella intenzionale, devono inoltre citarsi diverse sentenze adottate dai Tribunali di merito negli ultimi anni. Si pensi, ad esempio, alla decisione assunta dalla Corte d'Appello di Torino il 4 dicembre 2014: ancor prima della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili, i giudici hanno affermato che «ai fini del riconoscimento o meno dei provvedimenti giurisdizionali stranieri, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore. (...) Nel caso di minore nato all'estero, da coppia omosessuale, in seguito alla fecondazione medicalmente assistita eterologa (...), l'atto di nascita del fanciullo può essere trascritto in Italia poiché (...), non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da diverso tempo, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri»⁴³. In questa ipotesi, afferma la Corte, «assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra

⁴¹ Cass. civ., Sez. I, sent. 11 gennaio 2013, n. 601.

⁴² Su tali decisioni, soprattutto in riferimento al giudizio concernente il limite dell'ordine pubblico, cfr. G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 190; A. PORRACCILO, *Esclusa la violazione dei principi di ordine pubblico*, in *Guida al dir.*, 2016, 39; A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *Articolo29.it*, 3 ottobre 2016; S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, in *Articolo29.it*, 10 luglio 2017.

Ancora in riferimento al limite dell'ordine pubblico cfr. i diversi contributi ospitati in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità*, op. cit.

⁴³ Corte d'Appello di Torino, Sez. fam., decreto del 29 ottobre 2014.

loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l'interesse del minore pone, *in primis*, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio»⁴⁴.

Più di recente il Tribunale di Pistoia, con il decreto n. 416 del 5 luglio 2018, ha espressamente ordinato la formazione *ab initio* di un atto di nascita recante l'indicazione di due madri di un minore nato in Italia, in applicazione diretta della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, sostiene il Tribunale, porta «ad affermare che i bimbi nati in Italia a seguito di tecniche di PMA eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il partner e di realizzazione di una famiglia». Ne consegue «che avendo le ricorrenti documentato la manifestazione del loro consenso al momento della scelta di ricorrere alla PMA (...) e tale dichiarazione appare pienamente conforme alla lettera di cui all'art. 6 L. 40/2004, il diniego (...) si profila illegittimo in quanto l'atto di nascita avrebbe dovuto essere formato sin dall'origine con il contestuale riconoscimento del neonato da parte delle sue mamme. Sicché, le ragioni di tutela del superiore interesse del minore impongono di operare la rettificazione ai sensi dell'art. 95 d.P.R. 396/2000 mediante la sostituzione dell'atto di nascita esistente e la formazione di un nuovo atto di nascita di contenuto analogo (...) ma con indicazione delle due ricorrenti come madri».

Il collegio pistoiese ha pertanto ritenuto applicabili le prescrizioni contenute nella legge n. 40 del 2004: la responsabilità genitoriale della madre intenzionale sorge nel momento in cui ha prestato il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo a cui la compagna si è sottoposta⁴⁵.

Occorre da ultimo ricordare – anche per il legame con le riflessioni proposte nel precedente paragrafo – la decisione con la quale la Corte d'Appello di Trento, il 23 febbraio 2017, ha disposto il riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due minori nati grazie alla gestazione di altri – nel quadro di un progetto di genitorialità in coppia omosessuale – ed il loro padre non genetico. «L'insussistenza di un legame genetico fra i minori ed uno dei ricorrenti», affermano i giudici,

⁴⁴ Sulla sentenza della Corte d'Appello di Torino del 4 dicembre 2014 cfr., S. CELENTANO, in *Questionegiustizia.it*, 2015; M. GATTUSO, in *Articolo29.it*, 7 gennaio 2015; G. NOTO LA DIEGA, in *Dir. civ. cont.*, 2015; S. ROSSI, in *Personaedanno.it*, 9 gennaio 2015.

⁴⁵ Sul punto il Tribunale di Pistoia ha altresì affermato che il consenso «rappresenta l'assunzione consapevole ed irrevocabile della responsabilità genitoriale da parte di entrambi i componenti della coppia e costituisce il fulcro del riconoscimento dello stato giuridico del nato e del concetto di genitorialità legale, come contrapposta alla genitorialità biologica».

Per un'analisi della pronuncia nel contesto normativo e giurisprudenziale in cui è stata adottata, v. L. GIACOMELLI, *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, in *Questionegiustizia.it*, 11 luglio 2018.

non rappresenta «ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione accertato dal giudice straniero, dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico, dovendosi invero riconoscere rilievo al concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed educare il nato»⁴⁶.

Ciò premesso, il giudice di merito – in riferimento a una coppia composta da due uomini – applica i principi enunciati dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 19599 del 2016 in tema di trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso⁴⁷.

Volendo trarre una prima conclusione derivante dall'analisi delle pronunce sinora richiamate, può dirsi che la giurisprudenza – sia di merito, sia di legittimità – ha saputo ampiamente “dar voce” ai manifesti cambiamenti intervenuti negli ultimi decenni nel modo di concepire le relazioni affettive, familiari e sociali⁴⁸. Tale consapevolezza è ben espressa nei richiamati filoni giurisprudenziali: i giudici hanno progressivamente “svincolato” il legame genitoriale dal dato biologico e – forti di tale approdo – hanno gradualmente riconosciuto la possibilità per le coppie omosessuali di accedere all'affidamento e all'adozione non legittimante⁴⁹. Si tratta, infine, di un *iter* che ha condotto, in alcuni casi, al riconosci-

⁴⁶ Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017, su cui A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, in *Articolo29.it*, 28 febbraio 2017.

⁴⁷ A commento di tale decisione v. P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, I, 298 ss.

Ancora in materia di filiazione omosessuale, trascrizione e atti di nascita cfr., tra le tante e in riferimento a diverse fattispecie, Tribunale di Milano, decreto del 16 ottobre 2018; Corte d'appello di Perugia, decreto n. 573 del 7 agosto 2018; Corte d'Appello di Venezia, ordinanza 28 giugno 2018; Tribunale di Roma sezione prima, decreto dell'11 maggio 2018; Corte d'appello di Milano, decreto n. 345 del 28 dicembre 2016; Tribunale di Napoli, decreto dell'11 novembre 2016.

Per un'indagine inerente le plurime questioni giuridiche derivanti dalle trascrizioni in Italia dei matrimoni contratti all'estero da unioni *same sex* e della nascita dei relativi figli, cfr., sotto diversi profili, R. CALVIGIONI, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in *Fam. e dir.*, 2017, 11, 1051 ss.; G. CARDACI, *Sull'efficacia – automatica, seppur “interinale” – del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento giuridico italiano e sulla trascrizione del relativo certificato nell'archivio di stato civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, I, 249 ss.; G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia “same sex”*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, I, 362 ss. e, del medesimo Autore, *(Ir) rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di coppia “same sex”*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 12, I, 1708 ss.; L. TAVANI, *Il punto di vista degli ufficiali di stato civile sulle iscrizioni e le trascrizioni*, in *Articolo29.it*, 25 giugno 2018.

⁴⁸ Un'ampia ricostruzione in ordine al graduale riconoscimento dei diritti alle persone omosessuali, non solo in riferimento alla dimensione di coppia, è contenuta in F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli 2013; si vedano, inoltre, anche in una prospettiva comparatistica, A. SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma 2014 e A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa 2013.

⁴⁹ Occorre sinteticamente ricordare come proprio gli istituti dell'affidamento e dell'adozione rappresentino discipline in cui gli interventi del legislatore e della giurisprudenza costituzionale sono

mento anche in Italia di atti dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori del medesimo sesso⁵⁰.

4.3. *L'esistenza di un "margine costituzionale" per l'adozione di una decisione diversa a tutela del nato.* – Alla luce di quanto sinora esposto il Giudice delle leggi, a parere della scrivente, avrebbe avuto un "margine costituzionale" adeguato per adottare una sentenza ben più coraggiosa, dichiarando l'illegittimità degli artt. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 e 29, comma 2, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consentono la trascrizione nell'atto di nascita come genitori di un bambino nato all'estero a seguito di PMA eterologa, due donne unite civilmente che hanno prestato espresso consenso al progetto di genitorialità.

4.3.1. *La valorizzazione del preminente interesse del minore e l'inidoneità della sua tutela ad opera della c.d. adozione non legittimante.* – A sostegno di tale conclusione si pongono, in primo luogo, le richiamate argomentazioni inerenti l'assoluta necessità di offrire primaria tutela alla posizione del minore, garantendogli l'intero novero di diritti inviolabili derivanti dalla "formazione sociale" in cui nasce e cresce, a prescindere dalle modalità in cui il concepimento è stato realizzato. Si tratta, in altri termini, di garantire *ab origine* lo *status filiationis* dal quale discende l'inalienabile diritto del nato a godere di un'immediata e certa stabilità dei suoi rapporti affettivi e familiari, primo fra i quali il legame con entrambe le figure genitoriali mediante la trascrizione delle loro generalità all'interno dell'atto di nascita.

In effetti, è stato anticipato come la mancata indicazione di un genitore all'interno di tale documento produca un forte pregiudizio non solo nella sfera giuridica della madre intenzionale, quanto – e soprattutto – in quella del bambino il quale, unicamente in ragione della composizione della coppia e delle modalità del concepimento (da lui non decise), vedrà prodursi un assai rilevante decremento delle sue tutele in diversi ambiti. Sono stati menzionati, in proposito, i limiti inerenti ai diritti successori e parentali⁵¹, l'ipotesi di decesso o malattia

stati ampiamente guidati dal principio del preminente interesse del minore. In effetti, come si dirà anche nel successivo paragrafo, la Corte costituzionale ha in più occasioni chiarito come gli istituti a tutela della maternità «non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che solo collegate allo sviluppo della personalità» (Corte cost., sent. n. 385 del 2005 e, in analoga direzione, sentt. n. 285 del 2010 e 205 del 2015).

⁵⁰ Sul punto si tornerà anche nel successivo paragrafo.

⁵¹ In ordine ai diritti successori occorre menzionare una recentissima decisione adottata dalla Corte d'appello di Milano: nella sentenza n. 803 del 2020 i giudici hanno imposto all'INPS di liquidare la pensione di reversibilità del "padre intenzionale" deceduto a favore del figlio del compagno (padre biologico).

Si tratta, tuttavia, di una vicenda in cui è necessario rilevare un centrale tratto differenziale rispetto alla situazione che ha dato origine alla sentenza n. 230: nel caso deciso dalla Corte di Milano

della partoriente, l'eventuale rifiuto di quest'ultima di occuparsi del figlio etc. Si tratta, evidentemente, di casi in cui al bambino verrebbe negata, giuridicamente, l'immediata protezione da parte della madre intenzionale con la quale – sin dalla nascita – vive, cresce e si relaziona quale indiscussa figura di riferimento.

Non consentire la trascrizione nell'atto di nascita appare, pertanto, contraria a quel dovere di «mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio» che il primo comma dell'articolo 30 della Costituzione pone in capo ad entrambi i genitori nell'interesse preminente del minore. Tale interesse, citando le parole utilizzate dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 31 del 2012, fa sorgere in capo al bambino uno specifico diritto «a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione». Orbene, proseguono i giudici costituzionali, «tanto nell'ordinamento internazionale, quanto in quello interno, è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse morale e materiale, che ha assunto carattere di piena centralità ed è considerato preminente»⁵². La stessa Corte, in diverse occasioni, ha altresì ricordato come tale principio abbia gradualmente esteso i suoi confini, ponendosi a fondamento anche di istituti che l'ordinamento giuridico contemplava a tutela della sola maternità; quest'ultimi, specificano i giudici costituzionali, «non hanno più, come in passato, il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, ma sono destinati alla difesa del preminente interesse del bambino che va tutelato non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente fisiologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità»⁵³.

è presente la trascrizione nei registri italiani sia del certificato di matrimonio americano della coppia, sia – qui la rilevante differenza – del certificato di nascita del figlio con l'indicazione delle generalità di ambedue i padri.

Tale trascrizione delle due figure genitoriali appare, dunque, condizione necessaria per il riconoscimento, seppur in via giurisprudenziale, del diritto successorio relativo alla pensione di reversibilità del padre intenzionale.

⁵² In ordine al preminente interesse del minore nell'ordinamento costituzionale è stato affermato che il suo riconoscimento, ben prima dell'inserimento in specifiche leggi, trova un seppur implicito fondamento costituzionale negli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione (E. FRONTONI, *Genitori e figli*, op. cit., 126, 127. L'Autrice prosegue affermando che nell'ordinamento italiano «il principio è rivolto sia al legislatore che al giudice e, a seconda di quale dei due organi si trova ad applicarlo, può essere declinato come *best interests of the child* o *best interests of the children*, per significare che esso può essere utilizzato per prendere in considerazione l'interesse del singolo bambino o dei minori nel loro complesso». All'analisi del superiore interesse del minore l'Autrice dedica l'intero quarto capitolo del volume, 117-171).

Un'indagine critica in ordine al *best interests of the child* nell'ordinamento costituzionale è altresì contenuta in E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, op. cit.

Un ampio e recente studio sulla posizione assunta dai figli nel sistema costituzionale, anche in relazione ai mutamenti intervenuti nella nozione di "famiglia", è offerto da F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli 2019.

⁵³ Già citata sent. n. 385 del 2005 in cui, proprio l'esigenza di tutelare l'interesse del minore, è

Dunque, sotto un primo profilo, sembra che il Giudice delle leggi sarebbe potuto addivenire a una soluzione ben diversa qualora avesse scelto di porre con forza l'accento, non sulla tipologia di tecnica procreativa o sulla composizione *same sex* della coppia, quanto, piuttosto, sulla necessità di tutelare l'interesse del nato, escludendo ogni forma di discriminazione – o di decremento delle sue tutele – unicamente in ragione delle scelte operate dai componenti della formazione sociale nella quale si inserisce.

Viceversa, nella sentenza n. 230 del 2020, l'interesse del minore appare in larga parte marginalizzato nelle riflessioni conclusive della motivazione. I giudici, nel sintetico punto 9, si limitano ad affermare che la giurisprudenza di legittimità⁵⁴ «ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore».

È evidente, purtuttavia, come in ragione delle considerazioni sinora compiute, l'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 (c.d. non legittimante), sia un istituto in larghissima parte inidoneo ad apprestare adeguata protezione a quell'ampio e complesso sistema di tutele che deve sorreggere la sfera giuridica del bambino sin dal momento della nascita.

Non è questa la sede per un'esauritiva disamina della disciplina riguardante l'adozione può tuttavia dirsi, in estrema sintesi, che diversamente dall'iscrizione nel registro degli atti di nascita, tale forma di adozione non consente il riconoscimento di ambedue le figure genitoriali *ab origine*; il minore, dunque, resta socialmente e giuridicamente privo di un genitore (e dei diritti successori), tenuto altresì conto della lunga durata del procedimento di adozione. Non meno problematico – perché incidente anche sulla sfera psicologica del bambino – è il necessario intervento nel procedimento dei servizi sociali e degli organi di sicurezza (a cui può aggiungersi la richiesta di una consulenza tecnica d'ufficio) chiamati a compiere una puntuale e penetrante valutazione in ordine all'idoneità

posta dai giudici costituzionali a fondamento della decisione volta a garantire l'astensione dal lavoro anche nei casi dell'affidamento e dell'adozione; tale astensione, specifica la Corte, tende infatti a offrire «una complessa assistenza al bambino nella delicata fase del suo inserimento nella famiglia». (v., nella medesima direzione, anche Corte cost. sentt. nn. 285 del 2010 e 205 del 2015).

Per un approfondimento sulla richiamata evoluzione legislativa e giurisprudenziale, soprattutto in materia di lavoro, si rinvia alle riflessioni contenute in C. COLAPIETRO, *Dalla tutela della lavoratrice madre alla tutela della maternità e dell'infanzia: l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2000, 1317-1329.

In argomento si veda altresì E. FRONTONI, *Genitori e figli*, op. cit., 170 la quale rinvia espressamente a un suo precedente scritto: *Le limitazioni dell'indennità spettante alle lavoratrici autonome. Ancora interpretativa di rigetto «a valenza additiva»*, in *Giur. cost.*, 2002, 4079 ss.

⁵⁴ Il riferimento, naturalmente, è alla più volte citata sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in cui i giudici di legittimità hanno espressamente affermato che: «la tutela dei valori sottesi ai limiti del riconoscimento della filiazione all'interno di coppie *same sex* (...), non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983» (Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193, su cui ampiamente *supra*, par. 4.2.).

genitoriale non solo della madre intenzionale ma della coppia nel suo complesso. In particolare, il Tribunale per i minorenni deve disporre l'esecuzione di plurimi accertamenti volti a verificare l'idoneità affettiva e la capacità di educare ed istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare dell'adottante, i motivi per i quali desidera adottare, la personalità del minore e la possibilità di idonea convivenza.

Si tratta, evidentemente, di un procedimento dall'esito estremamente aleatorio⁵⁵, che richiede tempi assai lunghi in cui diverse figure esterne al nucleo familiare (operatori sociali, giuridici, avvocati, agenti di sicurezza, consulenti etc.) "invadono" la dimensione temporale e spaziale del bambino nei primissimi anni di crescita (notoriamente i più delicati).

Inoltre, anche ove la procedura di adozione terminasse con esito positivo, essa produrrebbe solo effetti non legittimanti. Qui un punto centrale: a differenza dell'ipotesi di cui alla lett. b) – che consente l'adozione piena del figlio del coniuge, esclusa per le coppie omosessuali⁵⁶ – l'istituto di cui alla lett. d) è generativo solo di uno *status* personale tra adottante e adottato, non determinando in capo al bambino la creazione di rapporti parentali, ascendenti o collaterali. L'adozione, in ultimo, è revocabile e costituisce pur sempre una *fictio* che il sistema giuridico contempla in riferimento a figure genitoriali che non hanno espresso il loro consenso al concepimento e, quindi, al progetto originario di filiazione.

I citati profili, seppur enunciati in estrema sintesi, mostrano in modo evidente la profonda distanza che intercorre – sia sul piano sociale, sia giuridico – tra l'adozione non legittimante del minore e il riconoscimento della filiazione sin dalla nascita mediante la trascrizione di ambedue le madri⁵⁷. La citata forma di adozione, inoltre, non appare idonea ad assicurare quell'interesse preminente del bambino a cui fa espresso riferimento anche la Corte EDU nel recente parere preventivo depositato dalla Grande Camera il 10 aprile 2019: i giudici di Stra-

⁵⁵ Si pensi, a titolo di esempio, all'improvvisa perdita di lavoro dell'adottante o al sopraggiungere di una grave malattia, casi in cui il procedimento di adozione subirebbe un certo arresto in danno alla madre intenzionale e, soprattutto, al bambino.

⁵⁶ La lett. b) dall'art. 44, comma 1, della legge n. 184 del 1983 consente espressamente l'adozione del coniuge «nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge».

Si è già avuto modo di ricordare come la giurisprudenza di legittimità, in riferimento alle coppie omosessuali, ritenga invece applicabile unicamente l'adozione di cui alla lettera d) della medesima disposizione (c.d. adozione non legittimante).

⁵⁷ In generale, sull'inidoneità dell'istituto dell'adozione rispetto ai figli delle coppie omosessuali è stato sostenuto che «il bambino è figlio della coppia, voluto, atteso, accudito da entrambi. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti» (G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2019, 815).

In argomento si veda altresì E. FRONTONI, *Genitori e figli*, op. cit., 149-155 e M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 235.

sburgo, in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione, hanno affermato che per stabilire la relazione legale genitore-figlio nell'ipotesi della maternità surrogata «l'adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione», purché «la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell'interesse superiore del minore»⁵⁸. Tempestività ed efficacia non riscontrabili, per i motivi sinora esposti, nell'adozione non legittimante in riferimento all'ipotesi – avente minore disvalore nell'ordinamento italiano rispetto alla surrogazione – di PMA eterologa.

Del resto, della fisiologica inidoneità dell'adozione non legittimante ad apprestare un'adeguata tutela all'interesse del minore, appare ben consapevole la stessa Corte costituzionale allorché, nell'ultimo periodo del *Considerato in diritto*, afferma che «Una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore».

I giudici, dunque, riconoscono espressamente che l'unico istituto applicabile (peraltro in via giurisprudenziale) al caso di specie è espressione di una profonda divergenza tra fatto e diritto che incide significativamente sui contenuti giuridici (e non solo) del rapporto tra il bambino e una delle due figure genitoriali. L'interesse del minore, quindi, non solo non assume una posizione di preminenza ma, al contrario, subisce un forte pregiudizio derivante dalla mancata trascrizione nell'atto di nascita, azione funzionale a garantire il riconoscimento effettivo di quelle che sono, di fatto, le due genitrici che il bambino riconosce

⁵⁸ Si tratta della prima volta in cui la Grande Camera della Corte EDU rende un'interpretazione delle disposizioni contenute nella Convenzione. Tale competenza, come noto, è espressamente attribuita ai giudici di Strasburgo dal Protocollo 16 al fine di agevolare la collaborazione e il dialogo tra Corti nazionali e Corte EDU.

Il Protocollo ha infatti introdotto un meccanismo in larga parte assimilabile al rinvio pregiudiziale previsto nel sistema della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, consentendo alle Corti Supreme di uno Stato Parte di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera dei pareri consultivi (*advisory opinions*) in merito a questioni inerenti l'interpretazione o l'applicazione di una norma contenuta nella Convenzione o all'interno dei protocolli addizionali.

Sul Protocollo 16 cfr., *ex multis* e su diversi profili, F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 18, 2 ottobre 2019; R.G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questionegiustizia.it*, 29 gennaio 2019 e, dello stesso Autore, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Federalismi.it*, 3, 6 febbraio 2019; D. MARTIRE, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in *Diritti Comparati*, 16 aprile 2018; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Milano 2015; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

sin dalla nascita. Consentire la trascrizione, in altri termini, non implicherebbe l'emersione di un generale diritto all'omogenitorialità nell'ordinamento italiano – scelta che, indubbiamente, richiede un intervento del legislatore nell'esercizio del suo potere discrezionale –; l'azione sarebbe unicamente funzionale ad apprestare un effettivo sistema di tutele nei confronti di una situazione di fatto già pienamente in essere. Siamo al di fuori, quindi, da quei condivisibili pericoli che recente dottrina ha messo in luce in ordine all'uso distorto del principio del preminente interesse del minore talvolta utilizzato, in modo strumentale, come mero pretesto al fine di giustificare l'adozione di decisioni o atti che realizzano anche – e soprattutto – interessi diversi⁵⁹.

4.3.2. Ancora sul limite della discrezionalità legislativa. Riflessioni conclusive

Si impongono, da ultimo, alcune riflessioni conclusive ancora in ordine alla discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha posto a fondamento della declaratoria di inammissibilità. Come si è tentato di far emergere nelle considerazioni che precedono, tale soluzione appare il risultato di un inesatto angolo visuale che ha posto primaria attenzione alla composizione della coppia e alle modalità del concepimento, marginalizzando – quasi del tutto – l'interesse del minore. Viceversa, invertendo la prospettiva, risulterebbe indifferente il genere dei genitori e il modo in cui il concepimento è stato realizzato, rispetto al fondamentale diritto del bambino alla protezione della sua vita familiare e alla (bi)genitorialità direttamente discendente dagli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione.

Sia qui consentita un'ulteriore considerazione.

La Corte, anche in ambiti assai vicini alla questione oggetto del giudizio, ha più volte posto i confini della discrezionalità legislativa ben al là del noto limite delle “rime obbligate”⁶⁰ anche in ipotesi in cui l'ordinamento contemplava soluzioni alternative a tutela del progetto genitoriale.

⁵⁹ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, op. cit.

L'Autrice, confrontando la tradizione europea e quella anglosassone, pone un'incisiva distinzione tra *best interests of the child* e *children's rights* ritenendo che una corretta interpretazione costituzionale dell'interesse del minore non possa contemplare la tirannia di un diritto o di un valore su tutti gli altri: la “retorica” dei diritti dei bambini, che fa leva sul principio del superiore interesse del minore in qualunque situazione, deve dunque essere guardata con sospetto per riportare il principio nella giusta direzione del suo necessario bilanciamento con altri valori costituzionali.

Con riguardo ai principali interventi del legislatore italiano che appaiono guidati dal principio del superiore interesse del minore e sulle conseguenti pronunce della giurisprudenza costituzionale, v. E. FRONTONI, *Genitori e figli*, op. cit., 161-171.

⁶⁰ Il riferimento, naturalmente, è alla nota intuizione di Vezio Crisafulli: ciò che la Corte costituzionale aggiunge al testo legislativo non è da essa creato, essendo l'addizione – o la sostituzione – già presente nell'ordinamento legislativo/costituzionale. La giurisprudenza costituzionale, dunque, si limita a tradurre in regola espressa ciò che, allo stato latente, è già previsto; la norma aggiunta viene «trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale, o addirittura, tratta

Si pensi alle più volte richiamate sentenze nn. 162 del 2014 e 96 del 2015 in cui la Corte, attraverso un duplice intervento manipolativo di tipo additivo, ha aggiunto due ipotesi di PMA eterologa – nei casi di infertilità/sterilità della coppia e di gravi malattie genetiche trasmissibili al feto – così superando l'espressa scelta operata dal legislatore nella legge n. 40 del 2004 di consentire unicamente l'accesso alle tecniche di PMA di tipo omologo (artt. 4 e 5)⁶¹.

Inoltre, in entrambe le occasioni, i giudici costituzionali non hanno escluso che il venir meno del divieto assoluto di PMA eterologa potesse considerarsi l'unico mezzo atto a realizzare il diritto alla genitorialità della coppia potendo ricorrere all'adozione. Tuttavia, nonostante tale considerazione e a differenza della soluzione adottata nel caso *de quo*, l'intervento manipolativo della Corte non ha trovato un argine nella possibilità per la coppia di realizzare il proprio progetto genitoriale in forma alternativa attraverso il ricorso all'istituto dell'adozione piena (ben diversa, dunque, dall'ipotesi non legittimante consentita – unicamente in via giurisprudenziale – alle coppie omosessuali).

Nelle citate occasioni, dunque, la discrezionalità legislativa e la presenza nel sistema di istituti alternativi volti a garantire alla coppia l'esperienza della genitorialità, non ha impedito l'accoglimento delle questioni con la conseguente emersione nell'ordinamento costituzionale di due distinte ipotesi di PMA eterologa; tecnica, tra l'altro, verso cui il legislatore del 2004 ha espresso un profondo disvalore prevedendo, all'art. 12, comma 1, una cospicua sanzione amministrativa pecuniaria – da 300.000 a 600.000 euro – nei confronti di «chiunque a qualsiasi titolo utilizz[i] a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3» della legge stessa⁶².

dalla stessa norma costituzionale violata» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2, Padova 1984, 402 – 409).

⁶¹ In particolare, nella sentenza n. 162 del 2014 i giudici costituzionali, ponendo l'accento sul diritto a formare una famiglia, espressione dell'autodeterminazione del singolo, hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., l'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui stabilisce per la coppia destinataria delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita il divieto di fecondazione di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. La scelta della coppia, assolutamente sterile o infertile, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, la quale, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo».

Nella successiva sent. n. 96 del 2015 la Corte ha invece dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3 e 32 Cost., gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004 «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche. (...) La normativa denunciata costituisce il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone della razionalità dell'ordinamento, ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria».

⁶² Il Giudice delle Leggi, nelle richiamate occasioni, sembra addirittura aver superato le indi-

Nella questione sottoposta dal Tribunale di Venezia al giudizio del Giudice delle leggi, peraltro, non si sarebbe trattato di far emergere una fattispecie *ex novo* – come nei precedenti interventi riguardanti le ipotesi di PMA eterologa – quanto unicamente di consentire un’operazione di mera trascrizione nei registri di nascita di una realtà pienamente in essere: quella di un bambino, già nato, e inserito in una famiglia omosessuale, al fine di tutelare il suo preminente interesse da cui discende il diritto fondamentale «a crescere nella propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione» (Corte cost., sent. n. 31 del 2012)⁶³⁻⁶⁴.

Da tale riflessione discende un’ultima considerazione.

Nella sentenza n. 230 del 2020 non è rinvenibile neanche un monito diretto alle forze parlamentari riguardo alla necessità, per le plurime ragioni sinora espresse, di un intervento legislativo volto ad apprestare una ben più incisiva tu-

cazioni contenute nella richiamata sentenza della Corte EDU, *S.H. c. Austria* del 1° aprile 2010, a fronte della cui sopravvenienza aveva, in un primo momento, disposto la restituzione degli atti ai rimettenti per una nuova valutazione dei termini della questione in ordine al divieto di fecondazione eterologa (ord. n. 150 del 2012).

Cfr., su tale nota restituzione, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Giurcost.org*, 2013; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2012; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giurcost.org*, 2012.

⁶³ Peraltro la stessa giurisprudenza di legittimità, proprio in materia di trascrizione degli atti formati all’estero, ha precisato che in riferimento al progetto genitoriale la coppia composta da due donne vive «una situazione assimilabile a quella della coppia eterosessuale alla quale sia stata diagnostica una infertilità assoluta e irreversibile», e come tale ammessa alla fecondazione eterologa (già citata Cass. civ., Sez. I, sent. 30 settembre 2016, n. 19599; analogamente, più di recente, Cass. civ., Sez. Un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193).

⁶⁴ In dottrina è stato altresì avanzato un parallelismo, dal problematico esito differente, tra la questione dell’omogenitorialità decisa nella sent. n. 230 del 2020 e il c.d. caso Cappato (sent. n. 242 del 2019): declaratoria di inammissibilità per discrezionalità legislativa nel primo caso, rinvio dell’udienza con incostituzionalità prospettata ma non dichiarata nel secondo con la nota ord. n. 207 del 2018 (A. RUGGERI, Convegno webinar “Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni”, 13 novembre 2020, organizzato dall’Università degli Studi Roma “La Sapienza”. L’Autore individua così una “Corte oscillante”, che adotta decisioni non sempre coerenti tra loro). Riflette su tale parallelismo N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, op. cit., 12-14.

tela ai diritti del minore nato a seguito di un progetto genitoriale tra due donne. La Corte, infatti, si limita a specificare che se «il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata». Tale affermazione, anch'essa riconducibile all'uso di quell'angolo visuale interamente sbilanciato sulle modalità del concepimento e sulla composizione della coppia (piuttosto che sull'interesse del minore), sembra peraltro precludere ogni possibile futuro intervento ad opera della stessa giurisprudenza costituzionale⁶⁵.

L'inserimento di un esplicito monito riguardante la necessità di un intervento legislativo a tutela del *favor affectionis*, al contrario, avrebbe quantomeno prodotto l'indiretto effetto di lasciare aperta la strada a un'eventuale successiva pronuncia della Corte nella (prevedibile) ipotesi dell'inerzia parlamentare. In effetti, già nei primi anni '80, autorevole dottrina osservava che i moniti «costituiscono il modo per avvertire il legislatore che, oggi, allo stato, la disciplina non è ritenuta incostituzionale o che è ritenuta tale solo in parte, ma che potrebbe diventarla un domani, se all'invito non si risponde o se il monito non è seguito»⁶⁶.

Prendendo le mosse da tali riflessioni, è stato recentemente ben rilevato come nella giurisprudenza costituzionale la “morsa” delle rime obbligate si sia progressivamente attenuata «almeno in un'ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. E come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all'invito ad esercitarla in concreto»⁶⁷.

La Corte costituzionale, nella decisione n. 230 del 2020, ha invece adottato

⁶⁵ Pur soffermandosi su diversi profili critici della decisione, vede invece con «complessiva positività» l'intervento della Corte costituzionale nella sent. n. 230 del 2020 A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1, 2021, il quale afferma che la pronuncia è espressione di un temperamento tra due anime: una più conservatrice, che impedisce alla Corte di disancorarsi dall'idea che una coppia eterosessuale sia più idonea a dar vita ad una famiglia dove crescere dei figli; l'altra, quella più progressista, consente al Giudice delle leggi di mettere in luce la possibilità di riconoscere forme diverse e nuove di genitorialità, che prescindano dal paradigma eterosessuale. Tale compenetrazione tra queste due forze in gioco, afferma l'Autore, «può comunque essere guardato con positività: forse la posizione giuridica delle coppie omosessuali non ne sarà uscita immediatamente rafforzata, ma non vi è dubbio che tale sentenza rappresenti una cauta apertura della Corte costituzionale al riconoscimento – da attuarsi rigorosamente in via legislativa – della omogenitorialità».

⁶⁶ F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1653.

⁶⁷ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 650.

La riflessione in ordine alla volontà di trattare la discrezionalità legislativa come limite relativo

una soluzione differente scegliendo di non affiancare alla dichiarazione di inammissibilità uno specifico monito diretto alle forze parlamentari in vista di una ben più ampia tutela dell'interesse del minore⁶⁸.

Di là da ogni altra considerazione in argomento, preme concludere osservando che il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 230 del 2020, sembra aver perso un'importante occasione: porre fine alla frammentarietà delle decisioni assunte dalla giurisprudenza di merito affermando, definitivamente, che nel bilanciamento dei valori costituzionali le modalità del concepimento e la composizione della coppia non possono rappresentare una ragione sufficiente a giustificare il prodursi di effetti profondamente lesivi nella sfera giuridica del minore in danno al suo preminente interesse a vedersi giuridicamente riconosciuta, *ab origine*, la formazione sociale in cui, sin dalla nascita, cresce e sviluppa la propria personalità.

nel sindacato di costituzionalità, superabile nel caso in cui l'inerzia legislativa produca omissioni incostituzionali, è ripresa e argomentata anche nelle successive pagine 654, 664, 665.

L'Autore ricorda l'emblematica vicenda delle leggi elettorali: nella nota sentenza n. 1 del 2014 la Corte costituzionale, peraltro superando un ostacolo in punto di rilevanza della questione, ha dato seguito alle indicazioni che emergevano dalla sua precedente giurisprudenza con riguardo all'attribuzione del premio di maggioranza in difetto del presupposto di una soglia minima di voti o di seggi, non sindacabile nel corso del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo. In analogia direzione lo stesso Marco Ruotolo richiama, tra le altre: la sentenza n. 222 del 2018 in materia di trattamento sanzionatorio in cui i giudici costituzionali hanno adottato una pronuncia sostitutiva riguardo al sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta, ponendo in luce l'inerzia del legislatore rispetto ad un precedente monito e dichiarando espressamente di non potersi più ritenere nella specie vincolata «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» (651); la sentenza di accoglimento n. 88 del 2018, con addizione di principio, in materia di ragionevole durata del processo, preceduta dalla pronuncia di inammissibilità n. 30 del 2014.

Evidente come sul punto non possa non richiamarsi anche la nota teoria della c.d. doppia pronuncia elaborata dalla dottrina crisafulliana già a metà degli anni '50 (V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, Milano 1956, 948).

Ampiamente sull'inerzia legislativa come fattore in grado di far sopravvivere l'incostituzionalità di una norma, oltre alla citata opera del 1981 del medesimo Autore, F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 159.

In argomento v. ancora, R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 e M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000, 14.

⁶⁸ Con riferimento al grave problema del mancato (o tardivo) intervento legislativo soprattutto in ordine alla protezione dei diritti "emergenti" dall'evoluzione sociale, autorevoli dottrine hanno messo in luce la sempre maggiore incidenza del ruolo assunto dai giudici – in particolare di quelli costituzionali – nella loro garanzia.

Sul punto v. R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit.; A. RUGGERI, *Attività di garanzia e attività di indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, 2, 2015, 399 ss. il quale attribuisce ai giudici il ruolo di protagonisti «dell'azione quotidianamente svolta a presidio dei diritti. Chi (...) si prefigga l'obiettivo di indagare in quali forme e fino a che punto i diritti stessi siano salvaguardati non può che far capo proprio alle attività allo scopo poste in essere dai giudici» (400).

5. *Postilla*. – Mentre il presente contributo era in bozze, la Corte costituzionale ha adottato due rilevanti decisioni (nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021) in materia di omogenitorialità e interesse del minore le cui motivazioni si dirigono in una direzione parzialmente diversa da quella seguita nella pronuncia n. 230 del 2020.

In effetti i giudici costituzionali, in entrambe le pronunce, hanno scelto di affiancare alla declaratoria di inammissibilità un espresso monito rivolto al legislatore in vista di una ben più efficace protezione del minore nato all'estero da coppie *same sex* a seguito del ricorso a pratiche di maternità surrogata o di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

In particolare, nella sentenza n. 33 del 2021, avente ad oggetto il riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente che abbiano fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata, la Corte, pur dichiarando inammissibile la questione, ha ritenuto che l'attuale quadro giuridico non assicuri adeguata tutela agli interessi del bambino.

Più nel dettaglio, se per un verso la Corte ha fermamente ribadito il disvalore insito nella pratica della maternità surrogata che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁶⁹, per l'altro ha espressamente riconosciuto «che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (...) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata». Tali legami, prosegue il Giudice delle leggi, «sono parte integrante della stessa identità del bambino (...), che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (...)».

Nonostante tale riconoscimento, gli istituti presenti nell'ordinamento italiano non sono in grado di apprestare idonea tutela al minore nato all'estero a seguito del ricorso alla maternità surrogata; in particolare, specificano esplicitamente i giudici costituzionali, l'adozione non legittimante di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata

⁶⁹ L'affermazione è ripresa dalla precedente pronuncia n. 272 del 2017. Sul punto i giudici costituzionali proseguono affermando che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita».

al metro dei principi costituzionali e sovranazionali (...)»⁷⁰. Esistono, tuttavia, diverse soluzioni funzionali alla garanzia di un più incisivo riconoscimento dei legami affettivi nei confronti del minore figlio di coppie omosessuali: la Corte ha dunque ritenuto di non poter accogliere la questione «nel doveroso rispetto della discrezionalità legislativa»; alla dichiarazione di inammissibilità i giudici affiancano tuttavia un incisivo monito rivolto al legislatore affinché intervenga celermente «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Un monito ancor più forte, che assume la fisionomia di una vera e propria incostituzionalità accertata ma non dichiarata, è contenuto nella sentenza n. 32 del 2021 riguardante l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della madre intenzionale che abbia prestato il proprio consenso alle tecniche di PMA eterologa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Anche in tale occasione il Giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire come l'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), l. n. 184 del 1983 non costituisca un efficace istituto a tutela dell'interesse del bambino: tuttavia, al riscontrato vuoto di tutela, i giudici ritengono «di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, (...) un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana (...). Un intervento puntuale [della] Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato. Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori». Viene dunque richiesta «una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale». In effetti, precisa ancora la Corte, «Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”».

⁷⁰ In proposito il Giudice delle leggi ricorda come l'adozione in casi particolari «non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, (...) è ancora controverso (...) se anche [tale] adozione consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita».

Vi è di più. I giudici costituzionali rafforzano il monito suggerendo, in motivazione, una serie di soluzioni che assumo la fisionomia di “proposte” dirette al legislatore in vista di un’organica riforma della materia in esame. In particolare, specifica la Corte, potrà «trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell’introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione».

Occorre infine rilevare come nell’ultimo periodo del *Considerato in diritto*, il monito assuma la fisionomia di un vero e proprio *ultimatum*: «nel dichiarare l’inammissibilità della questione (...), per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

I giudici, dunque, ben consapevoli che il valore sacrificato nella sentenza n. 32 sia la tutela immediata dell’interesse del minore, la cui lesione permane nell’ordinamento nonostante l’accertata incompatibilità con i principi costituzionali, aprono a un successivo intervento giurisprudenziale che – nell’ipotesi di una (prevedibile) inerzia legislativa – introduca un rimedio volto ad offrire effettiva tutela al bambino nato da una coppia omosessuale a seguito del ricorso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita all’estero.

Quanto sinora detto induce a guardare con favore alle due recentissime sentenze della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità e interesse del minore. Scegliendo di affiancare alla dichiarazione di inammissibilità un incisivo monito, funzionale ad una ben più efficace protezione dei legami affettivi del nato, i giudici costituzionali dimostrano di voler percorrere una strada diversa – e più coraggiosa – rispetto a quella tracciata nella sentenza n. 230 del 2020: il riconoscimento (in via giurisprudenziale?) dell’esistenza di un vero e proprio diritto in capo al minore in ordine al riconoscimento giuridico del suo legame con entrambe le figure genitoriali indipendentemente dalle modalità del concepimento e dalla composizione della coppia.

ABSTRACT

Giovanni Canzio, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*

Il saggio analizza l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in tema di responsabilità civile e penale del medico, a partire dagli anni '70 del secolo scorso fino alle più recenti leggi di riforma "Balduzzi" del 2012 e "Gelli-Bianco" del 2017. Queste ultime, con l'introduzione di un sistema di assicurazione obbligatoria e di specifiche misure di prevenzione e gestione del rischio sanitario, delineano un sistema di tutela del diritto alla salute più moderno e articolato. Il saggio si conclude con un'analisi dell'impatto della pandemia da COVID-19 sulle coordinate tradizionali della colpa medica.

Evolutionary lines of the liability system in the health sector

This paper analyses the legislative and jurisprudential development of both civil and criminal liabilities of doctors, starting from the 70s up to the most recent reform laws, namely "Balduzzi" (2012) and "Gelli-Bianco" (2017). The latter define a relatively up-to-date and comprehensive legal protection system, due to the introduction of a compulsory insurance system and of specific measures, in terms of prevention and health hazard management. The paper concludes with an analysis of the impact of Covid-19 on the traditional legislation on medical fault.

Antonio Saitta, *Le ragioni di un giudice speciale: introduzione storica alle funzioni della Corte dei Conti e le ragioni di un giudice "perito"*

Il saggio analizza le ragioni storico-costituzionali dell'istituzione e della successiva evoluzione della giurisdizione contabile. Specificamente, sottolinea come sia indefettibile la competenza degli organi rappresentativi democratici in materia di contabilità pubblica e come questi abbiano sempre avvertito la necessità di avvalersi di un organo tecnico per esercitare il proprio controllo sull'uso del

denaro pubblico. Lo scritto evidenzia, altresì, come le ragioni poste a fondamento della istituzione della Corte dei conti sul modello cavouriano, quale organo dotato di sicura natura magistratuale e indipendente rispetto al Parlamento e al Governo, siano state confermate dal dibattito costituente e siano rimaste sostanzialmente immutate fino ad oggi. In conclusione, si sottolinea come il controllo della Corte sul bilancio dello Stato resti garanzia imprescindibile per assicurare effettività ai diritti fondamentali.

The reasons of a special judge: historical introduction to the functions of the Court of Auditors and the reasons of an “expert” judge

The essay analyzes the historical and constitutional reasons which caused the institution and the subsequent evolution of the accounting jurisdiction. Specifically, the article highlights the indefectible nature of the competence of the representative and democratic organs into the public accounting's field and it underlines that Parliaments always considered it necessary to refer to a technical organ in order to control the use of public money. Moreover, the essay underlines that the judiciary nature of the Italian Court of Auditors and its independence from Parliament and Government derive from the Cavourian model and have been confirmed by the founding fathers. Currently, these characteristics of the Court have not substantially changed. Finally, the article highlights that the Court of Auditors' control on the State budget represents an essential guarantee in order to safeguard the effectiveness of fundamental rights.

Guido Clemente Di San Luca, *Giuridicità delle regole del giuoco del calcio e vigilanza sul loro rispetto da parte degli arbitri*

Il saggio chiarisce come si possa, e/o debba, valutare la legittimità nell'applicazione delle regole che disciplinano le competizioni sportive, con specifico riferimento al gioco del calcio. In particolare indaga sulla natura giuridica di dette regole e, segnatamente, sul complesso rapporto fra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento sportivo, sulla natura giuridica e sulla vocazione funzionale dell'arbitro di calcio, sulla necessità di applicazione del principio di separazione dei poteri anche nell'ordinamento sportivo. Benché l'indagine sia circoscritta alle regole del gioco del calcio, i suoi risultati sono estensibili ad ogni altro sport, specialmente a quelli di squadra.

Juridical relevance of the rules of football game and control of their compliance by the referees

The essay clarifies how one can, and / or should, evaluate the legitimacy in the application of the rules governing sports competitions, with specific reference to the game of football. Particularly, it investigates the legal nature of these rules, the complex relationship between the State legal system and the

sports legal system, the juridical nature and functional vocation of the football referee, and the need to apply the principle of separation of powers also in the sports legal system. Although the investigation is limited to the rules of the game of football, its results are extensible to any other sport, especially team sports.

Marco Parisi, *Trattamento dei dati sensibili, tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'autonomia confessionale. A proposito del Regolamento europeo n. 2016/679 e della sua applicazione nell'ordinamento italiano*

Di recente, è divenuto definitivamente applicabile in tutti i Paesi dell'Unione Europea il Regolamento n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali informazioni. Esso, come è noto, ha realizzato l'obiettivo di definire un'armonizzazione di carattere legislativo in materia di tutela dei dati personali per tutti gli Stati membri del consesso eurounitario. Nel nuovo Regolamento, il dato religioso rileva in modo specifico, in riferimento al trattamento riservato a 'categorie particolari di dati personali', tra le quali sono contemplati quelli rilevanti le convinzioni religiose o filosofiche, e nel momento in cui si afferma che continueranno ad applicarsi, salvi i necessari adattamenti al regolamento e i controlli operati da autorità indipendenti, i corpora completi di norme già predisposti e vigenti presso Chiese, associazioni o comunità religiose a tutela della stessa attività di gestione delle informazioni sensibili.

Treatment of sensitive data, protection of individual rights and safeguarding of confessional autonomy. Regarding the European Regulation n. 2016/679 and its application in Italian law

Recently, the Regulation n. 2016/679, concerning the protection of individuals with regard to the processing of personal data, as well as the free circulation of such information, has become definitively applicable in all countries of the European Union. It, as it is well known, has achieved the goal of defining a legislative harmonization on the protection of personal data for all the member States of the European Union. In the new Regulation, the religious data is specifically relevant, with reference to the treatment reserved for 'particular categories of personal data', which include the religious or philosophical convictions, and when it is stated that the European Union laws will continue to apply, except for necessary adaptations to the regulations and the controls carried out by independent authorities, the complete corpora of rules already prepared and in force at Churches, associations or religious communities in order to protect the mentioned management of sensitive information.

Riccardo Stupazzini, *Il contrasto ai prodotti in plastica monouso in attesa del recepimento della direttiva 2019/904/UE (SUP)*

La drammatica condizione di inquinamento delle acque dell'intero pianeta derivante prevalentemente da rifiuti in plastica ha condotto le istituzioni europee ad adottare la Direttiva 2019/904/UE (SUP), fissando il termine per il recepimento della stessa al 3 luglio 2021. Con tale articolo si propone un'analisi intorno alle misure di contrasto ai prodotti in plastica monouso emanate dalle Regioni e dagli enti locali in attesa dell'emanazione dell'atto di trasposizione nazionale, individuando quali siano stati gli strumenti giuridici attraverso cui tali misure sono state disposte. Con particolare riferimento al piano locale, la lente di indagine è rivolta alle ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco che a tal fine sono state emanate, con l'intento di comprendere se e in quale misura siano stati integrati i presupposti fattuali legittimanti di necessità, contingibilità e urgenza, e quali siano stati i margini di legittimità riconosciuti sinora dalla giurisprudenza amministrativa.

Regulation on single-use plastic items pending the national transposition of the Directive (EU) 2019/904 (SUP)

The Directive (EU) 2019/904 was adopted by European institutions in order to set a regulation of single use plastic with the aim of reducing the dramatic pollution of the oceans. Since the transposition deadline is set on July 3rd of 2021, national measures are yet to be adopted. However, some Italian Regions and municipalities have already issued acts in order to forbid single use plastic before the State's transposition of the Directive. Such acts will be examined in this article. One part of the article is devoted to an analysis of the mayor's extraordinary ordinances with the purpose of understanding whether factual requirements were integrated as well as analyzing the positions of administrative jurisprudence.

Maria Chiara Mattesini, *Donne d'Europa. Femminismo cristiano e progetto democratico*

Questo saggio vuole fare emergere il contributo del pensiero femminile cristiano alla costruzione della democrazia in ambito europeo, un'idea e una prassi di democrazia che non dimentichi il punto di vista femminile sulle cose. Si ripercorrono, in particolare, tre importanti tappe politiche. Maria Paola Colombo Svevo, aderente al Partito popolare, è tra le parlamentari europee coinvolte in queste battaglie. A lei si deve l'impegno, ad esempio, contro la tratta degli esseri umani, a cui, ancora oggi, è legato il suo nome.

Women of Europe. Christian feminism for the vision of democracy

This essay wants to highlight the contribution of Christian women thought

to building democracy in Europe and to building the idea and the practise of democracy that doesn't forget the female perspective on things. Particularly the essay explores three important political milestones. Maria Paola Colombo Svevo, member of the European Parliament with the European People's Party from 1995 to 1999, is one of those who get involved in these battles. For example, she is responsible for the commitment against trafficking in human beings, to whom her name is associated even today.

Leonardo Lippolis, *La nuova giurisprudenza costituzionale sulle leggi-provvedimento: verso un effettivo "scrutinio stretto" di costituzionalità*

L'aumento esponenziale del ricorso all'amministrazione per legge ha posto l'esigenza di affinare e rendere effettivo il sindacato di costituzionalità sulle leggi-provvedimento. Le ultime pronunce della Corte costituzionale consentono di riflettere sul modello di sindacato elaborato dalla Corte che, pur predicando un controllo «stretto» di costituzionalità, ha spesso subito la critica di rimanere uno scrutinio solo «annunciato». Le novità interpretative elaborate dalla più recente giurisprudenza costituzionale, lungi dal rappresentare – come in passato – enunciazioni eccentriche o isolate, denotano la acquisita consapevolezza del giudice costituzionale di poter svolgere un sindacato più incisivo sulle leggi-provvedimento, salvaguardando l'effettività della garanzia giurisdizionale.

"The new constitutional jurisprudence on the administration by law: towards an actual strict scrutiny of constitutionality".

The exponential increase of the administration by law has made it necessary to refine and improve the constitutionality review of the laws-measure. The latest rulings of the Constitutional Court make it possible to reflect on the model of judicial review developed by the Court which, while preaching a 'strict' control of constitutionality, has often been criticized for remaining a only 'announced' scrutinization. The new interpretations developed by the most recent constitutional jurisprudence, far from representing – as in the past – eccentric or isolated statements, denote the constitutional judge's awareness that a more incisive scrutinization can be guaranteed, safeguarding the effectiveness of the judicial review.

Silvia Talini, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*

Prendendo le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2020 l'Autrice analizza la posizione assunta dall'interesse del minore in rapporto alle nuove forme di genitorialità omosessuale nel dettato costituzionale.

L'analisi pone l'accento sulla progressiva valorizzazione della genitorialità come rapporto sociale – con il conseguente venir meno dell'imprescindibilità del dato biologico – e sull'inidoneità degli strumenti presenti nell'ordinamento italiano a tutela del figlio nato da coppie *same sex*. Muovendo da tali riflessioni l'Autrice, pur auspicando un celere intervento del legislatore in materia, giunge a ritenere che la Corte costituzionale, valorizzando l'interesse del minore, godrebbe di un adeguato margine costituzionale per adottare una sentenza di incostituzionalità che consenta la trascrizione nell'atto di nascita di entrambi i componenti della coppia *same sex* che hanno prestato espresso consenso al progetto genitoriale realizzato all'estero.

Civil unions, same-sex parenthood and the Italian Constitution: between legislative discretion and (other) 'margins' of the Courts

Starting from the Constitutional Court's sentence no. 230 of 2020, the author analyses the interest of the child in relation to the new forms of same-sex parenthood in the Italian Constitution. The paper analyses the gradual enhancement of parenthood as a 'social relationship', the gradual disappearance of the need for biological links and the inadequacy of the instruments available in the Italian legal system to protect children born to same-sex couples. Starting from these considerations, the author hopes for a rapid intervention of the Italian Parliament in this matter but, at the same time, she believes that the Italian Constitutional Court – valuing the interest of the child – may adopt a judgment of unconstitutionality that allows the transcription in the birth certificate of the child of both members of the same-sex couple.

IN RICORDO DI PIERFRANCESCO GROSSI

Antonio D'Atena

Il mattino del 17 luglio ci ha lasciati, con la discrezione con cui è sempre vissuto, Pierfrancesco Grossi, professore emerito di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Roma "Tor Vergata". Se n'è andato "in silenzio pian piano, / quasi – vorrei chiari' – in punta de piede" (come ha scritto in una sua presaga lirica, pubblicata nel 2017).

Con la sua scomparsa si assottiglia ulteriormente il drappello degli allievi di Carlo Esposito, maestro grandissimo e fondatore della scuola romana di diritto costituzionale, la quale è stata successivamente guidata da altri grandi maestri, come Vezio Crisafulli, Aldo M. Sandulli, Leopoldo Elia, Sergio Fois e Manlio Mazzotti di Celso, per limitare l'attenzione ai primi successori del fondatore.

L'incontro di Grossi con Esposito avvenne durante l'elaborazione della sua tesi di laurea su un tema allora nuovo: il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, assegnatagli da Gaspare Ambrosini. A seguito della nomina di questi a giudice della Corte costituzionale, si trovò senza guida scientifica. Fu allora, che, per uno di quei casi fortuiti che spesso cambiano radicalmente la vita delle persone, incontrò il suo Maestro. Un'amica gli consigliò di mettersi in contatto con Carlo Esposito, che allora insegnava "al piano di sotto" (come lo stesso Esposito ironicamente diceva), nella Facoltà di Scienze politiche. L'incontro con Esposito fu per il giovane laureando entusiasmante: oltre che per i suggerimenti, per l'enorme disponibilità e per umanità dimostrate dal grande Maestro. Fu l'incontro della vita. Egli, infatti, dopo la chiamata di Esposito alla Facoltà di Giurisprudenza, iniziò a collaborare con lui, seguendone i corsi e letteralmente abbeverandosi al suo insegnamento: un insegnamento, non solo scientifico, ma anche morale.

La profondità del legame è da lui testimoniata – con molto pudore – nell'*Avvertenza* al suo *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, quando, dopo avere espresso il proprio disagio di docente "per la leggera, ma inevitabile, inibizione dovuta alla consapevolezza della presenza di tanti piccoli registratori magnetici operanti nell'aula", manifesta il rimpianto per la mancanza di tali strumenti nel periodo dei suoi studi universitari, la quale ha condannato all'oblio tanta

parte dell'insegnamento orale dei suoi Maestri. Onde il "rammarico, non solo intellettuale, ma anche e soprattutto affettivo, di non poterne riascoltare la parola parlata". Il riferimento è letteralmente plurale – ai Maestri – ma il pensiero è soprattutto rivolto al Maestro di cui, per quel sentimento di pudore che ho menzionato, non fa il nome. Al quale – confessa – avrebbe dedicato l'opera, se l'avesse considerata completa. "La già rilevata incompletezza dell'opera – scrive – non ne consente dediche", aggiungendo subito dopo: "Ma il lettore che abbia [...] un minimo di dimestichezza con i temi [...] discussi non tarda a rendersi conto della fonte di ispirazione e di idee cui queste pagine costantemente si alimentano, a conferma della validità di un insegnamento tuttora insuperato [...], a testimonianza di un debito profondo di gratitudine".

Questi sentimenti spiegano perché l'insegnamento universitario sia diventato, dai tempi del suo assistentato volontario, lo scopo fondamentale del suo impegno. Uno scopo perseguito con convinzione e costanza, per quasi venti anni – dal 1959 al 1977 –, nei quali ha affiancato una robusta produzione scientifica alla sua attività di magistrato ordinario (prima a Milano, poi ad Arezzo, successivamente al Ministero di Grazia e Giustizia – secondo la dizione dell'epoca – e, infine alla Corte costituzionale, come assistente di studio di Vezio Crisafulli). Con la vittoria della cattedra, ha quindi iniziato a vivere la vita alla quale aspirava, potendo dedicarsi a tempo pieno ai suoi studi e ai suoi studenti, consapevole – a differenza di tanti altri – che uno dei privilegi del professore universitario è di essere in condizione di aiutare persone di vent'anni a trovare la propria strada, se non anche – come talora accade – se stesse.

Sono gli anni in cui si consolida il suo magistero.

In proposito non può non richiamarsi il volume già citato sui *Diritti di libertà ad uso di lezioni*, non casualmente destinato alla scuola, il quale costituisce il coronamento di una riflessione costante sui diritti, inaugurata da uno studio del 1962 sul confine tra la libertà personale e la libertà di circolazione, approfondita nella monografia sui diritti inviolabili di dieci anni dopo e mai interrotta: come testimoniano i suoi lavori più recenti in materia di libertà di espressione (2001), di dignità e libertà nella Carta dei diritti dell'UE (2003), di dignità nella Costituzione italiana (2007), di tolleranza e diritto di libertà religiosa (2008); e come testimoniano le sue, sempre illuminanti, rivisitazioni dell'elaborazione, in materia, di altri Maestri, come Carlo Esposito (1991 e 2008) e Serio Galeotti (2003). Esso offre una teoria generale dei diritti di libertà ormai imprescindibile, la quale, da un lato, si confronta con alcuni dei nodi più complessi della teoria dello Stato (si pensi alla questione del fondamento dei diritti di libertà ed al tema del numero delle libertà), d'altro lato, distingue – con grande profondità ed organicità – i diritti di libertà da altre situazioni giuridiche soggettive, ravvisandone il *proprium* nella pretesa ad un'astensione generalizzata.

Ma il tema della libertà, pur rivestendo un'indiscutibile centralità nella sua riflessione, non ha mai esaurito il suo orizzonte scientifico. Infatti, come negli

anni giovanili, anche nella stagione della piena maturità sono pochi i campi del diritto costituzionale non toccati dalla sua indagine. Basti ricordare i suoi studi in materia di organizzazione, di giustizia costituzionale, di fonti del diritto, di giurisdizione, di storia costituzionale, di giuramento, di beni culturali.

Della lunga fase successiva alla vittoria del concorso a cattedra ho ricordi diretti. Potrei quindi rievocare tante vicende: dalla comune battaglia a difesa della libertà d'insegnamento, che ci vide l'uno a fianco dell'altro in anni lontani, al sodalizio scientifico e di scuola, alla collana diretta da entrambi, al suo infaticabile impegno negli esami, nei mitici colloqui e nelle lezioni, tutte sempre direttamente tenute...

Preferisco però soffermarmi su un aspetto della sua personalità solo più tardi divenuto pubblico, la cui scoperta, da parte mia, risale ad una sera di più di trentacinque anni fa, quando, nella casa di Via Taranto, alla presenza delle nostre mogli, Lina ed Anna, con divertito imbarazzo, recitò alcune sue poesie in vernacolo romanesco: liriche ironiche, disincantate e venate di malinconia. Fu una rivelazione. Non avrei sospettato che l'amico che conoscevo, l'uomo severo, dedito agli studi e rigoroso all'estremo con se stesso, coltivasse questa vena artistica e scapigliata.

Non avrei però dovuto sorprendermi.

Mi avrebbe dovuto mettere sull'avviso un'impercettibile ironia che percorre sotto traccia anche la sua prosa scientifica. Senza contare che il poeta dialettale non dimentica mai il costituzionalista. Come quando, ne "La televisione degli animali", rievoca la lottizzazione radiotelevisiva, che, per garantire la "libbertà d'informazione", si affida a un telegiornale "co' cinque pappagalli mezzibusti / scerti tra quelli dai colori ggiusti / pe' raccontà' la cronica animale". O come quando ritrova, nella scena contemporanea, "il mondo di Pinocchio": "Sai quanti burattini manovrati / coi fili de nascosto, su dall'arto, / a fa' le capriole e quarche sarto / riscopri fra i partiti e i sindacati!".

Costituzionalistica è infine una delle ispirazioni fondamentali della sua poesia, la quale, non a caso, coincide con il suo principale interesse scientifico. Ciò è stato immediatamente colto da Francesco Teodonio, nella prefazione al suo primo volume di liriche, pubblicato nel 2011, con queste parole: "Qual è dunque il dovere degli uomini [...]?"

Pierfrancesco Grossi non ha dubbi, giacché su tutto rimane l'imperativo categorico a restare fedeli a un valore assoluto e irrinunciabile: la libertà. E, per rappresentare questa mai tradita fedeltà, il poeta ricorre ad una immagine davvero singolare ed efficace, perché la libertà viene identificata nell'insegna di un locale dove il poeta si reca 'senza pavura': 'Cucina casalinga e poca spesa'. Eh sì, davvero la libertà va cercata senza paura, senza sconti ad ogni costo, e dentro di noi; solo così ci si accorgerebbe che la strada certamente esiste e perciò è praticabile".

Mi sia, in conclusione, consentito aggiungere una notazione personale. Lo

conobbi nel 1966, nella mitica sala assistenti dell'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Roma (secondo la dizione dell'epoca), e da allora le nostre vite si sono intrecciate: siamo stati entrambi alla Corte costituzionale, come collaboratori di Vezio Crisafulli, successivamente, sempre insieme, nella Facoltà giuridica dell'Università di Catania, infine nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor vergata". Condividemmo, inoltre, alcuni anni alla Commissione di garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Se a questo si aggiunge lo stretto legame instauratosi tra le nostre famiglie, che continua nelle nostre figlie, non sorprenderà se dico che con Piero non perdo soltanto il collega più anziano, cui mi rivolgevo nei momenti di difficoltà, ma anche il fratello che non ho mai avuto.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GIOVANNI CANZIO, Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione

ANTONIO SAITTA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina

GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Campania Luigi Vanvitelli

MARCO PARISI, Professore ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico, Università degli Studi del Molise

SILVIA TALINI, Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

RICCARDO STUPAZZINI, Dottorando in Diritto pubblico, comparato e internazionale - curriculum Diritto amministrativo europeo dell'ambiente, Università degli Studi di Roma La Sapienza

MARIA CHIARA MATTESINI, Ricercatrice non strutturata in Storia del pensiero politico contemporaneo, Università di Roma Tor Vergata. Collaboratrice dell'Istituto Luigi Sturzo di Roma

LEONARDO LIPPOLIS, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma La Sapienza

ANTONIO D'ATENA, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata"

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 Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a piè' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori 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. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

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.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento 2021: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di marzo 2021
da *La Buona Stampa* – Napoli