

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 2/2022

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

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

Comitato scientifico

Marino Breganze
Paolo Carnevale
Giuseppe de Vergottini
Michele Della Morte
Thierry Di Manno
Laurence Folliot Lalliot
Eduardo Gianfrancesco
Pietro Giuseppe Grasso
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli

Fabio Merusi
Jorge Miranda
Donatella Morana
Alejandro Saiz Arnaiz
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Karl-Peter Sommermann
Federico Sorrentino
Mario Rosario Spasiano
Aldo Travi

Comitato di Redazione

Flaminia Aperio Bella
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Nicola Posteraro
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 2/2022

saggi

- Giovanni Serges, *Profili costituzionali delle riforme processuali e dell'ordinamento giudiziario* 245
- Stelio Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove relazioni internazionali* 291
- Guido Rivosecchi, *La tutela dei principi della finanza locale nella giurisprudenza costituzionale* 341
- Marta Caredda, *Il mutamento del parametro: illegittimità sopravvenuta, abrogazione e principio di continuità nel rapporto tra leggi regionali e statali* 389

osservatorio

- Fabrizio Tigano, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione* 413

attualità

- Andrea Crismani, *Il sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale: spunti e prospettive* 433

Giovanni Serges

PROFILI COSTITUZIONALI
DELLE RIFORME PROCESSUALI
E DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO*

SOMMARIO: – 1. Le riforme dei processi e dell'ordinamento giudiziario nella prospettiva dei principi costituzionali. – 2. Le riforme ed i vincoli europei sull'efficienza del sistema. – 3. Il “verso” della riforma del processo civile tra strumenti alternativi alla giurisdizione, apprezzabili innovazioni ed esasperate preclusioni processuali. – 4. Processo e diritto penale: dalla prescrizione-improcedibilità alle estensioni del regime di non imputabilità, dalle misure alternative al carcere alla giustizia riparativa. – 5. La riforma dell'ordinamento giudiziario: l'area di intervento e il mancato accoglimento della espressa previsione dei poteri normativi del CSM. – 6. Il consolidamento dei poteri normativi tra attivismo del CSM e previsioni legislative. – 7. La riserva di legge e il ruolo costituzionale del CSM quale più solido fondamento dei suoi poteri normativi. – 8. I poteri normativi e il sindacato del giudice amministrativo. – 9. Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati. – 10. L'intervento sulla posizione del pubblico ministero: riorganizzazione degli uffici e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. – 11. La nuova disciplina sul passaggio di funzioni del p.m. tra limiti costituzionali e prospettive di superamento del suo statuto costituzionale. – 12. Il nuovo sistema elettorale del CSM.

1. *Le riforme dei processi e dell'ordinamento giudiziario nella prospettiva dei principi costituzionali*

Con l'approvazione della legge 17 giugno 2022, n. 71 si è concluso il travagliato e sofferto *iter* del tritico di interventi legislativi con i quali si è inteso incidere sul sistema dei processi civile e penale, su alcune non marginali discipline del diritto penale sostanziale e su non pochi aspetti dell'ordinamento giudiziario. Si tratta, come è noto, di leggi che, accanto ad alcune misure di immediata applicazione, contengono per lo più dele-

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

ghe legislative con la conseguenza che il nucleo più importante della disciplina positiva deve ancora essere elaborato. Anzi, per essere più precisi, mentre rispetto alla due deleghe sul processo civile e su quello penale risultano, ad oggi, già approvati i relativi decreti legislativi¹, la delega sull'ordinamento giudiziario subisce una singolare sorte. Chiamato a dare sviluppo ai contenuti di principio di quella delega sarà, infatti, per intero, il Governo espressione del Parlamento scaturito dalle elezioni anticipate del 25 settembre, Governo che si reggerà su una maggioranza (quella della coalizione di destra) molto diversa rispetto a quella che ha disegnato la delega; con il rischio, dunque, di rallentamenti², di forzature nella interpretazione della delega e, perfino, di una inerzia, laddove appaia alla nuova maggioranza politica, più appagante lasciar spirare i termini di esercizio del potere delegato, rispetto alla attuazione di principi magari debolmente condivisi. Se si volge lo sguardo al dibattito pubblico che ha caratterizzato le tematiche oggetto degli interventi legislativi, ci si accorge come il tema sia stato sovente racchiuso nella formula, tanto generica quanto ambiziosa, di “*riforma della giustizia*”, formula che, in qualche misura, può risultare perfino fuorviante se si tiene conto che pur trattandosi di un “pacchetto” di interventi di una certa consistenza si è ben lontani da un disegno organico che coinvolga l'intero sistema “giustizia”. Anzi lo scontro politico più aspro – che nella comune opinione ha finito per assorbire ogni altro profilo – è stato fino ad oggi nettamente dominato, per un verso, dalla tematica della prescrizione in materia penale e, per altro verso, da quello concernente il sistema elettorale del CSM³. La questione della prescrizione costituisce, ormai da tempo, un terreno di scontro parlamentare, specie dopo l'approvazione nel 2019 della legge n. 3 che ne determinava il blocco all'esito del giudizio di primo grado. In quel provvedimento legislativo, una parte delle forze politiche individua-

¹ Decreti legislativi 10 ottobre 2022, nn. 149 e 150, in Gazz. Uff., n. 243 del 17.10.2022.

² Ne è la prova il decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162, che rinvia l'entrata in vigore del decreto leg.vo n. 150 al fine di “consentire una più razionale programmazione degli interventi organizzativi di supporto alla riforma” (così nel preambolo dell'atto)

³ Si vedano sul punto le riflessioni di G. AZZARITI, *Parlare di giustizia*, in *Pol. dir.*, 2021, 514, il quale sottolinea, tra le varie deformazioni che ha subito il tema della giustizia, anche il tentativo di addebitare solo alla magistratura la responsabilità delle molteplici disfunzioni del sistema. In questo senso vanno lette sia le iniziative volte alla creazione di Commissioni parlamentari d'inchiesta su questioni penali che hanno coinvolto taluni magistrati, sia, soprattutto, la “raffica” di referendum proposti, dietro i quali si intravede chiaramente non solo il disegno di ridimensionare il ruolo della magistratura ma anche una certa sfiducia nel ruolo del Parlamento

va una garanzia per l'accertamento della responsabilità penale rispetto al radicarsi di pratiche processuali dilatorie, improntate al raggiungimento dello spirare del termine prescrizione mentre, sul versante opposto, si collocava chi, proprio nell'istituto della prescrizione, intravedeva un intollerabile ostacolo per una piena realizzazione della garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo. La disputa è stata (ed è) per lo più deformata dalla contrapposizione continua e costante che l'intero sistema dell'informazione propone. Essa viene ridotta ad un conflitto tra opposte fazioni, tra chi viene impropriamente etichettato come "giustizialista" e chi, tutto all'opposto viene, altrettanto impropriamente, indicato come "garantista"⁴, ma nasconde, invero, un problema molto serio, di difficile soluzione legislativa nella ricerca di un punto di equilibrio tra le esigenze sottese a due principi costituzionali cardine come quelli dell'obbligatorietà dell'azione penale e della garanzia della ragionevole durata del processo. Analogamente, la questione di un intervento legislativo diretto a modificare, ancora una volta, la legge elettorale del CSM ha attirato oltre misura l'attenzione per il collegamento con alcune gravi vicende giudiziarie, interne ed esterne allo stesso Consiglio superiore, emerse in relazione all'attribuzione di taluni incarichi direttivi, ritenute (a torto, perché le responsabilità risiedono anche altrove) frutto esclusivo della degenerazione del sistema delle correnti favorito dall'attuale disciplina di elezione dei componenti togati del Consiglio. In verità, le riforme approvate di recente, investono temi certamente più estesi e complessi rispetto a quelli di cui si è detto, temi che, in taluni casi, hanno finito sorprendentemente per essere relegati ai margini del dibattito pubblico nonostante le loro implicazioni sulla dinamica dell'intera società si configurino, per molti versi, di incidenza ben più consistente rispetto alla pur rilevante tematica della prescrizione in materia penale o del sistema elettorale dell'organo di garanzia della giurisdizione ordinaria. Può indicarsi come esempio emblematico quello del processo civile le cui ricadute sulla quotidiana esperienza della tutela giurisdizionale sono di gran lunga più estese rispetto alle tematiche del diritto e del processo penale. È considerazione molto semplice – tanto da apparire persino banale – che le

⁴ Una contrapposizione questa che, secondo prospettiva di recente avanzata da G. VOSA, *"Populismo giudiziario": verso la parlamentarizzazione di un aspro (e a lungo indicabile) conflitto costituzionale?*, in *Rass. parlam.*, 2021, 533 e ss., dovrebbe ricondursi ad una sorta di "populismo giudiziario" che ha inquinato, sia nel dibattito pubblico che nello scontro politico, i rapporti tra politica e giustizia impedendo l'esatta comprensione delle dinamiche storiche, sociali e politiche che si muovono dietro il grande tema della giustizia

probabilità, per il comune cittadino, di dover ricorrere alla giustizia civile o, comunque, di trovarsi coinvolto in un rapporto col giudice dei diritti, siano di gran lunga maggiori rispetto al contatto con la giurisdizione penale, di guisa che appare per molti aspetti inspiegabile il minor rilievo che, nella comune opinione, assumono proprio gli interventi legislativi su taluni non marginali aspetti del processo civile. La riflessione, depurata dalle esasperate contrapposizioni e dalle deformazioni che ne conseguono, va allora ricondotta sul binario proprio del tentativo di una valutazione il più possibile oggettiva, che miri ad individuarne gli aspetti qualificanti. Tuttavia la prospettiva di queste sintetiche osservazioni non è quella di analizzare puntualmente interventi legislativi che non solo appaiono, tra loro, molto diversi ma che richiederebbero una indagine nel merito delle discipline processualistiche, di quella del diritto penale sostanziale o dello stesso ordinamento giudiziario, quanto piuttosto cercare di cogliere se, ed in quale misura, gli orientamenti di fondo del disegno riformatore risultino adeguati alla concretizzazione dei principi costituzionali che entrano in gioco. Si tratta di un punto di vista che presenta certamente profili di difficoltà se si tiene conto che la nostra Costituzione non adotta alcun modello processuale ed affida per intero alla discrezionalità legislativa la scelta della costruzione dei sistemi processuali. I diritti di azione e di difesa, in particolare, nella solenne proclamazione contenuta nell'art. 24 Cost., così come i principi del giusto processo che integrano le scarse ma fondamentali previsioni delle garanzie della giurisdizione (si pensi al contraddittorio, alla terzietà del giudice, all'obbligo di motivazione) già contenute nell'originario disegno dell'art. 111, costituiscono, per così dire, l'ossatura di principio di sistemi processuali che sono aperti ad un disegno non predeterminato, alla sola condizione che la discrezionalità del legislatore garantisca, senza esclusioni, la loro concreta e incondizionata realizzazione. Anche il diritto penale sostanziale trova nella Costituzione il suo prevalente ancoraggio nella riserva di legge penale che dovrebbe garantire un amplissimo margine di discrezionalità delle opzioni legislative⁵. È pur vero che essa oggi appare, per molti aspetti, in crisi, forse più per la incapacità del legislatore di farsi carico di scelte di politica criminale adeguate ad interpretare le sollecitazioni che provengono dal contesto sociale e sorda ai richiami di adeguamento che

⁵ Cfr., sul punto, l'ampia analisi di V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, spec. 456 ss.

provengono dal Giudice delle leggi⁶. Ma è anche vero che le linee di fondo di riforme che incidono sul sistema penale sono suscettibili di essere valutate in termini di coerenza e ragionevolezza rispetto al quadro disegnato complessivamente dall'organo di rappresentanza parlamentare, più che essere giudicate in termini di corrispondenza ad un perimetro costituzionalmente definito. Quanto agli interventi sull'ordinamento giudiziario può rilevarsi come anch'essi tocchino profili costituzionalmente sensibili, rispetto ai quali (come meglio si vedrà più avanti) dovranno valutarsi non solo le scelte operate ma anche talune significative omissioni. Riflettere, dunque, delle riforme legislative di recente conio significa soprattutto, dal punto di vista del diritto costituzionale, riguardare gli interventi per linee interne al sistema, tentare di cogliere gli elementi di coerenza e di adeguatezza rispetto al disegno complessivo nel quale vanno ad inserirsi, misurare almeno gli aspetti più qualificanti, calibrando il giudizio sugli innesti prodotti intorno a categorie processuali e sostanziali già definite.

2. *Le riforme ed i vincoli europei sull'efficienza del sistema*

Sebbene il disegno di riforma si collochi temporalmente nella prima fase del Governo presieduto da Giuseppe Conte, il momento di svolta e di decisa forzatura dei tempi di studio e di approvazione si rinviene nel successivo governo presieduto da Mario Draghi con l'approvazione del PNRR che imprime all'*iter* legislativo tempi assai ristretti, contenendo il Piano vincoli ed obblighi di intervento sul piano legislativo. La circostanza assume rilievo anche, e soprattutto, nelle scelte di metodo e, successivamente, di merito, perché è fin troppo evidente che una risposta in tempi rapidi su temi particolarmente impegnativi, mal si sarebbe conciliata con riscritture più ampie delle discipline che si intendevano coinvolgere ed avrebbe imposto, almeno in una certa misura, l'adozione di strumenti immediatamente produttivi di effetti⁷. Al tempo stesso la questione del

⁶ Sulla crisi della riserva di legge in materia penale, cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 181; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss. Di recente, sull'attivismo della Corte costituzionale nella reinterpretazione della riserva di legge in materia penale, v. I GIOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta on line*, 2021, 984.

⁷ Osserva sul punto A. D'ANDREA, *Quale Consiglio superiore per il futuro*, in *Riv.*

metodo, in un campo nel quale ogni opzione sul piano politico avrebbe dovuto inevitabilmente misurarsi con l'elevato tecnicismo della materia processuale, forse imponeva che al Parlamento si offrissero, quale base di discussione, testi redatti con l'ausilio di esperti, corredati e supportati da uno studio ed un approfondimento di adeguata consistenza. Da qui l'apprezzabile iniziativa della Ministra della Giustizia di creare tre commissioni di studio (rispettivamente dedicate alle questioni del processo e del diritto penale, a quelle del processo civile, e, infine, a quelle dell'ordinamento giudiziario e del CSM) al quale affidare un'opera anche di riscrittura del progetto riformatore muovendo dal materiale contenuto nei disegni di legge già elaborati. D'altra parte, rientra in una certa misura nella tradizione stessa degli interventi legislativi diretti ad incidere sul sistema processuale quello di essere stati preceduti da una fase di riflessione affidata ad esperti. È pur vero che, in questo caso, le commissioni nominate hanno avuto tempi ristrettissimi di lavoro, ma non può negarsi come le loro conclusioni – poi solo in parte condivise nella sede parlamentare – abbiano però assunto un rilievo decisivo per una corretta messa a fuoco dei problemi. La fase successiva si è tradotta nell'approvazione di due leggi (l. 27 settembre 2021, n. 134, l. 26 novembre 2021, n. 206) mentre il disegno di legge (A.C. 2681) in materia di ordinamento giudiziario e di riforma del CSM ha subito una sorte assai diversa. Fortemente condizionato dalla sua incidenza su temi che costituiscono altrettanti “nervi scoperti” del dibattito politico, si è arenato per lungo tempo su alcuni scogli più ardui per poi giungere ad una approvazione, in qualche misura forzata, solo nell'estate del 2022. Quanto al merito delle scelte non può negarsi che esse siano state ampiamente condizionate dalle esigenze specifiche del PNRR⁸. La riforma penale, infatti, è stata fortemente condizionata dalla pressione dell'UE che, quasi in maniera ultimativa, reclamava una correzione di rotta con misure adatte a ridurre drasticamente i tempi del processo. Ciò ha finito per provocare anche, non solo quella contrazione dei tempi di riflessione della commissione governativa di cui si è detto,

AIC, 2022, come si tratti “di una riforma a tutto campo, un campo larghissimo, il che potrebbe indurre a ritenere che aver messo insieme plurime deleghe e disposizioni che entrano in vigore fin da subito, in materie così delicate, rappresenta di per sé una scelta dettata dalla fetta di cogliere comunque un risultato politico ovvero dalla necessità di operare su questioni certo complesse, ma da troppo tempo in attesa di essere affrontate e risolte”.

⁸ Sulla generale impostazione del piano e in particolare sulla circostanza che al suo interno risultino quasi del tutto assenti prospettive non economicistiche, si veda il saggio di D. MERCADANTE, *Il pane, le rose, la concorrenza*, in *Quest. Giust.*, n. 3, 2021, 43 ss.

ma ha soprattutto ridotto all'osso i tempi della discussione parlamentare tradottasi, in larga misura, nell'accoglimento di decisioni e accordi siglati fuori dalle aule del Parlamento. Ma ancor più significativo, in un certo senso, appare il condizionamento in termini temporali relativo al processo civile per il quale la richiesta europea si attestava su di una riduzione della durata del 40 per cento rispetto a quella media attuale. Una riduzione, questa, più volte invocata sia nella sede europea, sia in ambito nazionale, in ragione, soprattutto, della negativa incidenza che essa eserciterebbe sul sistema produttivo, e delle conseguenti ricadute anche in termini di investimenti esteri all'interno del sistema economico nazionale. In altri termini una "sfiducia" nel sistema del processo civile dietro la quale si segnala non tanto una debolezza degli strumenti processuali per assicurare la adeguata tutela dei diritti, quanto, piuttosto, una generale inefficienza del processo, riguardato nella prevalente, se non esclusiva, ottica delle connessioni con il sistema economico-produttivo⁹. E che sia stata l'efficienza¹⁰ a costituire il motore del complessivo disegno legislativo è circostanza che emerge con chiarezza anche dalle rubriche di ambo le leggi, ove il termine "efficienza" campeggia inequivocabilmente a segnare il "verso", la direzione delle non poche modificazioni introdotte. Non so dire se questo esplicito richiamo ad una esigenza ritenuta oggettivamente preponderante assurga, in negativo, a vizio genetico dell'intero impianto riformatore, ma certamente essa esprime un condizionamento forte che deve essere valutato – come di qui a tra poco si dirà – nell'esame delle linee di fondo della riforma.

⁹ Una tendenza che ha origine più remote come osserva A. D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli 2018, 89 il quale rileva che da quando il legislatore nel 2014 "ha – per così dire – scoperto le carte proclamando l'intento di "degiurisdizionalizzare" la giustizia civile, pur senza fare espresso riferimento al mercato, all'economia o allo sviluppo, come ha invece apertamente fatto a partire dalla l.80/05 e sino alla l. 98/13, la tendenza appare guidata dalla introduzione di misure volte a scoraggiare il ricorso alla giurisdizione, al quale fanno da contrappeso lo strisciante disinteresse per l'esatta attuazione della legge sostanziale e la visione della giustizia civile come costo sociale" con la conseguenza che "si è fatta strada una terza accezione di funzione sociale del processo, legata all'idea dello stretto collegamento fra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia"

¹⁰ Comunemente intesa "nel senso di economia dei tempi e risorse", come osserva R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 810.

3. *Il “verso” della riforma del processo civile tra strumenti alternativi alla giurisdizione, apprezzabili innovazioni ed esasperate preclusioni processuali*

Le due leggi di riforma del processo hanno come caratteristica comune quella di contenere misure di immediata applicazione unitamente ad una delega al Governo per la emanazione di decreti legislativi delegati, una delega per molti versi a maglie strette (specie con riferimento al processo civile e ad alcuni aspetti dell'ordinamento giudiziario), considerata la puntualità dei principi e dei criteri direttivi, che, talvolta, lascia un margine di discrezionalità ridotto all'esecutivo, e che già prevede la possibilità (ormai divenuta regola nell'esercizio della delega) di interventi correttivi e integrativi, in questo caso forse dimenticando che sono proprio le norme processuali ad aver bisogno del massimo grado di stabilità. Se si guarda all'intervento sul processo civile non può, in primo luogo sottolinearsi, come il legislatore si sia preoccupato, ancora una volta, di dirigersi verso un potenziamento delle vie alternative alla giurisdizione. Mediazione e negoziazione assistita, già presenti nell'ordinamento, ricevono, per così dire, un rinnovato incoraggiamento nella evidente direzione di avviare la soluzione di conflitti su diritti fuori dall'ambito della giurisdizione. Non già misure che incidono sul processo bensì misure che mirano ad evitarlo e prevenirlo, nella convinzione che attraverso questi strumenti si possa alleggerire il carico che grava sui giudici. Si tratta, per un verso, di una illusione, perché l'esperienza fino ad oggi maturata, prova che gli effetti deflattivi sui processi giurisdizionali sono stati assai limitati (e, forse, in qualche caso, più che deludenti), e per altro verso, di una visione che, in qualche modo, guarda a tali strumenti nel chiaro intento di scoraggiare il diritto di azione e di difesa ponendosi in un'ottica quasi di depotenziamento delle garanzie costituzionali. È pur vero che, così facendo, si sollecita chi ritiene di aver subito una lesione del diritto a sforzarsi di ricercare nel campo della autonomia privata la soluzione del problema, ma non può negarsi che la dilatazione del campo di simili misure, accoppiata a strumenti ulteriori di deterrenza rispetto al ricorso al giudice, rischia, in fin dei conti, di affievolire il valore stesso della funzione sociale della giurisdizione. Vi è poi un gruppo di misure legislative alle quali, in linea con le prime riflessioni della dottrina processualcivile, credo si debba guardare con favore. Si tratta degli interventi sul processo della famiglia e di minori rispetto ai quali si è, di recente, sottolineato come essi costituiscano “una riforma attesa da quasi

un secolo”¹¹. La eliminazione della ripartizione di competenze tra Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario taglia alla radice problemi applicativi e rischi di interferenze e sovrapposizioni, così come il rinnovato e diverso apporto degli esperti laici ed una nuova dislocazione territoriale, con il radicamento della competenza nel luogo ove risiede il minore, sono alcune delle più significative misure che dimostrano una sensibilità riformatrice, proprio nella prospettiva di valori costituzionali come la tutela della famiglia e dei minori. Merita poi una altrettanto positiva valutazione la possibilità di procedere alla revocazione di una sentenza passata in giudicato ove sia stato accertato dalla Corte di Strasburgo la sua contrarietà alla CEDU. Si tratta di una questione che ha radici nella progressiva evoluzione dei rapporti tra ordinamenti nazionali, ordinamento internazionale e ordinamenti sovranazionali, che aveva trovato già nella posizione della Corte costituzionale, emersa soprattutto a partire dalla storica decisione n. 113 del 2011, un primo decisivo segnale di svolta. In quella occasione era stata dichiarata l’incostituzionalità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza penale quando era stata accertata da parte della Corte EDU una violazione convenzionale. Una apertura che aveva, in qualche misura, indotto a pensare, forse con una certa forzatura, che alla Corte EDU si potesse guardare come ad un quarto grado di giudizio¹², ma che certo apriva la strada al necessario adeguamento dell’ordinamento interno alle crescenti esigenze imposte dagli obblighi internazionali anche all’interno del sistema processuale nazionale. La modifica oggi introdotta segna dunque, nella prospettiva della sempre più attenta sensibilità alle esigenze del diritto internazionale e di quello sovranazionale, imposte dal novellato art. 117, 1 c., Cost, un punto di svolta anche all’interno del processo civile. In chiave di una attenzione al ruolo costituzionale della Cassazione sembra poi potersi leggere il nuovo strumento del rinvio pregiudiziale alla Suprema Corte da parte di ogni giudice di merito, quando

¹¹ L’espressione è di C. CECHELLA, *Contributo ad una giustizia civile. Una prima lettura della legge delega Cartabia sul processo civile*, in *Pol. dir.*, 2021, 543.

¹² Sul punto si vedano i contributi racchiusi nel volume *La Corte europea dei diritti dell’uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, a cura di C. Padula, Napoli 2016. Più decisa, nel senso di riconoscere al ricorso individuale alla Corte di Strasburgo il ruolo di un quarto grado di giudizio, la posizione di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione altri episodi*, Napoli 2021, 211. Sulla intera vicenda della flessibilizzazione dei giudicati interni sia consentito rinviare a G. SERGES, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli 2018, 39 ss.

all'interno del processo civile si prospettino questioni di diritto caratterizzate da difficoltà interpretative sulle quali la Cassazione non si è ancora pronunciata. Una novità, certo dettata dalle istanze di efficienza dell'intero sistema, ma dietro la quale può scorgersi una rinnovata spinta verso il potenziamento della funzione di nomofilachia¹³, sulle cui concrete ricadute solo l'esperienza potrà dire se si sia trattato o meno di uno strumento capace di produrre positivi effetti. Di ben diverso tenore, nella prospettiva della adeguata rispondenza ai principi costituzionali di azione e difesa, appaiono, invece, le non poche e significative innovazioni che più direttamente riguardano il processo ordinario e, in particolare, il giudizio di primo grado. Qui la modifica più significativa riguarda l'ulteriore inserimento di un sistema di rigide preclusioni e di decadenze che impongono alle parti di mettere in campo, fin dall'inizio e senza possibilità di ripensamento alcuno, il tema del giudizio. La fase di introduzione del giudizio diventa una fase cruciale perché ogni preclusione e ogni decadenza matura nel momento della introduzione del giudizio imponendo alle parti di individuare ogni contorno del rapporto dedotto prima ancora del contatto con il giudice. Si tratta, invero, di un modello che si è andato imponendo rapidamente in buona parte delle riforme del processo civile che hanno registrato una cadenza quasi annuale (quanto meno negli ultimi dieci anni) e che individua nella sempre maggiore limitazione dell'attività difensiva la chiave per risolvere il problema della celerità del giudizio prescindendo ormai del tutto – come è stato esattamente osservato – “dalla dovuta attenzione a un (tendenziale) avvicinamento della verità processuale alla verità sostanziale”¹⁴. È evidente che un processo così concepito richiede una tale consapevolezza nel momento della preparazione e della impostazione del giudizio tale da comportare inevitabilmente delle asimmetrie tra soggetti che invocano la tutela dei diritti. Difficile pensare che un privato, privo magari di cognizioni legali, anche se assistito da un difensore tecnicamente preparato, riesca, ad esempio, ad avere la stessa consapevolezza piena dei documenti incidenti sulla pretesa dedotta in giudizio rispetto ad uffici legali di enti o persone giuridiche particolarmente attrezzati ed avveduti. L'esigenza di sciorinare “tutto e

¹³ Osserva sul punto E. SCODITTI, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Quest. Giust.*, n. 3, 2021, 106, che l'istituto è concepito nell'ottica deflazionistica del contenzioso con un compito di “nomofilachia preventiva”, posto che tra i requisiti di ammissibilità c'è anche che la questione sia suscettibile di porsi in numerose controversie.

¹⁴ L'espressione è di C. CECHELLA, *op. cit.*, 528.

subito” può rivelarsi allora densa di rischi e foriera di diseguglianze sostanziali, tali da incidere sulla stessa “credibilità democratica del processo civile”¹⁵. La velocità del processo si traduce così in una esigenza tiranna in un giudizio in cui la rigidità delle preclusioni iniziali esclude dal suo orizzonte ogni, sia pur minima, capacità di adattamento alle caratteristiche proprie della singola controversia e, in fin dei conti, lega le mani al giudice impoverendone il suo ruolo¹⁶. La durata sembra condizionare il diritto di azione e la stessa “grande regola” della difesa con uno sbilanciamento dei due valori costituzionali cardine della tutela giurisdizionale a favore del solo elemento temporale. La valutazione di queste misure legislative deve poi essere condotta verificando l'intero panorama della disciplina in cui vanno ad innestarsi. Qui non può non guardarsi a quella ancora fondamentale garanzia che è rappresentata dal sistema delle impugnazioni e, in particolare, dall'appello. Si tratta di uno strumento che è oggi caratterizzato anch'esso da un sistema rigido di preclusioni e di ostacoli alla difesa delle parti, quali ad esempio il divieto di nuove attività difensive, di modificazioni della domanda, di nuove prove. La stessa disciplina della redazione dell'atto di appello, che ha finito per avvicinarlo al ricorso per cassazione, sembra ispirarsi alla logica preclusiva collegando la inammissibilità (che è sempre una sconfitta per il valore sotteso alla funzione giurisdizionale) ad una esposizione delle doglianze che non presenti slittamenti rispetto al capzioso schema disegnato dal legislatore. Le rinnovate preclusioni del giudizio di primo grado si innestano, dunque, pericolosamente, in un sistema nel quale esse hanno già trovato rilevante spazio nel sistema delle impugnazioni e, ad esse, pertanto, non può che guardarsi con preoccupazione nella prospettiva della tutela effettiva dei diritti. È pur vero, poi, che la riforma tocca in maniera assai limitata il giudizio d'appello prendendo atto della inconsistenza (e correggendola) della regola vigente, ove si faceva riferimento alla ragionevole proba-

¹⁵ L'espressione è di C. CONSOLO, *Pro futuro. Considerazioni sui problemi della riforma del processo civile* (titolava Franz Klein, 1891). *Un mero flash qui e ora ad instar sulla tormentata fase introduttiva*, in *Pol. dir.*, 2021, il quale sottolinea particolarmente come in “nessun Paese europeo o extraeuropeo si pratica una soluzione simile a quella, qui ora, originariamente prescelta e proposta”

¹⁶ D'altra parte la sostanziale inutilità anche nella prospettiva della celerità, di simili misure è messa in evidenza nelle riflessioni di I. PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Pol. dir.*, 2021, 579, la quale rileva che “per quanto le decadenze, in generale siano utili a imprimere al procedimento un ritmo che altrimenti non avrebbe, la rapidità del giudizio non è conseguenza immediata e diretta della presenza di preclusioni collegate agli atti introduttivi”

bilità dell'accoglimento quale strumento per giungere rapidamente all'innammissibilità, ma è anche vero che l'intervento sul sistema delle impugnazioni avrebbe forse potuto riguardare talune vistose distorsioni alle quali invece non si è guardato minimamente. Mi riferisco, ad esempio, alla esclusione del giudizio d'appello nei confronti delle decisioni di rigetto della domanda dello straniero volta a ottenere il permesso di soggiorno, dietro la quale si annida una grave violazione dell'eguaglianza proprio in una materia che concerne diritti fondamentali e nella quale gli accertamenti di fatto si rivelano di straordinaria difficoltà¹⁷. Ma l'esclusione della garanzia dell'appello che, invero coinvolge una serie di altre situazioni, è favorita da quella giurisprudenza costituzionale che, con caparbia determinazione (non priva peraltro di qualche disomogeneità motivazionale che, forse, può lasciare spazio ad auspicabili ripensamenti) ha sempre escluso che il "doppio grado" del giudizio di merito appartenga al novero delle garanzie costituzionali¹⁸. In questa prospettiva c'è da chiedersi se un legislatore che continui a guardare al processo nella prevalente logica della efficienza e della speditezza non sia tentato, in futuro, di pervenire a soluzioni ancora più drastiche, riducendo le possibilità dell'appello o, addirittura, giungendo persino alla sua eliminazione. Talune, tanto ricorrenti quanto pericolose, invocazioni muovono verso l'abolizione di questa garanzia, proprio nella sola logica della conclusione rapida dei giudizi e impongono che ad esse si guardi con vigile attenzione se non si vuol (dis)perdere una garanzia che ormai appartiene, direi per secolare tradizione, al patrimonio dei valori essenziali della giurisdizione.

4. *Processo e diritto penale: dalla prescrizione-improcedibilità alle estensioni del regime di non imputabilità, dalle misure alternative al carcere alla giustizia riparativa*

Volgendo lo sguardo agli interventi sul sistema penale si possono sottolineare solo alcuni elementi più rilevanti, considerata la complessità delle misure adottate che coinvolgono plurimi profili del diritto processuale e dello stesso diritto sostanziale. Si è rilevato esattamente

¹⁷ Su questo punto si vedano, di recente, le riflessioni di A. PROTO PISANI, *Note sparse vecchie e nuove sull'appello civile*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2021, 87.

¹⁸ Per una panoramica su questa tematica sia consentito rinviare a G. SERGES, *Doppio grado di giurisdizione (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2017.

che lo spirito complessivo della riforma intreccia costantemente innovazioni del diritto penale e della disciplina del processo, quasi che ogni modificazione del diritto penale sia concepita nella prevalente chiave di incidenza sul processo e sui suoi tempi¹⁹. Va, peraltro, ricordato come la legge approvata si distacchi sotto molti profili dal progetto elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da Giorgio Lattanzi, abbandonando alcune significative proposte innovative che, in qualche misura, miravano a rivalutare gli strumenti alternativi alla pena detentiva. Dalla preclusione della possibilità per il giudice di sostituire la pena con l'affidamento in prova, alla attenuazione degli strumenti premiali per i riti alternativi, fino alla tematica della prescrizione che si muove in un'ottica molto diversa da quella fatta propria dalla commissione²⁰. Si è correttamente rilevato come alcune delle norme introdotte presentino profili di illegittimità costituzionale evidenti, come nel caso, ad esempio, del regime delle identificazioni mediante rilievi foto-dattiloscopici. Cedendo alla prospettiva di stampo ipersecuritario, cara ad una parte delle forze politiche, si è esteso il regime dei rilievi anche ai cittadini degli Stati dell'Unione ma solo quando risultino essere già stati in precedenza cittadini di Stati extra-europei, con una evidente discriminazione fondata su di una sorta di presunzione di maggiore pericolosità in ragione della originaria provenienza. Se è vero, poi, che alcune disposizioni presentano profili di vaghezza e indeterminatezza assai poco compatibili con il modello costituzionale della delega legislativa, è anche vero che ben difficilmente una simile distorta impostazione cadrà sotto la scure del giudice delle leggi, se si tiene conto della assoluta riluttanza della Corte a sindacare le leggi di delega e, comunque sia, della sperimentata tendenza della giurisprudenza costituzionale a muoversi in termini largamente assolutori rispetto ad un simile vizio della delegazione legislativa.

Quanto ai profili di merito delle scelte compiute ci si può limitare in questa sede solo a riflettere su alcuni profili costituzionalmente più sensibili, in linea con le premesse dalle quali siamo partiti.

Il primo aspetto sul quale ci si deve soffermare è quello della prescrizione, anche per la ragione che essa costituisce la misura di imme-

¹⁹ Sul punto v. l'ampia analisi di M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 593, il quale rileva che «la riforma è penale-processuale insieme, perché anche le incriminazioni e le pene sono lette «funzionalmente» dentro al sistema giudiziario e processuale.

²⁰ V., sul punto A. NATALE, *Introduzione. La cd "riforma Cartabia" e la giustizia penale*, in *Quest. Giust.*, n. 4, 2021, 11 ss.

diata applicazione, accompagnata peraltro da una disciplina transitoria. Il meccanismo ideato, per un verso lascia inalterata la vigente disciplina a tenore della quale la prescrizione, come misura sostanziale, cessa irrimediabilmente con la conclusione del giudizio di primo grado e, per altro verso, mette in campo un sistema tutto interno al processo che ne determina l'estinzione. Lo strumento prescelto è quello della improcedibilità entro termini ragionevolmente brevi nell'ambito dei giudizi di impugnazione, ossia due anni per il giudizio d'appello ed uno per quello di cassazione, entrambi stabiliti per quando il sistema andrà a regime, superato il periodo transitorio. Il risultato voluto è, di fatto, sostanzialmente coincidente con quello della prescrizione del reato perché il processo non può più celebrarsi e, dunque, la potestà punitiva dello Stato non può più esercitarsi. La rigida preclusione discendente dalla improcedibilità è attenuata, tuttavia, da un sistema che introduce un regime di proroghe in relazione alla gravità dei reati, evitando così – nelle intenzioni del legislatore – che tutti indistintamente i reati, anche quelli più gravi dal punto di vista dell'allarme sociale e della pericolosità, siano del tutto travolti. Si è creato così un sistema sostanzialmente ibrido nel quale convive una prescrizione che risponde all'originaria esigenza dell'istituto che è quella di porre nell'oblio fatti di reato quando essi siano risalenti nel tempo, ed una prescrizione processuale “vestita” del *nomen iuris* della improcedibilità. Non è difficile prevedere, peraltro, che intorno alla questione della prescrizione tramutata in improcedibilità possano sorgere questioni di legittimità costituzionale se si tiene conto che la Corte costituzionale si è espressa ripetutamente per la natura sostanziale della prescrizione, facendola addirittura discendere da una esigenza di carattere costituzionale²¹. Neppure può escludersi che si ponga un problema di estensione della nuova disciplina ai processi giunti in fase di impugnazione per fatti anteriori all'entrata in vigore della disciplina, ragionando come se l'istituto avesse natura di norma sostanziale e, dunque, se ne invocasse

²¹ La Corte costituzionale, con la sent. 115 del 2018 ha ribadito che la prescrizione è “un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, [e] nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile”.

l'applicazione in ragione del principio della norma più favorevole²². Così come il regime delle proroghe dei termini entro i quali scatta la preclusione dell'improcedibilità sembra prestarsi a censure, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, ove la norma contenuta nell'art. 344 *bis* c.p.p., caratterizzata da una poco felice formulazione, venisse interpretata come suscettibile di determinare proroghe per un tempo indeterminato. Di là da questi aspetti, certamente non secondari, il problema più rilevante è, ovviamente, quello dei concreti effetti che si produrranno nell'ordinamento. La intera disciplina della prescrizione-improcedibilità si pone su di un sottile crinale sul quale si gioca per intero il suo successo. Se i processi riusciranno ad essere contenuti entro i termini fissati si affermerà il principio di civiltà giuridica della ragionevole durata, altrimenti il rischio è quello di disperdere il valore della giustizia penale con possibili pesanti ricadute sulla stessa coesione sociale. Quanto alle ulteriori misure contenute nella delega se ne può fare in questa sede un rapido cenno solo in una prospettiva che tenga conto dei profili rilevanti dal punto di vista dei valori costituzionali in giuoco. Si tratta di disposizioni che incidono solo indirettamente sui processi con una indubbia finalità deflattiva. Vengono previste estensioni di non punibilità in ragione della particolare tenuità del fatto, affidando al legislatore delegato l'individuazione dei reati con riferimento a quelli che oggi sono puniti con una pena non superiore ai due anni. Una analoga estensione subisce poi l'istituto della sospensione del procedimento con messa in prova, in questo caso per una serie di reati caratterizzati da una pena massima più elevata. Una ulteriore significativa previsione è quella che concerne la possibilità di un'attenuazione della sanzione in relazione alla scelta dell'imputato di ricorrere a un rito semplificato che, così, viene ulteriormente incentivato, mentre una ancora più vistosa misura in funzione deflattiva dei processi è quella della possibilità per il condannato di ottenere una pena più lieve per l'ipotesi di rinuncia all'impugnazione all'esito di un giudizio abbreviato. Ad esaminarle nel loro complesso, siffatte misure indicano con chiarezza che la direzione impressa dal legislatore è quella di una sorta di "scambio" tra una maggiore funzionalità del sistema processuale contro una sostanziale riduzione della funzione della pena come deterrente²³. È pur vero che

²² Tende ad escludere questa possibilità M. DONINI, *op. cit.*, 599, in ragione del fatto che "il vincolo costituzionale anche ai regimi processuale è costituito dall'art. 25 cpv. Cost. divieto di nuovi termini sfavorevoli retroattivi, ma senza un obbligo di far retroagire tutti gli effetti favorevoli di nuove regole di improcedibilità dell'azione".

²³ Si vedano le osservazioni di F. PALAZZO, *Prime lettura della riforma penale: aspetti*

ciò non può dirsi per tutte le misure, perché ad esempio, collegare l'estinzione del reato al buon esito della condotta nel periodo di prova può sortire effetti pienamente positivi senza far scattare l'elemento punitivo, ma è altrettanto vero che, per il resto, il rischio di una attenuazione della capacità punitiva dell'ordinamento può comportare un grado di compromissione non indifferente. Si tratta di trovare un punto di equilibrio non semplice al quale il legislatore delegato è chiamato, tenendo conto dei rischi di una eccessiva dilatazione che finirebbe per incrinare l'intero sistema penale. In questo senso le preoccupazioni maggiori si annidano forse nelle previsioni che collegano la rinuncia alla impugnazione alla riduzione di pena. Qui è più evidente che la tenuta del sistema processuale, con il conseguente alleggerimento del carico che incombe sui giudici, fa premio sulle esigenze di punibilità e crea una preoccupante zona d'ombra di irragionevolezza della disciplina. A quale finalità risponde, infatti, quella di "premiare" il reo con una riduzione della pena per il sol fatto di aver rinunciato ad impugnare, sia pure all'esito di un giudizio abbreviato? Il rischio anche di creare irrazionali differenziazioni non deve essere sottovalutato, anche se gli indiscutibili vantaggi sulla resa del sistema processuale appaiono evidenti.

Infine, qualche cenno deve essere fatto a quella parte della riforma che appare, forse, la più convincente ossia il ricorso alle sanzioni sostitutive e alla giustizia riparativa. Si tratta, come appare evidente, di un segnale forte nel senso della attuazione della finalità rieducativa della pena che, tra i valori costituzionali in giuoco, risulta quello fino ad oggi maggiormente in ombra. La detenzione, finisce, in qualche misura, di perdere il ruolo centrale nell'attuazione della pena e, naturalmente, un così deciso passo in avanti richiede di mettere in campo strumenti ponderati ed equilibrati. Qui lo sforzo richiesto al legislatore delegato è assai delicato perché impone una attenta ponderazione della disciplina che vedrà affidare al potere discrezionale del giudice la gestione dei meccanismi di sostituzione. Quanto alla tematica della giustizia riparativa essa rappresenta, per molti versi, un salto culturale non indifferente, temperato – direi, correttamente – sia dalla esclusione di tali strumenti per i reati più gravi, sia dall'affidamento al legislatore delegato di un'ampia discrezionalità nella futura disciplina che consentirà di regolare la valutazione della resa dei programmi di giustizia riparativa all'interno del processo.

sostanziali, in *Pol. dir.*, 2021, 629, il quale rileva che "il fatto che si tratti di improcedibilità invece che di prescrittibilità non toglie che il risultato sia lo stesso, cioè l'impossibilità di esercitare la potestà punitiva dello Stato"

Tutte le misure di cui si è detto rimangono, comunque sia, fortemente condizionate nei loro esiti concreti dagli sforzi organizzativi che si metteranno in campo, i quali richiedono che si guardi non solo al processo (dal potenziamento dei ruoli della magistratura alla attuazione dell'ufficio del processo, ancora nella fase embrionale) ma anche all'amministrazione – e in particolare all'amministrazione penitenziaria – se si vuole realmente tradurre in concreto un disegno complessivo che alterna punti di criticità ad istanze di ambiziosa ed auspicabile svolta.

5. *La riforma dell'ordinamento giudiziario: l'area di intervento e il mancato accoglimento della espressa previsione dei poteri normativi del CSM*

Veniamo ora all'intervento legislativo caratterizzato da un percorso di approvazione particolarmente travagliato per via delle ampie divisioni tra le forze parlamentari eterogenee sulle quali si è retta (prima della anticipata conclusione della XVIII legislatura) la compagine governativa. Il titolo della legge indica quale contenuto, una delega sia per la riforma dell'ordinamento giudiziario sia per “l'adeguamento” dell'ordinamento militare, nonché “disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura”. Come si è rilevato sopra anche questa legge accoppia una delega a misure immediatamente produttive di effetti con la conseguenza che, una valutazione complessiva potrà farsi solo all'esito del concreto esercizio del potere delegato governativo che dovrà aversi entro un anno dall'entrata in vigore (ossia nel luglio del 2023). Un termine tutto sommato breve che si accoppia, come ormai consuetudine, ad ulteriori termini sia per l'adozione di decreti integrativi e correttivi, sia per la predisposizione di un testo unico dell'intero ordinamento giudiziario. Singolare è, invece, il termine fissato per l'adeguamento dell'ordinamento militare al quale dovrà provvedersi (secondo la previsione dell'art. 40) entro due anni dalla scadenza del termine (di un anno) previsto per l'ordinamento giudiziario. Ci si chiede perché mai ricorrere ad una così contorta previsione, quando sarebbe stato sufficiente prevedere direttamente tre anni, e rimane anche oscura la ragione di una così lunga protrazione dei termini, quasi a rendere evidente un interesse non immediato all'adeguamento della relativa disciplina. Ma di là da questo marginale aspetto, l'intervento le-

gislativo tocca profili centrali della disciplina dell'ordinamento giudiziario che spaziano dai principi sulla valutazione della professionalità del magistrato alla modifica dei presupposti per l'ingresso in magistratura, dal riordino dei criteri per l'assegnazione degli incarichi direttivi e semi-direttivi alla disciplina del collocamento fuori ruolo, dalle misure sulla riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero alla disciplina del rapporto tra magistrati e cariche politiche per concludersi con interventi sulla stessa struttura del CSM e, soprattutto, sui meccanismi di elezione dell'organo di garanzia. La riforma, dunque, incide sensibilmente sulla disciplina dell'ordinamento giudiziario muovendosi, apparentemente, nell'ottica prevalente dell'efficienza ma, in realtà, lo scopo che essa sembra voler perseguire travalica le sole ragioni dell'efficienza ed in qualche misura, tenta, sotto molti aspetti, di riconfigurare in più punti il modello stesso di magistratura oggi vigente. Anche in questo caso ci si limiterà ad esaminare aspetti maggiormente sensibili dal punto di vista dei valori costituzionali in giuoco. Va sottolineato, peraltro, come, anche in questo caso, il disegno di legge sul quale si è da ultimo discusso (per la verità, più all'esterno che all'interno delle aule parlamentari, nella estenuante ricerca di un compromesso nell'ambito della variegata compagine governativa) si distacca da quello fatto proprio dalla commissione ministeriale presieduta da Massimo Luciani, in alcuni punti (in particolare il sistema elettorale del CSM) abbandonando del tutto le pur equilibrate proposte formulate in quella sede.

Proprio su di un punto, che a me pare di particolare rilievo, la legge approvata tralascia del tutto una questione che la Commissione aveva messo in particolare evidenza inserendola in apertura della proposta trasmessa al Governo. Ci si vuol riferire alla previsione contenuta tra gli emendamenti (al testo originario) formulati proprio all'interno dell'art.1, laddove veniva proposto l'inserimento di comma quinto così concepito: «all'attuazione delle previsioni della presente legge e dei decreti legislativi emanati nell'esercizio delle deleghe dalla stessa conferite provvede, nell'esercizio della sua autonomia normativa, il Consiglio superiore della magistratura». Si tratta di un emendamento che – come precisa la relazione di accompagnamento – intendeva *«chiarire in considerazione delle incertezze riscontrate a tal proposito in dottrina e in giurisprudenza, che la regolazione di dettaglio, attuativa delle norme primarie, di competenza del CSM, avviene attraverso atti di esercizio di autonomia normativa»*. L'emendamento viene espunto dal testo sul quale poi lavorerà il Governo e così nel corpo della legge approvata definitivamente in sede parlamentare

il richiamo ai poteri normativi del CSM non troverà accoglimento. È questo un punto sul quale, a mio avviso, conviene soffermarsi con attenzione sia per meglio comprendere le ragioni che stanno dietro la (meditata) proposta formulata dalla commissione, sia per individuare le probabili ragioni che hanno condotto a mantenere il “silenzio legislativo” su questo delicato nodo.

6. *Il consolidamento dei poteri normativi tra attivismo del CSM e previsioni legislative*

Nell'affrontare oggi il tema dei poteri normativi del CSM e della dimensione della sua discrezionalità credo si debba, in primo luogo, partire dal dato di fatto. E il dato di fatto che affiora immediatamente è quello di un *corpus* normativo consolidato, potremmo dire stratificato nel tempo al quale oggi si è data sistemazione mediante una corposa raccolta di atti di vario genere che assume l'impegnativa denominazione di codice.

Il Codice dell'organizzazione degli uffici giudiziari è suddiviso in due parti: l'una riguardante propriamente *l'organizzazione degli uffici giudiziari*; l'altra rivolta ad accorpare gli atti concernenti la *gestione degli uffici giudiziari*. Esso, per un verso, rappresenta uno sforzo significativo di dare ordine ad una disciplina di una materia particolarmente complessa e, per altro verso, testimonia ancor meglio il dato di fatto, ossia l'esistenza di una attività normativa o para-normativa costante e di dimensioni quantitative particolarmente estese.

Ancor più significativo, in questa direzione, appare il *Testo unico sulla dirigenza giudiziaria* nella cui relazione introduttiva si rinviene un elemento di non trascurabile rilievo proprio laddove sottolinea che il T.U. «costituisce un ulteriore tassello dell'opera di riscrittura degli atti di normazione secondaria del consiglio, ... con l'intento di rendere più chiara e semplice la disciplina sulla mobilità dei magistrati» sottolineandosi che «uno dei limiti riconosciuti dall'attuale sistema di normazione secondaria del Consiglio è rappresentato dal numero elevato di provvedimenti e, in alcuni casi, dalla difficoltà di lettura delle disposizioni, anche in ragione della lunghezza e della complessità dei testi».

L'attività di normazione secondaria costituisce, dunque, un dato di fatto, potremmo dire, incontestabile; una potestà riconducibile in pieno alle attribuzioni del Consiglio il quale, per esercitare le sue competenze, necessita della «previa decisione normativa sull'esercizio delle competen-

ze stesse»²⁴ e rispetto alla quale, sembra perfino superato il problema del suo fondamento.

In questa direzione si è mosso il legislatore quando, all'art. 11, comma 3, del d.lgs. 160 del 2006, ha affidato ad una delibera del CSM la disciplina degli «*elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei consigli giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai consigli giudiziari entro il mese di febbraio di ciascun anno*» specificando poi in maniera analitica su quali punti il CSM avrebbe dovuto articolare la sua deliberazione.

Ancora più puntuale, peraltro, risulta la previsione contenuta nell'art. 19 del Dec. Leg.vo n. 160 del 2006 che affida espressamente «*ad un regolamento del Consiglio Superiore della Magistratura*» la disciplina della permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio. Significativo, in questo senso, appare il richiamo ad un atto espressamente definito come «regolamento», circostanza che, in qualche misura, sembra confermare la consapevolezza del legislatore in ordine all'esistenza di un'area di normazione secondaria appartenente al Consiglio²⁵.

Proprio nel dato di fatto, ossia nella perdurante manifestazione di attività che assume contenuto normativo, si era intravista una giustificazione di tali poteri. Si è sostenuto, infatti²⁶, che i poteri normativi del CSM troverebbero una possibile giustificazione ed un loro fondamento nella

²⁴ Sul punto v. le notazioni di GIUS. VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia in Lo Stato*, 2019, 125) il quale, con riferimento al testo unico sulla dirigenza giudiziaria, sottolinea come «l'idea che un testo unico possa essere approvato con una circolare del C.S.M. e sulla base della laconica autorizzazione legislativa contenuta nell'art. 11, comma 3 del d.lgs. 160 del 2006, ingenera il dubbio che la riserva di legge di cui all'art. 108 sia stata intesa come un argine al Parlamento e come implicito riconoscimento di competenze consiliari il cui esercizio contempla la previa decisione normativa sull'esercizio delle competenze stesse», con la conseguenza che il riconoscimento della potestà normativa che prende corpo in quel testo unico «finisce per rendere il CSM l'unico centro propulsore della disciplina che dovrà applicare».

²⁵ A tale incombente il CSM ha provveduto con Delibera del *plenum* del 13 marzo 2008 (così come modificata in data 11 febbraio 2015).

²⁶ In questo senso A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parlam.*, 2010, 369 ss., il quale osserva come debba rilevarsi che le Camere, se non subito dopo la pubblicazione del regolamento interno del 1960, quanto meno in presenza delle prime delibere «normative del CSM, avrebbero dovuto avvertire la patente menomazione delle proprie attribuzioni costituzionali, alla quale avrebbero dovuto reagire riaffermando le proprie attribuzioni mediante corrispondenti interventi legislativi, come tali rispettosi della (asseritamente violata) riserva assoluta di legge.

acquiescenza da parte del Parlamento il quale – per un verso, omettendo di intervenire con la legge imposta dall'art. 108, c. 1, della Costituzione e, per altro verso, tralasciando di rivendicare in sede di conflitto la lesione delle proprie attribuzioni costituzionali in materia di ordinamento giudiziario – avrebbe così lasciato campo libero all'inevitabile dispiegarsi di atti ad opera del CSM ed alla conseguente affermazione in via di prassi della potestà normativa.

Una tesi questa che, in realtà, finirebbe per ammettere che l'intera attività di carattere normativo fin qui realizzata dal CSM dovrebbe considerarsi contraria al dettato costituzionale (ad eccezione del regolamento interno che trova nella legge del '58 il suo specifico fondamento) potendo, per così dire, essere *interamente* rivendicata dal legislatore come lesiva delle proprie attribuzioni costituzionali.

Il dato innegabile dell'espansione, in via di fatto, dei poteri normativi va allora considerato in una diversa prospettiva.

Anni addietro, riflettendo sullo stesso tema²⁷, avevo sottolineato come lo sviluppo da parte del CSM di una attività volta, non solo a disciplinare l'esercizio delle proprie attribuzioni ma anche a regolare le funzioni degli organi dell'ordinamento giudiziario fosse conseguenza inevitabile dei vuoti e delle incongruenze della legislazione, soprattutto del mancato adeguamento della legge sull'ordinamento giudiziario.

Oggi quelle considerazioni vanno, in parte, riesaminate sia alla luce degli interventi legislativi intervenuti nel biennio 2005-2007, sia alla luce della legge 71/2022. Si tratta, come è noto, di un'opera massiccia di nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario la quale pone rimedio ad una lacuna non più sopportabile e ad una situazione normativa che non senza ragione era stata definita «caotica»²⁸, pur sopravvivendo una parte della disciplina del vecchio ordinamento del 1941.

Gli interventi legislativi in questione si riappropriano, in qualche misura, di spazi colmati dall'attività normativa del CSM ma, al tempo stes-

²⁷ Sia consentito rinviare a G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di) *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino 2001, 37 ss.

²⁸ Sul punto v. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2020, 57, il quale osserva che « in epoca repubblicana l'ordinamento giudiziario italiano è stato per molti anni disciplinato da un coacervo di norme disseminate ai vari livelli della gerarchia delle fonti: ovviamente la Costituzione, che dedica alla Magistratura l'intero Titolo IV della parte II, poi un caotico e disordinato insieme di leggi ordinarie, adottate in tempi diversi e non sempre coordinate tra loro, per proseguire con un'enorme mole di provvedimenti di carattere normativo (o, para normativo) adottati dal CSM ».

so, presentano in una diversa luce la questione del fondamento e della giustificazione di siffatta potestà. Sia nel 2006 (con le disposizioni sopra richiamate), sia oggi, con la legge 71²⁹ vi è un rinvio espresso ad una attività di specificazione del dettato legislativo affidata al CSM, nonostante il rifiuto di inserire la previsione della clausola generale del riconoscimento esplicito di poteri normativi. Si è andati, insomma ben oltre la previsione del potere di emanare circolari e risoluzioni contenuta nel solo regolamento interno del CSM, ed il fondamento legislativo appare più chiaro, sia pure con una formula che è certamente generica ma, al tempo stesso, consente al CSM di esprimere una potenzialità normativa di indiscutibile ampiezza. Dinanzi a questi segnali rimane il dubbio che la riluttanza a riconoscere una volta per tutte e in via generale i poteri normativi affondi le sue radici in altre ragioni. Può, forse, leggersi in controluce in un simile atteggiamento una sorta di scarsa sensibilità del legislatore rispetto ad una più chiara messa a fuoco del ruolo costituzionale del CSM, una volontà a lasciare, in qualche misura, nel limbo una questione che incide sul raggio di escursione della potestà legislativa in materia di ordinamento giudiziario. Ma – come di qui a poco si vedrà – la ragione più consistente è, con ogni probabilità, da individuare in un altro ambito, ossia nel rapporto tra il riconoscimento della potestà normativa ed i limiti alla sindacabilità degli atti del Consiglio.

7. *La riserva di legge e il ruolo costituzionale del CSM quale più solido fondamento dei suoi poteri normativi*

I due aspetti meritano una sia pur rapida riflessione. Quanto al rapporto tra il riconoscimento di poteri normativi e attribuzioni costituzionali del Consiglio, la questione deve essere inquadrata in primo luogo nella prospettiva della riserva di legge ex art. 108 Cost.

Che quella prevista dall'art. 108 Cost. in tema di ordinamento giudiziario sia una riserva di legge di tipo assoluto, escludente cioè ogni possibile intervento del potere esecutivo, è una conclusione sulla quale si registra un consenso pressoché unanime in dottrina³⁰. Tuttavia "l'assolu-

²⁹ In particolare, l'art. 2 della legge 71, al comma 1°, lett. d) stabilisce che gli emanandi decreti legislativi dovranno "prevedere che, nell'assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi, le attitudini, il merito e l'anzianità dei candidati siano valutati, in conformità ai criteri dettati dal Consiglio superiore della magistratura".

³⁰ Cfr. F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*; V. ONIDA, *La posizione costituzio-*

tezza”, se da qualcuno è interpretata in un senso particolarmente rigoroso – come idonea, in altri termini, ad escludere ogni intervento integrativo non solo nei confronti del Governo, bensì anche nei confronti dello stesso Consiglio³¹ – è però intesa, dalle prevalenti ricostruzioni, nel senso di escludere in radice solo gli atti del Governo, ammettendosi, dunque, pacificamente un’area, più o meno ampia, di intervento ad opera dello stesso C.S.M.

A me pare che la giustificazione più ragionevole rimanga quella che vede nella riserva di legge, assoluta nei confronti del governo, e relativa nei confronti dello stesso CSM, il punto di equilibrio tra le due concorrenti esigenze costituzionali, ossia l’esigenza di assicurare che sia il Parlamento ad esprimere compiutamente la disciplina sull’ordinamento giudiziario ed, al contempo, garantire quello spazio di discrezionalità coesistente alla piena realizzazione dei valori al cui presidio è chiamato il CSM.

D’altra parte – come è stato correttamente osservato³² – al riconoscimento di poteri normativi al CSM perviene una larga parte della dottrina, sia pure muovendo da diversi presupposti³³. Così si è ritenuto che sia proprio l’autonomia riconosciuta all’ordine giudiziario, inteso come struttura organizzata e complessa, ad implicare poteri di normazione con conseguente limitazione della riserva di legge ex art 108, comma 1 Cost.³⁴, ovvero si è ritenuto che la stessa affermazione di una potestà normativa

nale del CSM ed i rapporti con gli altri poteri, entrambi in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bologna 1994, rispettivamente 45 e 34.

³¹ Cfr. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova 1964, 248; sul punto N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2019, 50, ricordano, opportunamente, che il rinvio ad un regolamento governativo era stato disposto dall’art. 53 del d. lgs. 165 del 2001 a tenore del quale il Governo, sulla scorta del parere del CSM, avrebbe dovuto individuare gli incarichi consentiti o vietati ai magistrati. Ma la previsione non ha avuto seguito sia perché lo stesso CSM ha ritenuto siffatta disposizione inapplicabile ai magistrati ordinari, sia perché lo stesso Governo non vi ha dato corso, a conferma, della sostanziale consapevolezza dell’assenza di un, sia pur minimo, spazio di intervento regolamentare dell’esecutivo sullo *status* dei magistrati.

³² Cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 51, i quali osservano che le diverse letture “finiscono per legittimare l’attribuzione di poteri normativi o paranormativi al CSM”.

³³ Un quadro particolarmente approfondito della intera tematica dei poteri normativi del CSM e dei problemi che ne discendono si rinviene nel bel saggio di A. CAPUTO, *Le funzioni del Consiglio superiore della magistratura tra riserva di legge e poteri normativi*, in *Forum di Quaderni cost.li*, n. 1, 2020.

³⁴ In questo senso v. le notazioni di G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell’ordine giudiziario e magistrati*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*.

costituisca, in qualche misura il fondamento legittimante di siffatti poteri³⁵, con la conseguenza che sarebbe «oggiogiorno ben difficili negare che al CSM spetti, quanto meno a livello secondario, il potere di dettare le “norme” sul funzionamento e sull’organizzazione dell’ordine giudiziario e sui rapporti tra CSM e le altre strutture della magistratura nonché sulla carriera dei magistrati»³⁶. Si è parlato, al riguardo, di una riserva di legge a “geometria variabile”³⁷, nel senso che il legislatore può certamente estendere la disciplina sull’ordinamento giudiziario (e, per così dire, riappropriarsi di ambiti di normazione disciplinati con il ricorso all’attività normativa da parte del CSM) ma non fino al punto di comprimere entro limiti troppo rigorosi ogni possibile discrezionalità del Consiglio.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, se è vero che sul punto non si è mai espressa compiutamente, è, però, anche vero che l’unico significativo intervento della Corte (risalente ad ormai vent’anni addietro: sent. 72 del 1991) si esprime in termini sostanzialmente conformi a questa impostazione. Osservava infatti la Corte in quella decisione che «la riserva di legge che è stata posta dalla Costituzione a fondamento della disciplina sull’ordinamento giudiziario al fine di garantire lo *status* di indipendenza della magistratura sia giudicante che requirente concerne non solo l’esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche il momento dell’investitura in tali funzioni, ivi compresa la nomina dei magistrati negli uffici direttivi. Con specifico riguardo al conferimento di tali uffici, dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina. La riserva non implica, invece, *che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici*, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. *Pertanto, nella materia*

³⁵ Cfr. M. DEVOTO, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma 2000, 10.

³⁶ Così A. PACE, *I poteri normativi*, cit., 373.

³⁷ L’espressione è di A. PACE, *op. cit.*, il quale parla di una geometria variabile nel senso che la riserva dovrebbe intendersi come assoluta nei confronti del Governo e relativa nei confronti del CSM. In realtà la “variabilità” sembra doversi riferire al rapporto tra legge statale e potestà normativa del CSM, nel senso che l’intensità dell’intervento legislativo può variare ma non fino al punto di comprimere lo spazio di intervento del CSM entro limiti eccessivamente ristretti, ed al tempo stesso il legislatore non può limitarsi a dettare una disciplina a maglie larghissime, come tale inidonea a guidare l’azione del CSM

in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea». Una posizione, dunque, che pur non affrontando in termini espliciti la tematica della riserva di legge lascia chiaramente intendere che l'ambito di intervento discrezionale, nel quadro delle determinazioni assunte dal legislatore, è certamente assai più ampio rispetto alla mera esecuzione e consente (e, forse, anche impone) margini di intervento non rigidamente vincolati. È, allora, alla posizione costituzionale del CSM che occorre guardare per individuare correttamente il fondamento dei suoi poteri normativi. In questo senso, ed in linea con orientamenti di pensiero che sempre più numerosi individuano nella sua indefettibilità³⁸ il carattere essenziale della garanzia che il Consiglio è chiamato a realizzare, può ritenersi che il CSM non debba esser considerato solo come organo di rilievo costituzionale³⁹ bensì che ad esso debba riconoscersi “natura costituzionale”⁴⁰ piena, per così dire, con la conseguenza inevitabile di riconoscere ad esso anche una sfera di autonomia discrezionale non tangibile dal legislatore⁴¹. L'esplicito richiamo ai poteri normativi avrebbe allora consentito non solo di mettere meglio a fuoco la posizione costituzionale del Consiglio ma, soprattutto, di eliminare quelle incertezze che ancora caratterizzano l'area di questi poteri spesso ambiguamente qualificati come “paranormativi”. Tuttavia, il rifiuto di accogliere la proposta formulata dalla “Commissione Luciani” va ricercato, a mio avviso, non tanto nella debole sensibilità del legislatore rispetto al tema della posizione costituzionale del CSM, quanto piuttosto nella scarsa propensione a reagire alla singolare posizione assunta sul tema dalla giurisprudenza amministrativa.

³⁸ Sostenuta con particolare vigore da M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Osservatorio AIC*, 7 gennaio 2020.

³⁹ Come la giurisprudenza costituzionale aveva peraltro riconosciuto fin dalla sentenza 148 del 1983.

⁴⁰ Su questo punto si vedano le ampie riflessioni di F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della Magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta on line*, 30 gennaio 2020.

⁴¹ Questo aspetto è particolarmente sviluppato nell'ampia riflessione di L. GENINATTI SATÈ, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. ed i limiti al sindacato giurisdizionale sui suoi atti*, Torino 2012, spec. 117 ss., il quale critica l'impostazione tradizionale che tende a ricondurre ad attività amministrativa quella svolta dal CSM al attribuisce nella “debole valorizzazione del ruolo costituzionale del CSM” la ragione che ha impedito “di trarre, dal versante del sistema delle fonti, implicazioni teoriche utili anche a semplificare molti problemi legati ai poteri normativi del Consiglio”.

8. *I poteri normativi e il sindacato del giudice amministrativo*

In ripetute occasioni il giudice amministrativo, proprio con specifico riferimento a quel testo unico sulla dirigenza giudiziaria che racchiude la disciplina dettata nel tempo dal CSM, ha sottolineato come ad esso non possa attribuirsi il carattere normativo, bensì debba essere considerato alla stregua di un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del CSM⁴². Si tratta di una concezione che urta con la stessa posizione assunta dal giudice amministrativo, in altre occasioni, e con affermazioni di portata generale, rispetto alle caratteristiche proprie dell'atto normativo. Con una decisione dell'Adunanza plenaria⁴³ era stato, infatti, chiarito come l'ordinamento conosca anche numerosi casi di disposizioni "settoriali" della cui natura normativa non era possibile dubitare in ragione del carattere della generalità ed astrattezza, intese, queste ultime, non già come applicabilità indifferenziata a tutti i soggetti dell'ordinamento, bensì come idoneità alla ripetizione nell'applicazione e come capacità di regolare una serie indefinita di casi. Se è vero che la precisazione in parola era volta a distinguere gli atti normativi dagli atti amministrativi generali, la individuazione delle caratteristiche dell'atto normativo non sembrava lasciare dubbi di sorta in ordine alla qualificazione da attribuire agli atti del CSM. Essi, pur riferendosi ad un preciso settore dell'ordinamento (la magistratura) possiedono con evidenza il carattere della generalità e dell'astrattezza. D'altra parte, come è stato di recente rilevato, l'autovincolo di cui parla il giudice amministrativo produce gli stessi effetti del parametro normativo comportando la sicura illegittimità dell'atto che non li rispetti⁴⁴. In realtà la questione è più complessa e deve essere messa in stretta relazione con l'estensione del sindacato giurisdizionale sugli atti del CSM. Anche recenti vicende testimoniano come il sindacato del giudice amministrativo abbia assunto connotazioni sempre più penetranti fino a giungere all'annullamento

⁴² V. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5492 e Sez. IV, 14 luglio 2008, n. 3513. Più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 21.05.2020, n. 3213, ove si sottolinea che il Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria, *difettando la clausola legislativa e regolamentare* (corsivo nostro) e riguardando comunque una materia riservata alla legge, non costituisce un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del CSM.

⁴³ Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2012. Su questa decisione v., in dottrina, N. LUPO, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2012, 1909.

⁴⁴ Sul punto si veda il recente contributo di P.I. D'ANDREA, *L'impugnabilità degli atti di conferimento degli incarichi direttivi*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, 76.

(in qualche misura, clamoroso) delle nomine dei vertici della Corte di Cassazione⁴⁵. Dietro la posizione fatta propria dal giudice amministrativo aleggia, con evidenza, l'idea della assimilazione della intera attività del CSM ad attività sostanzialmente amministrativa⁴⁶, con la inevitabile conseguenza della estensione agli atti del CSM del sindacato giurisdizionale tipico degli atti amministrativi e, in particolare, della possibilità di svolgere il penetrante giudizio sull'eccesso di potere. Ricondurre, insomma, tutta l'attività del Consiglio ad attività propria di un organo che esercita mere funzioni amministrative significa poter sindacare, sia sotto il profilo della violazione di legge, sia sotto quello più articolato dell'eccesso di potere, non solo i singoli atti che investono le posizioni di ciascun magistrato bensì anche quella attività che si esplica nella predisposizione degli atti (circolari, in particolare, direttive, risoluzioni) di tipo normativo. Non può negarsi, invero, come l'esigenza di limiti più rigorosi al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sia stata riconosciuta dalla Cassazione⁴⁷ (in sede di giudizio su motivi attinenti la giurisdizione) quando, ad esempio, ha distinto tra "sindacato sui criteri e sindacato sul modo in cui i criteri sono applicati in concreto"⁴⁸, sottolineando come il giudice amministrativo debba astenersi dal sindacare i criteri adottati dal CSM e possa spingersi a valutare, sotto il profilo dell'eccesso di potere, solo l'applicazione in concerto, al singolo caso, di siffatti criteri. Ma, pochi dubbi sussistono sul fatto che, con frequenza, il giudice amministrativo abbia finito, proprio mediante la valutazione di singoli atti, per ammettere un pervasivo ingresso della valutazione in termini di eccesso di potere "nelle questioni concernenti gli stessi criteri decisionali sottesi ai provvedimenti del Consiglio superiore"⁴⁹. Il mancato riconoscimen-

⁴⁵ Si vedano le sentenze nn. 267 e 268 della V Sez. del Consiglio di Stato, del 14 gennaio 2022.

⁴⁶ Posizione questa che – come osserva esattamente R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del Csm tra argomenti di ieri ed effettività dell'organo*, in *JUS-Online*, 3/2019, 4 – risente molto della "connotazione prevalentemente riduttiva con cui la dottrina giuridica tende ad impiegare il termine amministrazione e i suoi derivati con l'effetto... di non incontrare l'adesione di quelle ricostruzioni volte a valorizzare e consolidare il modello costituzionale di CSM".

⁴⁷ Cass. SS.UU., 8 marzo 2012, n. 3622.

⁴⁸ Si vedano sul punto le considerazioni di R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M.*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano 2020, spec. 30 e ss.

⁴⁹ Il punto è particolarmente sviluppato (con estesi richiami alla giurisprudenza amministrativa) da L. GENINATTI SATÈ, *op. cit.*, 143 ss. il quale, insistendo particolarmente sul riconoscimento di poteri normativi in capo al CSM, quale conseguenza della peculiare

to esplicito dei poteri normativi si configura allora, proprio alla luce di quanto fin qui si è detto, come un'occasione persa per contribuire a delineare con maggior precisione di contorni l'area dei poteri di normazione e, al tempo stesso, risolvere la ambigua posizione assunta sul punto dalla giurisprudenza amministrativa. Si è voluto, insomma, consapevolmente, evitare di approntare proprio quella "clausola legislativa" dalla quale il giudice amministrativo ha fatto, a mio avviso del tutto impropriamente, discendere la natura amministrativa degli atti del CSM, assecondando una tendenza, ormai da tempo radicata nelle scelte di politica legislativa in tema di giustizia, che ha visto una costante dilatazione dell'ambito di incidenza del giudice amministrativo (si pensi alla straordinaria estensione della giurisdizione esclusiva) in una misura che a me pare assai distante dall'originario disegno configurato dalla Costituzione. Questione diversa (ma certamente connessa) è quella che attiene all'uso in concreto che dei poteri normativi ha fatto il CSM e delle conseguenze che siffatto uso ha prodotto nella applicazione ai singoli casi ed al contenzioso che – sempre più intenso – ne è scaturito. Si è sottolineato, anche di recente⁵⁰, come l'esasperata e minuziosa formulazione dello stesso Testo unico, il suo carattere discorsivo e non sempre chiaramente dispositivo, siano causa non secondaria non solo di una patologica estensione del contenzioso, ma anche del penetrante sindacato del giudice amministrativo⁵¹. L'osservazione coglie nel segno, e rafforza l'idea che l'adozione di quella

posizione costituzionale del CSM, sottolinea come l'area di potestà normativa potrebbe essere presidiata dal CSM, dinanzi al pervasivo sindacato del giudice amministrativo, anche con un possibile ricorso allo strumento del conflitto tra poteri da parte del CSM nei confronti della "menomazione" discendente dal giudizio in termini di eccesso di potere. Per una esauriente disamina sulla giurisprudenza amministrativa in tema di sindacato sugli atti del CSM, si veda anche F.F. PAGANO, *Il sindacato giurisdizionale sulle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura di conferimento degli uffici direttivi alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Federalismi*, n. 2, 2016, 1 ss.

⁵⁰ V. G. CAMPANELLI, *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati tra formale discrezionalità del Csm e sostanziale sindacato "sostitutivo" del giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2002, il quale osserva (p. 73) che «la dettagliatissima regolamentazione, adottata dal Csm con il fine di smarcarsi dal controllo così assiduo del giudice amministrativo, abbia prodotto... un "effetto boomerang", nel senso che ha notevolmente ingabbiato l'autonomia valutativa del Csm, impegnandolo spesso in motivazioni molto difficili».

⁵¹ Lo ricorda M. VIETTI, *Consiglio superiore della magistratura e conferimento degli incarichi direttivi*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *op. cit.*, 13, il quale osserva come "l'ipertrofica produzione di fattispecie nel vano tentativo di ricomprendere tutta la casistica reale...ha avuto come conseguenza un proliferare di ricorsi amministrativi contro le nomine".

“clausola legislativa” avrebbe potuto produrre all’interno del CSM anche una maggior consapevolezza della necessità di esprimere, nello spazio di normazione riservato, discipline più rigorosamente concepite, sia in termini di formulazione testuale, sia, soprattutto, in termini di omogeneità e non contraddittorietà del contenuto.

9. Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati

L’opera di riscrittura dell’ordinamento giudiziario – come si è rilevato in apertura – tocca una pluralità di aspetti, ciascuno dei quali meriterebbe una analisi specifica. Le nuove discipline sulla valutazione dei magistrati, sulla dirigenza degli uffici, sull’organizzazione degli uffici, sul procedimento disciplinare, sulla struttura e funzionamento dell’organo di garanzia, costituiscono, in larga misura, l’ossatura delle scelte politiche sull’ordinamento della giustizia e vanno oggi ad inserirsi – senza completamente sostituirlle – nell’alveo di quel corpo normativo scaturito dalla tormentata opera di riconfigurazione del biennio 2005-2007. Non è questa la sede per una compiuta analisi di ogni aspetto e mi limiterò, pertanto, a ragionare sinteticamente su tre questioni di più immediato interesse nella prospettiva indicata in apertura, ossia quella dei principi costituzionali.

Il primo profilo sul quale riflettere concerne le novità introdotte con riferimento alla tematica degli incarichi stragiudiziari dei magistrati. Si tratta di una questione particolarmente delicata, nella quale l’esigenza di una decisa svolta era stata più volte segnalata per almeno due ragioni. La prima risiede nella circostanza che la sottrazione del magistrato al suo compito istituzionale assorbe energie al corretto funzionamento della funzione giurisdizionale (che già risente di un organico per molti versi insufficiente, specie nelle sedi giudiziarie più periferiche). La seconda, e forse principale, riguarda il fatto che il collocamento fuori ruolo, anche per periodi lunghissimi, presso uffici a diretto contatto con l’esecutivo, rischia di alimentare quelle stesse perniciose interferenze tra magistratura e politica che emergono con maggior risonanza all’interno delle dinamiche del CSM ma che, invece, sono persino più pericolose in riferimento agli incarichi extragiudiziari, proprio in ragione della prolungata contiguità con la sede delle decisioni politico-amministrative. La nuova disciplina (art.5 della legge 71/22) tenta di arginare questo fenomeno ricorrendo ad una serie di principi e criteri rivolti al legislatore delegato che, anche in

questo caso, si muovono nell'ottica di un maggior rigore. Spicca tra questi la previsione secondo cui il collocamento fuori ruolo del magistrato ordinario *“può essere autorizzato a condizione che l'incarico da conferire corrisponda a un interesse dell'amministrazione di appartenenza”* da valutarsi sulla base di criteri oggettivi, e che debbano sempre essere valutate *“le possibili ricadute che lo svolgimento dell'incarico fuori ruolo determina sotto il profilo dell'imparzialità e dell'indipendenza del magistrato”*. Si tratta, indubbiamente, di un condivisibile sforzo teso a circoscrivere il fenomeno, ancorando gli incarichi a più stringenti presupposti, ma che, a mio avviso, presenta comunque aspetti di intrinseca debolezza. Punto cruciale della disciplina è quello della sussistenza e della corrispondente valutazione di un interesse specifico dell'amministrazione di appartenenza, con un ritorno ad una logica già presente nel “vecchio” ordinamento giudiziario del 1941 e poi venuta meno con l'intervento legislativo del 2001⁵². Tuttavia, mentre in alcuni casi l'accertamento di siffatto interesse risulterà facilmente ancorabile a criteri oggettivi, e, pertanto, in una certa misura, potrà essere facilmente dimostrato, in altri casi si incontreranno difficoltà e rischi maggiori. Questo è forse il punto più debole di una disciplina che lascia inalterata una questione di fondo che si muove dietro il tema degli incarichi extra giudiziari, ossia l'idea che la competenza professionale del magistrato sia assolutamente infungibile con quella di altre figure di tecnici-giuristi e che vede oggi un così massiccio ricorso (in particolare nei gabinetti ministeriali) a esponenti dell'ordine giudiziario in gangli sensibili della vita politico-istituzionale⁵³. Va, peraltro, sottolineato che le reazioni provenienti dalla magistratura non sempre si muovono nel senso dell'apprezzamento per l'impostazione ora impressa dal legislatore. Si sottolinea⁵⁴, in particolare, come essa appaia dettata dalla complessiva esigenza di distanziare il magistrato non solo dalla sfera politica ma anche da quella dell'amministrazione, ignorando come la

⁵² Il richiamo è al d.lg. n. 217/2001 (convertito con legge 317/2001).

⁵³ Su questo tema e, più in generale, sull'intera problematica degli incarichi stragiudiziari, considerata anche alla luce dell'evoluzione legislativa, si veda l'ottimo contributo di F. DAL CANTO, *Per “voltare pagina” occorre ripensare anche la disciplina degli incarichi extragiudiziari dei magistrati*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2020.

⁵⁴ Critica, sul punto, la posizione di N. ROSSI, *Ordinamento giudiziario: isolare, separare, atomizzare la magistratura. Solo un preludio delle politiche della destra?*, in *Quest. Giust.*, n. 273, 2022, che osserva come l'originaria questione istituzionale – riguardante i rapporti tra magistratura e politica – sembra essersi progressivamente trasformata in un'operazione di redistribuzione di potere a favore di altre categorie di esperti (avvocati e professori universitari).

professionalità del magistrato risulti, in realtà, essenziale, quanto meno nell'ambito di amministrazioni per le quali la privazione dell'apporto del magistrato finisca, in fondo, per ritorcersi contro l'efficienza stessa dell'apparato amministrativo compromettendone l'efficacia dell'azione. Non credo, tuttavia, che possa parlarsi di "demonizzazione"⁵⁵ del magistrato, quanto piuttosto di una correzione di rotta nella quale il legislatore – dimostrando in questo caso un certo equilibrio – ha esteso anche alla magistratura amministrativa e contabile il medesimo regime, tenendo conto della circostanza che l'esigenza del "distanziamento", soprattutto dalla sfera dell'attività amministrativa (ed in specie, dell'alta amministrazione) si manifesta in termini più sensibili proprio per gli appartenenti alla giurisdizione amministrativa.

10. *L'intervento sulla posizione del pubblico ministero: riorganizzazione degli uffici e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*

Il secondo aspetto che merita attenzione concerne l'intervento sulla posizione del pubblico ministero. Due questioni meritano una, sia pur sintetica, riflessione. Si tratta, in primo luogo, della nuova disciplina in materia di riorganizzazione del pubblico ministero, specie per la parte riguardante i criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, e, in secondo luogo, della disposizione che interviene drasticamente sulla possibilità del trasferimento dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti.

Volendosi soffermare sul primo dei due aspetti è necessario richiamare brevemente i tratti salienti e di fondo della disciplina recata dalla riforma del 2006, sulla quale ora incide la previsione contenuta nell'art. 13 della legge 71 (che sostituisce integralmente i commi 6 e 7 dell'art. 1 del Dec. leg.vo 20 febbraio 2006, n. 106). La riforma del 2006 si caratterizzava, con evidenza, per l'approdo ad una organizzazione del pubblico ministero fortemente condizionato dal principio di gerarchia. L'attenuazione di taluni aspetti esasperati, recata dalla successiva legge 269 del 2006 (la c.d. controriforma Mastella) lasciava, in realtà, sostanzialmente inalterato un quadro che vedeva nel Procuratore della Repubblica il titolare esclusivo dell'azione penale e ne assicurava il corretto ed uniforme

⁵⁵ Sul punto v. C. CASTELLI, *Contro la demonizzazione dei magistrati fuori ruolo*; in *Quest. Giust.*, n. 2/3, 2002, 126, il quale peraltro mette esattamente in evidenza come il ricorso ai magistrati sia anche frutto della debolezza della dirigenza pubblica per ruoli che potrebbero essere invece svolti da una dirigenza forte (129).

esercizio, determinava i criteri di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione dei procedimenti agli altri magistrati (aggiunto e sostituti) con il solo onere della trasmissione dei relativi provvedimenti al CSM. Senza qui evocare puntualmente tutta l'ulteriore concentrazione di poteri che si determinava sulla figura del Procuratore capo, emergeva, insomma, una impostazione dietro la quale poteva intravedersi il rischio dell'avvio di un percorso di profonda mutazione della figura del pubblico ministero verso una dimensione diversa e vicina ad un esercizio dell'azione penale in chiave di discrezionalità politica⁵⁶ e, pertanto, sostanzialmente incompatibile col quadro costituzionale. È stato detto, acutamente, che con quella riforma il legislatore si è spinto "fino alla soglia di ciò che poteva osare"⁵⁷. La successiva correzione di rotta, e di ricerca di un equilibrio compatibile con la posizione costituzionale del Pubblico ministero è il frutto di quell'attività normativa del CSM cui si è parlato e che, proprio in questo delicato ambito, ha espresso – potremmo dire, al meglio – non solo le sue potenzialità, ma anche il suo ineludibile ruolo di garanzia a tutela dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza⁵⁸. Con una serie di atti (due risoluzioni ed una circolare rispettivamente del 2007, del 2009 e del 2017) che costituiscono espressione di quella che è stata definita "la resistenza paranormativa del Consiglio"⁵⁹, il CSM è intervenuto con una attività di tipo integrativo-correttivo che ha inciso significativamente anche sul piano delle modalità procedurali di sviluppo e direzione del dettato legislativo. Poggiando la propria azione sulla indiscutibile posizione di vertice organizzativo dell'ordine giudiziario, il Consiglio ha inciso ora

⁵⁶ Su questo aspetto e, più in generale, per un'ampia e rigorosa analisi dell'intera riforma del 2006, si vedano le riflessioni di C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle Procure e la separazione delle carriere*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI, *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., 203 ss.

⁵⁷ L'efficace espressione è di P. GAETA, *L'organizzazione degli uffici di procura: note sull'evoluzione dell'indipendenza "interna" del pubblico ministero*, in N. ZANON, F. BIONDI, *L'indipendenza della Magistratura oggi*, cit., 189.

⁵⁸ Sul punto v, le notazioni di R. BALDUZZI, *op. cit.*, 15, il rileva come "l'esempio della circolare sulle procure permette di configurare in capo al Csm un potere normativo generale in materia organizzativa, rispetto al quale singole abilitazioni legislative assumono valore confermativo e conformativo".

⁵⁹ Richiamo, ancora una volta un'espressione di P. GAETA, *op. cit.*, 189, il quale osserva, sul punto come "fin dal primo giorno di vigenza della riforma ordinamentale del 2006 si assiste ad un fenomeno di assai rara evenienza istituzionale: quello che vede un organo di rilievo costituzionale il quale, attraverso atti di normazione secondaria... conforma un testo legislativo, vale a dire un atto di normazione primaria, verso esegesi, finalità ed effetti completamente estranei alla sua lettera e soprattutto al suo spirito".

sulla questione dei progetti organizzativi delle procure, avviati verso modalità di condivisione con tutti i magistrati delle procure e sottoposti al successivo vaglio del Consiglio stesso, ora sui criteri di assegnazione delle attività, anch'essi avviati verso strumenti di determinazione collaborativa, ora sulla individuazione di meccanismi rigorosi per la eventuale revoca dell'assegnazione dei casi ispirata ad una procedimentalizzazione di stampo garantistico (per citare solo alcune delle aree di intervento della normazione secondaria consiliare).

È, dunque, nel quadro di una lettura costituzionalmente orientata della disciplina sulla quale si va ad incidere che interviene la novella del 2022 sul tema dell'organizzazione degli uffici del pubblico ministero.

La traccia di questa evoluzione si coglie, invero, già in apertura della disposizione contenuta nell'art. 13 nella quale si prevede ora che il procuratore della Repubblica predisponga il progetto organizzativo degli uffici "in conformità ai principi generali definiti dal Consiglio superiore della magistratura" e prosegue poi, subito dopo, con la prescrizione della specifica approvazione del progetto ad opera dello stesso CSM. Viene poi reso obbligatorio il parere sia del dirigente dell'ufficio giudicante corrispondente, sia quello del presidente dell'ordine degli avvocati, parere, quest'ultimo che, oggettivamente, estende anche all'esterno del circuito organi requirenti, organi giudicanti e Csm la platea dei soggetti coinvolti, aprendo alla componente forense, sovente critica sia per la propria esclusione sia, soprattutto, per le scelte di merito. La posizione solitaria del capo dell'ufficio, sia pure in un quadro che mantiene la robusta impronta gerarchica, si attenua, ed il ruolo del CSM si afferma sia a monte, con la predisposizione dei principi, sia a valle con il meccanismo dell'approvazione del progetto. Accanto a questa svolta che, senza dubbio, si muove in una direzione di consolidamento e, forse, anche di rafforzamento delle indicazioni provenienti dagli interventi consiliari di cui si è detto, si introduce poi una previsione di segno radicalmente opposto, ossia il potere del Ministro della Giustizia di formulare osservazioni sul progetto⁶⁰. Su questo punto, che il legislatore ha inteso accogliere nonostante la netta contrarietà espressa proprio dal CSM, non può che rilevarsi come esso, frutto, verosimilmente, del carattere compromissorio che, in buona misura, percorre l'intera legge, si possa agevolmente collocare in una linea

⁶⁰ Va ricordato, per completezza, che la previsione di un parere ministeriale per il documento organizzativo degli uffici giudicanti era già contemplata (art. 7 bis del R.D.30 gennaio 1941, n. 12 e art. 11 della l. 24 marzo 1958, n. 195) ma, di fatto non è mai stata esercitata.

di pensiero che mira a corrodere l'attuale posizione costituzionale del p.m., innervandola con una impropria commistione con il potere esecutivo. Risulta facile prevedere come le osservazioni ministeriali possano incidere, anche sensibilmente, su un atto che rappresenta un momento centrale della funzione giurisdizionale requirente, creando una frizione tra procure e esecutivo, ma anche con lo stesso CSM, e, in fin dei conti, incidendo sull'indipendenza esterna del pubblico ministero. Va poi tenuto in conto che una simile previsione si colloca all'interno di una disciplina che apporta una ulteriore rilevante innovazione, ossia la definizione dei *"criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili"*⁶¹. Si tratta di una previsione già contenuta, in guisa di principio di delega, nell'art.1 della legge n. 134 del 2021 ed ora riprodotta (quasi nello stesso testo) in una disposizione immediatamente precettiva che si traduce in una revoca della delega e rende, pertanto, impossibile lo sviluppo ad opera del successivo decreto legislativo. Ma, di là da questo aspetto che, comunque sia, mette in luce un debole coordinamento legislativo, l'introduzione di meccanismi di priorità, affidati nella loro concreta individuazione a criteri generali, frutto per intero della discrezionalità delle assemblee legislative⁶², introduce nell'attività del pubblico ministero un ulteriore contatto con scelte di natura politica che rischia di caricare di tensioni ancora più rilevanti proprio quel momento della formulazione delle osservazioni ad opera del Ministro. Il parere ministeriale appare, allora, ancor meglio, come una sorta di maldestro correttivo di una disciplina ispirata, nel suo complesso, ad un più intenso equilibrio tra ruolo dei responsabili delle procure e Consiglio superiore⁶³.

⁶¹ Va ricordato, peraltro, che l'introduzione di criteri di priorità, si pure riferiti alla funzione giudicante con riferimento all'ordine di trattazione dei processi, non è nuovo e risale al d.l. 23, maggio 2008, n. 92 (convertito con modifiche nella l. 24 luglio 2008, n. 125) che modifica l'art.132 delle norme di attuazione del c.p.p.

⁶² In senso pienamente favorevole all'introduzione dei criteri di priorità si esprimono N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 274, sottolineando come le scelte in questione, quanto meno in prima istanza e nelle linee generalissime dovrebbero essere affidate ad organi politici dotati di legittimazione democratica e non già affidate agli stessi magistrati politicamente irresponsabili e dotati solo di una legittimazione di tipo tecnico.

⁶³ Osserva, al riguardo, G. MAZZOTTA, *La procedura tabellare per l'adozione del docu-*

La questione dei criteri di priorità nella scelta dei reati da perseguire, pur inserita in una disposizione che si preoccupa di realizzare la garanzia della “efficace e uniforme esercizio dell’azione penale” (così, l’art. 13, c. 1, lett. a), si presta poi ad essere osservata, come è ovvio, sotto il profilo del rapporto con il principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale. Si potrebbe rilevare, in primo luogo, che già la stessa disposizione, in qualche misura si contraddice, dal momento che l’uniformità proclamata mal si concilia con la scelta di un ordine di priorità delle figure di reato da perseguire. Ed è poi evidente, in secondo luogo, che scelta di priorità non può significare l’eliminazione dall’elenco dei reati da perseguire di alcune figure, per la evidente ragione che ciò costituirebbe l’equivalente di una vera depenalizzazione⁶⁴. Ma è altrettanto evidente che la decisione legislativa nel momento stesso in cui indica una graduazione, attenua di fatto il principio dell’obbligatorietà, relegando ai margini (ma, in concreto, espungendoli) i reati collocati in fondo all’elenco. Se poi si colloca la previsione dei criteri di priorità nel quadro più ampio che la norma disegna, ossia la correlazione con il numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale, degli strumenti e delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie, si comprende come l’operazione messa in campo dal legislatore si muova in una direzione di difficile compatibilità con il rigore della previsione costituzionale. Essa, peraltro, si combina perfettamente con la impostazione gerarchica della dimensione del pubblico ministero perché – come è stato esattamente osservato – “il modello gerarchico sembra essere andato in armonia (storica e sistematica) con il progressivo sfilacciamento dell’obbligatorietà dell’azione penale”⁶⁵. Ad una concentrazione di potere decisionale sul

mento organizzativo delle procure della Repubblica: un ritorno al passato o un ponte verso il futuro, in *Quest. giust.*, n. 2/3, 2022, 167, come una «norma destinata, in astratto, a produrre intromissioni del Ministro sull’organizzazione sia degli uffici giudicanti sia degli uffici requirenti verrebbe in concreto, a incidere solo sull’organizzazione di questi ultimi, per tal modo preparando il terreno al distacco tra gli uni e gli altri».

⁶⁴ Sul punto v. le riflessioni di E. BRUTI LIBERATI, *Il ruolo del pubblico ministero tra Costituzione e riforme*, in *Costituzionalismo*, n. 1, 2020, 94, il quale, pur criticando la formulazione infelice della norma, ritiene che essa non giustifichi allarmi e sottolinea, come, in ogni caso, al Procuratore delle Repubblica, anche in presenza di criteri di priorità, sarebbe sufficiente invocare la norma costituzionale per perseguire reati anche senza il rispetto dei meccanismi di priorità.

⁶⁵ Così, P. GAETA, *op. cit.*, 200, il quale osserva poi come il legislatore abbia compreso e interpretato la crisi dell’obbligatorietà dell’azione penale ed abbia concepito un “modello consono, coerente con questa crisi” concorrendo a trasformare la regola costituzionale in un principio, come tale bilanciabile con altri principi.

solo soggetto (il Capo della procura) che organizza, dirige, coordina, tenendo conto di una pluralità di elementi, corrisponde, in altri termini, fatalmente, un potere di scelta che, per quanto orientato e condizionato da criteri rigorosi, comporta inevitabilmente una selezione. A me pare, allora, che la norma in questione più che foriera di questioni di legittimità costituzionale (per le quali, comunque sia, ben si potrebbero configurare vizi) debba segnalarsi per la presenza di un germe corrosivo che la pervade, sia, insomma, una sorta di prima pietra di un percorso che, dietro il più efficace esercizio dell'azione penale, nasconde, invero, il tentativo di condurre gradualmente alla convinzione della necessità di pervenire al definitivo superamento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, in una prospettiva di revisione costituzionale che coinvolga sotto ogni profilo la posizione del pubblico ministero.

11. *La nuova disciplina sul passaggio di funzioni del p.m. tra limiti costituzionali e prospettive di superamento del suo statuto costituzionale*

Questo orizzonte concettuale mi pare rafforzato se si guarda poi all'ulteriore questione sulla quale è utile soffermarsi, vale a dire la disposizione che interviene sul passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti. L'art. 12 della l. 71/22 (modificando la disciplina contenuta nel Dec. lgs. n. 160 del 2006) prevede ora che il passaggio alle funzioni requirenti sia possibile per una sola volta nell'arco dell'intera carriera del magistrato entro il termine di sei anni dalla maturazione del diritto al c.d. "tramutamento". Oltre questo termine, il passaggio è consentito, sempre per una sola volta, se si passa da funzioni giudicanti civili a quelle requirenti, ovvero, in direzione opposta, se si chiede il passaggio da funzioni requirenti a quelle giudicanti a condizione che queste ultime siano, rigorosamente, solo quelle civili o del lavoro. In altri termini, la norma prevede un solo passaggio e vieta, radicalmente, ogni possibile "commistione" che comporti "tramutazione" tra funzioni giudicanti penali e funzioni requirenti. Si tratta di un irrigidimento estremo di un meccanismo che già contemplava un limite piuttosto rigoroso, consentendo un passaggio dall'una all'altra funzione per non più di quattro volte nell'intera carriera del magistrato. Pochi dubbi possono sussistere sulla circostanza che il via libera verso un simile approdo sia da ricercare, in primo luogo, nella giurisprudenza costituzionale la quale, già nel 2000 (con la sent. n. 37) e, più di recente, con la sentenza n. 58 del 2002, aveva ribadito come

la Costituzione non contenga “alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della carriera, dalle une alle altre funzioni”. Si tratta di una affermazione contenuta, negli stessi termini, in ambo le decisioni sopracitate, decisioni che mettevano capo al giudizio di ammissibilità dei due *referendum*, il primo dei quali mirava all’abrogazione della disciplina allora vigente, mentre il secondo (risoltosi, al pari del primo, in una consultazione in cui non si è raggiunto il *quorum* di partecipazione) mirava, ovviamente, alla abrogazione delle disposizioni sulle quali incide oggi la modifica contenuta nella legge 71/2022. Invero, al contenuto di queste decisioni costituzionali possono muoversi due ordini di obiezioni. La prima concerne proprio la ragione per la quale la Corte si è pronunciata in quella sede, ossia l’esigenza di escludere che le discipline sottoposte a *referendum* appartenessero al *genus* delle norme costituzionalmente vincolate. Come è noto, intesa – come dovrebbe essere – nel suo significato più rigoroso, questa categoria di leggi per le quali può escludersi la consultazione popolare dovrebbe essere limitata alle sole leggi riproduttive di corrispondenti disposizioni della Costituzione o, tutt’al più, contenenti mere esplicitazioni di norme costituzionali⁶⁶. La Corte ha, però, progressivamente esteso questa categoria, spesso confondendola con quella delle leggi costituzionalmente obbligatorie, e, soprattutto, giungendo ad un improprio slittamento del relativo giudizio di ammissibilità in un giudizio di costituzionalità anticipato sulla normativa di risulta. Ed è questo che è avvenuto nelle due decisioni in questione, nelle quali la Corte si preoccupa di escludere che una disciplina di carriere separate tra giudici e p.m. o di rigorose preclusioni nel passaggio di funzioni non si configuri in contrasto con i principi costituzionali e possa, dunque, essere ammessa. Se non che, l’affermazione contenuta nelle due decisioni, pur rivelandosi utile (nell’ottica in cui si muove la Corte in quel tipo di giudizio) ad escludere l’appartenenza delle disposizioni oggetto di *referendum* alle leggi costituzionalmente vincolate, finisce per affidare ad una superficiale e, in qualche misura, contraddittoria motivazione proprio quella (inevitabile) valutazione sulla legittimità costituzionale della normativa di risulta che si insinua fatalmente in questo tipo di decisioni.

⁶⁶ Sul punto v., in questo senso, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino 2021, 303; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino.

La Corte, infatti, – e veniamo così alla seconda obiezione che può muoversi alla giurisprudenza costituzionale in parola – sembra decisamente assimilare, sotto ogni profilo, la separazione delle carriere alle limitazioni nel passaggio delle funzioni e finisce per ritenere entrambi come costituzionalmente compatibili. In realtà, la netta separazione delle carriere ha come suo presupposto, non solo canali di accesso differenziati e separati e percorsi professionali autonomi, ma presuppone, a mio avviso, l'appartenenza a due ordini diversi, la sottoposizione a due diversi organi di garanzia, una diversa strutturazione delle garanzie della funzione esercitata⁶⁷. Come si concilia, allora, la separazione delle carriere con quei principi (magistratura come unico ordine, soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore) che è la stessa Corte a ricordare nelle due decisioni di cui si discorre? L'idea di due corpi separati sembra allora confliggere irrimediabilmente con il pubblico ministero "magistrato" disegnato dalla Costituzione, con la sua appartenenza al medesimo ordine giudiziario e con la sua soggezione all'unico organo garanzia.

In termini parzialmente diversi si presenta la questione del passaggio delle funzioni. Si tratta qui di vedere fino a che punto possano spingersi quelle "limitazioni" e quei "condizionamenti" di cui parla la Corte senza per questo alterare la figura del pubblico ministero, quale emerge dal dettato costituzionale. Qui mi pare che la chiave per dare risposta a questo interrogativo possa essere rintracciata in quella condivisibile posizione di chi⁶⁸ ha individuato nel principio di *equivalenza delle funzioni* contenuto nell'art. 107, c. 3 Cost., lo strumento per comprendere fino in fondo la posizione costituzionale del pubblico ministero. Muovendo dalla considerazione che la Costituzione non si limita ad affermare che i magistrati si distinguono fra loro per diversità di funzioni ma aggiunge anche l'avverbio *soltanto* (in sintonia con l'art. 101 Cost. che parla, non già della generica soggezione alla legge, ma precisa, anche in quel caso, che si tratta di soggezione *soltanto* alla legge, concorrendo così a

⁶⁷ Sul punto v. le osservazioni di N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 276, i quali, pur condividendo l'impostazione della giurisprudenza costituzionale, osservano come «l'introduzione di una vera e propria separazione delle carriere implicherebbe, per coerenza, modifiche – tramite revisione costituzionale – alla struttura e alla composizione interne del CSM, che dovrebbe quanto meno suddividersi in due distinte sezioni, ciascuna orientata ad amministrare separatamente la carriera dei giudici e dei pubblici ministeri»

⁶⁸ Mi riferisco alla penetrante analisi condotta da G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica e il pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova 2008, 161 ss.

rinforzare il principio di autonomia della magistratura) deve affermarsi correlativamente che “qualunque altra differenziazione tra i magistrati che non stia nelle funzioni da esse svolte è incostituzionale”⁶⁹. Una volta immesso nell'ordine giudiziario attraverso un unico concorso, una selezione unica tesa ad accertare l'idoneità professionale allo svolgimento di tutte le funzioni previste, ivi compresa quella requirente, sarebbe del tutto incongruo separare per canali differenziati magistrati che possono legittimamente aspirare a svolgere ciascuna delle funzioni previste. La *ratio* che ispira e sostiene la norma costituzionale sulla equivalenza delle funzioni si ispira chiaramente all'idea della positiva contaminazione tra funzioni esercitate, di una proficua osmosi tra esperienze giudicanti e requirenti, nella quale proprio il distacco e la terzietà del giudice possono positivamente trasmettersi nel momento in cui il magistrato è chiamato all'esercizio dell'azione penale. Ma è anche vero che la “contaminazione” di segno positivo che ispira la norma costituzionale può prestare il fianco a distorsioni e può essere allora attenuata, con la conseguenza che è ben possibile l'intervento del legislatore nell'approntare quelle *limitazioni* e quei *condizionamenti* di cui parla la giurisprudenza costituzionale. Si tratta allora di stabilire il limite entro il quale il legislatore possa muoversi senza incidere sul nucleo essenziale del principio contenuto nell'art. 107. In questo senso la disciplina abrogata aveva individuato un ragionevole punto di equilibrio, ed in fondo aveva ricevuto un apprezzamento sostanzialmente unanime, senza provocare particolari polemiche. Di tutt'altro segno è, invece, a mio avviso la disciplina ora introdotta. Invero la possibilità di un'unica opzione nell'intera vita professionale del magistrato rifiuta nettamente l'idea della positiva contaminazione e si muove, di fatto, nell'ottica, di difficile compatibilità con i principi costituzionali⁷⁰, della assoluta separazione trasformando il tramutamento di funzioni in una scelta di carriera professionale sostanzialmente irreversibile.

Anche questa riforma si colloca, insomma, tra le misure rivolte a corrodere l'attuale assetto costituzionale del p.m. nella prospettiva di un suo definitivo superamento attraverso revisioni costituzionali⁷¹.

⁶⁹ Così, G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 163.

⁷⁰ Osserva, al riguardo, G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 170, come non sia «ammissibile costituzionalmente una regola che stabilisca la definitiva impossibilità, o subito dopo la prima assegnazione, o nel corso della vita professionale del magistrato, di passare dalla funzione giudicante a quella requirente, o viceversa».

⁷¹ Sul punto si vedano i recenti contributi di M. GUGLIELMI, *Un pubblico ministero “finalmente separato”? Una scelta poco o nulla consapevole della posta in gioco. E l'Europa ce lo dimostra*, e di V. MAISTO, *La separazione delle carriere tra argomenti tradizionali ed*

12. *Il nuovo sistema elettorale del CSM*

Resta, infine, la questione della legge elettorale del CSM. La proposta della Commissione sgombrava il campo da ogni possibile inserimento del meccanismo del sorteggio⁷², originariamente contenuto nel disegno di legge in questione e, opportunamente, riscriveva il sistema elettorale per la componente togata. Senza richiamare qui il contenuto della proposta (che è ben illustrata nella relazione) mi pare ci si possa limitare a due sintetiche considerazioni. In primo luogo, la proposta optava (riprendendo fruttuosamente uno schema che già era stato formulato nel 1996 dalla “Commissione Balboni”) per un sistema che si ispirava ad una logica sostanzialmente proporzionale. Si trattava di una scelta da apprezzare perché – come è stato recentemente osservato⁷³ – i sistemi maggioritari appaiono, in larga misura, inidonei rispetto ad un organo di garanzia la cui funzione, *lato sensu* politica, riguarda esclusivamente “la razionalizzazione del suo *modus operandi* in rapporto alla finalità generale della migliore tutela dell’indipendenza della magistratura”⁷⁴. Alla scelta del modello tendenzialmente proporzionale si accoppiava poi l’opzione per le candidature individuali in luogo di quelle di lista. Scelta, anche in questo caso, opportuna, dal momento che è proprio con il ricorso alle liste concorrenti che i sistemi proporzionali esasperano la contesa politica, con i conseguenti rischi degenerativi, tanto più gravi se riferiti ad un organo di garanzia. La riduzione del numero delle firme necessarie per presentare una candidatura e, soprattutto, il meccanismo di trasferimento del voto di preferenza ad altri candidati sembravano muoversi in una logica idonea a proficuamente attenuare il ruolo degli schieramenti “correntizi”, recuperando il valore delle qualità personali dei candidati⁷⁵. Talune immediate contestazioni cadevano proprio sul meccanismo del sistema a voto trasferibile, adombrandosi, tutto all’inverso, il rischio che l’accogli-

evoluzione del processo: un tema ancora attuale?, entrambi in *Quest. giust.*, n. 2/3, 2022, rispettivamente 175 ss. e 184 ss.

⁷² Sul quale si vedano le critiche osservazioni di R. ROMBOLI, *Le modifiche della legge elettorale del Csm nel disegno di legge “Bonafede”: la nuova figura del “candidato per caso”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2020.

⁷³ Mi riferisco al breve ma denso saggio di G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del consiglio superiore della magistratura*, in *Sistema penale*, giugno 2020.

⁷⁴ Così, Silvestri, *op. cit.*, § 2.

⁷⁵ Sul punto v. le riflessioni di M. VOLPI, *Una proposta propositiva con qualche rilievo critico*, in *Pol. dir.*, 2021, il quale rileva come il sistema proposto dalla Commissione “può al contempo salvaguardare il pluralismo e premiare la qualità dei candidati”.

mento di questa soluzione avrebbe finito per favorire alcune “correnti” penalizzandone altre⁷⁶.

La logica del sistema esclusivamente proporzionale, indicata nei lavori della Commissione, veniva così rapidamente abbandonata prendendosi atto – come è stato efficacemente osservato – della circostanza che in Parlamento fosse emerso chiaramente “un sentimento dominante contrario al proporzionale”⁷⁷ ritenuto – a torto – meno idoneo del maggioritario puro ad evitare le pregresse forme di degenerazione correntizia. In realtà ciò che, a me pare, sia emerso nel confuso e poco lineare dibattito tra le forze politiche (un dibattito che, giova ribadirlo, si è svolto più all'esterno che all'interno delle aule assembleari), è un richiamo alle due diverse concezioni dei meccanismi elettorali condotto nella prevalente, opportunistica prospettiva di pervenire a soluzioni che, dietro al richiamo alle esigenze di rispetto del pluralismo culturale della magistratura, nascondevano, in realtà, l'intento di modellare un sistema elettorale che meglio si adattasse alla più favorevole affermazione di correnti ritenute ideologicamente più vicine ora a questa ora all'altra delle aree presenti in Parlamento. L'impressione, insomma, che la guerra al “correntismo” (ed alle sue più recenti degenerazioni) fosse solo di facciata è stata in una certa misura confortata da una sorta di estremismo nel calcolo degli effetti che i due sistemi (proporzionale e maggioritario) avrebbe potuto produrre all'interno del Consiglio, in una prospettiva ben lontana dalla piena consapevolezza di disegnare un sistema elettorale per un organo preposto ad esclusive funzioni di garanzia di principi costituzionali. Dinanzi a questa situazione la proposta governativa, poi tradottasi in legge, si è mossa alla ricerca di un punto di equilibrio, di un accettabile compromesso, teso (almeno negli auspici) a segnare un distacco con il passato, nell'apprezzabile intento di salvaguardare il pluralismo culturale e, al tempo stesso, di ridurre il peso delle correnti. Si è così giunti alla adozione di un sistema elettorale di tipo misto che prevede l'elezione con il sistema maggioritario di quindici componenti togati affiancati da altri

⁷⁶ In un intervento del segretario della corrente Magistratura indipendente A. PIRAINO, *Il “sistema Luciani” aumenta l'influenza di alcune correnti*, apparso su “Domani” del 14 novembre 2021, si affermava, infatti, che “il sistema del voto singolo trasferibile si presta ad agevolare la realizzazione di patologiche aggregazioni di interessi, incentivando accordi che potrebbero condurre a distorsioni del voto e a un risultato elettorale tale da escludere dal CSM la pluralità di idee che caratterizza il panorama della magistratura”.

⁷⁷ Così, V. SAVIO, *Da un Porcellum al Marta-rellum: una prima lettura della nuova legge elettorale per il CSM di cui alla l. 17 giugno 2022, n. 71*, in *Questione giust.*, n. 2/3 2022, 45.

cinque eletti con meccanismo proporzionale. Un sistema mirato, dunque, alla ibridazione della logica maggioritaria con quella proporzionale dietro il quale non è difficile scorgere un richiamo alla esperienza delle due leggi elettorali nazionali del 1993 (rispettivamente leggi nn. 276 e 277) che avevano condotto alla affermazione di un assetto politico sostanzialmente bipolare⁷⁸. Ma, invero, il richiamo al sistema c.d. “Mattarellum” si ferma allo schema di fondo e la disciplina introdotta contiene una serie di strumenti che si muovono nella prospettiva di rivalutare nella misura più intensa candidature di magistrati che intendano presentarsi più per le loro qualità e per l’impegno personale piuttosto che per l’appartenenza ad aree associative.

Senza qui entrare nel dettaglio dell’analisi puntuale della disciplina⁷⁹, ci si può limitare a ricordare che il sistema elimina la necessità della presentazione della candidatura da parte di un certo numero di magistrati, consentendo così anche ad un magistrato “solitario” di potersi proporre per l’elezione, introduce per le candidature singole, relative alla quota di giudici di merito, la possibilità (entro un termine prestabilito) di collegarsi con altre candidature, nell’ambito della quota proporzionale, così che è possibile pervenire a liste che non necessariamente risultino frutto di uno schieramento collegato a “correnti”, ma possano anche riflettere solo aggregazioni di tipo professionale-culturale. In altri termini il meccanismo dei collegamenti (peraltro, non soggetto ad un limite quantitativo e, pertanto, suscettibile di una dilatazione eccessiva) tende alla formazione di liste che mettono insieme candidati individuali, e mira dunque a garantire che la quota proporzionale (cinque seggi su venti) sia espressione, soprattutto, o di singole posizioni individuali ovvero di collegamenti dettati da ragioni tendenzialmente estranee al sistema correntizio. L’individuazione di cause di ineleggibilità rigorose, con le quali si preclude la possibilità di candidarsi a magistrati che abbiano ricoperto ruoli che, in qualche misura, avrebbero potuto ritenersi come frutto dell’appartenenza a più o meno identificabili schieramenti, sembra anch’essa da ricondurre alla esigenza di spezzare legami con gli ambiti propri delle influenze correntizie.

⁷⁸ Mi limito qui a richiamare l’analisi di G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell’ordinamento italiano*, Milano 2018, spec. 83 ss., il quale ricorda che quella legge condusse all’affermazione di «un assetto bipolare del sistema politico nel quale la reciproca delegittimazione delle due coalizioni principali ed il “terrore” della vittoria dell’avversario [avevano] reso inevitabile la strategia dell’allargamento, si potrebbe dire “a tutti i costi” del loro perimetro».

⁷⁹ Sul punto si può rinviare all’efficace analisi compiuta da V. SAVIO, *op. cit.*, *passim*

Ispirata all'esigenza di consentire la partecipazione al consiglio solo a magistrati dotati di una certa esperienza è, poi, la previsione con la quale si introduce una limitazione dell'elettorato esclusivamente ai togati che abbiano conseguito almeno la terza valutazione di professionalità, anche se, in questo caso, la norma appare vulnerabile sotto il profilo della sua compatibilità con il dettato costituzionale e, segnatamente, con l'art. 104, c. 4, Cost. che parla di un organo espressione di "*tutti i magistrati ordinari*", senza alcun riferimento al grado di anzianità o esperienza maturata. Potrebbe, anzi sostenersi che l'esclusione di magistrati ancora nelle fasi iniziali della carriera, ma pur sempre inseriti a pieno titolo nell'ordine giudiziario, rischi di configurare un *vulnus* nei confronti della componente più giovane (e, in quanto tale, magari ancora distante da condizionamenti di appartenenza) che ben potrebbe aspirare ad una sua adeguata rappresentanza in seno al Consiglio.

Il sistema elettorale relativo alla componente togata si muove anche nell'ottica del principio costituzionale della promozione delle pari opportunità, sia pure in termini concernenti le sole candidature e prevede (art. 31, ult. comma della l. 71/22) che "*ogni genere deve essere rappresentato in misura non inferiore alla metà dei candidati effettivi*". Si tratta di una misura apprezzabile che non garantisce, tuttavia, una composizione dell'organo in termini di equilibrio di genere ben potendo risultare, alla fine del procedimento elettorale, un consiglio composto da un solo genere.

Si tratta ora di vedere se l'impronta maggioritaria, pur attenuata dalla quota proporzionale, riesca a garantire il superamento di quei condizionamenti di schieramento che, in larga misura, stanno alla base della esigenza (almeno a parole, quasi unanimemente invocata) di correzione del meccanismo elettorale. Invero, l'esito della immediata applicazione del sistema alle recenti elezioni svoltesi nel settembre del 2022 non appare aver scalfito in modo significativo il ruolo delle correnti (specie di quelle ben organizzate) ed ha finito ancora una volta per premiare forme di associazionismo capaci di orientare il consenso, specie nella quota di elezione maggioritaria. Sette seggi risultano infatti assegnati alla corrente di stampo conservatore (ossia *Magistratura indipendente*, che, non a caso, aveva mosso le critiche più serrate alla proposta "proporzionale" della Commissione governativa) mentre l'area, per così dire, antagonista, di impostazione progressista, ne ha ottenuti sei, con una significativa quota nell'ambito del recupero proporzionale. Anche la corrente "moderata" (*Unicost*) ottiene un risultato di un certo rilievo, con quattro seggi, men-

tre risulta eletto anche un candidato del tutto solitario, espressione di un piccolo gruppo che aveva provveduto a individuare al suo interno i candidati col sistema del sorteggio. Se, forse, una contrapposizione di due soli schieramenti è stata evitata e, dunque, una netta maggioranza non sembra configurarsi, lasciando il campo ad una possibile dinamica interna rispettosa delle esigenze costituzionali di un organo che deve trovare nella dialettica costante, piuttosto che nella stabilità di maggioranze, la sua cifra caratterizzante, è difficile pensare che questo risultato possa essere raggiunto se non si verificheranno due essenziali condizioni.

La prima di queste è affidata per intero al Parlamento. Si tratta, come è ovvio, della elezione dei membri laici sulla quale pure interviene in maniera significativa la novella del 2022. Qui la novità più rilevante è da individuarsi nella disposizione contenuta nell'art. 30 della l.71/22 laddove prescrive che l'elezione dei membri indicati nella norma costituzionale (art. 104 Cost.) debba avvenire *“nel rispetto di procedure trasparenti di candidatura, da svolgere nel rispetto della parità di genere di cui agli articoli 3 e 51 della Costituzione”*. L'adozione della *“procedura trasparente”*, con una formula piuttosto sibillina, sembra dunque rimessa al Parlamento che, in seduta comune, deve procedere ad una elezione nel corso della quale, come è noto, si applica il regolamento della Camera, in ossequio alla previsione dell'art. 63 Cost.⁸⁰. In questa direzione si è mossa la Presidenza della Camera che, d'intesa con quella del Senato e con le due Conferenze dei presidenti di gruppo, ha formulato un avviso di candidatura⁸¹ nel quale spiccano due elementi. Il primo concerne i requisiti relativi ai candidati che appaiono, almeno per uno dei due previsti dalla Costituzione, più stringenti, dal momento che per gli avvocati si prevede che i quindici anni di esercizio siano *“effettivi”*, mentre la norma costituzionale non reca alcun richiamo all'effettivo svolgimento dell'attività ed è stata fino ad oggi intesa come semplice iscrizione al relativo albo. Si profila allora un problema di compatibilità con il dettato costituzionale, con esiti di possibile contenzioso che certo non gioverebbero alla necessaria serenità di questo importante momento di selezione. Il

⁸⁰ Per la Camera dei deputati l'art. 35, c. 2, stabilisce che «il Regolamento della Camera è applicato normalmente nelle riunioni del Parlamento in seduta comune dei suoi membri»; per il Senato, l'art. 65, stabilisce che, «per le sedute in comune delle due Camere si applica il Regolamento della Camera dei deputati, salva sempre la facoltà delle Camere riunite di stabilire norme diverse».

⁸¹ Si tratta di un avviso pubblicato sul sito della Camera dei Deputati in data 11 novembre 2022, in vista della convocazione del *plenum* fissata per il 13 dicembre 2022.

secondo, riguarda la stessa presentazione delle candidature che potranno essere, alternativamente, presentate dagli interessati, ovvero, formulate “per conto dell’interessato” da un numero minimo di dieci parlamentari appartenenti ad almeno due gruppi presenti in parlamento. Desta poi una certa perplessità la fissazione del termine per la presentazione delle candidature in una data di appena tre giorni anteriore a quella fissata per la seduta comune, così, di fatto, lasciando uno spazio temporale palesemente insufficiente per quella attenta valutazione che dovrebbe guidare le opzioni di scelta. L’impressione che si ricava da un simile procedere è quella di una sorta di scarsa attenzione per questo adempimento, se non, addirittura, di una malcelata insofferenza per la procedura stessa delle candidature, dietro la quale non è difficile formulare pessimistiche previsioni, con un esito largamente plasmato sul consueto modello della elezione di candidati di area, tanto più quando la candidatura sia stata presentata da gruppi parlamentari.

La formula della legge sembra poi alludere, quando richiama la parità di genere, ancora una volta alle sole candidature, senza alcun vincolo di risultato, di guisa che anche per la componente laica l’equilibrata rappresentanza di genere non risulta effettivamente garantita.

Certo le candidature esplicite possono concorrere a rendere più chiaro il panorama e meno oscuro il meccanismo di selezione, ma è fin troppo evidente che la vera partita si gioca sulla sensibilità del Parlamento ad orientare la scelta verso profili di candidati che siano in grado di mantenere una adeguata distanza dai condizionamenti politici e di evitare che all’interno del CSM si possano creare – nel contatto con le componenti togate organizzate – quelle maggioranze stabili di aggregazione così lontane dalle esigenze di funzionamento di un organo che è, e deve rimanere, un organo di garanzia costituzionale. Buona parte, dunque, di quel distanziamento del Consiglio dalla politica è rimessa proprio alle forze politiche, e tutto ciò, nell’attuale temperie politica, non sembra militare verso la direzione di un significativo cambio di direzione.

La seconda delle condizioni riguarda il ruolo dell’associazionismo giudiziario e della sua proiezione all’interno del Consiglio. La questione meriterebbe una riflessione molto più estesa e non è questa la sede per affrontarla compiutamente. Ci si può limitare a sottolineare come l’associazionismo interno alla magistratura abbia giocato, fin dalla sua nascita, un ruolo decisivo nella elaborazione di una cultura della giurisdizione, sia stato un luogo di contrapposizione ma anche di sintesi dei valori sottesi alle concrete esigenze dell’intero sistema di giustizia, abbia concorso,

talvolta in maniera determinante, ad orientare l'esercizio della funzione nel senso della realizzazione effettiva dei principi costituzionali. È, però, difficile negare, come oggi quei "laboratori di idee" si siano trasformati "pur con qualche lodevole eccezione ma non tale da mutare il quadro, in cucine specializzate in nomine e distribuzione di spoglie"⁸². Le riforme legislative, allora, sono fatalmente destinate a produrre effetti limitati⁸³ se all'interno della stessa magistratura non si troverà la forza di operare una autentica mutazione di rotta con un distanziamento netto dalle logiche spartitorie e con il recupero dello spirito originario dell'associazionismo dei giudici.

⁸² L'espressione è di G. MELIS, *Storia della magistratura e storia dell'associazionismo giudiziario: una complementarietà necessaria*, in *Questionegiustizia, on line*, 26.10.2022, saggio che, efficacemente, reca un quadro sintetico, ma vivacissimo, del pensiero di uno studioso che ha condotto con rigore, in numerosi scritti, una analisi di particolare profondità sul tema. Sul ruolo dell'associazionismo v. le riflessioni di M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020.

⁸³ V., sul punto, M.A. CABIDDU, *Autonomia e indipendenza della magistratura*, in *Consulta on-line*, 3/2022, 1221.

Stelio Mangiameli

IMPERI E STATI E LE NUOVE RELAZIONI INTERNAZIONALI

«Non gli Stati ma gli imperi sono i veri ‘creatori’ del diritto internazionale».

CARL SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi*, 1941,
ora in *Stato Grande Spazio Nomos*, 167

«La storia della maggior parte delle civiltà
è un susseguirsi di ascese e cadute di imperi».

Henry Kissinger, *World Order*, 2014, 1.

Sommario: 1. Il pluralismo dei grandi spazi e le forme del politico: Imperi e Stati. – 2. L'affermazione della forma Stato e la pace di Westfalia. – 3. Lo Stato, il monopolio della forza e del diritto. – 4. Dalla rottura dello *Jus publicum europaeum* al diritto internazionale e al diritto cosmopolita. – 5. La condizione della Comunità internazionale e i limiti spaziali e temporali del concetto di Stato: le nuove sfide. – 6. I caratteri dell'Impero come sistema politico di governo: il principio di non ingerenza e la *dottrina di Monroe*. – 7. *Segue*: l'idea politica imperiale; il diritto di intervento. – 8. La peculiarità degli elementi costitutivi dell'Impero: le relazioni territoriali, personali e di governo. – 9. La definizione dell'Impero. – 10. Forma Stato e attualità dell'Impero come *polity*. – 11. Il ruolo degli Stati e le “nuove relazioni tra grandi potenze”.

1. *Il pluralismo dei grandi spazi e le forme del politico: Imperi e Stati*

In un celebre saggio, scritto nei primi anni della guerra fredda, Carl Schmitt preconizzava la fine della “concreta realtà politica” che questa aveva creato, e cioè quella di una “dualità inquietante”, e poneva la questione politica, osservando che “non possiamo fare a meno di chiederci dove condurrebbe lo scioglimento della tensione dualistica”¹.

¹ C. SCHMITT, *L'unità del mondo* (1952), trad. it., in *Stato, Grande spazio, Nomos*, Milano 2015, 269 ss. (275).

La questione nasceva dall'idea tutta americana, manifestata già all'inizio degli anni '30, secondo cui, grazie al progresso tecnologico, che fa diventare "ogni potente sempre più potente"², "oggi la terra non è più grande di quanto nel 1861, allo scoppio della guerra di secessione, non fossero gli Stati Uniti d'America, a quel tempo già troppo piccoli per il conflitto tra Stati del Nord e Stati del Sud"; con la conseguenza di considerare "la terra oggi troppo piccola per due sistemi contrapposti"³.

Giustamente, Schmitt rigetta questa idea di unità del mondo sotto un solo potere politico sul piano filosofico e spirituale e richiama proprio il pragmatismo americano, "consapevolmente pluralista", che aveva rifiutato l'antiquata idea di unità del mondo e vedeva la vera filosofia moderna nella "molteplicità delle possibili visioni del mondo"⁴.

Per chi come Schmitt credeva nella insopprimibilità del "politico" dalla condizione umana, e cioè della dialettica "amico-nemico", la replica alla visione dell'unità del mondo, preconizzata dalla politica americana, non poteva limitarsi ad una critica di ordine filosofico, bensì affrontava anche con realismo la condizione del mondo, affermando che "la terra sarà sempre più grande degli Stati Uniti d'America. (...) rappresenterà sempre molto di più della somma dei punti di vista e degli orizzonti cui soggiace l'alternativa dell'attuale dualismo mondiale"⁵.

Ma in Schmitt vi è anche una capacità di visione non comune agli scienziati sociali ed è questo che fa di Lui un Pensatore, non solo attuale, ma per certi versi profetico. Così, in poche righe ci lascia una descrizione del mondo attuale. Egli afferma: "*Non è questa la sede per esaminare le molte, diverse possibilità concepibili in teoria e attuabili in pratica. Ne deriverebbe una discussione politica in merito a varie questioni, come ad esempio lo status e l'importanza della Cina, o dell'India, o dell'Europa, oppure del Commonwealth britannico, del mondo ispano-lusitano oppure*

² Osserva C. SCHMITT (272): "Il desiderio di una globale e ben funzionante unità del mondo corrisponde alla visione tecnico-industriale del mondo oggi dominante. Lo sviluppo tecnico porta inesorabilmente a nuove forme di organizzazione e centralizzazione. Quindi se davvero la tecnica, e non la politica, è il destino dell'umanità, il problema dell'unità può considerarsi già risolto".

³ È la posizione paninterventista espressa dal ministro degli esteri americano, Harry L. Stimson, nel 1932 e del quale C. Schmitt si era occupato già in un altro saggio di grande rilievo (*Mutamenti di struttura del diritto internazionale* (1943), trad. it., in *Stato, Grande spazio, Nomos*, cit., 215 ss. e 244), ripresa e precisata in un successivo discorso del 1941.

⁴ Continua C. SCHMITT, "Nel corso di trent'anni, dunque nell'arco di una sola generazione, il Paese più ricco del mondo e con il più forte potenziale bellico del pianeta è passato dal pluralismo all'unità" (*L'unità del mondo*, cit., 275).

⁵ C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, cit., 276.

del blocco arabo, e forse di altri passi inattesi in direzione di una pluralità di grandi spazi”⁶.

Questo, con l’aggiunta appunto degli Stati Uniti e della Russia, è proprio il mondo “multipolare” di oggi; e ci sono voluti, rispetto alle parole scritte da Schmitt nel 1952, circa sessant’anni perché fosse pienamente visibile. Un insieme di grandi spazi, governati in vario modo, ma tutti con pretese imperiali, o quanto meno di potenza.

Per vedere chiaramente questa realtà sono stati necessari tanti eventi, accaduti quando il Costituzionalista di Plettenberg era scomparso sia pure da pochi anni, a cominciare dalla caduta del Muro di Berlino (9 novembre 1989), la dissoluzione della Jugoslavia (1990) e quella dell’Unione Sovietica (dicembre 1991); passando poi per le due guerre del Golfo, la prima nel 1991 e la seconda del 2003, intervallate dall’attacco alle “Torri gemelle” (11 settembre 2001) e l’occupazione dell’Afghanistan da parte americana e occidentale (ottobre 2001), peraltro dove prima avevano combattuto per un decennio i Sovietici (1979-1989). A questi eventi, solo per ricordare le principali instabilità globali, ha fatto seguito anche la formazione dell’Isis che si è insinuata tra la guerra civile in Siria, figlia delle primavere arabe, e l’occupazione dell’Iraq, dando vita per un periodo anche allo Stato islamico (Daesh) e al Califfato (2014).

Nello stesso arco di tempo, quasi come una legge del contrappasso, il commercio internazionale si riorganizza e a partire dal 1995 coinvolge una serie di realtà considerate emergenti, come il Sud Africa, l’India e il Brasile (1995), mentre la Cina sarà ammessa qualche anno dopo (2001) e, infine, entra nel commercio mondiale pure la Federazione Russa (2012).

Il commercio internazionale, di per sé, non stabilizza naturalmente il mondo, anzi sembra quasi eccitarne i contrasti sino ad un punto di rottura; e il conflitto russo-ucraino sembra proprio un esempio di questa tensione derivata dalla globalizzazione, nella quale alla fine tutte le realtà di potenza restano coinvolte allo stesso momento.

È evidente che la globalizzazione non è collegata affatto ad un sistema di costituzioni civili, come pensa Teubner⁷, ma è la conseguenza di una concorrenza economica già di per sé aspra, che si inasprisce ancora di più per via dell’uso di tecnologie sempre più penetranti rispetto alla condizione umana. Tutta la crescita economica del mondo da sempre è stata contrassegnata dallo sviluppo tecnologico e, nell’era della globa-

⁶ C. SCHMITT, *L’unità del mondo*, cit., 276.

⁷ V. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005.

lizzazione, le penetrazioni dei grandi trust economici sono conseguenza della più alta tecnologia: dalla ricerca spaziale ad internet; dal sistema dei trasporti e della logistica all'energia; dall'ambiente al cibo; dalla medicina alle relazioni sociali.

Al contempo, tanto l'imponente sviluppo tecnologico, quanto il dominio esercitato dalle multinazionali, anche nella formazione dei bisogni collettivi ed individuali, presuppongono non solo ingenti risorse finanziarie, ma soprattutto un grande potere politico che solo poche entità al mondo riescono ad impersonare e che dal punto di vista della scienza politica si qualificano con quella particolare *polity* definita "Impero"⁸.

Gli imperi, però, non hanno soppiantato quella particolare forma politica, nata tra il XVI e il XVII secolo, che sono gli Stati, ma determinato una sovrapposizione di strutture per la quale Imperi e Stati si muovono entro il medesimo spazio internazionale, con molte sovrapposizioni e tenendo conto delle interdipendenze reciproche. Inoltre, gli Imperi e gli Stati si sono formati e si relazionano in virtù delle complesse vicende storiche che muovono inizialmente nel solco dello sviluppo dell'economia mercantile e del superamento delle autorità universali, e che trovarono il loro equilibrio nella formazione dello *Jus publicum europaeum* e successivamente hanno determinato la rottura di questo, pur nella continuità di determinate forme e principi che sono trasbordati nella moderna comunità internazionale e nel moderno diritto internazionale⁹.

In via di prima approssimazione, e prima di approfondire il tema, si può osservare che più simili al passato sono gli imperi del presente, mentre gli stati attuali appaiono ormai qualcosa di profondamente diverso da ciò che questi furono all'indomani della conclusione della guerra dei trent'anni con la pace di *Westfalia* (1648)¹⁰.

2. *L'affermazione della forma Stato e la pace di Westfalia*

Come è noto, proprio l'ultimo evento richiamato, la pace di *Westfalia*,

⁸ Si veda in proposito il contributo di M. HARDT, A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano 2001; utili indicazioni anche in M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari 2012, 13 ss.

⁹ V. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, trad. it., Milano 2015.

¹⁰ Sulla guerra dei trent'anni e la pace di Westfalia v. T. HELFFERICH (ed.), *The Thirty Years War: A Documentary History*, Indianapolis 2009; P.H. WILSON, *The Thirty Years War: Europe's Tragedy*, Cambridge (MA) 2009.

chiudeva in modo definitivo ogni ricomposizione imperiale dell'Europa, perché nelle lotte sanguinose che si erano combattute sino allo stremo delle forze, nessuna entità era riuscita a prevalere e a riunificare l'Impero attraversato dalla divisione religiosa determinata dalla riforma¹¹.

Il titolo di Imperatore, che da Carlo Magno in poi era servito a governare il continente europeo, sopravviverà formalmente sino al 1806¹², ma in realtà, tra Osnabrück e Münster, un nuovo ordine era stato costituito con una forma politica diversa dall'impero. Per questa ragione la pace di Westfalia è da considerare un punto di svolta nella storia della scienza del diritto costituzionale e della politica. Infatti, si sancì che lo Stato è solo lo Stato sarebbe stato la base del nuovo ordine europeo, lo *Jus publicum europaeum*, e non più la volontà di Dio avrebbe retto la legittimità del potere.

Lo Stato nasceva come formula politica alternativa all'Impero. Infatti, dopo otto secoli di esistenza l'Impero arrivò alla frantumazione a causa delle innumerevoli guerre di cui quelle di religione furono decisive per determinarne il crollo.

Ovviamente, la pace di Westfalia nei fatti segue la formazione dello Stato e non la precede. Al momento della stipula dei tre trattati che la compongono le grandi monarchie europee avevano già da diversi secoli dato vita a formazioni statuali, Francia, Spagna, Inghilterra. La permanenza di una certa frammentazione in Germania e in Italia, dove pure si assisteva a tentativi di unificazione statale, era dovuta alla presenza delle due autorità universali, il Papa e l'Imperatore, che disputavano del potere ultimo davanti agli uomini e a Dio.

Infatti, lo Stato nasce, dopo tanti tentativi e forme intermedie, come un fatto che si sostanzia nell'uso della forza e nella violazione dell'ordine giuridico, e si accompagna al principio di effettività¹³. La conquista di ter-

¹¹ Già prima della pace di Westfalia, nel Libro secondo J. BODIN (*Les Six Livres de la République* (1576), trad. it., *I sei Libri dello Stato*, Torino 1964, II 644) ci offre questo spaccato del tempo: "Si può dire semplicemente che, quando l'Impero è interamente diviso in fazioni e parti in lotta, e i principi scendono in campo gli uni contro gli altri (il che avviene poi abbastanza spesso), lo Stato municipale delle città e la giurisdizione subalterna dei principi dà luogo a tante piccole aristocrazie e monarchie particolari, e ciascun membro dell'Impero diviene uno Stato sovrano a sé".

¹² L'impero continuò ad esistere, quanto meno formalmente, per un altro secolo e mezzo sino a quando con il trattato di Presburgo (dicembre 1805), tra Napoleone e Francesco II, non se ne decretò il ridimensionamento, per volere francese, e si giunse alla fine (a partire dal 6 agosto del 1806) con la rinuncia al titolo da parte dell'imperatore austriaco.

¹³ Sul punto v. la ricostruzione di M. WEBER, *Sociologia del diritto*, in *Economia e Società*, vol. 3, trad. it., Torino 1980.

re contermini, più propriamente quella che Carl Schmitt chiama l'appropriazione della terra, con il soppianto dei titoli legittimi ha rappresentato il modo in cui aggregati territoriali hanno assunto il carattere di Stato¹⁴. L'Italia, al momento del declino delle due autorità universali, il papato e l'impero, ha offerto molti esempi di questa prima tradizione, e non a caso troviamo in Machiavelli l'uso moderno della parola "Stato" come forma politica, nell'*incipit* del Principe, che può essere una repubblica o una monarchia¹⁵.

La concentrazione delle terre sotto un unico signore, secondo i dettami della monarchia patrimoniale, fu il modo di formazione dello Stato praticato dalle grandi monarchie continentali. In tal senso, si sono percorse due vie: per un verso, quella che ubbidiva ai dettami del principio dinastico, della successione dei titoli per via femminile e attraverso i matrimoni, cui non erano scevri gli intrighi di palazzo; per altro verso, attraverso guerre per la conquista di territori e popolazioni contermini e continui, per ampliare il potere. Sarà poi merito di questi Signori che ottenevano il possesso di terre e titoli sotto una corona, atteggiandosi a sovrani, sbarazzarsi, all'interno dei loro confini, dei residui dei diritti feudali e delle prerogative costituzionali delle città libere, per rendere assoluto e incontestabile il loro potere¹⁶.

Non a caso, l'elaborazione concettuale che cristallizza questo indirizzo politico, ruota attorno alla nozione di "sovranità" e si deve innanzi tutto al francese Jean Bodin, che vedeva in questo elemento e nella sua assolutizzazione monarchica, in contrapposto alla dispersione del potere operata dalla democrazia, la forza coesiva e unificatrice della comunità politica e considerava questo elemento, perpetuo e illimitato, necessario per aversi Stato¹⁷.

¹⁴ Il saggio richiamato del 1950 di Carl Schmitt (*Nehmen / Teilen / Weilen*), molto importante per il rapporto tra economia e potere, è stato tradotto con il titolo *Appropriazione – divisione – produzione*, in *Le categorie del politico*, Bologna 1972, 295 ss.

¹⁵ Più esattamente, così recita il Principe (1513) "Tutti li stati, tutti e' dominii che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati".

¹⁶ Da questo punto di vista l'esempio più calzante è dato dall'esperienza francese di Luigi XIV (P.R. CAMPBELL, *Luigi XIV e la Francia del suo tempo*, Bologna 1997), anche se ancor prima un esempio è dato dalla monarchia inglese dei Tudors, che limitò le prerogative dei baroni e rafforzò la corte e l'amministrazione centrale dello Stato entrando spesso anche in conflitto con l'antico Parlamento (v. D. LENDSAY KEIR, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, London, 6th ed., 1961, 94 ss.; C. OGILVIE, *The King's Government and the Common Law 1471-1641*, Oxford 1958, 73 ss.).

¹⁷ Ovviamente la formulazione di "sovranità" in J. BODIN, *Sei libri dello Stato*, cit.,

I fautori della sovranità (assoluta), peraltro, ricalcano i caratteri di questa proprio dalla posizione dell'imperatore (*rex in regno suo superiorum non recognoscens imperator est*), e cioè, una volta rotta l'unità del mondo medievale (*universitas humanitatis*) e venuto meno l'imperatore come signore universale (*dominus mundi*), il re avrebbe avuto la sua stessa pienezza dei poteri (*plenitudo potestatis*) all'interno del suo regno¹⁸. Di qui, anche la ripresa dei principi del diritto romano, che conferivano all'imperatore la qualità di fonte del diritto («Quod principi placuit legis habet vigorem», *Inst.* 1, 2, 6) e lo consideravano *legibus solutus*, non obbligato a rispettare le leggi (*Dig.* 1, 3, 31)¹⁹.

I, 345 ss., si avvale di tutta l'elaborazione antica e medievale. A più riprese Bodin, per il quale «lo Stato è il governo giusto di più famiglie e di ciò che è loro comune, con potere sovrano» (I, 179), contrappone la monarchia e la democrazia e ne dà una configurazione singolare quando descrive il *regime* monarchico (la c.d. «monarchia regia») come obbedienza del monarca alle leggi di natura, la stessa che il monarca esige dai sudditi nei propri riguardi, «lasciando a ciascuno la libertà personale datagli da natura e la proprietà di ciò che gli appartiene» (II, 579) e, poi, sostiene che, ponendo insieme monarchia e governo democratico, si realizzerebbe una «unione da cui risulta la più stabile forma di monarchia» (II, 660-61). In questo contesto peraltro troverebbero posto anche gli Stati generali come organi meramente consultivi, nonché corporazioni, comunità, forme di associazione intermedie tra lo Stato e i sudditi (II, 284-286). A conclusione, però, Bodin, confrontando le tre forme di governo, afferma che «la monarchia pura assoluta è lo stato più sicuro e, senza confronto, il migliore di tutti» (VI, 483); e della democrazia, animata dal principio egualitario, scrive che «non c'è odio più grande né vi sono inimicizie più radicali di quelle che si creano tra gli uguali» (VI, 463).

¹⁸ Sul punto il pregevole lavoro di E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1966; nonché H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, vol. I, trad. it., Bologna 1998, dedicato all'origine del diritto europeo nei secoli XI e XII.

¹⁹ Ovviamente, nel mondo romano la *lex de imperio* costituiva la riesumazione dei poteri degli antichi re romani votati dal popolo (*lex curiata*), che da sempre era il depositario ultimo di ogni potere, ed è per questo che alla potestà assoluta dell'impero si contrapponeva, nella stessa compilazione giustinianea, quella di una potestà ordinata secondo diritto e di un imperatore che si riconosceva subordinato al diritto secondo le parole della costituzione *digna vox* (*Cod.* 1, 14, 4). In epoca medievale, perciò, si manifestarono due diverse tendenze: la prima (espressa da Azzone) per la quale l'imperatore romano, quantunque *legibus solutus*, era vincolato al rispetto delle leggi (*Summa ad Inst.*, proemium, § 1), perché avrebbe dovuto tener sempre a mente (§ 17) che aveva ottenuto l'elezione dalla *fortuna* e l'autorità (*authoritas*) dalla spontanea concessione del *populus*, con la cosiddetta *lex regia de imperio*, tenendo conto che il popolo, con la concessione (*translatio*) dei poteri di governo al *princeps*, non aveva completamente abdicato all'esercizio del proprio potere originario (*Summa ad Cod.* 1, 14, § 8); la seconda (dietro l'insegnamento di Irnerio e dei suoi allievi) per la quale, invece, l'imperatore rivendicava *omnis iurisdictio et omnis districtus*, ogni potere e per ogni territorio, compresi i diritti fiscali, le nomine di tutte le cariche e funzioni pubbliche e l'assegnazione dei feudi vacanti. In questo ambito al termine *Iurisdictio* si attribuì il significato di potestà suprema dell'impero, anche sulle città e sulle monarchie a esso soggette (si tratta dei principi espressi nella

Con la pace di Westfalia, con cui verranno definiti i (nuovi) titoli legittimi di esercizio del potere statale, questo concetto di sovranità politica varrà non solo all'interno dello Stato, ma pure nelle relazioni esterne tra gli Stati, in quanto il loro riconoscimento reciproco su basi politiche, e non più religiose, implicava il rispetto della reciproca sovranità e con ciò stesso la realizzazione della pace tra gli Stati, collegata alla non ingerenza negli affari interni.

Ciò creava le premesse per la formazione di una comunità di Stati fondata sul principio dell'equilibrio, nel quale bisognava assicurare che soggetti giuridicamente eguali mantenessero la loro condizione senza il prevalere del dominio o dell'egemonia di uno sugli altri. Anche il principio che gli Stati – secondo i convincimenti di Ugo Grozio – erano in grado di muovere la guerra e di stipulare la pace²⁰, era temperato dalla regola secondo cui la pace aveva la precedenza sul conflitto e questo doveva essere dominato anche con l'azione congiunta degli Stati al fine di tutelare la sicurezza collettiva e di preservare o ristabilire l'equilibrio.

Chiaramente, la guerra rimane il modo finale di risoluzione dei conflitti e guerre nei secoli successivi ci sono state anche per conquiste territoriali e riordino dei confini, ma l'obiettivo delle relazioni europee era comunque il ritorno allo stato di pace e il raggiungimento di un nuovo equilibrio e, a tal fine, proprio l'equilibrio si poteva dire raggiunto non semplicemente con la cessazione delle ostilità, bensì con la riconciliazione che si realizzava con la riammissione del vinto nell'ordine pubblico europeo. Principio, questo, che rimase il cardine del sistema europeo e poi del diritto internazionale, applicato persino quando la Francia napoleonica fu battuta e fu riammessa in una forma particolare al Congresso di Vienna; l'unica eccezione che la storia europea ha conosciuto, e dalla quale derivò il dramma della seconda guerra mondiale, è quella della Germania che nel trattato di Versailles del 1919 fu punita con la privazione della soggettività internazionale²¹.

Con i trattati della pace di Westfalia, perciò, si assiste al riconosci-

Constitutio de regalibus e nella *Constitutio de pacis*, pubblicate da Federico Barbarossa nel 1158 a Roncaglia, v. P. GRILLO, *Le guerre del Barbarossa. I comuni contro l'Imperatore*, Bari 2014).

²⁰ L'elaborazione di U. GROZIO, *De jure belli ac pacis* (1625), forniva la base scientifica della pace di Westfalia (v. l'edizione latina curata da P.C. Molhuysen, pubblicata a Lugduni Batavorum, da A. W. Sijthoff, 1919; nonché U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace, Prolegomeni e Libro primo*, a cura di Fausto Arici e Franco Todescan, introduzione di Guido Fassò, Padova 2010).

²¹ V. H. KISSINGER, *Ordine Mondiale*, cit.

mento reciproco degli Stati e all'instaurazione del principio dinastico, che fu il mezzo per pacificare il continente, in quanto si poteva ammettere, accanto a Stati di principi cattolici, l'esistenza di Stati con principi protestanti, in base alla reinterpretazione del principio "cuius regio eius religio" con elementi di tolleranza.

La pace di Westfalia, perciò, sfalda tanto l'idea imperiale, quanto quella di una autorità religiosa che decide sul potere temporale e scrive un nuovo ordine mondiale (in verità, europeo) fondato sulla secolarizzazione del potere politico, e sulla legittimità della monarchia assoluta, iscrivendosi in questo contesto il successo della forma Stato.

Per potere realizzare ciò, bisognava definire una comunità di Stati basata sulla territorializzazione del potere politico e sulla non ingerenza negli affari domestici, così come nelle relazioni tra sudditi e sovrano.

Sarà l'elaborazione del Leviatano di Thomas Hobbes, ad appena tre anni dalla stipula dei trattati di pace (1651), che darà allo Stato la legittimità di questo potere assoluto interno con la sua concezione contrattualistica, in cui la cessione dei diritti da parte degli individui doveva essere quasi totale, con l'esclusione del solo diritto alla vita, in modo che la formazione di un potere assoluto potesse assicurare la convivenza e la pace rispetto alle passioni antisociali dei singoli uomini nello stato di natura. Infatti, a giustificazione del potere assoluto si adduceva la realizzazione della pacifica convivenza tra gli individui e la conservazione del gruppo umano sottoposto all'autorità dello Stato²².

3. Lo Stato, il monopolio della forza e del diritto

L'insegnamento della storia ci porta a considerare che la base dello Stato è stata la coercizione, con l'uso o la minaccia della forza, e non il diritto, e ciò è valido ancora oggi, sebbene ormai si parla di uso legale della forza²³.

²² V. T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it., Bari 2008.

²³ V. per una trattazione classica R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, Paris 1920, I, 69 ss.; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1922, 145 ss. e 192 ss.; C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1934), in *Le categorie del politico*, cit., 29 ss.; ID., *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin 1958, 375 ss. ove riconduce la nozione di Stato al "concetto di ordinamento dominante dell'unità politica" a partire dalla seconda metà del XVI secolo e sino al XX secolo; anche H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, 7 ss. e 16 ss.,

La concentrazione del potere diventa l'elemento più proprio dello Stato. Lo Stato si identifica con il processo politico di unificazione del potere.

In tal senso, lo Stato non è fondato sull'identità di una comunità, come si crede comunemente e sarebbero passati altri due secoli da Westfalia perché il principio di nazionalità diventasse il principio di legittimazione dello Stato²⁴, espresso dalla sovranità della Nazione, secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²⁵.

Anche allorquando *il diritto all'autodeterminazione dei popoli*²⁶ diventerà nell'ordinamento internazionale il criterio di affrancamento delle colonie, nei confronti degli stati europei, con discutibili processi di formazione degli Stati (*state-building*) e delle Nazioni (*nation-building*)²⁷,

insiste particolarmente sul tema della coercizione traducendolo in un carattere del "diritto", tanto statale, quanto internazionale (v. *Diritto e pace nelle relazioni internazionali* (1941), trad. it., Milano 2009).

²⁴ Tra i primi nella dottrina italiana G.D. ROMAGNOSI, *La Scienza delle Costituzioni* (1815-1847), successivamente in ID., *Opere*, volume ottavo, Palermo 1861, 142; v. anche C. ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione italiana*, in *Arch. Dir. Pubbl.* 1937, 409 ss.; e ancora G. LOMBARDI, *Principio di nazionalità e fondamento della legittimità dello Stato*, in *Nazionalità, popoli e autonomie nelle tradizioni d'Italia e Spagna*, Atti del Convegno per il XXX anniversario dello Statuto della Regione autonoma della Sardegna, Alghero 29-31 marzo 1978, Torino 1979, 44-56.

²⁵ V. Art. 3 – Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. Cfr. anche l'art. 3 della Costituzione francese (1958) (La sovranità nazionale appartiene al popolo che la esercita per mezzo dei suoi rappresentanti e mediante referendum. // Nessuna frazione del popolo né alcun individuo può attribuirsi l'esercizio.) e il preambolo della Costituzione del 1946 (La Repubblica francese, fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole del diritto pubblico internazionale. Essa non intraprenderà nessuna guerra in vista di conquiste, e non impiegherà mai le sue forze contro la libertà di alcun popolo. // Con riserva di reciprocità, la Francia consente alle limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace), v. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris 2003, 89-138; e per i risvolti internazionali J. COMBACAU, *Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'État*, in *Pouvoir* 1997, 48 ss.

²⁶ Sul punto v. G. ARANGIO RUIZ, "Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)", in *Encicl. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma 1988, *ad vocem*; F. LATTANZI, "Autodeterminazione dei popoli", in *Digesto disc. pubbl.*, vol. II, Torino 1987, 4 ss.; G. PALMISANO, *Nazione Unite e autodeterminazione interna*, Milano 1997, *passim*; D.E. TOSI, *Secessione e costituzione tra prassi e teoria*, Napoli 2007, 251 ss.; per un quadro sintetico dei classici sul principio in commento v. R. MCCORQUODALE (ed.), *Self-Determination in International Law*, Aldershot and Burlington 2000; nonché H. AMBRUSTER, "Selbstbestimmungsrecht", in *Wörterbuch des Völkerrechts*, von K. Strupp, 2. Aufl. von H.J. Schlochauer, Bd. 3, Berlin 1962, 250 ss.

²⁷ V. R. GROTENHUIS, *Nation-Building as Necessary Effort in Fragile States*, Amsterdam 2016; S. ROKKAN, D. W. URWIN (Eds.), *Economy, territory, identity: Politics of West*

la formazione dello Stato dà luogo, non tanto ai vincoli di esistenza o di interesse di un gruppo umano, ma essenzialmente al rapporto di sudditanza degli individui al potere e alla realizzazione del monopolio della forza, inteso questo come capacità materiale di fare e non come facoltà di compiere azioni. Questi aspetti, ancora oggi, identificano l'unificazione politica operata dalla forma Stato.

Perfino il richiamo, per l'esperienza statuale, delle antiche forme di governo non rileva in alcun modo rispetto al concetto essenziale di "Stato". Infatti, la circostanza che allo Stato si possa attribuire, come nel governo delle antiche città greche, tanto una forma di governo monarchica, quanto aristocratica, o democratica, a seconda delle scelte compiute sull'organizzazione interna del potere, non modifica la sostanza del fenomeno statale, in quanto ciò che rileva è sempre la capacità di unificazione politica della volontà dello Stato che le diverse forme di governo sono in grado di realizzare

Ovviamente, da molti punti di vista, le forme di governo, che la teoria politica ha pensato e che la storia ha inverato, sono diverse tra di loro e pure in modo considerevole, ma ciò non toglie che tanto la decisione del monarca, quanto la deliberazione di un consiglio di notabili o di una assemblea popolare hanno un senso per lo Stato non solo in quanto rappresentano un atto di volontà, e come tale arbitrario e assoluto, ma per l'effetto politico che sortiscono, e cioè se questo atto di volontà arbitrario e assoluto sia imputabile allo Stato ne sia obbligatoria l'osservanza e, se del caso, il suo rispetto può essere imposto coercitivamente.

Questa volontà statale, quale che sia la forma in cui viene costruita, può non essere una forma violenta, ma è comunque una forma coercitiva e la forza è comunque e sempre la garanzia della sua esecuzione, perfino quando a questa volontà viene attribuito il carattere della legge e cioè di un atto dell'ordinamento giuridico²⁸.

È bene precisare, a questo punto, che l'incontro tra lo Stato e il diritto per il quale si afferma che lo Stato ha "un ordinamento giuridico", avviene lentamente e solo attraverso una serie continua di fratture con il precedente ordinamento, dando luogo al conflitto tra la legge e il diritto, che sono più evidenti nella tradizione di *civil-law*, ma che ha finito con

European peripheries, London 1983; E.S. WELLHOFFER, *Core and Periphery: Territorial Dimensions in Politics*, in *Urban Studies*, 1989, 26(3), 340-355, per i quali l'idea di una "nation-building in the European style was a luxury when not a catastrophe" (formazione nazionale in stile europeo è stato un lusso se non una catastrofe).

²⁸ V. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., Torino 1972.

il contagiare anche quella di *common-law*.²⁹ Questo processo di acquisizione del diritto ormai si considera un dato consolidato realizzato dallo Stato. Così come già con la forza, il monopolio del diritto, nel senso proprio che solo lo Stato detiene l'uso legale della forza e, al contempo, la determinazione della validità del diritto, ed è in questo modo che potere fisico e potere giuridico finiscono con il sovrapporsi³⁰.

4. *Dalla rottura dello Jus publicum europaeum al diritto internazionale e al diritto cosmopolita*

L'affermazione dello Stato, come una forma politica trascendente e di portata generale, conduce a pensare che l'intero mondo sia diviso in Stati, tutti posti in posizione eguale, dotati dello *ius belli* e partecipi della comunità internazionale.

In realtà, un'analisi più approfondita mette facilmente in evidenza che lo Stato è una categoria storica, tipica del mondo occidentale, più specificamente europeo, che si considerava, in origine, concluso nella *societas christianorum*, regolata dallo *jus publicum europaeum*. Infatti, i principi dei trattati di Westfalia diedero vita ad una comunità europea di tipo nuovo rispetto all'Impero, caratterizzata dalla convivenza di sovrani cattolici e sovrani protestanti, con una reciproca legittimazione, attestata dallo scambio di ambasciatori e dall'organizzazione di conferenze; caratterizzata da una partecipazione su un piano di eguaglianza di tutti gli Stati ammessi, salvaguardando un equilibrio che impediva ad ogni partecipante di assumere una posizione egemone, e dal principio di non ingerenza negli affari interni, nei rapporti tra il sovrano e i suoi sudditi.

Queste regole, che caratterizzavano lo *jus publicum europaeum*, pe-

²⁹ V. già M. WEBER, *Sociologia del diritto*, cit., 153 ss.

³⁰ V. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova 1970, che richiamandosi alla teoria classica dello Stato sottolinea come l'ordinamento di questo sia "impenetrabile", con la conseguenza che nei casi in cui il diritto interno dello Stato si misura con gli accordi internazionali da questo assunti, è rimesso allo Stato un obbligo di diritto internazionale (*pacta servanda sunt*), per il quale lo Stato, proprio per via dell'impenetrabilità dell'ordinamento, deve adattare il proprio ordinamento agli obblighi internazionalmente assunti dallo Stato (sull'"adattamento" del diritto interno al diritto internazionale v. A. D'ATENA, *L'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, in *Lezioni di Diritto costituzionale*, 4ª ed., Torino 2018, 179 ss.); la dottrina tedesca, a tal riguardo parla di "trasformazione" del diritto internazionale in diritto interno, v. per tutti, H. KELSEN, *La transformation du droit international en droit interne*, in *Revue générale de droit international public*, 1936, 5-49.

raltro, escludevano tutte le altre identità politiche esistenti al mondo già ben note, sia ad occidente che ad oriente dell'Europa. Questa circostanza consentì agli Stati europei di trattare le altre entità politiche e i popoli extraeuropei come non degni dello stesso rispetto che spettava agli Stati europei e ai cristiani. Gli europei armati hanno così potuto compiere campagne di conquista³¹.

Anche se per la prima volta la questione si pose con le terre conquistate dalla Spagna, furono in particolare l'Inghilterra e la Francia che si mossero all'occupazione di terre, sul presupposto che determinati territori erano *terra nullius*³². Queste potenze hanno a lungo praticato una forma di politica di occupazione del mondo, trasferendo l'idea imperiale fuori dall'Europa, come nel caso dell'America latina, dell'Australia e della Nuova Zelanda e della Nouvelle France. Inoltre, non sono mancati casi in cui le grandi potenze europee hanno preso a governare territori e gruppi umani estranei alla loro nazionalità, come nel caso dell'India, dell'Indocina e di altri possedimenti asiatici e africani.

Tutto ciò accadeva perché gli stati europei trovarono fuori dal continente gli strumenti per cercare forme di dominio degli uni sugli altri e fu proprio la costruzione degli imperi il grande progetto delle grandi potenze che dalla scoperta delle Americhe le aveva spinto all'azione.

Inoltre, il dominio dei mari era diventato una partita aperta, grazie anche all'elaborazione di Grozio³³ sull'assoluta libertà dei mari, fatta a favore dei commerci olandesi, contrapposta all'autolimitazione terrestre, per cui le imprese e le compagnie per il dominio delle colonie, la tratta degli schiavi e la pirateria o la guerra di corsa apparivano del tutto legittime, anche se creavano una frizione proprio sul principio cardine delle

³¹ Sul punto C. SCHMITT, *Il nomos della Terra. Nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* (1950), trad. it., Milano 1991.

³² Da questa vicenda era nata una lunga disquisizione sulla soggettività e i diritti degli indiani e sulla legittimità della conquista, v. F. DE VITORIA, *Relectio de Indis. La Questione degli Indios*, testo critico di L. Pereña, trad. it., Bari 1996, rispetto alla tesi dominante che quelle terre erano da considerare come *terrae nullius* e in quanto tali occupabili liberamente e in spregio alle popolazioni indigene. Sul pensiero di Francisco De Vitoria, v. G. BARBERINI, *Principi di diritto internazionale nella teologia cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012; C. BRANDÃO, *Introdução ao estudo dos direitos humanos*, in C. BRANDÃO (Coord.), *Direitos Humanos e Fundamentais em perspectiva*, São Paulo 2014, 1-14; A.M. PALAMIDESSI, *Alle origini del diritto internazionale. Il contributo di Vitoria e Suárez alla moderna dottrina internazionalistica*, Roma 2010, 94-112.

³³ V. U. GROZIO, *Mare liberum. Dissertazione sulla libertà del mare o del diritto che hanno gli olandesi al commercio con le Indie* (1609), trad. it., Napoli 2007.

relazioni internazionali dato dall'accordo e dall'arbitrato per la risoluzione dei conflitti³⁴.

In definitiva, tutti gli accadimenti richiamati comportarono il superamento dei confini della Società cristiana europea e del suo Diritto pubblico, allorché la Francia nel 1779 riconobbe la sovranità degli Stati Uniti d'America, dopo la Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio del 1776, con il contrario avviso dell'Inghilterra, che pretendeva di giudicare gli Stati Uniti come una colonia ribelle e come tale priva di legittimazione secondo il diritto pubblico europeo; la Francia, a tal riguardo, affermerà in modo conclusivo che l'indipendenza degli Stati Uniti “*était prononcée et établie par le fait*” (è stata pronunciata e stabilita dal fatto) a prescindere dalla forma costituzionale (legale o illegale) con cui detta indipendenza era stata realizzata³⁵.

Da quell'atto in poi, si assiste al passaggio da una Comunità europea, ad una Comunità internazionale, e il nuovo scenario internazionale, grazie ad una riduzione della legittimità ad una situazione di fatto e a calcoli di potere, ebbe la capacità di inglobare anche il resto del mondo, quello extraeuropeo, sotto l'egida di un diritto internazionale che ereditava i principi del diritto pubblico europeo³⁶.

Certamente, lo sviluppo del diritto internazionale dovette affrontare ancora il dramma delle due guerre mondiali per ridefinirsi come diritto delle nazioni civili³⁷, bandire la guerra come comportamento internazionalmente lecito³⁸, riordinare il mare, scoprire il multilateralismo e riuscire a stipulare gli accordi sul commercio internazionale e a mettere in piedi le

³⁴ Per la differenza tra “terra” e “mare” v. C. SCHMITT, *Terra e mare. Una considerazione sulla storia del mondo* (1942), trad. it., Milano 1986.

³⁵ Nello scambio di note tra le due potenze, già nel 1778 la Francia giustificò il proprio atto affermando che gli Stati Uniti erano “in pieno possesso dell'indipendenza, pronunciata con il loro atto del 4 luglio 1776” (v. R. QUADRI, *Stato (diritto internazionale)*, in *N.D.I.*, XII, 1, Torino 1941, para. 1 e ivi ulteriori ragguagli).

³⁶ Ciò fu anche alquanto semplice atteso che i principi di Westfalia avevano un carattere procedurale, più che valoriale, e potevano facilmente attagliarsi a tutte le relazioni tra entità dotate di potere politico. Infatti, si trattava di regole che assicuravano una forte fluidità alle relazioni tra gli stati, unita al pragmatismo, per cui aveva in sé un carattere ecumenico (v. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 78).

³⁷ V. l'art. 3, lett. c, dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (1945) che fa riferimento a “*i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”, come fonte del diritto che la Corte applica, insieme alle Convenzioni internazionali e a “la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto”.

³⁸ Il riferimento è al trattato di Parigi del 27 agosto 1928 (entrato in vigore il 24 luglio 1929), noto anche come patto Briand-Kellogg (*Trattato generale sulla rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale*), che bandiva la guerra come strumento di risoluzio-

prime istituzioni economiche e monetarie internazionali³⁹. A ciò contribuiscono i quattordici punti del presidente Woodrow Wilson (1918) alla fine della prima guerra mondiale e le quattro libertà della Carta di Atlanta (1941) enunciati dal presidente Franklin D. Roosevelt e sottoscritte da Winston Churchill; con questi atti si disegnava un ordine mondiale nel quale al primo punto figurava la rinuncia all'espansione territoriale, ci si rimetteva al principio di autodeterminazione interna ed esterna, si perseguiva la salvaguardia della pace e la rinuncia all'uso della forza e si gettavano le basi di un sistema di sicurezza generale fondato sulla cooperazione⁴⁰.

Fu così che, nel secondo dopoguerra, furono consolidati gli elementi del diritto cosmopolita introdotti già tra le due guerre e si trovò un raccordo tra le Nazioni, dopo il fallimento della Società (1919), dando vita all'Organizzazione delle Nazioni Unite (1945) la quale doveva invero i principi che formavano il nuovo ordine mondiale. L'uso della forza e la guerra vennero bandite nelle relazioni inter-statali dalla Carta dell'ONU (Art. 2, para 4., "I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, sia in qualunque altra maniera incompatibile con i fini delle Nazioni Unite") e comunque sottoposte ad un rigido controllo e, soprattutto, ad una forma di gestione collettiva e generale (preambolo, sesto considerando e Titolo VII della Carta).

Di lì a poco vennero codificati anche i diritti umani, grazie alla Dichiarazione universale dei diritti umani (1948), la quale ricolloca nell'ordine mondiale i principi della rivoluzione francese (art. 1, "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza"), ma anche i primi principi della tradizione giuridica europea (il *Bill of Rights* inglese) e quelli della tradizione americana (in particolare, la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America), compreso il diritto alla democrazia e all'autogoverno (art. 21)⁴¹.

zione dei conflitti internazionali (v. O.A. HATHAWAY, S.J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo* (2017), trad. it., Vicenza 2018).

³⁹ Sia consentito rinviare a S. MANGIAMELI, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto e Società*, 2020, 1 ss.

⁴⁰ H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 87 ss.

⁴¹ V. anche la Convenzione ONU – Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 25 «Ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'articolo 2 e senza restrizioni irragionevoli: a) di partecipare alla

Tutto ciò non ha impedito all'umanità di evitare sinora le tragedie della guerra, ma ha anche permesso considerazioni e valutazioni sui comportamenti degli Stati e dei loro governanti, in termini giuridici, muovendo dal modo in cui questi hanno trattato gli esseri umani.

Con la fine della seconda guerra mondiale, infatti, la concezione stato-centrica del diritto internazionale e la visione dommatica e assoluta della sovranità degli Stati, legata alla mera effettività, appaiono insufficienti a legittimare l'esercizio del potere interno dal punto di vista della Comunità internazionale; e questo è stato il veicolo per introdurre nei processi internazionali forme di costituzionalizzazione, per le quali "il singolo individuo, e non lo Stato, deve essere – d'ora in avanti – il soggetto e l'unità morale centrale del diritto internazionale"⁴².

Si cerca così di individuare norme (regole e principi) di potenziale qualità costituzionale, create sia dagli Stati sia anche da altri attori, le quali dovrebbero collocarsi in posizione di superiorità rispetto alle ordinarie norme internazionali. Tuttavia, non è ben chiaro se queste norme legali ottengano uno specifico riconoscimento nell'ambito dell'ordinamento, oppure se danno luogo ad un insieme di principi materiali, e se il loro carattere "costituzionale" si debba a una loro esecuzione per via giurisdizionale⁴³.

direzione degli affari pubblici, personalmente o attraverso rappresentanti liberamente scelti; b) di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni veritiere, periodiche, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori; c) di accedere, in condizioni generali di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio paese» (Patto adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966; entrato in vigore il 23 marzo 1976; Stati parte al 2000: 147).

⁴² V. J. KLABNERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009; U. HALTERN, *Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*, in *AöR*, 2003, 541. Sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale, v. V. M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *The European Journal of International Law*, 2004 Vol. 15, no. 5, 907-931; A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 2006, Vol. 47 No. 1, 223-242; M. KNAUFF, *Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?*, in *ZaöRV*, 2008, 68, 453-490; A. STONE SWEET, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 621-645; J. HABERMAN, *Die Krise der Europäischen Union im Lichte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas*, in *ZaöRV* 72 (2012), 1-44; G. ZICCARDI CAPALDO, *From International Constitutionalism to Global Constitutionalism: Vision and Modernity of the Thought of Rolando Quadri*, in G. ZICCARDI CAPALDO (ed.), *The Global Community. Yearbook for International Law and Jurisprudence*, 2014-II, 230-255.

⁴³ V. A. PETERS, K. ARMINGEON, *Introduction-Global Constitutionalism from an In-*

A queste forme di costituzionalizzazione, nell'ambito del diritto internazionale, per un verso, si deve il collegamento tra il riconoscimento di diritti agli individui e la produzione normativa, che comincia ad essere governata da un principio di prevalenza dei diritti (garantiti dalle Carte internazionali) sul sistema delle fonti interne. In questo ambito, peraltro, si fanno strada quelle che vengono definite "forme internazionali di aiuto costituzionale"⁴⁴, grazie alle quali la Comunità internazionale, attraverso pressioni multilaterali, riesce progressivamente ad assicurare, in situazioni di crisi, lo sviluppo democratico e il riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno degli Stati⁴⁵.

Per altro verso, il costituzionalismo ha valorizzato il ruolo della Corte internazionale di Giustizia (1945), la quale, da questo punto di vista e con tutte imperfezioni proprie dei giudici internazionali, ha rappresentato quasi una necessaria conseguenza di questo modo nuovo di guardare alle relazioni internazionali, che è stato ulteriormente rafforzato con l'istituzione della Corte penale internazionale, il cui statuto è stato formulato nel 1998 nella forma di un trattato universale aperto e che è entrato in vigore nel 2002⁴⁶.

terdisciplinary Perspective, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 385-395; A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, Vol. 16 #2, 397-411; ID., *Foreign Relations Law and Global Constitutionalism*, in *American Journal of International Law*, 2017, 331-335.

⁴⁴ V. J.A. FROWEIN, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in K. DICKE, W. HUMMER, D. GIRSBERGER, K. BOELE-WOELKI, C. ENGEL, JOCHEN A. FROWEIN (Hrsg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg 2000, 427-447.

⁴⁵ In questo ambito si deve fare rientrare anche quella particolare forma (europea) di aiuto costituzionale rappresentata dalla Convenzione di Lomé, per la quale i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (nel complesso 78 stati) intrattengono rapporti stabili con l'Unione europea e hanno concordato un partenariato stretto, profondo e complesso. La cooperazione, in particolare, si articola intorno a due poli principali: la cooperazione economica e commerciale e la cooperazione allo sviluppo. Ma ciò che maggiormente rileva è che nella sua più recente forma l'ultima Convenzione di Lomé, quella di Lomé IV, firmata nel 1989 per una durata di 10 anni, ha introdotto, tra le numerose innovazioni, la promozione dei diritti umani e il rispetto della democrazia, quali elementi chiave del partenariato, mentre nella cooperazione sono stati inseriti nuovi obiettivi, come ad esempio il potenziamento del ruolo delle donne e la protezione ambientale. Un'altra importante innovazione è stata la c.d. cooperazione decentrata, espressa dalla partecipazione al processo di sviluppo di altri attori, come ad esempio la società civile.

⁴⁶ A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung*, in *ZaöRV*, 2010, 1-49.

5. *La condizione della Comunità internazionale e i limiti spaziali e temporali del concetto di Stato: le nuove sfide*

I caratteri della Comunità internazionale e dello Stato vanno considerati, a questo punto, in un ambito spaziale e temporale definito, affinché i due concetti abbiano senso e significato. Lo Stato moderno di origine europea è la formazione cui ci si deve riferire; esso inizia ad esistere effettivamente attraverso la costruzione di “confini” definiti, che vengono tracciati con aggregazioni di unità politiche più piccole e legittimate con il riconoscimento reciproco degli Stati nella Comunità internazionale.

Nel mondo contemporaneo assistiamo alla conservazione dei caratteri originari, ma misuriamo anche la sua insufficienza spaziale e temporale, il dominio sovrano si è aperto alle tensioni del commercio internazionale e sembra cedere terreno a favore di potenze economiche e finanziarie. Anche la Comunità internazionale appare in crisi e di fatto disarmata, dal momento che il diritto internazionale sembra scavalcato dalle regolazioni dei trust.

Inoltre, i processi di formazione degli Stati (*state-building*) e delle Nazioni (*nation-building*) mostrano che ci sono differenti gradi di statualità, che ci sono Stati forti e Stati deboli e la storia mostra anche dei tentativi di Stati che sono falliti.

Nel presente, il futuro stesso dello Stato nazionale, appare problematico rispetto alle nuove questioni che riguardano la dimensione, lo spazio e la territorialità⁴⁷. Sia le strutture istituzionali e organizzative soprastatali che quelle infrastatali appaiono sempre più rilevanti per spiegare i processi collettivi e gli esiti nel mondo attuale. Infatti, le prime tendono a governare le interdipendenze e le complessità tra gli Stati create dai processi di internazionalizzazione dell'economia, mentre le seconde, in un contesto in cui è venuto meno il protezionismo statale in economia e appare fortemente limitato il potere di redistribuzione degli Stati, costituiscono l'autorità politica più prossima a cui indirizzare la domanda di beni e servizi pubblici⁴⁸.

Si aggiunga che lo sviluppo tecnologico, per un verso, ha accelerato la crescita dei fattori di interdipendenza e, per l'altro, ha dato luogo a forme di confrontazione inedite tra gli Stati.

⁴⁷ V. in proposito l'ottimo contributo di M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio. Legittimità dello Stato e livelli di governo*, Torino 2021.

⁴⁸ S. MANGIAMELI, *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, cit., 4 ss. e 8 ss.

Questi processi caratterizzano ormai da tempo e in modo visibile la vicenda degli Stati e, determinando propensioni aggregative nello scenario mondiale, contribuiscono a raggiungere la misura di un Impero. Non pochi sono i progetti di ordinare il *Grossraum*, non solo attraverso l'annessione diretta, ma anche con altre forme di controllo sulle unità politiche esistenti, dando luogo nel ventunesimo secolo al fenomeno delle grandi potenze⁴⁹.

Rispetto all'ipotesi della centralità dello Stato, che si relaziona con e in una Comunità internazionale fondata sulla consuetudine internazionale e sui principi di eguale sovranità, di territoriale integrità, non intervento e di piena giurisdizione domestica, da tempo si presta sempre più attenzione alle forme politiche alternative che hanno un diretto impatto sullo Stato e sulla Comunità internazionale.

Da un lato, si collocano all'interno dell'ordinamento statuale gli approcci centrati sulla società, che tentano di ridurre il ruolo pubblico rispetto al potere privato per le politiche pubbliche e che collocano l'intervento pubblico in una posizione di parità, se non di subordinazione, con quello privato, per il quale si darebbe luogo a relazioni tra questi basate sull'interdipendenza, la negoziazione e la fiducia⁵⁰.

Dall'altro, nell'ambito sovranazionale si fanno strada le idee della prevalenza di forze (organizzazioni non governative transnazionali, trust della diversa specie, fondi sovrani, ecc.) in grado di dotarsi di un proprio ordinamento, che bypasserebbe il diritto degli Stati e l'ordinamento internazionale, da loro stessi prodotto e in grado di pretendere obbedienza alla stessa maniera delle disposizioni statuali. Si è parlato, in proposito, di un "*Global law without a State*"⁵¹.

⁴⁹ Sulla problematica indicata resta fondamentale il contributo di C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale. Con divieto di intervento per potenze straniere. Un contributo sul concetto di Impero nel diritto internazionale* (1941), trad. it., in *Stato, grande spazio*, Milano 2015, 101-213.

⁵⁰ V. J. SABIN, *Society-Centered Approaches to Political Science Research in the Northwest Territories*, paper, May 2011 (<https://www.semanticscholar.org/paper/Society-Centered-Approaches-to-Political-Science-in-Sabin/4702605333e45e1b5a8dbdd7e6c12df12dbac899>); H. LACHER, *Putting the state in its place: the critique of state-centrism and its limits*, in *Review of International Studies*, 2003, 521-541; S.D. STRYKER, *The Rationalization of the Political Field: Beyond the State- and Society-Centered Theories of Policy Change*, in Center for Culture, Organizations and Politics (CCOP), UC Berkeley, 1999; J. GILBERT, C. HOWE, *Beyond "State vs. Society": Theories of the State and New Deal Agricultural Policies*, in *American Sociological Review*, 1991, 204-220.

⁵¹ V. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford 2012.

Le tensioni generate dai processi di internazionalizzazione dell'economia (la globalizzazione) si connettono così al tema della "sovranità", e queste tensioni prescinderebbero dalle relazioni reciproche tra diritto statale e internazionale, dipendendo dal complesso relazionarsi tra i diversi "mondi" che si sono costituiti nelle società e a cui si attribuisce un carattere istituzionale, ma non politico⁵².

In questo modo risulterebbe problematico oramai il valore delle istituzioni della politica internazionale e di quelle della politica statale, non solo perché i *trust* che determinano le spinte economiche e finanziarie possono risultare più potenti di molti governi statali e pervasivi da un punto di vista territoriale e culturale, in grado di influenzare l'opinione pubblica e di esercitare un potere di sorveglianza sugli individui, per cui il tema dei diritti costituzionali e di quelli umani tende a diventare politicamente silente, quanto soprattutto perché non è affatto vero che ci si limiterebbe al profilo sociale e istituzionale, senza risvolti politici. Infatti, i *trust*, quando non sono diretta emanazione del potere politico, come nel caso dei "fondi sovrani", devono sempre la loro forza globale a un forte appoggio politico che può derivare solo da Stati di taglia imperiale⁵³.

Lo Stato era diventato un attore potente e autonomo perché la scala della politica richiedeva una struttura istituzionale e organizzativa unitaria per le diverse strategie e decisioni, specialmente nel campo delle relazioni internazionali o transnazionali, dove lo Stato diventava l'unico attore a potere dichiarare la guerra e a stipulare la pace.

Quella stessa scala della politica ha subito grandi cambiamenti nel periodo più recente, dovute essenzialmente all'internazionalizzazione dell'economia e alle nuove tecnologie (soprattutto nei trasporti, nelle telecomunicazioni e nel campo energetico), e così si assiste ad un ritorno di ruolo di unità politiche più grandi⁵⁴ e la forma Stato, come è stato osservato già da tempo, è diventata solo una delle possibili formule istituzionali nelle società complesse del mondo contemporaneo, persino una delle

⁵² V. G. TEUBNER, *Das Projekt der Verfassungssoziologie: Irritationen des national-staatlichen Konstitutionalismus*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2012.

⁵³ V., nonostante seguano l'impostazione di Teubner, M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., 79 ss., che offrono una prospettazione critica del potere economico internazionale; una lettura ancorata alla dimensione economica anche in R.W. COX, *Production, Power and World Order: Social Forces in the Making of History*, New York 1987; S. STRANGE, *International Economics and International Relations: A Case of Mutual Neglect*, in *International Affairs*, 1970, 304-315.

⁵⁴ V., in proposito, S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton and Oxford 2008.

meno appetibile in determinati casi, sia per la fragilità finanziaria, che rende incerti i diritti, sia per i limiti politici dello Stato, che non appare in grado di sostenere il peso della democrazia e tende a una sua riduzione sostanziale⁵⁵.

Anche lo *ius belli*, la cui titolarità caratterizzerebbe tutti gli Stati, ha strutturalmente cambiato la sua fisionomia. Solo pochi Stati, infatti, sono in grado concretamente di muovere la guerra, di usare tecnologie belliche avanzate e di esercitare una deterrenza militare; ed esattamente solo quelli che hanno una capacità industriale e tecnologica molto elevata e questi sono gli Stati che si ergono al ruolo di potenze mondiali. Gli altri Stati devono invece sopperire attraverso una politica di alleanze per conservare la loro indipendenza, ma di fatto hanno rinunciato allo *ius belli* e sono caduti all'interno del rapporto "protezione e ubbidienza"⁵⁶.

È vero che in epoca contemporanea, per via delle varie modificazioni della Comunità internazionale, la guerra non è agevole muoverla, sussistendo una possibilità di giudizio sull'uso della forza, e ciò ha riportato in auge la nozione di "guerra giusta"⁵⁷, ma il significato dell'espressione non sarebbe più comparabile con quello originario. Infatti, l'idea della "guerra giusta", riconsiderata come una cornice di legittimità sull'uso della forza nelle contese internazionali, così come la distinzione tra guerra di aggressione e di difesa e anche di guerra preventiva, sebbene questi ultimi due aggettivi abbiano implicazioni profondamente diverse, hanno una funzione politica e palesano un vero e proprio trasferimento dello *ius belli* solo a determinati Stati che hanno anche il potere di imporre lo stato di guerra agli alleati. Diverse missioni militari recenti, come le guerre del Golfo per distruggere armi di distruzione di massa, *enduring freedom* in Afghanistan per combattere il terrorismo, e la stessa guerra russo-ucraina, per denazificare l'Ucraina con una "operazione militare speciale",

⁵⁵ V. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma-Bari 2005; nonché ID., *Combattere la postdemocrazia*, Bari 2020, dove ribadisce che i neoliberalisti vogliono "istituzioni formalmente adeguate a svolgere la loro funzione basilare, ma svuotate di energia democratica" (154).

⁵⁶ V. M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France* (1977-1978), trad. it., Milano 2005, 131 ss.; ovviamente, il tema della protezione-obbedienza è il cardine del pensiero di T. HOBBS, *Leviatano* (1651), cit.; nonché ID., *De Cive* (1642), XIII, VI, trad. it., Torino 1948, 273; considerazioni importanti anche in C. SCHMITT, *Scritti su Thomas Hobbes*, trad. it., Milano 1986.

⁵⁷ V. già H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali* (1941), trad. it., Milano 2009, 37-55. Nella dottrina americana, il classico di M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche* (1977), trad. it., Napoli 1990; nonché J. RAWLS, *Il diritto dei popoli* (1999), trad. it., Torino 2001.

sono esempi, tanto dell'applicazione di una causa di giustificazione alla guerra, quanto della reale titolarità dello *ius belli* solo in capo ad alcuni Stati che possono intraprendere materialmente una guerra anche se gli esiti possono essere incerti, e sussiste solo qualche possibilità di vittoria.

Dal punto di vista del principio dello *Jus belli ac pacis* di Grozio, pertanto, oggi rimane ben poco nella Comunità internazionale e questa rivela, invece, una fragilità di molti Stati, a fronte di pochi grandi Stati che agiscono anche per loro. La qualcosa dimostra che nella Comunità internazionale stanno emergendo "nuove forme e nuove dimensioni del raggruppamento politico, annientando strutture politiche precedenti"⁵⁸.

Ma ciò non è tutto. Infatti, le regole del commercio internazionale, con la *lex mercatoria*, avrebbero determinato una espropriazione del potere legislativo degli Stati, limitato le politiche pubbliche e reso lo Stato inerme rispetto al proprio mercato. Queste regole sono state funzionali a permettere una profonda penetrazione nelle comunità territoriali da parte delle forze politiche ed economiche internazionalizzate e ad alimentare mire imperiali, determinando nella Comunità internazionale, al contempo, una perdita di significato dei confini come demarcazione del potere sovrano e una regionalizzazione delle relazioni internazionali⁵⁹; e, per quanto questo processo possa apparire contraddittorio, è invece, in perfetta sintonia con la forma politica dell'Impero⁶⁰.

Va qui aggiunto che, dopo la fine della guerra fredda, non solo non si è avuta la fine della confrontazione internazionale, ma anzi si è assistito nel tempo al formarsi di nuove frontiere globali, come è reso evidente dalla vicenda dell'11 settembre 2001 che ha elevato il livello dello scontro mondiale, mettendo in discussione il primato globale degli Stati Uniti⁶¹. Infatti, il terrorismo mostrava la possibilità di costruzioni politiche territoriali attraverso la forza in grado di contrastare l'occidente e, al contempo, determinava il convincimento nell'occidente di spingere maggiormente le capacità del proprio impero, all'interno e all'esterno, in nome della sicurezza. Il nuovo ordine mondiale dopo l'11 settembre

⁵⁸ C. SCHMITT, *Il concetto di politico* (1927), in *Stato, grande spazio, Nomos*, cit., 52 ss.

⁵⁹ V. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione: Le conseguenze sulle persone* (1998), trad. it., Bari-Roma 2001; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma 1999; K. JOWITT, *The New World Disorder: The Leninist Extinction*, Berkeley 1992.

⁶⁰ V. L. PANITCH, S. GINDIN, *Global Capitalism and American Empire*, in *The New Imperial Challenge*, vol. 40, Socialist Register, London 2004, 1-42.

⁶¹ V. M.A. OKUR, *Rethinking Empire After 9/11: Towards A New Ontological Image of World Order*, in *Perceptions*, Winter 2007, 61 ss.

sarebbe stato caratterizzato dal bisogno di dominio globale delle grandi potenze⁶².

Successivamente, quando la crisi economico-finanziaria, esplosa nel settembre del 2008 negli Stati Uniti, evidenziò quanto devastante potesse essere la condizione di interdipendenza tra gli Stati creata dalla globalizzazione, consentendo a fenomeni economici di rilevanza politica di propagarsi, senza incontrare ostacoli, oltre i confini degli Stati medesimi, la concorrenza mondiale tra le grandi potenze si rese ancora più aspra⁶³. Altrettanto chiaro risultò con la pandemia di Covid-19. Infatti, come già sperimentato in precedenza con il terrorismo, anche il caso della pandemia e quello dei problemi globali – come il cambiamento climatico, l’impoverimento delle risorse naturali, la mancanza di cibo, e il degrado della condizione umana per ampie parte dell’umanità – trascendono i confini e investono gli Stati in modo asimmetrico aumentando i divari mondiali⁶⁴.

Tutto ciò ha mostrato che i limiti della politica internazionale, realizzata dagli Stati sotto l’egida del diritto internazionale, hanno comportato delle fratture nei processi politici ed economici globali e non sono stati in grado progressivamente e in misura crescente, di contenere l’uso della forza nelle controversie internazionali – come mostrano anche le recenti vicende militari – mettendo in discussione il significato della pace e la nozione stessa di sicurezza internazionale⁶⁵.

Questi i fattori delle nuove fratture globali entro cui si muovono gli inediti imperi contemporanei che sembrano offuscare la comunità internazionale e rendere poco significativi la sovranità statale e il diritto in-

⁶² Pregnante in tal senso è l’articolo di M. IGNATIEFF, *The American Empire; The Burden*, in *The New York Times Magazine*, Jan. 5, 2003; su questo v. R. RAO, *The Empire Writes Back (to Michael Ignatieff)*, in *Millennium: Journal of International Studies*, 2004, 145-166; V. R.W. COX, “Beyond Empire and Terror: Critical Reflections on the Political Economy of World Order”, in *New Political Economy*, 2004, 307 ss.; sul punto anche L. CARACCIOLO, *Ripensare il mondo. Le provvisorie lezioni dell’11 settembre*, in *Encicl. Trecani*, Libro dell’anno 2001.

⁶³ V. in proposito S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in *Rivista AIC Rivista on-line* n. 4/2013 (18.10.2013).

⁶⁴ V. K. SCHWAB, T. MALLERET, *Covid-19: The Great Reset*, Geneva, World Economic Forum, 2020.

⁶⁵ V. B. BUZAN, L. HANSEN, *The Evolution of International Security Studies*. Cambridge 2009; N. AL-RODHAN, *The Five Dimensions of Global Security. Proposal for a Multi-sum Security Principle*, Berlin 2007; G. ARCUDI, *La sécurité entre permanence et changement*, in *Relations internationales*, 2006, 97-109; M. SHEEHAN, *International Security: An Analytical Survey*, London 2005; E. KOŁODZIEJ, *Security and International Relations*, Cambridge 2005.

ternazionale. Qui risiede il nodo del nuovo ordine mondiale che possa assicurare una pacifica convivenza tra i popoli e una reale collaborazione tra gli Stati⁶⁶.

6. *I caratteri dell'Impero come sistema politico di governo: il principio di non ingerenza e la dottrina di Monroe*

Dal punto di vista della realtà giuridica i temi trattati consentirebbero di affermare che sarebbe la condizione del mondo presente, a spingere per un assetto organizzativo internazionale basato su un certo numero di unità politiche di ampia misura, a rendere lo Stato – nella sua misura media – problematico e a portarci a considerare quella particolare forma politica che è l'Impero e che siamo alquanto lontani tanto dall'idea di un assetto internazionale di Stati sovrani posti in posizione di eguaglianza giuridica all'interno di una Comunità internazionale, retta da un proprio diritto, formato da consuetudini e trattati (secondo i principi tramandati dal modello Westfalia), quanto da quella di un federalismo universale, governato dal diritto cosmopolita, indicato da Immanuel Kant come il sistema capace di assicurare la pace perpetua⁶⁷.

La scena attuale, che almeno in parte possiamo definire post-globale, non è affatto caratterizzata dall'unità del mondo sperata dopo la caduta del muro di Berlino e la fine del mondo sovietico, bensì si fonderebbe su una pluralità di unità politiche, ma di grandi dimensioni, misura alla

⁶⁶ Sebbene sia incerto il percorso futuro della Comunità internazionale, per via sia dei grandi problemi che sovrastano Stati e Imperi, come il cambiamento climatico, l'energia, il cibo e la preservazione della stessa umanità, e sia per le sfide che la comunità mondiale degli scienziati di continuo rimanda a chi governa Imperi e Stati, come la conquista dello spazio, la medicina avanzata, l'innovazione dei prodotti, l'intelligenza artificiale, ecc., appare comunque auspicabile che la multipolarità contraddittoria attuale (di cui parla H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 363 ss.) trovi una soluzione pacifica e di collaborazione sulla base di una nuova base di legittimità, sapendo che l'equilibrio internazionale non è il risultato naturale delle tendenze in atto, ma che la riconciliazione è il fine cui tendere nella gestione delle relazioni internazionali.

⁶⁷ I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795/6), Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Berlin 2011; per i quali v. anche M. KOSKENNIEMI, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, 8.1, 9-36. Per un approccio cosmopolita v. D. HELD, *Democrazia e ordine globale* (1995), trad. it., Trieste 1999; nonché D. ARCHIBUGI, *The global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy*, Princeton 2008; A.S. SIEFF, *Between Global Citizenship and Empire: Toward A Political Conception of International Order*, in *Journal of Politics & Society*, 2014, 58-103.

quale pochi Stati riescono a rispondere e in quel caso si tratta di Stati che di fatto hanno una dimensione imperiale⁶⁸.

Il problema non è solo dimensionale, o di popolazione che un vasto territorio racchiude, ma di “rappresentazione dello spazio terrestre che domina l’attuale sviluppo della politica mondiale”⁶⁹ che determina l’organizzazione del mondo e su cui incidono anche ulteriori fattori che tendono ad un assetto istituzionale diverso da quello statuale, come la determinazione di influenze politiche che collegano questi Stati imponenti con altri Stati più o meno grandi. Proprio l’influenza politica esercitata, per mezzo della tecnica, dell’economia e della struttura più propriamente organizzativa civile e militare, apre lo Stato di grandi dimensioni alla prospettiva di una ascesa imperiale. Il primo elemento della presenza imperiale diventa, perciò, la capacità di impedire la presenza di ogni altro potere politico che possa esercitare la medesima influenza per uno spazio che pur non appartenendo allo Stato di grandi dimensioni, ma ad altri Stati, è sotto la sua egemonia⁷⁰.

⁶⁸ Si torna a questo punto al quadro disegnato da C. Schmitt nei suoi scritti, raccolti nel volume *Stato, Grande Spazio, Nomos*, cit.

⁶⁹ Così, C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 107.

⁷⁰ Il tema dell’egemonia in diritto internazionale si può considerare uno dei più importanti e tradizionali. La pace di Westfalia presupponeva una comunità di eguali e senza alcuna egemonia da parte di uno Stato sugli altri. In realtà, l’egemonia è nelle relazioni internazionali una costante che ha condizionato la vita stessa della Comunità internazionale, e trae spunto dalla sostanziale disegualianza degli Stati e dalle frontiere, i diversi mondi, che accomunano e distinguono gli Stati. Il primo significativo contributo appartiene a H. TRIEPEL, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart 1938, del volume esiste anche una traduzione italiana (H. TRIEPEL, *L’egemonia*, Firenze 1949). Il volume di Triepel ha una prospettiva teorica e storica dal punto di vista dello Stato nelle diverse epoche, solo nell’ultima parte, con riferimento alle egemonie federali dell’epoca moderna, fornisce utili indicazioni ai rapporti tra Stati. Per le trattazioni più recenti in tema di egemonia nel Diritto internazionale v. R. KNOX, *Hegemony*, in J. D’ASPREMONT, S. SING, G.C. MCBAIN (Eds.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham-Northampton 2019; A. ZIDAR, *The World Community between Hegemony and Constitutionalism*, Chicago 2019; P. ANDERSON, *The H-Word: The Peripeteia of Hegemony*, London-New York 2017; D. THÜRER, *Hegemony*, in R. WOLFRUM (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Oxford 2012; I. CLARK, *Hegemony in International Society*, Oxford 2011; N. KRISCH, *International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order*, in *EJIL*, 16, 2005, 369-408; A. PAULUS, *Jus cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation – An Attempt at a Reappraisal*, in *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, 297-334; M. KOSKENNIEMI, *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 17, 2004 197-218; A. PAULUS, *The War against Iraq and the Future of International Law: Hegemony or Pluralism?*, in *Michigan Journal of International Law*, 25, 2004, 691-

Ciò ci fa intendere che lo spazio imperiale va oltre il territorio dello Stato ed è ancora più grande del territorio dello Stato di grandi dimensioni. Ciò è quello che Carl Schmitt definisce come *Großraum* (grande spazio)⁷¹ nel quale è la prevalenza di fatto di uno Stato a determinare la condizione di influenza, anche se possono darsi accordi anche regionali e di vicinato tra gli Stati che, in qualche misura, istituzionalizzano questa influenza dominante.

Quando gli inglesi, rinunciando ai possedimenti sul continente, seguirono quella che può dirsi la loro vocazione naturale, e cioè di essere una potenza marina, costruirono un impero non basato sulla contiguità territoriale e fondato sul principio della libertà dei mari (e della libertà dei commerci). Le “linee navali” divennero perciò una prerogativa alla quale gli inglesi si appelleranno di continuo e che mantennero almeno sino alla prima guerra mondiale. Basti pensare che al tavolo della Santa Alleanza questa fu la priorità di Castlereagh, insieme all’integrità della Sicilia e dell’Olanda⁷². Questo principio con cui gli inglesi volevano mostrare la loro superiorità sui mari, avrebbe comportato una dura confrontazione, anche attraverso la corsa e la pirateria, con le altre potenze europee, Spagna e Francia in particolare. Tuttavia, l’occupazione e la presa di possesso di terre nuove fu concessa anche a tutte le potenze che vollero battere il mare aperto. Di conseguenza, il principio delle linee navali, caro agli Inglesi, non può considerarsi come un principio giuridico di governo dei grandi spazi e non alterò il diritto pubblico europeo, ma anzi in una qualche misura si inserì in esso e a ciò contribuì la limitata tecnologia del tempo anche in campo navale⁷³.

Il primo esempio importante di creazione di principi giuridici di governo di un grande spazio, nell’era moderna, invece, è stata la “dottrina

733; M. BYERS, G. NOLTE (Eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge 2003; R. FOOT, N.S. MACFARLANE, M. MASTANDUNO (Eds.), *US Hegemony and International Organizations*, Oxford 2003; J. BUTLER, E. LACLAU, S. ŽIŽEK, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*, London-New York 2000; R. HIRSCHL, *The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment through Constitutionalisation in Culturally Divided Politics*, in *Stanford Journal of International Law*, 36, 2000, 73-118; K. GINTHER, ‘Hegemony’, in R. BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, vol. II; R.O. KEOHANE, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton 1984.

⁷¹ C. SCHMITT, *L’ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 107 ss.

⁷² V. la fine ricostruzione delle posizioni di Castlereagh in H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione* (1959), trad. it., Milano 1973.

⁷³ In tal senso, C. SCHMITT, *L’ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 131 ss.; ID., *Mutamenti di struttura del diritto internazionale*, cit., 217 ss.

di Monroe”, quanto meno nella sua formulazione originaria, fondata sulle dichiarazioni fatte da questo presidente statunitense nel 1823 nel suo discorso al Congresso⁷⁴, allorquando si affermò il principio, per il quale i diritti e gli interessi degli Stati Uniti sarebbero stati coinvolti qualora i “continenti americani” avessero formato oggetto di futura colonizzazione da parte delle potenze europee, nel tentativo di modificarne “la condizione libera e indipendente che hanno assunto”⁷⁵.

Inoltre, si dichiarò una sorta di neutralità rispetto alle vicende belliche europee e ai tentativi di riassetto dell’Europa dopo la ventata napoleonica (“Nelle guerre delle potenze europee nelle questioni relative a sé stesse non abbiamo mai preso parte, né è conforme alla nostra politica farlo”⁷⁶).

Ma, nel dichiarare questo, proclamando una forma di isolazionismo americano, rispetto alle guerre europee, in nome della salvaguardia della propria sicurezza, Monroe aggiungeva che “con i movimenti in questo emisfero siamo necessariamente più immediatamente collegati e per cause che devono essere ovvie a tutti gli osservatori illuminati e imparziali”, definendo così uno spazio politicamente diverso dalla vecchia Europa (che era il c.d. “quarto di globo” *instabile*); e se in questa valeva ancora il diritto internazionale europeo, quello che – tra l’altro – aveva permesso le colonizzazioni, un diverso diritto internazionale doveva valere nell’“emisfero occidentale”, nel quale, sotto la cura degli Stati Uniti, avrebbero dovuto prevalere altri principi di governo rispetto a quelli delle potenze europee. Infatti, muovendo dalla constatazione che “il sistema politico delle potenze alleate è sostanzialmente diverso ... da quello americano”, si annunciava la difesa della propria forma di governo, “ottenuta con la perdita di tanto sangue e di tesoro, e maturata dalla saggezza dei loro cittadini più illuminati, e sotto la quale abbiamo goduto di una felicità senza precedenti, tutta questa nazione è devota”. A ciò si aggiungeva, infine, che qualsiasi tentativo da parte delle potenze europee di estendere il loro sistema politico (la monarchia) “a qualsiasi parte di questo emisfero” sarebbe stato considerato come pericoloso per la pace e sicurezza degli

⁷⁴ V. *President James Monroe’s seventh annual message to Congress on December 2, 1823*. Per leggere il messaggio è sufficiente accedere al sito dell’Archivio Nazionale statunitense <https://www.archives.gov/milestone-documents/monroe-doctrine>.

⁷⁵ Tra i primi a considerare l’importanza della “dottrina di Monroe”, v. SANTI ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, 4ª ed., Padova 1939, 79 s., che ne spiega l’origine e la considera una forma di “unione non giuridica”.

⁷⁶ *President James Monroe’s seventh annual message to Congress on December 2, 1823*.

Stati Uniti. Nei fatti si lanciava un avvertimento alle “potenze alleate”, alle quali non sarebbe stato possibile estendere “il loro sistema politico a qualsiasi parte di entrambi i continenti senza mettere in pericolo la pace e la felicità (degli Stati Uniti)” e si aggiungeva, con riferimento ai “nostri fratelli meridionali,” che questi “se lasciati a sé stessi”, non avrebbero adottato di propria iniziativa il sistema politico europeo. Di conseguenza, ogni tentativo di interposizione in qualsiasi forma, da parte europea, sarebbe stato impossibile osservarlo con indifferenza⁷⁷.

Osservava, infine, Monroe: “with the Governments who have declared their independence and maintain it, and whose independence we have, on great consideration and on just principles, acknowledged, we could not view any interposition for the purpose of oppressing them, or controlling in any other manner their destiny, by any European power in any other light than as the manifestation of an unfriendly disposition toward the United States”⁷⁸.

La dottrina di Monroe ha avuto molte interpretazioni e ha assunto nel tempo altri significati diversi da quelli originari, sebbene la sua espressione in senso imperiale e imperialista, è sempre stata presente sin dall'inizio⁷⁹. In ogni caso è grazie a questa che si supera definitivamente il diritto pubblico europeo, per lasciare spazio ad un vero e proprio diritto internazionale generale, con l'ingresso dei grandi spazi orientali per gli europei e occidentali per gli americani, e cioè dell'Asia. Questo anche grazie al principio espresso nel testo del discorso del Presidente Monroe

⁷⁷ *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823.*

⁷⁸ *President James Monroe's seventh annual message to Congress on December 2, 1823* (“[Ma] con i Governi che hanno dichiarato la loro indipendenza e la mantengono, e la cui indipendenza abbiamo, con grande considerazione e su giusti principi, riconosciuta, non potremmo vedere alcuna interposizione allo scopo di opprimerli, o controllare in altro modo il loro destino, da qualsiasi potenza europea in una luce diversa dalla manifestazione di una disposizione ostile nei confronti degli Stati Uniti”), che aggiungeva subito dopo: “In the war between those new Governments and Spain we declared our neutrality at the time of their recognition, and to this we have adhered, and shall continue to adhere, provided no change shall occur which, in the judgement of the competent authorities of this Government, shall make a corresponding change on the part of the United States indispensable to their security.” (“Nella guerra tra questi nuovi governi e la Spagna abbiamo dichiarato la nostra neutralità al momento del loro riconoscimento, e a questo abbiamo aderito e continueremo ad aderire, a condizione che non si verifichi alcun cambiamento che, a giudizio delle autorità competenti di questo governo, apporterà una corrispondente modifica da parte degli Stati Uniti indispensabile alla loro sicurezza”).

⁷⁹ V. M. T. GILDERHUS, *The Monroe Doctrine: Meanings and Implications*, in *Presidential Studies Quarterly*, 2006, Vol. 36, No. 1, 5-16.

che il “governo de facto” sarebbe stato considerato “come il governo legittimo”, discostandosi in questo modo definitivamente dal criterio di legittimazione invalso nel diritto pubblico europeo⁸⁰.

Occorre, però, procedere attentamente per svelare i significati insiti nella dottrina dal punto di vista del diritto internazionale e della costruzione della nozione di impero.

In primo luogo, il carattere imperiale della dottrina discende dal “principio del non intervento” da parte di potenze estranee in uno spazio che si definisce come “emisfero occidentale” e che viene acquisito al controllo del potere statunitense; e, se si tiene conto che nel 1823 gli Stati Uniti avevano ancora una dimensione territoriale alquanto ridotta con una forte presenza nel continente settentrionale di Spagna e Francia, oltre che dell’Inghilterra al Nord, si comprende come l’affermazione del principio in questione potesse rappresentare, non solo lo sconvolgimento della politica coloniale delle potenze europee, ma soprattutto una riscrittura delle regole dell’ordinamento internazionale, attorno ad una nuova nozione di “dominio spaziale” affatto diverso da quello territoriale dello Stato, su cui si basava il vecchio diritto pubblico europeo; tant’è vero ciò che lo stesso statuto della Società delle Nazioni all’art. 21 riservava alla “dottrina di Monroe la precedenza sulle sue stesse norme”⁸¹. In tal senso, questa nuova visione del “dominio spaziale” diventava (e lo sarebbe stato sempre di più nel tempo) l’idea di cui si sarebbero fatti carico gli Stati Uniti nei confronti del resto del mondo, attribuendosi così un compito politico mondiale⁸².

⁸⁰ Invero, anche nel diritto pubblico europeo il criterio di legittimazione, sorto con la pace di Westfalia e mantenuto ancora in vita dal Congresso di Vienna (1814), nonostante lo scossone napoleonico che aveva fatto emergere il principio di nazionalità, viene travolto definitivamente con la proclamazione dell’Impero (*Reich*) germanico, a termine della guerra franco-prussiana (1870-71), grazie alla quale, in luogo della legittimità (dinastica), viene posto il “calcolo del potere” come fondamento di fatto delle relazioni internazionali (v. sul punto H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 77 ss.).

⁸¹ Sulla dottrina di Monroe e sul significato che riveste per il superamento dello *Jus publicum europaeum*, così come per avere aperto il tema dei “grandi spazi”, v. C. SCHMITT, *L’ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 117 ss.

⁸² Si tratta di un compito che ha condotto gli Stati Uniti a sposare l’imperialismo con la dottrina di Monroe, i cui primi atti furono il supporto a Benito Juárez contro l’imperatore Massimiliano d’Austria nel 1865 e l’occupazione di Cuba del 1890; da quel momento, si assiste all’estensione della dottrina di Monroe per il controllo degli Stati latino americani e, dopo i conflitti mondiali, per il controllo di tutto il mondo, sino a rappresentare una costante della politica estera. V. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 234 ss., che titola l’intero capitolo VII “Agire per tutta l’umanità: gli Stati Uniti e il loro

In secondo luogo, contestando la forma di governo europea e introducendo un criterio di legittimazione diverso dal principio monarchico-dinastico, ed esattamente quello repubblicano-democratico, la dottrina rafforzava il divieto di interposizione o di interferenza da parte delle potenze europee e costituiva una “preclusione” nuova per queste.

Non sfugge che in questo modo gli Stati Uniti assumevano la posizione dominante con un carattere rivoluzionario, e cioè mettevano in discussione lo *status quo* su cui si era basato il vecchio ordinamento europeo, ma al contempo anche l'ordinamento interno degli Stati europei, ancora fermi sul crinale della monarchia, mentre emergeva con chiarezza il potere legittimante che doveva riconoscersi al popolo, inteso concretamente e non come entità astratta⁸³.

7. Segue: *l'idea politica imperiale; il diritto di intervento*

Ciò che caratterizza l'impero è, in tal senso, la capacità di un potere portatore di una idea politica nella scena internazionale che si irradia oltre i suoi specifici confini e per la quale è in grado di spendere la propria forza, dandole un carattere di legittimità e non consentendo a potenze straniere di metterla in discussione o di porre in essere interventi limitativi⁸⁴.

Sulla natura di ogni e qualsivoglia idea politica posta a fondamento della costruzione imperiale serve a poco disquisire, in quanto, questa può avere un contenuto diverso e differenziato: dal principio di nazionalità⁸⁵,

concetto di ordine”. Ma anche M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., il capitolo su “La rete di poteri: la sovranità americana e il nuovo impero”, 155 ss.

⁸³ Saranno le famose parole del Presidente Abramo Lincoln, pronunciate nel discorso di Gettysburg del 19 dicembre 1863, a margine di una sanguinosa battaglia tra l'esercito dell'Unione e quello dei Confederati, a rappresentare la grande novità costituita nel mondo dalla presenza degli Stati Uniti d'America con i richiami ai principi della Dichiarazione d'indipendenza del 1776: la libertà e un governo democratico, per cui *Gettysburg Address* doveva servire a incoraggiare il popolo alla lotta, affinché “questa nazione, sotto Dio, avrà una nuova nascita di libertà e che il governo del popolo, dal popolo, per il popolo, non perirà dalla terra” (*that this nation, under God, shall have a new birth of freedom – and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*).

⁸⁴ V. C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 117 ss. Nello stesso senso, v. M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., 30 ss.

⁸⁵ Qui si colloca anche il tema dell'integrità territoriale e la questione della tutela delle minoranze, che incide sulla soggettività internazionale dello Stato (C. SCHMITT,

alla (esportazione della) democrazia⁸⁶, al libero commercio⁸⁷ e, in particolare, alla tutela dei diritti umani⁸⁸, ecc.; siamo in presenza di idee che assolvono alla medesima funzione politica e che possono essere in grado di muovere all'azione contro gli avversari dell'Impero, così come di assicurare la pace e la solidarietà tra i "popoli" dell'Impero. Ciò che rende assimilabili tutte le "idee politiche imperiali" sarebbe la capacità di captare una visione del mondo e di esprimere dei valori universali che possano essere alimentati spiritualmente dai gruppi umani che vivono dentro e fuori l'Impero, con la confrontazione e/o con la pacifica convivenza⁸⁹.

Le implicazioni di questa impostazione sono notevoli, soprattutto con riferimento all'uso della forza e al concetto di guerra. Infatti, l'idea politica imperiale è per definizione "giusta" ed eticamente rilevante così come la sua difesa all'interno e all'esterno. Chi non si rende conto del valore etico dell'idea politica che conforma l'Impero o è un dissennato, oppure un criminale da affidare all'azione di polizia e, se l'idea politica dell'impero è contrastata da un potere militare opposto, la guerra per la difesa dell'idea politica dell'impero sarà per definizione una "guerra giusta"⁹⁰.

L'ordinamento dei grandi spazi e il diritto internazionale, cit. 139 ss.). Anche H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., 150, affronta il tema e ritiene che il problema della nazionalità vada risolto alla luce del "diritto all'autodeterminazione dei popoli nel modo più esteso e onesto possibile" e, "laddove le minoranze fossero inevitabili, esse dovrebbero essere organizzate come entità fornite di diritti costituzionali".

⁸⁶ V. F. FUKUYAMA, *Esportare la democrazia. State-building e ordine mondiale nel XXI secolo* (2004), trad. it., Torino 2005.

⁸⁷ Teorizzato nei 14 punti del Presidente Woodrow Wilson nel suo discorso al Congresso dell'8 gennaio 1918 e ripresi dal Presidente Franklin Delano Roosevelt nella Carta atlantica, sottoscritta insieme al Primo Ministro britannico Winston Churchill, il 14 agosto 1941 (sulla politica estera dei due presidenti statunitensi v. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit. risp. 255 ss. e 267 ss.).

⁸⁸ Sul tema dei diritti umani la letteratura è oltremodo vasta (v. comunque il recente volume di A.C. AMATO MANGIAMELI, *I diritti umani tra teorie e prassi*, Torino 2022). Qui serve sottolineare che la dottrina *liberal* considera i diritti umani come la "spada dell'impero" (v. A. BARTHOLOMEW, J. BREAKSPEAR, *Human Rights as Swords of Empire*, in *Socialist Register*, 2004, 125-145), o come un portato del pensiero neoliberista (v. ulteriori indicazioni in J. PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism*, in *Annual Review of Political Science*, 2010, 13, 211-235).

⁸⁹ Spunti, in tal senso, anche in M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., 30 ss.

⁹⁰ Diritto di polizia internazionale e "guerra giusta" diventano i punti di riferimento dell'azione imperiale. La prima è stata teorizzata dal Presidente Theodor Roosevelt nel suo discorso annuale al Congresso per il 1904 (6 dicembre), nel quale si affermava che, non solo le nazioni dell'emisfero occidentale non erano aperte alla colonizzazione da parte delle potenze europee, ma che gli Stati Uniti avevano la responsabilità di preservare

L'impero, perciò, per la sua legittimazione ha bisogno di riesumare la nozione di "guerra giusta" che era stata messa fuori campo dalla pace di Westfalia e la fine delle guerre di religione. Per fare ciò deve stigmatizzare, non tanto sul piano giuridico, quanto su quello morale, ogni forma di pericolo per l'integrità territoriale o per l'indipendenza politica dell'Impero ed essere pronto a combattere non solo al suo interno, o ai suoi confini, ma anche in ogni parte del mondo; e quando questo accade significa che l'Impero ha preso la strada di un nuovo imperialismo. Infatti, in senso dinamico, l'idea politica dell'impero e la costruzione di questa forma politica non si limita alla dimensione della non ingerenza esterna (aspetto statico), ma sviluppa necessariamente il bisogno di una confrontazione mondiale e il concetto di "guerra giusta" è il mezzo con cui si passa dal lato statico dell'impero a quello dinamico.

Da questo punto di vista la dottrina di Monroe costituisce l'esempio perfetto, cui si stanno conformando anche gli altri Imperi contemporanei, come la Cina con Taiwan e la Russia con l'Ucraina⁹¹. Infatti, superata la prima configurazione, come realtà caratterizzata dall'autoisolamento, dalla neutralità e dalla pretesa della non ingerenza, l'Impero passa consapevolmente al principio di realizzazione della propria idea politica, e, partendo dal principio di "autodifesa", teorizza un vero e proprio "diritto di intervento", inteso anche come compito nei confronti degli altri

l'ordine e proteggere la vita e la proprietà in quei paesi. Di qui il cosiddetto "Corollario Roosevelt" (o estensione) alla Dottrina Monroe, per il quale si sosteneva il diritto degli Stati Uniti di esercitare un "potere di polizia internazionale" per frenare tali "illeciti cronici" (<https://www.archives.gov/milestone-documents/roosevelt-corollary>). Per il tema della "guerra giusta", v. gli autori citati *supra* alla nota 55, cui *adde* M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., 29, i quali parlano del "rinato interesse dei confronti del concetto di bellum Justum o 'guerra giusta' ... riapparso al centro delle discussioni politiche, in particolare all'inizio della guerra del Golfo" e precisano che "la guerra giusta non è più, in alcun modo, un atto di difesa o di resistenza", bensì "è divenuta un atto che si giustifica da sé".

⁹¹ Di qui anche la particolare posizione espressa da H. KISSINGER (*To settle the Ukraine crisis, start at the end*, in *Washington Post*, March 5, 2014) sulle relazioni tra Europa, Ucraina e Russia, all'indomani dell'annessione russa della Crimea, volta ad attribuire un ruolo all'Ucraina di Stato intermedio tra l'Unione europea e la Russia, con il compito di relazionare le due entità maggiori e con la finalità di attrarre la Russia nell'orbita europea. Nella sua recente intervista sul conflitto russo-ucraino (*Henry Kissinger Is Worried About 'Disequilibrium'*, in *Wall Street Journal*, 16.08.2022), invece, considera la necessità di difendere l'Ucraina come se già fosse parte dell'UE e della Nato. Ciò nonostante nella visione del grande diplomatico resta sempre l'ambizione di recuperare il rapporto con la Russia, v. i giudizi espressi in occasione della presentazione a Londra del suo libro «Leadership», riferiti dal Corriere della Sera (28 giugno 2022, 13), per i quali occorrerebbe "reintegrare Mosca nel sistema europeo".

soggetti della Comunità internazionale di portare a compimento i valori universali di cui l'Impero è portatore. Ciò, peraltro, trasforma l'Impero in un gendarme di quei valori e riconduce le azioni militari imperiali in un sistema generale di polizia, inficiando anche il concetto stesso di guerra ereditato da Westfalia. Infatti, quando il valore universale dell'Impero deve essere difeso, non solo la "guerra è giusta", ma soprattutto all'avversario viene tolta la dignità del combattente nemico, per essere considerato come uno Stato fuorilegge⁹², un criminale, e la guerra diventa, perciò stesso, sempre un'operazione di polizia⁹³.

8. *La peculiarità degli elementi costitutivi dell'Impero: le relazioni territoriali, personali e di governo*

Se si tiene conto di questo profilo, si può comprendere agevolmente che l'impero implica sì una relazione territoriale, personale e di governo come lo Stato, ma questa relazione con gli elementi considerati appare differire in diversi punti da quella consolidatasi con la teoria dello Stato.

a) Innanzi tutto, mentre nell'ambito statale il territorio è determinato da confini certi in cui si esercita il potere sugli individui che vi risiedono, nel caso dell'impero il territorio trascende i confini geografici e si estende nello "spazio" per confini lineari, come fu il caso del 20mo meridiano ovest che determinava l'emisfero occidentale al di là del quale le potenze europee non potevano svolgere più la loro politica liberamente e quello dell'equatore che definivano le linee di amicizia per indicare uno spazio non pacificato dove si potevano svolgere lotte spietate per il predominio, senza intaccare la pace europea. Ai confini lineari, però occorre aggiungere ormai anche il potere dell'impero per frontiere spazialmente distinte⁹⁴;

⁹² Concetto espresso da J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., 83, che li differenzia dai "popoli liberali ragionevoli", dai "popoli decenti" e dalle "società svantaggiate da condizioni sfavorevoli" e che teorizza, con riferimento ai diritti umani, come "la forza politica (morale) di questi diritti si estende a tutte le società ... compresi gli stati fuorilegge. Uno stato fuorilegge che viola questi diritti va condannato e nei casi più gravi può subire energetiche sanzioni, fino all'intervento militare diretto" (107).

⁹³ V. le significative pagine di C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra* (1938), trad. it., Bari 2008.

⁹⁴ Osserva C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi e il diritto internazionale*, cit., 169, "l'impero non è semplicemente uno Stato ampliato, così come il grande spazio non è solo un piccolo spazio ampliato. Né l'impero si identifica con il grande spazio, elevandosi così al di sopra sia dello Stato spazialmente caratterizzato dall'esclusività del suo territorio statale, sia del suolo nazionale di un singolo popolo".

inoltre il territorio dell'impero non è rilevante solo per il dominio sugli uomini che vi risiedono, ma è esso stesso oggetto di dominio e controllo, derivando dalla pretesa della non ingerenza⁹⁵.

Il dominio e il controllo sul territorio, perciò, nel caso dell'impero hanno un carattere mobile e, se in via di principio questo si è formato sulla base di una continuità territoriale, secondo l'antica logica che aveva portato alla formazione delle grandi monarchie continentali, adesso le nuove tecnologie del trasporto, della navigazione e dell'aerospazio superano gli inconvenienti che pure il vecchio impero britannico aveva incontrato, atteso che adesso anche le linee navali, quelle aeree e quelle spaziali possono formare oggetto di dominio, controllo e contesa⁹⁶.

È l'idea di spazio che si è affermata nel tempo a portarci verso un dominio più complesso che non conosce i vincoli del diritto internazionale generale. In nome della sua idea politica, infatti, l'impero si sente legittimato ad ogni forma di intervento necessario per la sua sicurezza in ogni parte della terra, per ogni mare e nello spazio aereo e, a tal fine, tecnologie avanzate e armamenti sofisticati consentono un controllo tanto esteso, quanto millimetrico, con il costante pericolo della guerra totale⁹⁷.

⁹⁵ Sulle diverse teorie del territorio in relazione allo Stato, v. M. MICHETTI, *Organizzazione del potere e territorio*, cit., 1 ss.

⁹⁶ Ne parla con chiarezza già C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 160 ss.; ma tutti gli autori che si occupano di globalizzazione, da U. BECK (*Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma 1999, 24) in giù, sottolineano come con la globalizzazione gli stati nazionali vengano condizionati e connessi trasversalmente, dalle loro chance di potere, dai loro orientamenti, da identità e reti. Soprattutto la specificità del processo di globalizzazione consisterebbe nell'estensione, densità e stabilità, empiricamente rilevabili delle reti di relazioni reciproche regional-globali e della loro definizione massmediale, così come degli spazi sociali e dei loro flussi d'immagine a livello culturale, politico, finanziario, militare ed economico (v. anche Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., 73-74; J. STIGLITZ, *Ridefinire il ruolo dello Stato. Cosa deve fare? Come deve agire? Come dovrebbero essere prese le decisioni?*, in *Global & Local Economic Review*, 2001, 11-49; nonché il volumetto che raccoglie diversi scritti, Id., *Globalizzazione*, Roma 2011; J. BUTLER, G.C. SPIVAK, *Who sings the Nation-State? Language, Politics, Belonging*, Calcutta 2007). Nel suo volume H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 327 ss., dedica un intero capitolo al tema "Tecnologia, equilibrio e consapevolezza umana", dove affronta anche la problematica di una politica estera nell'era digitale.

⁹⁷ Pregnanti le considerazioni critiche di C. SCHMITT, *Il concetto discriminatorio di guerra*, cit., 4 ss., sul tema della guerra totale, connesso con quello della guerra giusta. Conseguentemente, la guerra totale-giusta deriva da una pretesa morale che chi governa l'impero solleva e che molto spesso trasferisce nelle istituzioni internazionali (cfr. art. 42 della Carta ONU), sotto l'egida della sicurezza collettiva (v. M. KOSKENNIEMI, *The Place of Law in Collective Security*, in *Michigan Journal of International Law*, 1996, 455-490; C.A. KUPCHAN, *The Promise of Collective Security*, in *International Security*, 1995, 20, 52-61; A.

b) L'appartenenza di un popolo ad uno Stato implica il principio del diritto internazionale, correlato al concetto di popolo, del "diritto di autodeterminazione". Nel caso dell'impero occorre un popolo che mantenga la propria identità, ma che al contempo supporti l'idea imperiale e la non ingerenza di potenze straniere e che perciò eserciti una vigilanza su una popolazione più vasta, su altri popoli⁹⁸. L'impero è un sistema politico che non mira all'assimilazione delle diverse popolazioni e consente alle diverse etnie il mantenimento delle rispettive tradizioni popolari. Agisce solo come protettore delle singole realtà politiche conquistando così il ruolo centrale nel contesto del complesso sistema internazionale cui dà vita⁹⁹.

c) La sovranità di ogni Stato consiste in un potere assoluto di comando politico su un gruppo umano collocato entro confini certi, e nel diritto internazionale la sovranità si sostanzia nel carattere dell'impenetrabilità dell'ordinamento giuridico statale. La sovranità assicura la partecipazione dello Stato alla Comunità internazionale nella quale, in condizione di eguaglianza, questo gode di una libertà assistita dal diritto¹⁰⁰.

Quando la sovranità statale viene in contatto con il potere imperiale perde il suo carattere assoluto e si determinano limitazioni dell'autonomia sovrana visibili in campo interno e internazionale. Si può dire che la sovranità, a contatto con il potere imperiale, tende a farsi "porosa",

HURRELL, *Collective Security and International Order Revisited*, in *International Relations*, 1992, 37 ss.; v. anche L.W. MWAGWABI, *The Theory of Collective Security and its Limitation in Explaining International Organization: A Critical Analysis*, November 7, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2948271>; A. ORAKHELASHVILI, *Essence and Definition of Collective Security*, in *Collective Security*, Oxford 2011, 4-24; J.C. EBEGBULEM, *The Failure of Collective Security in the Post World Wars I and II International System*, in *Transcience*, 2011, 2, 23-29).

⁹⁸ V. C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 147 ss.

⁹⁹ V. C. SCHMITT, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale*, cit., 164.

¹⁰⁰ Sul punto la dottrina internazionalistica si esprime in modo concorde, v. R. QUADRI, *Stato (diritto internazionale)*, cit., 819 (il quale fa riferimento al "diritto generico di libertà [dello Stato] il quale assume due direzioni fondamentali. Talvolta esso si manifesta come diritto esclusivo di esplicitare determinate attività in ordine alle quali ogni impedimento da parte degli altri Stati riveste i caratteri di un illecito. Talaltra, invece, esso si esplica concorrentemente con i diritti degli altri soggetti. Come principio generale si può dire che il diritto internazionale attribuisce allo Stato il diritto di compiere tutte le attività in ordine alle quali non sussista un limite giuridico internazionale. Nel caso di libertà concorrente, il limite giuridico è dato dalla eguale libertà degli altri soggetti"), R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano 1945, 82 ss., per il quale la parola sovranità esprime una caratteristica propria dello Stato nell'ordinamento interno, mentre nell'ambito internazionale si può fare riferimento ai concetti di "originarietà", "indipendenza", "eguaglianza", "libertà" e "autonomia".

perché deve offrire lo spazio a questo potere di penetrare e diventare determinante dell'azione politica¹⁰¹.

La sovranità dell'impero, per contro, appare discontinua e marginale; essa opera in ogni caso come potere di ultima istanza e assoluto. Il dominio territoriale e/o spaziale dell'impero può somigliare molto alla sovranità di un tempo, e in realtà nella dimensione contemporanea molto spesso si presenta come una giurisdizione non piena, bensì in concorrenza con altre autorità politiche presenti, per cui anche queste esercitano una loro giurisdizione entro i confini della propria competenza e può richiedere forme di collaborazione¹⁰².

Tuttavia, in caso di conflitto, il rapporto tra le giurisdizioni si risolve sistematicamente a favore del potere imperiale, che all'occorrenza diventa un potere gerarchicamente superiore e il controllo sulle altre autorità politiche si trasforma in questo caso in una vera e propria pretesa di obbedienza e la loro collaborazione veste i panni di una collaborazione coercitiva.

Così agendo, l'impero non ha interesse a sostituire le altre autorità politiche presenti al suo interno e, perciò, non determina l'unificazione politica, ma semplicemente pretende all'occorrenza di prevalere e di mantenere permanente e visibile questa condizione (gerarchica). Ciò di fatto avviene in due modi diversi e concorrenti: il primo è determinato dalla maggiore capacità economica che l'impero necessariamente tende ad accumulare; basti pensare alla circostanza che la moneta imperiale non prende il posto delle monete locali, ma diventa tendenzialmente la moneta di riferimento e di scambio¹⁰³. Il secondo è quello della capacità di polizia e militare dell'impero che, anche qui, non sostituisce polizia ed esercito degli Stati, ma sovrasta e comanda e all'occorrenza interviene all'interno di questi per risolvere i conflitti e assicurare la pace; ma anche all'esterno l'impero possiede una posizione dominante nella Comunità internazionale, in grado di mantenere la confrontazione internazionale, includendo tutte le relazioni di potere¹⁰⁴.

¹⁰¹ V. J. M. COLOMER, *Empires Versus States*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Online Publication Date: Jun 2017.

¹⁰² Utili indicazioni, in proposito, in M. HARDT, T. NEGRI, *Impero*, cit., 175 ss., che dedicano un intero capitolo alla sovranità dell'impero.

¹⁰³ V. J. PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism*, in *Annual Review of Political Science*, 2010, 13, 211-235; J. L. COHEN, *Whose Sovereignty? Empire Versus International Law*, in *Ethics & International Affairs*, 2004, 18, 1-24.

¹⁰⁴ Ciò almeno sino ad un determinato punto, che è sicuramente più alto di quello di qualsiasi Stato, ma non così alto da essere onnipotente, v., in proposito, le considera-

L'impero, nelle relazioni internazionali, tende ad attenuare il principio di autolimitazione su cui si fonda il riconoscimento reciproco nella Comunità internazionale, difficilmente assume il carattere di una potenza "statica", che salvaguarda lo *status quo*, salvo che non sia in aperto declino, fa di ogni situazione di conflitto internazionale uno stato d'eccezione che può richiedere il suo intervento, e, soprattutto, mantiene per sé sempre una libertà d'azione¹⁰⁵.

9. La definizione dell'Impero

Da questo quadro di massima, si può ricavare una definizione della nozione impero come forma politica, per la quale questo è concepito, a differenza dello Stato, come un sistema di governo politico di dimensioni molto grandi con un governo formato su frontiere mobili, con più livelli istituzionali e giurisdizioni sovrapposte¹⁰⁶.

Oltre alla grandezza del territorio e della popolazione, ciò che caratterizza un impero è l'assenza di confini fissi e permanenti, o di aree di influenza anch'esse fisse e permanenti, per cui la dimensione imperiale può espandersi, ma anche ridursi. Di conseguenza, il territorio non può essere considerato un elemento di definizione dell'impero e si può dire che ad un impero si attaglia di più il concetto di "frontiera", che non quello di "confine"¹⁰⁷.

Per di più, un impero è costituito da una combinazione di gruppi diversi e di molteplici entità territoriali collegati con il centro in modo

zioni di M. IGNATIEFF, *The American Empire; The Burden*, cit., che, riflettendo sul tema dell'impero dopo l'11 settembre, osservava come "The secretary of defense may be right when he warns the North Koreans that America is capable of fighting on two fronts – in Korea and Iraq – simultaneously, but Americans at home cannot be overjoyed at such a prospect, and if two fronts are possible at once, a much larger number of fronts is not. If conflict in Iraq, North Korea or both becomes a possibility, Al Qaeda can be counted on to seek to strike a busy and overextended empire in the back. What this suggests is not just that overwhelming power never confers the security it promises but also that even the overwhelmingly powerful need friends and allies".

¹⁰⁵ È l'assunto cui si può pervenire seguendo la lezione di H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione*, cit., *passim*.

¹⁰⁶ V. J. M. COLOMER, *Empires Versus States*, cit., 6 ss.

¹⁰⁷ Sulla differenza tra "confine" e "frontiera" nella dottrina del diritto pubblico, v. G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1985, vol. II, 477-495, ora in *Id., Scritti scelti*, a cura di E. Palici di Suni e S. Sicardi, Napoli 2011, 539 ss.

asimmetrico; e cioè le *units* che compongono l'Impero si collegano con il centro secondo formule istituzionali differenti, che vanno dalla federazione, all'alleanza, e dall'accordo commerciale, all'accordo segreto.

Un ulteriore elemento che caratterizza l'Impero, infine, è dato da un assortimento di giurisdizioni multilivello che spesso si sovrappongono. Dentro un Impero mancano in genere autorità che legiferano con poteri esclusivi e l'autorità centrale, salvo quando non abbia necessità di agire direttamente, può governare indirettamente attraverso i poteri locali, i quali sviluppano un governo autonomo su importanti materie.

Possiamo affermare che in questa forma la distribuzione del potere è diffusa. Pur tuttavia, nell'impero esiste un centro di potere che sovrasta e controlla le diverse forme di potere. Il "centro dell'impero" è sufficientemente autonomo nei confronti degli Stati ed è, altresì, in grado di agire come entità politica nella Comunità internazionale, di attivare una sua regolazione e di farla rispettare anche con la forza. Ovviamente, l'Impero non è fondato tanto sulla forza in sé, quanto piuttosto sulla rappresentazione della forza collegata strettamente alla realizzazione della idea politica su cui si fonda e che conforma il suo ordinamento.

Nell'impero esistono anche le "periferie" che sono sottoposte ad un continuo controllo, con la presenza diretta delle forze armate imperiali, giustificata grazie ad alleanze strategiche, oppure con gli stessi strumenti con cui si esercita la sorveglianza nei confronti degli Stati avversari. Utile al controllo delle periferie è anche il sostegno economico e finanziario di queste o delle forze politiche che nelle periferie esercitano il potere politico per conto dell'Impero.

Se si vuole precisare questa affermazione, il carattere del potere imperiale – che è, in quanto potere, un diritto di comando e di coercizione che si rivolge agli uomini e alle aggregazioni e alle formazioni che vivono all'interno dell'Impero – deve presentarsi come inclusivo, ma non unificante delle diversità, consentendo ad ogni unità, secondo la sua forma (e cioè città, provincia, regione, stato, federazione, ecc.), di potere mantenere le proprie caratteristiche. Inoltre, il potere imperiale deve essere tale da produrre consenso, da avere una capacità di indirizzo sulle altre autorità politiche e sulle opinioni pubbliche e da determinare una forma di deterrenza preventiva. Il tutto al fine di evitare conflitti e assicurare il mantenimento della pace imperiale.

Differentemente dallo Stato, che tende all'unità della Repubblica (*una et indivisibilis Respublica*), l'Impero si orienta verso una Repubblica composta (*composita Respublica*), formata da unità preesistenti in tutto il

territorio e organizzate con diverse formule istituzionali; esso, perciò, è in grado di accogliere meglio dello Stato le differenze tra le popolazioni.

Quando agisce diplomaticamente, oltre a non concentrare il potere attorno ad un unico centro, tiene conto delle diverse entità politiche e del loro potere e tenta di continuo di mantenere un equilibrio tra le diverse parti e il tutto; ed ancora, invece di pensarsi come suprema autorità e come unica fonte della legge, l'Impero costituisce un regime basato sulla divisione del potere, sui negoziati e la giurisprudenza (che costituisce un accomodamento del diritto al caso); infine, l'Impero, anziché usare il suo potere per creare un monopolio politico, una giurisdizione esclusiva e una amministrazione uniforme, si caratterizza come una forma di governo che richiede la collaborazione e considera la (inter-)dipendenza tra le parti¹⁰⁸.

La storia insegna che l'Impero si è formato in molte occasioni per la difesa, e cioè per garantire la cooperazione tra le persone che devono unirsi per combattere un nemico comune e questo costituisce un tratto in comune con le Federazioni; ma non sempre le guerre combattute dall'Impero sono utili a tutti i suoi componenti¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Tutti questi aspetti si possono dire dipendenti dalla connessione tra "Ordnung" e "Ortung", e cioè tra l'ordinamento concreto e la localizzazione (C. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., 19-29). In una visione attualizzata dal pieno dispiegarsi dell'internazionalizzazione dell'economia, si può fare riferimento al concetto di "glocalizzazione", termine introdotto nel dibattito sulla globalizzazione dal sociologo Roland Robertson (*Globalizzazione: teoria sociale e cultura globale* (1992), trad. it., Trieste 1999) e ripreso da Zygmunt Bauman (*Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma 2005; ID., *On Glocalization: or Globalization for some, Localization for some Others*, in *Thesis Eleven*, 1998, 54 (1), 37-49).

¹⁰⁹ L'Impero e la Federazione, invero, hanno molti elementi comuni che li caratterizzano. Entrambe queste forme politiche si basano su più livelli di governo (*multi-level government*), ordinate su diverse scale territoriali e con alcune sovrapposizioni; si fondano sul principio della distinzione dei poteri e, al contempo sulla collaborazione verticale tra centro e periferia, così come sulla collaborazione orizzontale tra le varie unità politiche. Tuttavia, l'Impero è una formula politica che si distingue da una Federazione, perché quest'ultima ripete i caratteri dello Stato, come i confini certi e riconosciuti, e si basa sulla parità giuridica degli Stati membri; mentre l'Impero non ha confini fissi, ha collegamenti differenti con le entità politico-territoriali che ricomprende ed è caratterizzato da asimmetrie istituzionali che riguardano il territorio e l'economia, nonché i poteri riconosciuti alle diverse unità. H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., 117 ss., contrappone lo Stato federale, come forma di Stato (unitario) e la Confederazione come formazione del diritto internazionale. La tesi kelseniana, però, ha una sua peculiarità che si spiega anche con l'esperienza del federalismo austriaco, ma soprattutto con la sua concezione del diritto, esternata in *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), trad. it. Milano 1989, e successivamente in *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino 1990.

Da ultimo, l'Impero ha in comune con lo Stato (atteso che sono entrambe forme politiche), che può essere ordinato al suo interno in modo democratico o autocratico, nonché secondo un regime misto, e da questo punto di vista esso non è affatto refrattario ai principi del costituzionalismo, della libertà e del riconoscimento dei diritti¹¹⁰.

Un Impero in senso moderno, perciò, può essere una “comunità di diritto” democratica, può ricomprendere la rete delle città, le regioni con la loro autonomia e gli Stati, sia grandi e sia piccoli, assicurando una collocazione ad ognuno di tipo non concorrenziale e, per via dell'interdipendenza causata dall'internazionalizzazione dell'economia, che non può essere soddisfatta da un attore unitario, in sé concluso e di dimensioni limitate, l'Impero rappresenta una forma politica in grado di favorire la cooperazione transnazionale e la coesistenza pacifica. Questa conclusione – come si comprende agevolmente – si attaglia molto bene al caso dell'Unione europea¹¹¹, anche se sembra patire non poche difficoltà dovute alle carenze politiche dei Trattati europei e alle vicende della crisi economica, della pandemia e adesso della guerra russo-ucraina¹¹².

¹¹⁰ V. in tal senso J.M. COLOMER, *Empires Versus States*, cit., 2 ss.

¹¹¹ L'espressione “comunità di diritto” riferita all'Unione europea si deve alla Corte di giustizia dell'UE (sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts/Parlamento*, in Racc., 1986; anche parere del 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 19). Sulla configurazione dell'Unione europea come un “Impero”, v. U. BECK, E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita. Società e politica nella seconda modernità* (2004), trad. it., Roma 2006; nonché J. ZIELONKA, *Europe as Empire. The Nature of the Enlarged European Union*, Oxford 2006. Il carattere asimmetrico del sistema europeo, che lo fa somigliare ad un impero, meriterebbe un approfondimento autonomo, in relazione alla formazione di un vero centro europeo che potrebbe darsi solo con un processo di federalizzazione dell'Unione europea. Invero, la realtà europea mostra come il processo di integrazione europea sia sempre in bilico tra costituzionalizzazione e ritorno al diritto internazionale (sia consentito rinviare a S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Diritto e Società*, 2016, 1, 11-58).

¹¹² V. A. WIRSCHING, *Demokratie und Globalisierung. Europa seit 1989*, München 2015; nonché, S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, in ID. (Ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Heidelberg 2017, 189 ss.; ID., *Covid-19 and European Union. The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European Integration*, in IPOF, 2021, 1, 17-48.

10. *Forma Stato e attualità dell'Impero come polity*

Con la fine dei grandi imperi continentali, la conclusione del colonialismo e la formazione di Stati, nel primo come nel secondo dopoguerra, la nozione stessa di "Impero" sembra uscire dalla riflessione degli studiosi delle forme politiche e costituzionali, per entrare nel dimenticatoio del pensiero politico.

La prevalenza della forma statale, da una parte, e la presenza di una Comunità internazionale composta da soli Stati, con qualche limitata eccezione, faceva supporre l'estinzione stessa dell'idea imperiale e il ritorno al modello classico del Diritto internazionale. Per contro, i processi di globalizzazione in corso, comprese le diverse fratture che li caratterizzano, mostrano come si possa considerare pienamente attuale l'idea stessa di "Impero"¹¹³.

La profezia di Carl Schmitt, richiamata all'inizio, si è pienamente compiuta e possiamo contare oggi una Comunità internazionale composta da Stati nel senso più tradizionale del termine, la cui sovranità, però, è condizionata dalla complessità e dall'interdipendenza globale, e grandi Stati di dimensione imperiale che acquisiscono questa consapevolezza e richiedono di esercitare una maggiore influenza nelle scelte del mondo; accanto a questi Stati si collocano veri e propri Imperi che esercitano la loro sovranità nei confronti degli altri soggetti della Comunità internazionale, agiscono in contrapposizione e condizionano il mondo globale.

Assistiamo così ad un ordine internazionale composito che richiede una costante ed esaustiva riflessione sui due ordini giuridici che è difficile comparare e collocare uno accanto all'altro: l'Impero e lo Stato. Entrambi rappresentano due categorie concettuali che rimandano al passato, quanto meno a quello della storia medievale e moderna, per non parlare degli imperi più antichi; entrambi costituiscono due sistemi di governo, anche se diversi; entrambi esprimono una forte attualità, per via dei processi di internazionalizzazione dell'economia; di qui, perciò, l'interesse della riflessione.

I giuspubblicisti contemporanei soprattutto quelli continentali hanno

¹¹³ V. a tal riguardo i contributi apparsi tutti in *Ethics & International Affairs*, 2003, 17 (2), sotto il titolo *The Revival of Empire*, 34, dovuti a J. PURDY, *Liberal Empire: Assessing the Arguments*, 35 ss.; P.B. MEHTA, *Empire and Moral Identity*, 49 ss.; J.B. ELSHTAIN, *International Justice as Equal Regard and the Use of Force*, 63 ss.; R.H. WADE, *The Invisible Hand of the American Empire*, 77 ss.; D.S. GREWAL, *Network Power and Globalization*, 89 ss.

una formazione scientifica fortemente “stato-centrica”. Questa impostazione, ammesso che lo sia mai stata, non è certamente più adeguata, basti pensare alla produzione e all’applicazione delle regole giuridiche, solo in minima parte realmente imputabili alle fonti del diritto dello Stato; ma la tradizione, i limiti della politica, la fragilità della società e il modello di formazione culturale, per quanto comprensivi possano essere di tematiche come l’internazionalizzazione dell’economia (con la *lex mercatoria*, ICT, la globalizzazione e la mondializzazione) e come la stessa integrazione europea (nata dalla teoria ordolibérale), continuano a spingere gli studiosi verso la dimensione statale. Il Diritto dello Stato (*Staatsrecht*) è la loro disciplina. Questa disciplina è chiusa in sé e non considera le interdipendenze in cui vive lo Stato oggi, o – se le considera – le vede come una forma di eccezione al paradigma centrale che resta quello statale.

La miopia della politica contemporanea, inoltre, ritiene molto spesso che il rifugiarsi entro il mito della “sovrànità” possa essere un modo per garantire i diritti (soprattutto quelli sociali), secondo la tendenza del sovranismo di sinistra, e per ridare ordine anche alla Comunità internazionale, secondo la tendenza del sovranismo di destra.

Ciò, in realtà, sta comportando un ritardo considerevole nella comprensione dei fenomeni giuridico-istituzionali che pervadono ogni giorno le nostre società e culmina, molto spesso, in risposte ai problemi che non hanno possibilità di riuscita. Così, proprio l’idea che si possano affrontare le interdipendenze con una ripresa dell’idea di Nazione o di sovranità nazionale e con gli slogan che il Governo deve pensare per prima cosa ai propri cittadini, evoca una idea di confine e di straniero di altri tempi.

Il ripensamento dello Stato, peraltro, è ormai da tempo una necessità; già negli anni ’80 del secolo scorso le scienze sociali auspicavano un “ritorno dello Stato”, cioè si chiedevano come rilanciare la forma Stato, oltre che all’interno, anche nel contesto internazionale; e ancora di recente la crisi pandemica e il conflitto russo-ucraino, hanno fatto pensare ad un ritorno dello Stato con una riespansione della sfera pubblica ed economica nazionale¹¹⁴.

Invero, come è logico pensare, la crisi dello Stato è stata lo specchio anche di una crisi della comunità internazionale, entrata in tensione proprio con l’assetto determinatosi dalla fine della seconda guerra mondiale e la formazione dei blocchi sotto l’egida della “guerra fredda”, basata

¹¹⁴ In tal senso S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna 2016; ID., *La nuova Costituzione economica*, Bari 2021, II ed., 397 ss.; nonché G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna 2022.

sulla contrapposizione tra economia capitalista ed economia pianificata e socialista, e sulla distinzione tra liberaldemocrazia e democrazia popolare. Anche se esisteva una posizione ulteriore nello scenario internazionale, quella dei “Paesi non allineati” e dei vari movimenti politici che perseguivano la c.d. “terza via”.

Ciò almeno sino alla caduta del muro di Berlino (9 novembre 1989) a cui è legata la progressiva dissoluzione dei blocchi e l'accentuazione nel corso degli anni '90 di un modello globale, che ha imposto anche la considerazione di realtà non statuali o non pienamente statuali (si pensi all'Africa) nello scenario della comunità internazionale, e ha visto l'allargamento del commercio internazionale, dando luogo al fenomeno delle economie emergenti dei Paesi BRICS.

Oggi, dopo gli accadimenti legati all'attacco alle torri gemelle (11 settembre 2001), come l'iniziativa occidentale contro l'Iran, l'Iraq e l'Afghanistan, il califfato di al-Qa'dia e il tentativo di formare uno Stato islamico, e le vicende successive legate alla crisi economico-finanziaria dei derivati prodotti dalle banche di affari americane, l'esplosione della pandemia proveniente dalla Cina, la fine della presenza occidentale in Afghanistan e, di recente, la guerra russo-ucraina, si assiste nel mondo globalizzato a delle fratture che mettono in discussione il precario equilibrio internazionale sorto dopo la fine del blocco sovietico e che profilano nuove confrontazioni nella Comunità internazionale che riguardano in primo luogo proprio quelle unità per le quali si può adoperare la parola “Impero”¹¹⁵. Queste realtà sono una forza ormai caratterizzante della Comunità internazionale e condizionante della formazione e dell'applicazione del diritto internazionale, e costringono i governi nazionali degli Stati a dirimere conflitti e problemi inediti delle loro comunità.

Sicuramente molte ombre di natura politica ed economica si proiettano quotidianamente, non solo sulla sicurezza internazionale, ma anche su questioni fondamentali di carattere economico-sociale che riguardano gli individui, come l'energia, l'ambiente, il cibo, la salute, le materie prime e, non ultimo, sugli stessi diritti umani, per non parlare poi delle “paure” derivate dalle condizioni internazionali, come le migrazioni, i virus e la penetrazione della privacy che alimentano la disuguaglianza sociale, la paura nell'altro e l'insicurezza privata¹¹⁶.

¹¹⁵ È questo il punto di approdo del volume di H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit. 359 ss.

¹¹⁶ V. Z. BAUMAN, *Danni collaterali. Disuguaglianze sociali nell'età globale* (2011), trad. it., Bari 2013; v. anche D. QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie* (2012),

Allorquando per questi problemi si genera un conflitto, le forze imperiali sono direttamente interessate e ogni “disequilibrio” politico si dovrebbe risolvere attraverso la ricerca di un nuovo equilibrio, secondo uno schema antico che cerca di sostituire il conflitto (la guerra) con le relazioni internazionali.

A tal riguardo, è interessante osservare come la presenza di conflitti anche armati non abbia interrotto, né bloccato del tutto i processi di internazionalizzazione dell’economia, ma le fratture non sanate dalle relazioni internazionali contemporanee sembrano consolidare la tendenza verso la formazione di vere e proprie piattaforme geopolitiche o blocchi regionali che determinano, se non veri e propri confini politici, quanto meno delle “frontiere” anche di carattere ideologico e culturale.

11. *Il ruolo degli Stati e le “nuove relazioni tra grandi potenze”*

Tutto ciò, consente di accettare l’idea che esiste una attualità dell’Impero, come formazione che determina un assetto politico peculiare e imponga agli Stati e alla Comunità internazionale un diverso e nuovo modo di rapportarsi.

Invero, la storia della Comunità internazionale da Westfalia in poi ha sempre conosciuto la tensione tra gli Stati per raggiungere dimensioni e movenze imperiali. L’Europa, anche da questo punto di vista, costituisce un esempio storico, dal momento che l’equilibrio di Westfalia si reggeva proprio sulla vicinanza di Stati grandi e Stati piccoli, con la pretesa della stessa Austria-Ungheria di conservare il titolo del Sacro Romano Impero di lingua tedesca e, sotto quest’egida, di continuare una politica di espansionismo territoriale; così come la Francia che rivendicò e ottenne le terre spagnole del Nord (Fiandra) e del Sud (Perpignan e Rossignol), e come la Prussia che ottenne dai trattati di pace alcuni vantaggi territoriali che consolidò successivamente con la fusione con il Brandeburgo e con la realizzazione della continuità territoriale dei suoi possedimenti.

Quanto agli assenti alle negoziazioni della pace di Westfalia, Inghilterra, Russia e Polonia, la prima era da tempo un impero che sarebbe stato perfezionato in seguito con l’unione d’Inghilterra e Scozia nella Gran Bretagna, nel 1707; e la Russia, con Pietro I, nel 1721, si elevava al

rango di Impero dopo la vittoria sulla Svezia; mentre la Polonia (*rectius*: la Confederazione polacca-lituana) non riuscì ad arrivare al Congresso di Vienna, per via della terza spartizione (1795) e nonostante il tentativo di Napoleone di dare vita al Granducato di Varsavia.

La Francia di Napoleone rivendicò il titolo imperiale (1804) e nel trattato della pace di Presburgo, firmata il 26 dicembre 1805, l'Austria fu costretta a rimettere il titolo imperiale del Sacro Romano Impero e, al contempo, a riconoscere Napoleone come imperatore.

Quando si arriva all'Europa del Congresso di Vienna (1815), le formazioni imperiali erano pienamente riconosciute e avevano accanto a loro un complesso di Stati che tali erano, compresa la Prussia, e che non potevano aspirare ad una crescita territoriale in grado di farli competere con gli Imperi presenti al Congresso.

In quel sistema, nel quale Metternich, per l'Austria, e Castlereagh, per la Gran Bretagna, puntarono alla costruzione di un equilibrio europeo di lungo periodo, la funzione degli Stati rispetto agli Imperi era quella di evitare che si arrivasse ad una confrontazione diretta di questi ultimi e, perciò, la loro funzione era di interposizione, in modo da evitare che, in caso di conflitto, si potesse assistere ad uno scontro diretto tra Imperi. La "diplomazia della Restaurazione", in tal senso, aveva dato all'Europa un assetto definito dal limite che Stati e Imperi insieme si davano per salvaguardare la pace raggiunta dopo gli sconvolgimenti napoleonici¹¹⁷.

Non è un caso che quando successivamente, per opera della Prussia, si diede vita all'Impero germanico (1871), questa condizione mutò, essendosi dissolta la presenza di Stati nell'Europa continentale, con la conseguenza che i quattro imperi continentali tutti confinanti tra loro, entrarono in uno stato di tensione crescente. La Prussia, che aveva condotto una politica di espansione territoriale sin dalla pace di Westfalia, giunse ad essere, con la proclamazione del Reich tedesco, la più forte potenza europea, grazie alle vittorie ottenute nei campi di battaglia¹¹⁸, diede al

¹¹⁷ H. KISSINGER, *La diplomazia della Restaurazione*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Prima nei confronti della Danimarca (1864-65) e dell'Austria (1866), dalle quali nacque la prima formazione federale tedesca, e cioè il Norddeutscher Bund, e dopo contro la Francia (1871), grazie alla quale ottenne l'Alsazia-Lorena. La Costituzione del Norddeutscher Bund (16 aprile 1867) consolidò la forma di stato federale e istituì la forma di governo del cancellierato con un parlamento bicamerale con una camera in rappresentanza diretta dei cittadini (Bundestag) e l'altra in rappresentanza degli Stati attraverso i rappresentanti dei rispettivi governi nazionali (Bundesrath). Questa struttura federale e governativa fu confermata nella Costituzione del Reich (16 aprile 1871), con l'ingresso nella Federazione degli Stati tedeschi del sud, eccezion fatta per l'Austria.

continente europeo un nuovo assetto, ma allo stesso tempo si pose al centro delle tensioni europee, con le dispute sia ad ovest con la Francia, che ad est con la Russia. Queste dispute furono contenute sino a quando la politica estera tedesca era condotta dal Cancelliere Bismarck, ma le tensioni nelle relazioni europee divennero sempre più manifeste dopo il suo allontanamento, dovuto al conflitto con il Kaiser Guglielmo II (1890). Questi volle prima rivaleggiare sul mare con la potenza inglese, costruendo una grande flotta tedesca, e successivamente puntò ad una estensione dell'impero attraverso la guerra. In appena cinque anni (1914-1919) la catastrofe della prima guerra mondiale segnò la fine di ben tre Imperi e la definitiva acquisizione dell'Alsazia-Lorena da parte della Francia, che nel frattempo era diventata (nuovamente) una Repubblica.

C'è un parallelo tra quella realtà europea e il mondo globale di oggi?

Se assumiamo il criterio espresso da Henry L. Stimson, nel 1941, e riteniamo che il mondo sia diventato meno esteso e disperso che in passato e più prossimo e interdipendente, potremmo rispondere affermativamente.

Anche il mondo globale attuale è composto da Stati e Imperi e sono questi ultimi che orientano le scelte politiche internazionali e, molto spesso, pure quelle nazionali. Gli Stati, pur tuttavia, possono ancora interporli tra gli Imperi e funzionare nell'ordine internazionale, tanto da componenti conflittuali e di confrontazione generando tensioni di potere e pericoli di guerra, incrinando l'equilibrio e il funzionamento dello stesso ordine internazionale; quanto da tramiti dei compromessi possibili tra gli Imperi, dando luogo a periodi di equilibrio e di pace e sicurezza, incrementando relazioni internazionali flessibili, la legittimità del riconoscimento reciproco tra gli Imperi e la loro cooperazione.

Un sintomo sicuro di disequilibrio dell'ordine e delle tendenze multipolare si ha quando le azioni di Stati e i comportamenti degli stessi Imperi determinano una confrontazione diretta, giacché ciò significa che il mondo evolve verso blocchi regionali o piattaforme geopolitiche rigide, che concentrano il potere, riducono il novero degli attori internazionali e accentuano il desiderio e i pericoli di una reciproca sopraffazione anche attraverso l'uso defatigante delle operazioni militari¹¹⁹.

I conflitti regionali dell'ultimo decennio, compresa la guerra russo-ucraina, sembrano un chiaro sintomo di questa condizione critica delle relazioni internazionali.

¹¹⁹ V. H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 369.

Il pericolo maggiore, nelle condizioni presenti, è che crisi del genere, anche per via del livello tecnologico raggiunto, possano finire con il coinvolgere l'intera umanità con effetti catastrofici per vincitori e vinti, o, peggio ancora, tali da non avere vincitori.

Al di là della finalità della pacifica convivenza della Comunità internazionale, è bene precisare che gli Stati contemporanei non possono sopportare a lungo un fronte armato, anche se limitato, e la necessità di alternare a periodi di guerra, periodi di tregua è un'esigenza di sopravvivenza. Anche gli Imperi più potenti, per i quali a volte si possono dare più conflitti armati contemporanei, possono soffrire della stessa condizione di insufficienza ed essere spinti a preferire una tregua e le trattative di pace, piuttosto che continuare le operazioni militari.

Questa circostanza di fatto, tuttavia, non porta di per sé a scongiurare il pericolo di una "guerra totale globale" – come quella cui alludeva Carl Schmitt – soprattutto se questa possa avere a suo fondamento l'assolutizzazione di una idea politica o di una identità, con i suoi valori, che rendono incompatibile e contraddittoria la coesistenza.

L'unica via, per cercare di evitare un esito fatale e di mantenere una convivenza pacifica internazionale, sembra passare per la relativizzazione di ogni posizione, senza tentativi di conversione di mondi che hanno ispirazioni diverse e senza la violazione degli "interessi vitali" di ciascuna entità della comunità internazionale¹²⁰.

Di conseguenza, paradossalmente, dovremmo accettare, come un dato di fatto, che persino i diritti umani e la democrazia siano intesi in modo diverso dagli Stati che hanno sottoscritto le medesime Carte internazionali e siedono tutti insieme nell'Assemblea delle NU.

Per mantenere attive le relazioni internazionali, a questo punto, dovrebbe essere sufficiente, in primo luogo, il consenso sui problemi comuni che solo la Comunità internazionale, nel suo insieme, può affrontare, come l'ambiente, l'energia, il cibo, la salute, i divari territoriali e le migrazioni, ecc.; così come spetta alla Comunità internazionale la cura di tutte quelle interdipendenze che sono derivate dallo sviluppo della scienza e della tecnologia, non essendo affatto indifferente l'uso che di queste faccia ciascun componente della stessa Comunità internazionale; basti pensare, in proposito, agli ogm, ai vaccini, all'energia nucleare, all'ICT,

¹²⁰ In tal senso, la proposta di H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit. 150, è quella di una progressiva giuridificazione dei rapporti internazionali attraverso accordi che in caso di contestazione possano dare luogo ad una risoluzione dei conflitti "secondo diritto" davanti ad una "corte internazionale con giurisdizione obbligatoria".

alle vie di comunicazione, allo spazio, ecc., per comprendere l'importanza della collaborazione internazionale; e, infine, va riconosciuto alla Comunità internazionale il compito di promuovere la conservazione del pianeta, l'incarico di salvaguardare le risorse naturali, e la missione di valorizzare le culture e le tradizioni dei popoli della terra.

Affinché si possano assolvere questi compiti e scongiurare tensioni e conflitti tra Stati e Imperi, è necessario che le concrete funzioni della Comunità internazionale siano accettate come limiti da ogni Entità, grande o piccola, di questa e che le relazioni tra queste siano determinate da un complesso di regole procedurali che garantiscano la stessa neutralità e la stessa apertura a tutti i partecipanti, così come li assicurò lo *Jus publicum europaeum*, ai tempi della pace di Westfalia, agli Stati europei.

Negli Accordi tra Stati Uniti e Cina (2013) vi è anche l'impegno solenne a costruire "un nuovo tipo di relazioni tra grandi potenze"¹²¹. L'espressione è alquanto suggestiva, ma il suo contenuto non è pienamente definito e, in ogni caso, non è esteso alle altre grandi potenze e risulta ancora privo di obbligatorietà giuridica.

È possibile, inoltre, che anche queste "nuove relazioni" come già quelle originarie di Westfalia, trascurino il tema della legittimità del potere, per cui, "per raggiungere un autentico ordine mondiale, i suoi componenti, pur mantenendo i propri valori, devono acquisire una seconda cultura che è globale, strutturale e giuridica: un concetto di ordine che trascende le prospettive e gli ideali di qualsiasi regione o nazione"¹²².

Se questo è il punto di approdo dello scenario internazionale attuale, allora, occorre concludere che il meglio è dato da una concorrenza, fatta da Stati e Imperi insieme, che si mantenga entro condizioni accettabili in modo da rendere sempre calcolabile l'equilibrio del potere in ragione della pace; ma, se ciò è vero, non solo le relazioni economiche della glo-

¹²¹ Presentato per la prima volta il concetto di "nuovo tipo di relazioni" durante il secondo "Dialogo Strategico ed Economico" tra Cina e Stati Uniti nel maggio 2010, venne ribadito, due anni dopo, da Xi Jinping, nella sua visita negli Stati Uniti in qualità di vice presidente. L'invito a dar forma al nuovo modello di relazioni tra grandi potenze intendeva sottolineare che, sebbene questo tipo di diplomazia non avesse precedenti, sicuramente sarebbe diventato un punto di riferimento per il futuro (P. MATTIS, *Out with the New, In with the Old: Interpreting China's 'New Type of International Relations'*, in *China Brief*, Volume XIII, Issue 9, April 25, 2013). Nell'incontro tra Xi Jinping e Obama del giugno 2013, il Presidente cinese ha definito il nuovo modello di relazioni in tre principi cardine dei rapporti tra i due stati: evitare il ricorso al conflitto, rispetto reciproco e cooperazione vantaggiosa per tutti (REN XIAO, *Modeling a "New Type of Great Power Relations": A Chinese Viewpoint*, in *The Asian Forum*, October 4, 2013).

¹²² H. KISSINGER, *Ordine mondiale*, cit., 371.

balizzazione, e cioè i mercati e gli scambi finanziari, bensì anche l'ampiezza e la qualità della legittimità che vanta ogni membro della Comunità internazionale e che dà luogo all'equilibrio di potere della stessa Comunità, diventa un elemento della concorrenza internazionale¹²³.

¹²³ Così, da un lato, si tratta di instaurare un sistema formale di relazioni, scevro da ogni giudizio di valore e collegato ad un sistema procedurale condiviso, che ricalchi insomma i tratti del sistema di Westfalia, adattato ad un mondo che non è più quello dell'Europa del XVII secolo. A questa stregua, ciò che bisognerebbe assicurare, sarebbe essenzialmente un sistema di relazioni internazionali autenticamente multipolare, basato sull'equilibrio di poteri e sul concerto dei poteri che spetterebbe agli Stati e agli Imperi insieme gestire e garantire. Dall'altro lato, proprio su questo versante dovrebbe permanere la concorrenza. In tal senso, le relazioni internazionali dovrebbero fondarsi su Entità che abbiano innovato sui modi di esercizio del potere. Il tema non riguarda semplicemente l'efficienza della struttura di governo di ogni Paese, quanto piuttosto i valori politici che si inverano e che determinano, oltre all'attrattiva del modello, la legittimità e la qualità delle relazioni internazionali. In tal senso, ad esempio, si può concludere che permanga in una Comunità pacificata, una netta distinzione tra ordinamenti che danno luogo allo sviluppo dei diritti di libertà e ad una democrazia reale e diffusa, e ordinamenti che si ispirano a valori autoritari di comando e controllo (v. J. MICKLETHWAIT, A. WOOLDRIDGE, *The Fourth Revolution. The Global Race to Reinvent the State*, New York, Penguin Press, 2014; J. MICKLETHWAIT, A. WOOLDRIDGE, *The Virus Should Wake Up the West*, Bloomberg, 13 April 2020 (<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-04-13/coronavirus-pandemic-is-wake-up-call-to-reinvent-the-state>); K. SCHWAB, T. MALLERET, *Covid-19: The Great Reset*, cit., 89 ss; G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit., 93 ss.).

LA TUTELA DEI PRINCIPI DELLA FINANZA LOCALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'autonomia comunale, oggi. – 2. La perdurante inattuazione dei principi costituzionali sull'autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali. – 3. La tutela dell'autonomia finanziaria locale nella giurisprudenza costituzionale: profili processuali. – 4. Le prime due fasi della giurisprudenza costituzionale, tra conformazione dell'autonomia locale e affermazione delle garanzie “minime” degli enti territoriali. – 5. *Segue*. La terza fase, dall'inattuazione dei principi costituzionali alla limitazione dell'autonomia tributaria dei Comuni. – 6. La perequazione comunale: profili critici. – 7. *Segue*. La sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2021 sul Fondo di solidarietà comunale. – 8. La difficile tutela dei principi della finanza locale ai tempi dell'emergenza pandemica e della crisi economica. – 9. Considerazioni conclusive: l'inarrestabile declino dell'autonomia finanziaria comunale.

1. *Premessa: l'autonomia comunale, oggi*

Una riflessione che intenda affrontare il tema della tutela dei principi della finanza locale nella giurisprudenza costituzionale oggi non può che partire dai programmi e dagli strumenti di attuazione del *Next Generation Europe* (NGEU), entro il quale si colloca la riflessione del Convegno odierno. Sia con riguardo alle Zone economiche speciali del Mezzogiorno (c.d. ZES), sia con riguardo alle altre aree geografiche non pochi interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (d'ora in poi:

* Il presente contributo costituisce la versione rielaborata e ampliata della Relazione svolta al Quarto Convegno Nazionale di Contabilità Pubblica «Il Comune nella finanza globale: i conti pubblici nel “front office” dello Stato alla prova del NGUE» promosso dal Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia e dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Pisa e tenutosi il 16-17-18 dicembre 2021 a Venezia presso l'Università Ca' Foscari.

PNRR) sono rivolti a promuovere l'autonomia locale, anche attraverso il partenariato pubblico/privato, e fanno spesso riferimento al ruolo che dovrebbero assumere i Comuni al fine di ottimizzare l'allocazione delle risorse.

A tali fini, ciò che deve essere maggiormente sottolineato nella presente prospettiva di analisi è che il PNRR dedica un apposito paragrafo all'attuazione del federalismo fiscale anche con specifico riguardo alla finanza locale¹. In effetti, nonostante il susseguirsi di Commissioni e Tavoli tecnici, "governati" dal Ministero dell'Economia e della Finanza, a tredici anni dalla sua entrata in vigore, la legge 5 maggio 2009, n. 42 (*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 della Costituzione*) è ancora ben lungi dal trovare attuazione, come comprovato dai ripetuti rinvii contenuti nelle leggi di bilancio e nei decreti-legge degli ultimi anni². Non trova quindi applicazione ciò che tutt'oggi costituisce diritto vigente nella parte in cui è previsto, anche per il livello locale, il finanziamento delle funzioni connesse ai livelli essenziali a costi *standard* mediante compartecipazioni, tributi propri e quote del fondo perequativo, nonché, contestualmente, la soppressione dei trasferimenti erariali agli enti locali. Non si è quindi completato quel disegno riformatore che prevede, anche per gli enti locali così come per le Regioni, forme differenziate di finanziamento in relazione alla tipologia di funzioni quale combinazione possibile di finanza autonoma e compartecipata in relazione ai bisogni dei territori. All'opposto, il legislatore statale ha stabilito stringenti limiti alla manovrabilità dei tributi locali³.

¹ Si veda il paragrafo dedicato agli Interventi speciali per assicurare la Coesione territoriale che prevede diverse direttrici di intervento rivolte al «Rafforzamento della Strategia nazionale per le aree interne, attraverso misure a supporto del miglioramento dei livelli e della qualità dei servizi scolastici, sanitari e sociali» (PNRR, 216 ss.).

² Dall'art. 1, comma 778, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*) all'art. 31-*sexies* del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 18 dicembre 2020, n. 176, inserito in sede di conversione. Quest'ultimo, in attesa del «riordino del sistema della fiscalità locale» (e della connessa riforma degli estimi catastali), ha disposto l'ennesimo "rinvio del federalismo fiscale", differendo al 2023 i termini in materia di autonomia tributaria regionale (rideterminazione dell'addizionale IRPEF a favore delle Regioni a statuto ordinario; rideterminazione della compartecipazione all'IVA; soppressione dei trasferimenti dello Stato a tali Regioni; istituzione del fondo perequativo).

³ Cfr., ad esempio, l'art. 1, comma 42, lett. a), della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il*

Quanto detto ha determinato il sostanziale disallineamento tra la legislazione finanziaria statale degli ultimi dieci anni e l'autonomia finanziaria garantita dall'art. 119 Cost. Pertanto, tutt'oggi, anche il riordino della fiscalità locale, proprio a causa del percorso seguito dal legislatore, non può prescindere dalla riforma degli estimi catastali, come dimostra, da ultimo, il disegno di delega fiscale presentato dal Governo Draghi⁴ e come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 220 del 2021 sul Fondo di solidarietà comunale su cui si avrà modo di tornare ampiamente⁵. Infatti, in tale decisione, pur con una pronuncia di non fondatezza, il Giudice delle leggi ha accertato che gli effetti distorsivi del sistema di perequazione comunale discendono dal mancato adeguamento dei valori catastali degli immobili⁶.

L'inattuazione dei principi sull'autonomia finanziaria e del principio del finanziamento integrale delle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo (art. 119, quarto comma, Cost.), da cui discende l'onere di assicurare la corrispondenza tra funzioni e risorse, assume particolare rilievo nel caso dell'ente locale. Infatti, se dotati di adeguate risorse, i Comuni potrebbero costituire strumento di sviluppo economico in quanto enti maggiormente prossimi ai bisogni e agli interessi dei cittadini.

In questo contesto, nell'affrontare il tema dei principi della finanza locale e, in particolare, la loro tutela davanti al Giudice delle leggi, occorre preliminarmente ricordare che anche l'assetto della finanza e dei tributi degli enti sub-statali sconta tutt'ora l'incompiuta attuazione dei

triennio 2017-2019), che ha prorogato la sospensione dell'efficacia delle leggi regionali e delle deliberazioni degli enti locali nella parte in cui prevedono aumenti dei tributi e delle addizionali attribuiti alle Regioni e agli enti locali con legge dello Stato rispetto ai livelli di aliquote o tariffe applicabili per l'anno 2015, disposta dall'art. 1, comma 26, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016*).

⁴ Cfr. XVIII legislatura, A.S. 2651 “Delega al Governo per la riforma fiscale” che, all'art. 6, contiene i “Principi e criteri direttivi per la modernizzazione degli strumenti di mappatura degli immobili e la revisione del catasto dei fabbricati” rivolti a: a) realizzare la modifica del sistema catastale degli immobili per facilitare l'individuazione e la corretta classificazione degli immobili; b) assicurare l'integrazione delle informazioni presenti nel catasto dei fabbricati. Su tale disegno di legge, in dottrina, cfr. G. SELICATO, S.A. PARENTE, *La “riforma del catasto fabbricati” nella recente proposta di delega per la revisione del sistema fiscale: linee di sviluppo e criticità*, in *Rivista di diritto tributario*, 16 dicembre 2021.

⁵ V, *infra*, par. 7.

⁶ Cfr. sent. n. 220 del 2021, punto n. 5.2.2 del “Considerato in diritto”.

principi costituzionali, come ripetutamente osservato dalla giurisprudenza costituzionale, anche nella fase successiva alla legge n. 42 del 2009 e ai relativi decreti legislativi attuativi⁷.

Ciò ha consentito di giustificare incursioni del legislatore statale in materie di competenza regionale in ragione della perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost., che disciplina e garantisce l'autonomia finanziaria e tributaria degli enti territoriali, con incisivi riflessi sull'autonomia locale. Basti pensare, a titolo di esempio, ai processi di riordino degli enti locali messi in moto dalla legge 7 aprile 2014, n. 56 (*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*), integralmente governati dal "centro" con l'avallo della Corte costituzionale, o ad ambiti materiali come il trasporto pubblico locale, rispetto al quale il Giudice delle leggi ha più volte affermato che, a causa della mancata attuazione del federalismo fiscale, devono ritenersi giustificati meccanismi che penalizzano l'autonomia finanziaria locale in quanto necessari ad assicurare il finanziamento dei servizi, pur affermando l'esigenza di garantire l'intesa in Conferenza Stato-Regioni (o in Conferenza Stato-Città ed autonomie locali) per il riparto delle risorse trasferite⁸.

Al riguardo, occorre ricordare che l'art. 119 Cost., pur delineando un modello sufficientemente "aperto" di finanza territoriale, suscettibile di oscillazioni ora in favore del principio autonomistico, ora a tutela delle istanze unitarie, pone garanzie *direttamente* a presidio degli enti per assicurare il principio di autogoverno delle comunità locali e la differenziazione nell'esercizio delle funzioni in relazione ai bisogni dei territori. Esso prevede infatti, anche per i Comuni, la facoltà di stabilire «*tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*». Ne consegue che il profilo maggiormente qualificante dell'autonomia – quello appunto finanziario e tributario – dovrebbe consentire agli enti locali in primo luogo di disporre dell'indirizzo di spesa e della potestà impositiva, sia pure secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario che discendono dall'art. 117, terzo comma, Cost. e, in secon-

⁷ Cfr., ad esempio, in maniera esemplificativa, sentt. n. 273 del 2013 e n. 220 del 2021.

⁸ Cfr. sentt. n. 273 del 2013, punto n. 4.3 del "Considerato in diritto"; n. 211 del 2016, punto n. 4.1 del "Considerato in diritto"; n. 78 del 2018, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto". In dottrina, cfr. F. SAIITO, *La Corte conferma la «regola dell'eccezione» in materia di fondi vincolati tra inattuazione dell'art. 119 Cost. e «imperiose necessità sociali»*, in *Giur. cost.*, n. 6/2013, 4400 ss.; M. DE NES, *Fondi statali vincolati in materie regionali: una giurisprudenza (im)prevedibile*, in *Giur. cost.*, n. 2/2014, 1979 ss.

do luogo, di assicurare il finanziamento integrale delle funzioni secondo quanto prescritto dall'art. 119, quarto comma, Cost. da cui si desume il «principio di corrispondenza tra funzioni e risorse», giustiziabile davanti alla Corte costituzionale e valevole tanto per lo Stato quanto per gli altri enti territoriali⁹. Tale principio implica che le risorse ordinarie degli enti locali – per quel che qui più specificamente interessa – derivanti dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali, dai tributi propri e dal fondo perequativo debbono consentire ad essi di «finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite». Ciò significa che l'attribuzione delle funzioni amministrative in virtù del principio di sussidiarietà non può dipendere dalla disponibilità delle risorse, dovendosi invece partire dalla distribuzione delle funzioni prescindendo dai profili finanziari per quantificare soltanto successivamente le risorse spettanti agli enti sub-statali.

A quanto detto circa le garanzie costituzionali dell'autonomia locale deve aggiungersi che la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. in materia di prestazioni patrimoniali implica la necessità di disciplinare con fonte primaria quantomeno le norme di “base” della prestazione; riserva di legge che, secondo la dottrina prevalente, può essere soddisfatta anche da fonte regionale¹⁰, lasciando così ampio spazio – sinora largamente inesplorato – in favore dell'autonomia locale.

In questa prospettiva, deve rammentarsi che il Comune costituisce una delle istituzioni fondamentali per assicurare la crescita e lo sviluppo economico, in quanto, tra l'altro, è proprio a livello locale che è più facile attrarre investimenti e favorire la ripresa. Non è certo un caso che il PNRR preveda un largo coinvolgimento degli enti locali quali “soggetti attuatori” nella realizzazione dei progetti previsti dal Piano stesso¹¹.

Al contrario, l'evoluzione dell'assetto della fiscalità comunale ha visto un consistente allontanamento dai principi costituzionali, segnando l'utilizzo del potere impositivo locale in contrasto con il principio autonomistico, in quanto spesso funzionale alle esigenze della legislazione finanziaria statale di “fare cassa” per fronteggiare oneri finanziari che discendono da vincoli imposti dalla crisi economico-finanziaria, acuita

⁹ Cfr., per lo Stato, sent. n. 22 del 2012; e, per gli enti locali, sentt. n. 82 e n. 188 del 2015; n. 10 e n. 151 del 2016.

¹⁰ Cfr., ad esempio, A. FEDELE, *Art. 23*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Art. 22-23, Rapporti civili, Bologna-Roma 1978, 29 ss.

¹¹ Al riguardo, cfr. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi*, n. 1/2022, XI s.; M. CECCHETTI, *L'incidenza del PNRR sui livelli di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 294 s.

dalla crisi pandemica, e dalle conseguenti misure adottate dalle istituzioni europee, secondo percorsi già seguiti in passato¹². Al riguardo, anche la Corte dei conti ha osservato che gli enti locali sono stati destinatari di “tagli” e di provvedimenti di riduzione delle risorse capaci di interferire con il finanziamento delle funzioni ad essi affidate in quanto non accompagnati da un parallelo incremento dell'autonomia impositiva locale¹³.

2. *La perdurante inattuazione dei principi costituzionali sull'autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali*

La necessità di rilevanti interventi normativi in materia di fiscalità locale trova il suo fondamento nella mancata attuazione dei principi espressi dal Titolo V della parte II della Costituzione.

Distinguendo “lato” delle spese e “lato” delle entrate degli enti sub-statali, quanto al primo occorre anzitutto ricordare che, specie dagli anni della c.d. legislazione della crisi (2011-2014), il coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione dei bilanci hanno impresso una forza accentratrice al riparto di competenze consentendo l'interferenza statale con qualsiasi titolo di competenza regionale. Il coordinamento finanziario può ormai esplicitarsi mediante la predisposizione di vere e proprie limitazioni frapposte allo svolgimento dell'autonomia, allorché si tratti di determinare il bilancio degli enti territoriali: nel suo complesso, nel rapporto tra entrate e spese, nelle singole voci che lo compongono e nelle riduzioni di spesa annualmente commisurate rispetto all'esercizio finanziario precedente, imposte da norme statali sempre più puntuali e dettagliate¹⁴. Sicché, pur affermando che gli effetti “emergenziali” delle crisi non possono determinare l'alterazione dell'ordine costituzionale

¹² Cfr., ad esempio, già in relazione alla crisi economico-finanziaria del 2011, G. RIVOCSECCI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2014, 170 s.

¹³ Cfr., ad esempio, Corte dei conti – Sezione autonomie, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali. Esercizi 2018-2019*, Delib. n. 7/SEZAUT/2020/FRG, ove si rileva che il calo delle entrate tributarie dei Comuni non è stato compensato da un aumento dei trasferimenti correnti.

¹⁴ Al riguardo, cfr. già A. BRANCASI, *Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, in *Le Regioni*, 2008, 1235 ss.

delle competenze¹⁵, anche la giurisprudenza costituzionale ha favorito la progressiva espansione del coordinamento finanziario, imponendo forti limitazioni di spesa degli enti sub-statali¹⁶.

La capacità della legislazione finanziaria statale di conformare l'autonomia locale, con particolare riguardo ai poteri di spesa, già consolidatasi nella fase anteriore alla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*), è divenuta particolarmente significativa per effetto della costituzionalizzazione del precetto dell'equilibrio di bilancio, esteso in maniera ulteriormente incisiva agli enti territoriali. Tali orientamenti, spesso tradottisi in veri e propri "tagli lineari" che perseguono finalità opposte al miglioramento delle priorità allocative (c.d. *spending review*), hanno finito per imporre consistenti riduzioni della spesa per sanità e servizi. In questo contesto, il deflagrare della crisi pandemica ha colto gli enti sub-statali impreparati sul piano dell'organizzazione e della provvista finanziaria.

Al riguardo, è appena il caso di ricordare che la spesa di un Comune è all'incirca per il 60-70 per cento spesa corrente e per il 30-40 per cento spesa per investimenti. È quest'ultima quella maggiormente rilevante nella prospettiva della crescita economico-sociale perché l'ente locale, in quanto ente esponenziale degli interessi della comunità di base, svolge rilevanti funzioni per garantire servizi sociali e sviluppo economico.

Le norme di attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 non hanno sempre adeguatamente armonizzato il principio dell'equilibrio con i principi costituzionali sull'autonomia finanziaria locale, imponendo, all'opposto, ulteriori vincoli in forza dell'interpretazione particolarmente restrittiva delle spese di investimento consentite agli enti locali giusto il disposto degli artt. 9 e 10 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 (*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*) in ordine alla determinazione e "calcolo" dell'equilibrio. Mentre, infatti, l'art. 119, sesto comma, Cost. per gli enti locali si limita ad escludere la possibilità di ricorrere all'indebitamento per spese diverse da quelle di investimento,

¹⁵ Cfr. sentt. n. 148 e n. 151 del 2012 e n. 99 del 2014.

¹⁶ Cfr., tra le tante, sentt. n. 169 e n. 179 del 2007; n. 289 del 2008; n. 69 del 2011; n. 139 del 2012; n. 88 del 2014; n. 143 del 2016. In dottrina, cfr. A. BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"*, in *Giur. cost.*, n. 2/2014, 1633 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica italiana*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2015, 639 ss.

la richiamata legge “rinforzata” di attuazione dell’art. 81 Cost. impone limiti quantitativi all’indebitamento consentito per spese di investimento. Queste ultime sono infatti permesse dall’art. 10 della legge n. 243 del 2012 soltanto a condizione che avvengano nel rispetto del saldo indicato dall’art. 9, comma 1, rivolto a garantire un sostanziale pareggio. In definitiva, il ricorso all’indebitamento per le spese di investimento dell’ente locale è consentito dall’art. 10 soltanto a condizione che sia conseguito il rispetto del saldo indicato se non da parte del singolo ente locale, almeno in ambito regionale, sulla base di «*intese*» concluse tra gli enti locali (comma 3), o comunque da parte del «*complesso degli enti territoriali*», sulla base di «*patti di solidarietà nazionali*» (comma 4)¹⁷.

In questo contesto, a meno di non vanificare le prescrizioni costituzionali sull’autonomia finanziaria degli enti locali, una prima linea di intervento sul lato della spesa dovrebbe essere rivolta ad innalzare il livello di generalità dei principi del coordinamento finanziario, recuperando gli originari orientamenti della giurisprudenza costituzionale¹⁸ e affidando così alla legislazione statale il compito di fissare limiti riferibili a macro-grandezze di finanza pubblica capaci, cioè, di assicurare la partecipazione delle autonomie territoriali al conseguimento degli obiettivi di governo dei conti pubblici, senza però imporre dettagliati vincoli alle singole voci di bilancio degli enti. Tale orientamento potrebbe rivelarsi utile anche nella prospettiva di un maggior coinvolgimento degli enti sub-statali nell’attuazione del PNRR.

Sul lato delle entrate, le tendenze dell’ultimo decennio hanno espres-

¹⁷ Riprendendo l’acuto spunto di S. PAJNO, *Principi, regole e clausole generali nel diritto costituzionale del bilancio*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 152 ss., il quale così argomenta in ordine alla maggiore rigidità del principio di equilibrio per gli enti sub-statali.

¹⁸ Cfr., in particolare, sent. n. 36 del 2004. Si confrontino, da un lato, la richiamata sent. n. 36 del 2004, in cui la Corte ha motivato, con diffusi argomenti, la possibilità per il legislatore statale di limitare il disavanzo e, contestualmente, la spesa corrente complessiva degli enti territoriali (limitazioni, cioè, non particolarmente incisive), e, dall’altro lato, la giurisprudenza successiva alla sent. n. 182 del 2011 – pronuncia significativa ai fini del rafforzamento della funzione di coordinamento finanziario – secondo la quale limitazioni puntuali e dettagliate alle singole voci di spesa si applicano integralmente alle amministrazioni statali, mentre vincolano quelle regionali e locali, comparto per comparto, come obiettivo complessivo di riduzione della spesa; da ciò discende la giurisprudenza successiva che rende costantemente opponibili agli enti sub-statali vincoli e limiti alle singole voci di bilancio per il conseguimento di puntuali obiettivi di finanza pubblica (tra le tante, in quanto particolarmente esemplificative, sentt. n. 139 e n. 262 del 2012; n. 22 del 2014). In dottrina, cfr. F. CORTESE, *La Corte conferma che le ragioni del coordinamento finanziario possono fungere da legittima misura dell’autonomia locale*, in *Le Regioni*, n. 4/2014, 792 ss.

so analogo disfavore nei confronti dell'autonomia locale a causa della scelta politica di mantenere una gestione largamente accentrata delle risorse, come comprovato dai numerosi rinvii contenuti nelle leggi di bilancio degli ultimi anni e in decreti-legge che, come si è detto, hanno ripetutamente posposto nel tempo l'applicazione della disciplina vigente in materia di federalismo fiscale¹⁹.

Anche sul lato delle entrate occorrerebbe quindi adeguare la legislazione statale alle prescrizioni contenute nell'art. 119 Cost., eliminando quelle norme che prevedono meri trasferimenti e assicurando contestualmente incrementi alle risorse proprie degli enti sub-statali per garantire il rispetto del principio di corrispondenza tra funzioni e risorse.

In secondo luogo, il vigente quadro normativo indica un significativo sottodimensionamento dei tributi propri regionali e locali dal punto di vista non soltanto quantitativo, ma anche qualitativo, incidendo, questi ultimi, sin dai primi tentativi del legislatore regionale, in maniera pressoché irrisoria sull'autonomia dell'ente territoriale²⁰.

In definitiva, non sono state ancora garantite le condizioni idonee ad assicurare l'effettiva autonomia tributaria regionale e locale. Queste ultime andrebbero anzitutto individuate nella capacità di garantire ambiti della potestà impositiva adeguati alle esigenze di differenziazione costituzionalmente previste. In secondo luogo, quale indispensabile premessa della garanzia dell'autonomia tributaria locale, sarebbe necessario limitare le interferenze statali sui tributi degli enti territoriali. Sotto il primo profilo, occorrerebbe verificare la possibilità di estendere quantitativamente il novero dei presupposti d'imposta affidati alla potestà impositiva regionale, valutando anche la possibilità di rimuovere dalla legge n. 42 del 2009 il divieto di doppia imposizione statale-regionale sul medesimo presupposto, comunque nel rispetto dei principi di territorialità e di continenza del tributo e facendo salva la funzione di coordinamento statale. La soluzione ipotizzata non parrebbe in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 102 del 2008 perché secondo il Giudice delle leggi la c.d. riserva di presupposto – poi “positivizzata” dagli artt. 2, comma 2, lett. o) e 7, comma 1, lett. b), n. 3) della legge n. 42 del 2009 – non discende dai principi costituzionali, ma soltanto dalla mancanza (al momento della sentenza) dei principi fondamentali di coor-

¹⁹ Sino al 2023 per effetto del già citato art. 31-sexies del decreto-legge n. 137 del 2020; termine originariamente previsto per il 2013.

²⁰ Per un approfondimento, cfr. G. RIVISECCHI, *Profili di diritto tributario nel contenzioso Stato-regioni* (luglio 2016), in *www.issirfa.cnr.it*, *Studi e interventi*.

dinamento successivamente dettati dalla legge n. 42 del 2009 che, quindi, ben potrebbero essere oggetto di modificazione alla stregua delle richiamate esigenze²¹. Sotto il secondo profilo, invece, si dovrebbero ridurre i vincoli che la legislazione statale impone alla stessa potestà impositiva regionale, sia per i (limitati) presupposti che sono ad essa riconosciuti, sia con riguardo ai tributi propri derivati.

3. *La tutela dell'autonomia finanziaria locale nella giurisprudenza costituzionale: profili processuali*

Gli orientamenti del legislatore e della giurisprudenza costituzionale sinteticamente richiamati finiscono per incidere in maniera restrittiva sull'autonomia finanziaria locale e, in particolare, sui poteri di spesa dei Comuni, senza che questi ultimi possano sempre trovare adeguata tutela davanti alla Corte costituzionale.

Occorre infatti ricordare che gli enti locali, a differenza delle Regioni, non hanno accesso diretto all'organo di giustizia costituzionale, sicché essi non fruiscono di una tutela *diretta* di fronte a potenziali lesioni della loro autonomia finanziaria e tributaria. Pertanto, stante l'impossibilità di assicurare, per altra via, il sindacato di costituzionalità sulle leggi lesive delle loro attribuzioni, i Comuni possono trovare soltanto una tutela "mediata" attraverso il promovimento della questione in via principale da parte della Regione o dello Stato rispettivamente avverso la legge statale o la legge regionale asseritamente lesiva della loro autonomia finanziaria.

In questa prospettiva, la Corte ha ripetutamente affermato che le Regioni sono legittimate ad impugnare la legge statale anche per lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale, poiché, stante la connessione tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali, una lesione di queste ultime è potenzialmente idonea a determinare la violazione delle competenze regionali²².

²¹ Sui limiti della c.d. "riserva di presupposto", che vieta alle Regioni di istituire tributi propri se non in relazione a presupposti di imposta non già assoggettati ad imposizione sulla base di legge statale, cfr. L. SALVINI, voce *Federalismo fiscale* (dir. trib.), in *Enc. dir. Annali*, X, Milano 2017, 426.

²² Cfr., tra le tante, sentt. n. 196 del 2004, punto n. 14 del "Considerato in diritto"; n. 417 del 2005, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 95 del 2007, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 169 del 2007, punto n. 3 del "Considerato in diritto"; n. 298 del 2009, punto n. 7.2 del "Considerato in diritto"; n. 311 del 2012, punto n. 3.2 del

La richiamata giurisprudenza costituzionale appare condivisibile al fine di preservare la regola secondo la quale il giudizio di costituzionalità delle leggi promosso in via d'azione si svolge unicamente tra i soggetti titolari di potestà legislativa²³. Un'apertura agli enti locali sarebbe in contrasto con la logica e con i principi costituzionali che assistono il giudizio in via principale in cui l'accesso in via diretta alla Corte è riservato allo Stato e alle Regioni in quanto titolari di poteri legislativi. Altrimenti opinando, si determinerebbe un accesso indiscriminato degli enti locali alla giustizia costituzionale rendendo ingestibile il relativo contenzioso, stante la molteplicità degli enti locali astrattamente incisi da ogni norma oggetto del giudizio di costituzionalità. Né varrebbe, in senso opposto, richiamare l'attenzione sul fatto che gli enti locali, per quanto non dotati della funzione legislativa, sono comunque titolari di rilevanti poteri amministrativi che occorrerebbe preservare da ingerenze di soggetti esterni anche mediante il ricorso diretto alla Corte. Al riguardo, si potrebbe infatti replicare: che il nostro ordinamento costituzionale è privo di riserve di regolamento; che, in ogni caso, le rilevanti competenze amministrative dei Comuni, anche quando si esplicano mediante esercizio della potestà regolamentare, non sono certo opponibili alla legge; e, infine, che gli enti locali sono titolari degli ordinari strumenti di impugnazione per far valere quelle stesse competenze. Occorre pertanto concludere che, seguendo gli orientamenti ormai consolidati della giurisprudenza costituzionale, restano fermi per i soggetti e per gli enti privi di potestà legislativa – a partire dai Comuni – gli strumenti di tutela delle rispettive posizioni giuridiche soggettive, anche costituzionali, di fronte ad altre istanze giurisdizionali ed eventualmente di fronte alla stessa Corte mediante l'accesso in via incidentale²⁴.

In questo contesto, l'apertura in favore della legittimazione degli enti locali potrebbe essere difficilmente conseguita attraverso mutamenti della giurisprudenza. Sembra infatti assai improbabile che il Giudice delle leggi possa cambiare il proprio orientamento se soltanto si pensa che, con la sentenza n. 220 del 2013, prima di dichiarare costituzionalmente illegittima la riforma delle Province che implicava uno svuotamento di funzioni disposta con decreto-legge, la Corte ha dichiarato inammissibili, nel relativo giudizio di costituzionalità, gli interventi dell'Unione delle

“Considerato in diritto”; n. 195 del 2019, punto n. 11 del “Considerato in diritto”; n. 220 del 2021, punto n. 2.1 del “Considerato in diritto”.

²³ Cfr. sent. n. 220 del 2013, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

²⁴ Cfr. sent. n. 220 del 2013, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

Province Italiane (UPI) e di alcune Province che erano immediatamente e irreversibilmente incise dalle norme impugnate²⁵. Pare pertanto difficile ipotizzare una maggiore incidenza diretta sull'ente locale che vada oltre lo svuotamento di funzioni realizzato dalle norme oggetto di quel giudizio (e dichiarate costituzionalmente illegittime): non avendo la Corte mutato orientamento in quell'occasione circa l'intervento degli enti locali, sembra difficile ipotizzare che possa farlo in futuro.

Nel giudizio in via principale sono pertanto soltanto le Regioni ad essere legittimate ad impugnare la legge statale per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, anche indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale²⁶. In definitiva, la legittimazione degli enti locali ad impugnare una legge davanti alla Corte potrebbe essere sancita soltanto da una revisione costituzionale, come ad esempio prevedeva il progetto di legge costituzionale esitato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura (c.d. Commissione D'Alema); profilo peraltro oggetto di critiche in dottrina in quanto tale "apertura" non era stata ritenuta sintonica con i principi del giudizio di legittimità costituzionale in via d'azione proprio perché riconosceva la facoltà di impugnare fonti di rango primario a enti territoriali non titolari di potestà legislativa²⁷.

Il richiamato orientamento della giurisprudenza costituzionale, pur condivisibile per le ragioni poc'anzi esposte, pone però un problema di tutela delle attribuzioni comunali e dei principi dell'autonomia finanziaria locale perché non è affatto scontato che i Comuni siano sempre portatori di interessi convergenti rispetto a quelli delle Regioni. Per non parlare, poi, della condizione degli enti locali delle autonomie speciali il

²⁵ Cfr. sent. n. 220 del 2013, punto n. 4 del "Considerato in diritto".

²⁶ Si veda la giurisprudenza costituzionale richiamata alla nota n. 22.

²⁷ Cfr. l'art. 59, comma 2, del progetto di legge costituzionale esitato dall'apposita Commissione bicamerale nella XIII legislatura: cfr. A.C. n. 3931 – A.S. n. 2583, *Progetto di legge costituzionale approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali* (testo risultate dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti, riportato in *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, a cura di S.P. Panunzio, Milano 1998, 501 s.), a tenore del quale «Quando un Comune, una Provincia o una Regione ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di una Regione invada la propria competenza stabilita da norme costituzionali, può promuovere la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, nel termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge». Sul punto, criticamente, R. ROMBOLI, *La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale*, in *Diritto pubblico*, n. 3/1997, 847 s.

cui ordinamento è nella disponibilità del legislatore regionale, con effetti fortemente conformativi anche sull'autonomia finanziaria locale.

In questo contesto, sono molto spesso le Regioni ad impugnare leggi statali che attribuiscono benefici economici o programmano interventi a vario titolo in favore dei Comuni in forza della rilevata divergenza di interessi. Al riguardo, appare ad esempio particolarmente significativa la sentenza n. 189 del 2015 con la quale la Corte ha dichiarato, tra l'altro, non fondata la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Regione Veneto per asserita violazione delle proprie competenze legislative e amministrative e avente ad oggetto norme statali che disciplinavano il Programma dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI) «6000 Campanili». Tali norme stabilivano i criteri per l'accesso dei Comuni all'utilizzo delle risorse destinate alla realizzazione del programma stesso concernente una serie di interventi infrastrutturali su edifici, opere pubbliche e vie di trasporto e di comunicazione. Nella decisione richiamata emergono gli interessi confliggenti da un lato dei Comuni potenzialmente destinatari degli interventi e dei relativi finanziamenti e, dall'altro lato, della Regione preoccupata di affermare le competenze costituzionalmente riconosciute in materia di «governo del territorio» *ex art. 117, terzo comma, Cost.* Nel merito, la Corte ha ricondotto le misure legislative adottate dal legislatore alla competenza statale fondata sull'art. 119, quinto comma, Cost. in ordine alla facoltà di erogare «risorse speciali» e di prevedere «interventi aggiuntivi» per «scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni» in favore di una platea ristretta di enti territoriali²⁸. In tal modo, il Giudice delle leggi ha potuto escludere che le norme impugate fossero ascrivibili alle competenze regionali in materia di «governo del territorio» o realizzassero forme di attrazione in sussidiarietà di competenze amministrative regionali²⁹. In altre parole, la straordinarietà del programma di interventi e di finanziamenti previsti dalle norme impugate ha consentito alla Corte di non ritenere la previsione normativa costituzionalmente illegittima e di escludere che il ruolo riconosciuto all'ANCI, in punto di sostegno ai Comuni interessati in sede di presentazione delle apposite istanze, fosse in contrasto con le competenze regionali costituzionalmente garantite³⁰.

²⁸ Cfr. sent. n. 189 del 2015, punti n. 2.2.1, n. 2.3, n. 2.3.1 del «Considerato in diritto».

²⁹ Per un approfondimento, cfr. G. RIVOCCHI, *Autonomie territoriali e assetto della finanza locale* (22 novembre 2017), in *Federalismi.it*, n. 22/2017, 1 ss., spec. 6 ss.

³⁰ Cfr. A. SIMONATI, *La tutela delle attribuzioni regionali, tra principi dell'edilizia e*

Resta la considerazione che, per quanto condivisibili, i richiamati profili del giudizio di legittimità costituzionale in via principale producono indirettamente l'effetto di condizionare in senso limitativo la tutela dei principi dell'autonomia finanziaria locale.

4. *Le prime due fasi della giurisprudenza costituzionale, tra conformazione dell'autonomia locale e affermazione delle garanzie "minime" degli enti territoriali*

Tanto premesso, schematizzando e semplificando la riflessione, è possibile distinguere quattro fasi nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi dieci anni con riguardo alla tutela dei principi costituzionali sull'autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali.

In una prima fase, di fronte al deflagrare della crisi economico-finanziaria del 2011-2012, la giurisprudenza costituzionale ha tendenzialmente avallato una compressione dell'autonomia locale particolarmente incisiva da parte del legislatore statale. A tali fini, un primo "filone" della giurisprudenza della Corte ha riguardato la limitazione della spesa corrente degli enti locali, con particolare riferimento alla spesa per il personale³¹. Il Giudice delle leggi ha infatti consentito che fossero resi opponibili agli enti locali vincoli concreti e puntuali in ordine alla stabilizzazione di dipendenti pubblici, corroborando così limiti ripetutamente previsti dalla c.d. legislazione della crisi spesso contenuti in decreti-legge di governo dell'economia susseguiti dal 2010 con denominazioni suggestive ("sviluppo economico"; "provvedimenti anticrisi"; "disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria") ma che esprimevano corposi e disomogenei interventi sulla finanza locale.

La Corte costituzionale ha rinvenuto in disposizioni contenute in questi decreti-legge norme interposte finalizzate al contenimento della spesa pubblica in uno specifico settore – quello appunto del personale – espressione di principi fondamentali di coordinamento. Secondo i Giudici costituzionali si tratta di norme che si limitano a porre obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica allargata, senza prevedere concreti strumenti e modalità per il perseguimento dei medesimi, facendo anche

coordinamento della finanza pubblica (ma nel rispetto della sussidiarietà), in *Le Regioni*, n. 1/2016, 155 ss.

³¹ Cfr., tra le tante, sentt. n. 310 del 2010; n. 68, n. 69, n. 108 e n. 155 del 2011; n. 262 del 2012.

riferimento all'incidenza quantitativa e strategica ai fini del rispetto del patto di stabilità interno³².

In questo filone, si collocano le numerose pronunce che censurano disposizioni di leggi regionali in materia di personale, ma con incisivi effetti anche sulla finanza locale. Basti pensare alle declaratorie di incostituzionalità di leggi che prevedono la trasformazione di contratti a tempo parziale in rapporti di lavoro a tempo pieno³³, o che introducono una disciplina difforme da quella statale in materia di incarichi dirigenziali, contratti di lavoro subordinato a tempo determinato e contratti di lavoro autonomo³⁴, o, ancora, in materia di assunzione di personale dirigenziale³⁵ o stabilizzazione del personale precario³⁶.

A questo risultato, la Corte è pervenuta muovendo dalla duplice considerazione che quello per il personale costituisce un aggregato ampio e variegato di spesa pubblica, anche con riguardo alla spesa locale, in grado di consentire agli enti significative scelte circa i modi mediante i quali realizzare le riduzioni di spesa prescritte dalle norme interposte contenute nella legislazione finanziaria statale e che le limitazioni previste, anche in ragione del loro carattere transitorio, non contraddicono l'autonomia finanziaria degli enti territoriali³⁷.

Un secondo "filone" della giurisprudenza costituzionale che ha avuto l'effetto di limitare l'autonomia finanziaria locale è quello rivolto ad assecondare il processo di armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali³⁸, sino a quando la materia non è transitata dalla potestà concorrente al titolo di competenza esclusivo dello Stato per effetto della legge costituzionale n. 1 del 2012³⁹. Con queste pronunce, la Corte ha assicurato il rispetto della veridicità e dell'attendibilità dei bilanci degli enti territoriali⁴⁰. Ciò riflette gli orientamenti della legge n. 42 del 2009 e della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (*Legge di contabilità e di finanza pubblica*), come successivamente modificata dalla legge 4 agosto 2016, n. 163, e dei decre-

³² Cfr., in maniera esemplificativa, sent. n. 69 del 2011.

³³ Cfr. sent. n. 108 del 2011.

³⁴ Cfr. sent. n. 155 del 2011.

³⁵ Cfr. sent. n. 68 del 2011.

³⁶ Cfr. sent. n. 310 del 2010.

³⁷ Cfr. sentt. n. 169 del 2007; n. 68, n. 69 e n. 155 del 2011. Al riguardo, in dottrina, cfr. G.M. SALERNO, *Dopo la riforma costituzionale sul pareggio di bilancio: vincoli e limiti all'autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Quad. cost.*, n. 3/2012, 563 ss.

³⁸ Cfr., ad esempio, sentt. n. 51 e n. 138 del 2013.

³⁹ Cfr. sent. n. 184 del 2016.

⁴⁰ Cfr. sent. n. 138 del 2013.

ti legislativi attuativi delle riforme sul federalismo fiscale e sulla contabilità pubblica, che vedono, tra l'altro, nell'introduzione di una tassonomia contabile comune a tutti i livelli territoriali di governo e nell'armonizzazione dei bilanci la necessaria e preventiva premessa per la costruzione di strumenti di misurazione e di informazione dei dati finanziari e tributari effettivamente omogenei tra i diversi enti, al fine di garantire un adeguato livello di trasparenza in merito ai processi di prelievo e di trasferimento di risorse finanziarie e consentire la raffrontabilità dei conti⁴¹. Esemplificativa, al riguardo, la sentenza n. 138 del 2013, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo un articolo del rendiconto generale della Regione Molise, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., a causa del contrasto con le norme interposte evocate in punto di armonizzazione dei bilanci. In particolare, sono state qualificate principi di coordinamento della finanza pubblica le norme volte a garantire, all'atto dell'iscrizione delle poste in bilancio, la previa dimostrazione analitica dei crediti e delle somme da riscuotere – iscrivibili nelle partite dei residui attivi e computabili ai fini dell'avanzo di amministrazione – la cui violazione incide negativamente sulla certezza, attendibilità e veridicità dei bilanci. In tal modo, la Corte riafferma principi di armonizzazione dei bilanci valevoli per tutti gli enti territoriali, inclusi i Comuni⁴².

Un terzo “filone” della giurisprudenza costituzionale sull'autonomia finanziaria locale è rivolto assicurare il “ridimensionamento” del “peso” degli enti locali sulla finanza pubblica, anche con riguardo alla gestione associata di funzioni degli enti locali e alle “unioni di comuni”⁴³. Al riguardo, una prima significativa coppia di sentenze è intervenuta in tema di comunità montane. La Corte ha fatto salve norme di coordinamento, ancorché di carattere piuttosto pervasivo, contenute nella legislazione statale⁴⁴, dichiarando non fondate diverse questioni promosse in relazione a disposizioni di legge che imponevano alle Regioni di procedere al riordino della disciplina, fissando obiettivi di contenimento della spesa

⁴¹ Al riguardo, si vedano le considerazioni di A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 834 ss. In prospettiva non dissimile, sul contributo fornito dalla Corte dei conti in sede di giudizio di parificazione, cfr., tra i tanti, C. CHIAPPINELLI, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato e dei rendiconti delle Regioni*, in *Riv. Corte conti*, n. 3-4/2016, 516 ss.; G. RIVOSECCHI, *La Corte e l'equilibrio di bilancio: ancora una pronuncia di annullamento del rendiconto regionale per mancanza di trasparenza e veridicità dei conti*, in *Giur. cost.*, n. 2/2018, 576 ss.

⁴² Cfr. sentt. n. 51 e n. 138 del 2013.

⁴³ Cfr. sentt. n. 22 e n. 44 del 2014.

⁴⁴ Cfr. sentt. n. 237 del 2009 e n. 326 del 2010.

pubblica, con particolare riguardo a: riduzione della spesa “storica”, erogata nell’esercizio finanziario precedente alle norme impugnate; riduzione del numero complessivo delle comunità montane sulla base di alcuni indicatori fisico-geografici, demografici e socioeconomici; riduzione del numero dei componenti dei loro organi rappresentativi e delle relative indennità⁴⁵.

Particolare rilievo assumono, poi, le sentenze n. 22 e n. 44 del 2014, con le quali la Corte ha qualificato come principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica norme, contenute nel decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 135, volte a incentivare la gestione associata di funzioni (soprattutto di quelle fondamentali) degli enti locali e le c.d. “unioni di Comuni”. Afferma, infatti, il Giudice delle leggi che le norme richiamate risultano decisamente orientate a un contenimento della spesa pubblica, «creando un sistema tendenzialmente virtuoso, che mira ad un risparmio di spesa sia sul piano dell’organizzazione “amministrativa”, sia su quello dell’organizzazione “politica”», lasciando comunque alle Regioni l’esercizio contiguo della competenza materiale ad esse costituzionalmente garantita, senza, peraltro, incidere in alcun modo sulla loro potestà statutaria⁴⁶.

Seguendo la periodizzazione sopra proposta, in questa stessa fase si colloca un ulteriore “filone” della giurisprudenza costituzionale sulla conformazione dell’autonomia locale che è rivolto a garantire l’ampliamento di incisivi controlli affidati alla Corte dei conti introdotti sulla generalità degli enti locali. Si tratta di controlli svolti anche in forma concomitante e dichiaratamente rivolti a prevenire squilibri di bilancio o danni irreparabili all’equilibrio di bilancio, in relazione agli obiettivi di coordinamento della finanza pubblica che discendono dai vincoli posti dal diritto dell’Unione europea⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. sentt. n. 237 del 2009 e n. 326 del 2010.

⁴⁶ Cfr. sent. n. 22 del 2014.

⁴⁷ Cfr., tra le tante, sentt. n. 60 del 2013, n. 39 e n. 40 del 2014. Per una lettura polivalente della nozione di ausiliarietà della Corte dei conti, sempre più rivolta a garantire gli equilibri di bilancio, cfr. G. RIVOCCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019, 741 ss.; ID., *L’ausiliarietà in trasformazione: le virtualità multiple della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, a cura di C. Caruso e M. Morvillo, Bologna 2020, 317 ss.

Nella prospettiva trasversale ed espansiva delle norme statali di coordinamento della finanza pubblica, non possono quindi non richiamarsi gli spunti desumibili dall'ormai corposo "filone" della giurisprudenza costituzionale relativo ai controlli di legittimità e regolarità dei conti affidati alla magistratura contabile nei confronti degli enti territoriali e culminati nella disciplina introdotta dal decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174 (*Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 dicembre 2012, n. 213. La Corte ha infatti costantemente ricondotto tali interventi al coordinamento della finanza pubblica, in più occasioni puntualizzando che, nella summenzionata materia dei controlli, spetta allo Stato porre i principi di riferimento⁴⁸.

Nella giurisprudenza costituzionale da ultimo menzionata le pregnanti esigenze di coordinamento della finanza pubblica sono altresì richiamate dal Giudice delle leggi per definire le finalità della funzione di controllo sulla gestione economico-finanziaria degli enti locali attribuita alla Corte dei conti, avendo la Corte costituzionale in più occasioni affermato che dette esigenze di coordinamento sono strettamente connesse alle inderogabili istanze unitarie, capaci di permeare la Carta costituzionale sia sul piano istituzionale sia su quello funzionale⁴⁹.

Infine, in un ulteriore "filone" riconducibile a questa stessa fase, la giurisprudenza costituzionale ha avvalorato vincoli e limiti alla spesa degli enti locali, sino a determinare una lettura restrittiva della Carta europea delle autonomie locali. Il punto di caduta più significativo di questo orientamento è rappresentato dalla sentenza n. 50 del 2015, con la quale la Corte ha fatto "salva" la sopra citata legge n. 56 del 2014 (c.d. legge Delrio), negando che il modello di governo di secondo grado delle istituite Città metropolitane fosse in contrasto con la Costituzione e con la Carta europea dell'autonomia locale. Quest'ultima, in particolare, è stata definita «documento di mero indirizzo»⁵⁰ pur essendo stata approvata con legge e potendo quindi costituire, all'opposto di quanto affermato dalla Corte, parametro interposto in quel giudizio mediante il quale accertare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta di una pronuncia talmente discutibile da indurre la Corte stessa a tornare sul

⁴⁸ *Ex plurimis*, sentt. n. 267 del 2006; n. 179 del 2007; n. 60 del 2013; n. 39 del 2014.

⁴⁹ Tra le tante, cfr. sentt. n. 267 del 2006; n. 179 del 2007; n. 37 del 2011; n. 60 del 2013; n. 39 del 2014.

⁵⁰ Sent. n. 50 del 2015, punto n. 3.4.3 del "Considerato in diritto".

proprio orientamento con la sentenza n. 240 del 2021, con la quale il Giudice delle leggi, pur in una decisione di inammissibilità, ha affermato che l'attuale disciplina sui sindaci delle Città metropolitane – scelti senza elezione per il solo fatto di essere sindaci del Comune capoluogo – è in contrasto con il principio di uguaglianza del voto e pregiudica la responsabilità politica del vertice dell'ente nei confronti degli elettori. La Corte ha così sostanzialmente invitato il legislatore a rimuovere quella che parrebbe un'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, per violazione del principio dell'elezione diretta affermato anche dalla Carta europea dell'autonomia locale.

A questa prima fase della giurisprudenza costituzionale sulla finanza locale, ne segue una seconda in cui la Corte ha invece tentato di preservare alcuni principi dell'autonomia finanziaria degli enti locali. Al riguardo, il Giudice delle leggi ha ripetutamente affermato: che l'eventuale riduzione delle risorse destinate alle autonomie deve essere di carattere transitorio e temporaneo e parametrata alle funzioni⁵¹; che il contributo degli enti territoriali agli obiettivi di finanza pubblica deve essere assicurato nel rispetto dei principi di coordinamento e della legge rinforzata di attuazione dell'art. 81 Cost., senza che lo Stato possa imporre ulteriori oneri alle autonomie⁵²; che la determinazione della regola dell'equilibrio deve preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali, idonei a garantire la programmazione delle risorse degli enti locali secondo principi di proporzionalità e adeguatezza⁵³, senza precludere, ad esempio, agli enti sub-statali di disporre dell'avanzo di amministrazione regolarmente accertato con l'approvazione del rendiconto o di altre risorse già destinate a copertura di spese imputate a esercizi successivi⁵⁴. In tal modo, la Corte ha limitato la pretesa del legislatore statale di utilizzare i bilanci locali per conseguire obiettivi generali di risanamento della finanza pubblica statale.

Va infine rammentato che la premessa di ogni ragionamento sulla ra-

⁵¹ Cfr. sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

⁵² Cfr. sentt. n. 235 e n. 237 del 2017.

⁵³ Cfr., ad esempio, sentt. n. 184 del 2016; n. 169 del 2017; n. 247 del 2017; n. 94 e n. 101 del 2018. In dottrina, cfr. G. D'AURIA, *Riduzioni della spesa pubblica e autonomie territoriali: vincoli finanziari, equilibri e "intangibilità" dei bilanci, investimenti e indebitamento, coperture finanziarie, sanzioni (breve guida alla lettura di quattro sentenze della Corte costituzionale)*, in *Foro it.*, 11/2018, I, 3444 ss.

⁵⁴ Cfr. sentt. n. 247 del 2017 e n. 101 del 2018.

zionalizzazione del lato della spesa degli enti locali è ravvisabile nel completamento della transizione al sistema dei costi e dei fabbisogni *standard*, indispensabile per assicurare criteri omogenei di misurazione del costo delle funzioni secondo i principi di trasparenza e sincerità dei conti, ridurre le inefficienze allocative e garantire il funzionamento del sistema di perequazione a fini solidaristici.

5. *Segue. La terza fase, dall'inattuazione dei principi costituzionali alla limitazione dell'autonomia tributaria dei Comuni*

Si giunge così a quella che può essere definita la terza fase della giurisprudenza costituzionale sull'autonomia finanziaria locale. Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che, anche per gli enti locali, così come per le Regioni, al disegno costituzionale di autonomia coerentemente sviluppato dalla legge n. 42 del 2009 hanno fatto seguito interventi di accentramento nel governo dei conti pubblici, anche a causa del deflagrare della crisi economico-finanziaria del 2011. In questo contesto, le norme di contenimento della spesa si sono susseguite nelle leggi di bilancio e, ancora più spesso, in decreti-legge, rendendo precario e incerto il quadro normativo entro cui operano gli enti e gli amministratori locali. Ciò contribuisce a rendere assai instabile il sistema di finanziamento delle funzioni e delle risorse affidate ai Comuni e la capacità dell'ente locale di programmare l'impiego delle risorse stesse.

In particolare, possono essere ravvisati due nodi pendenti – strettamente connessi tra loro – su cui occorre soffermare l'attenzione e che sono stati oggetto di interventi della Corte costituzionale nella fase più recente: da un lato, la potestà impositiva degli enti locali; dall'altro lato, il sistema di perequazione rivolto a bilanciare adeguatamente le esigenze delle autonomie con quelle – altrettanto rilevanti sul piano costituzionale – di assicurare adeguati livelli minimi delle condizioni di vita sull'intero territorio nazionale, a prescindere dalla capacità fiscale degli abitanti dei diversi territori.

Quanto al primo aspetto, l'assetto della tassazione degli enti locali dovrebbe essere modellato in relazione alla quantità e alla qualità della spesa pubblica che il Comune contribuisce a finanziare, orientata a garantire e preservare i caratteri dell'economia locale. Al riguardo, coerentemente con l'art. 119 Cost., l'art. 2, comma 2, della legge n. 42 del 2009, dispone il sistematico collegamento tra la tipologia di entrate e la

spesa pubblica dell'ente locale, affermando che l'imposizione locale deve basarsi sul criterio del beneficio o della controprestazione, individuando, alla lett. p), tra i principi fondanti della tassazione locale, *«la tendenziale correlazione tra prelievo fiscale e beneficio connesso alle funzioni esercitate sul territorio in modo da favorire la corrispondenza tra responsabilità finanziaria e amministrativa»*. Ciò al fine di garantire il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse e assicurare le condizioni di efficienza nell'allocazione delle disponibilità finanziarie.

In questa prospettiva, la legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale ha tentato di porre alcuni imprescindibili capisaldi. È stato anzitutto chiaramente affermato il principio di territorialità quale criterio fondamentale di disciplina delle modalità di attribuzione agli enti locali del gettito dei tributi e delle partecipazioni. Si tratta di un principio fondamentale rivolto ad assicurare il legame tra il tributo e il territorio.

In secondo luogo, quel disegno riformatore prevede la fiscalizzazione dei trasferimenti erariali. Coerentemente con le modalità di finanziamento degli enti locali previste dall'art. 119 Cost., è disposta la soppressione dei fondi statali con vincolo di destinazione in materie di potestà legislativa regionale. Si tratta di un nodo fondamentale, stante la dubbia compatibilità con i principi costituzionali sull'autonomia finanziaria e tributaria della sussistenza di risorse trasferite agli enti sub-statali a destinazione vincolata (ad esempio per politiche sociali o sanitarie). È ben vero che, negli ultimi anni, la giurisprudenza costituzionale appare meno rigorosa rispetto agli orientamenti assunti all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V (e quindi maggiormente incline a riconoscere deroghe al divieto di istituire fondi con vincolo di destinazione)⁵⁵, ma il principio dell'incompatibilità dell'autonomia finanziaria con i fondi statali vincolati an-

⁵⁵ Negli ultimi anni, attenuando l'orientamento maggiormente rigoroso assunto all'indomani dell'entrata in vigore del Titolo V (sentt. n. 423 del 2004; n. 51, n. 77 e n. 160 del 2005; n. 137 del 2007; n. 45, n. 50 e n. 63 del 2008), la Corte ha fatto "salvi" fondi vincolati in materia di potestà legislativa regionale, come nel caso del fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale «nella perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost.» (sentt. 273 del 2013 e n. 74 del 2019). In dottrina, cfr. G. D'AURIA, *Ancora sul finanziamento delle funzioni amministrative "olim" provinciali e sul coinvolgimento delle Regioni nei processi decisionali di spesa per l'attuazione di interventi statali in settori di competenza legislativa regionale*, in *Foto it.*, n. 6/2019, I, 1939 ss.

Alla stregua della richiamata giurisprudenza costituzionale, norme statali istitutive di fondi a destinazione vincolata in linea generale non possono ritenersi conformi a Costituzione, con le seguenti eccezioni: a) chiamata in sussidiarietà; b) concorrenza di competenze; c) fondi rivolti a garantire «interventi speciali» e «risorse aggiuntive» ai sensi dell'art. 119, quinto comma, Cost.

drebbe comunque valutato alla stregua di un'analisi della vigente legislazione finanziaria statale, anche alla luce delle possibili interferenze con le risorse messe a disposizione dal PNRR in determinati ambiti materiali.

In terzo luogo, la legge n. 42 del 2009 pone la distinzione tra il finanziamento delle funzioni fondamentali dell'ente locale e le altre funzioni prevedendo che per le prime sia assicurata la perequazione integrale.

In quarto luogo, la stessa legge sul federalismo fiscale prevede la transizione dal criterio della spesa storica a quello dei costi *standard* nella determinazione delle risorse finanziarie necessarie allo svolgimento delle funzioni al fine di introdurre criteri omogenei di misurazione del costo delle funzioni e ridurre le inefficienze allocative che si manifestano nei diversi contesti territoriali. Ciò poiché in assenza dei costi *standard* non è possibile stimare adeguatamente il peso economico delle funzioni stesse, risultando conseguentemente impossibile rispettare in modo soddisfacente il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse.

È infine prevista l'introduzione di forme "premiali" di fiscalità di vantaggio per gli enti c.d. "virtuosi" a cui è consentita una maggiore manovrabilità dei tributi.

La legge n. 42 del 2009 e i relativi decreti legislativi attuativi hanno però trovato difficile attuazione anche in ragione della sopravvenuta crisi economico-finanziaria e della successiva crisi pandemica: ciò ha indotto Governo e Parlamento a realizzare un robusto accentramento finanziario e fiscale⁵⁶.

In questo contesto, l'evoluzione dell'assetto della fiscalità comunale ha visto un consistente allontanamento dal disegno prefigurato, segnando l'utilizzo del potere impositivo in contrasto con il principio autonomistico per fronteggiare, cioè, oneri finanziari che derivano dai livelli di governo superiori⁵⁷.

Esemplificative, al riguardo, le complesse vicende relative all'istituzione e modificazione dell'Imposta municipale propria (IMU) e del Tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (TARES), con particolare riguardo alla disciplina originaria dei richiamati tributi, vale a dire alla versione introdotta dal decreto-legge n. 201 del 2011 adottato dal Governo Mon-

⁵⁶ Al riguardo, cfr. L. ANTONINI, voce *Federalismo fiscale (dir. cost.)*, in *Enc. dir. Anali*, X, Milano 2017, 417 ss.

⁵⁷ In questa prospettiva, già A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *Diritto pubblico*, 2011, 476 s.; nonché M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, in *Federalismi*, n. 20/2022, 397 ss.

ti, che ha modificato la natura dell'imposta rispetto a quanto previsto dall'art. 8 del decreto legislativo n. 23 del 2011 sul c.d. federalismo municipale, rendendola di fatto un'ICI sulle abitazioni principali, e ne ha anticipato l'applicazione in via sperimentale a decorrere dal 2012 e, a regime, dal 2014. È stato infatti previsto che essa sostituisse, per la componente immobiliare, l'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e le relative addizionali dovute in relazione ai redditi fondiari per i beni non locati, nonché l'imposta comunale sugli immobili (ICI), ed è stato contestualmente attribuito il relativo gettito ai Comuni. La disciplina relativa all'IMU è stata successivamente "messa a regime" dalla legge di stabilità del 2013 per i Comuni di tutto il territorio nazionale.

La crisi economico-finanziaria del 2011-2012 imponeva di reperire tempestivamente risorse. Di qui, l'originaria scelta del legislatore di riservare allo Stato quote di imposta, affidando le attività di accertamento e riscossione ai Comuni. Oltre alla riserva, la disciplina rendeva lo Stato beneficiario ultimo del maggior gettito derivante dall'introduzione dell'IMU, a completamento di quanto già acquisito attraverso la riserva stessa. La normativa è stata poi modificata da ulteriori decreti-legge intervenuti in materia, prevedendo che, per gli immobili posseduti dai Comuni nei rispettivi territori, non fosse dovuta la quota di imposta riservata allo Stato. È stata inoltre contestualmente soppressa la riserva erariale, con conseguente incremento del gettito destinato ai Comuni.

Prendendo in esame l'incidenza dell'originaria disciplina di IMU e TARES sulla finanza locale, occorre poi ricordare la differente condizione tra i Comuni delle Regioni a statuto ordinario e quelli delle Regioni a statuto speciale.

Nelle Regioni a statuto speciale la normativa richiamata si applica in conformità agli statuti speciali e alle norme di attuazione, giusto il disposto dell'art. 27 della legge n. 42 del 2009, per la specifica copertura costituzionale di cui esse godono, tenendo conto che le autonomie speciali dell'arco alpino finanziano direttamente i loro enti locali, a differenza di Sicilia e Sardegna. Sicché la disciplina distingue il regime applicabile alle Regioni a statuto ordinario, nonché alla Sicilia e alla Sardegna, da un lato, e quello relativo alle altre autonomie speciali, dall'altro lato, in ragione della diversa distribuzione degli oneri della finanza locale.

Quanto alle Regioni a statuto ordinario e alla Sicilia e alla Sardegna, era stato istituito dall'art. 2 del decreto legislativo n. 23 del 2011 il Fondo sperimentale di riequilibrio per consentire la progressiva devoluzione ai Comuni della fiscalità immobiliare relativa al loro territorio. Quest'ultimo

è stato successivamente soppresso e i trasferimenti erariali dovuti ai Comuni della Sicilia e della Sardegna sono stati ridotti in misura corrispondente al maggior gettito IMU. Le somme residue devono essere versate da ciascun Comune all'entrata del bilancio dello Stato. Allo stesso modo, le Regioni Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano – i cui bilanci finanziano gli enti locali – sono tenute ad assicurare il recupero all'erario del maggior gettito dei Comuni del loro territorio, essendo previsto, tra l'altro, l'“accantonamento” di pari importi a valere sulle quote di compartecipazione regionale ai tributi erariali.

Si deve quindi sottolineare che entrambe le discipline – l'una prevista per le Regioni a statuto ordinario e per la Sicilia e la Sardegna, l'altra per le altre autonomie speciali – sono rivolte ad assicurare allo Stato il maggior gettito IMU su quanto residua dalla “quota” già ad esso riservata.

Con la legge di stabilità del 2012 sono stati soppressi i trasferimenti alla Sicilia e alla Sardegna, il Fondo sperimentale di riequilibrio e la riserva erariale della metà del gettito IMU ed è stato nel contempo istituito il Fondo di solidarietà comunale, alimentato con una quota dell'IMU, di spettanza dei Comuni, determinata con d.P.C.m. previo accordo in sede di Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, riservando allo Stato il gettito IMU derivante dagli immobili ad uso produttivo.

Analoghe vicende normative hanno interessato la disciplina della TARES, a copertura dei costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento: sono stati soppressi i prelevanti prelievi relativi alla gestione dei rifiuti urbani ed è stato riservato il maggior gettito allo Stato. Le norme che precedevano tali interventi sono state successivamente abrogate dal 2014 per effetto della legge di stabilità del 2013.

In questo contesto, le norme che imponevano la riserva allo Stato del gettito derivante dai due tributi (integrale, in una prima fase, e del maggior gettito, nella seconda) sono state impugnate dalle autonomie speciali dell'arco alpino, alimentando un nutrito contenzioso costituzionale. Mentre, infatti, per i Comuni delle Regioni a statuto ordinario e per quelli della Sicilia e della Sardegna l'onere della finanza locale grava sul bilancio statale e quindi il recupero del maggior gettito dell'IMU è stato realizzato sopprimendo i trasferimenti, per i Comuni delle autonomie speciali, non disponendo di questo strumento (la soppressione dei trasferimenti), il legislatore statale ha dovuto sostanzialmente scorporare ciò che doveva alle Regioni a statuto speciale con il meccanismo delle compartecipazioni

e l'istituzione delle riserve di quota. Di qui, le impugnazioni di queste norme da parte delle Regioni speciali dell'arco alpino davanti alla Corte costituzionale.

Il Giudice delle leggi, nell'ambito di un consistente "filone" giurisprudenziale, ha fatto "salvi" gli strumenti di coordinamento finanziario impiegati per assicurare l'immediato concorso delle autonomie speciali agli obiettivi di risanamento, quali accantonamenti e riserve nel bilancio dello Stato di risorse spettanti agli enti territoriali, sul rilievo che si tratterebbe di interventi di carattere transitorio e temporaneo proporzionati all'esigenza di assicurare la partecipazione di tutti gli enti sub-statali agli obiettivi di finanza pubblica⁵⁸, senza alterare conseguentemente il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse⁵⁹.

In estrema sintesi, l'orientamento giurisprudenziale è sorretto da due argomenti: a) la necessità di garantire il tempestivo adempimento degli obblighi circa la sostenibilità delle finanze pubbliche che non consente di attendere l'esito dei negoziati dello Stato con ciascun ente territoriale⁶⁰; b) l'esigenza di assicurare la proporzionalità dei sacrifici imposti nel sostenere gli oneri finanziari⁶¹.

La Corte ha quindi affermato che, attraverso le clausole di riserva, lo Stato «sottrae definitivamente all'ente territoriale una quota di partecipazione al tributo erariale che gli sarebbe spettata, e se ne appropria a tutti gli effetti al fine di soddisfare proprie finalità»⁶², avocando legittimamente all'erario «entrate aggiuntive che derivano da nuove discipline legislative di tributi al cui gettito partecipano le Regioni, impedendo che di tali incrementi di entrate, destinati per volontà del legislatore statale a finalità particolari da esso definite, vengano ad usufruire automaticamente, *pro quota*, anche le Regioni che godono di tale partecipazione al gettito»⁶³.

Per l'IMU e per la TARES, trattandosi di tributi propri derivati, la Corte costituzionale ha quindi potuto fare "salve" queste norme, anche quando gli accantonamenti e le riserve gravano sul gettito spettante alle autonomie speciali, essendo queste ultime chiamate a partecipare alle manovre di risanamento, tra l'altro in virtù di obblighi di solidarietà interregionale.

⁵⁸ Cfr. sentt. n. 77 e n. 82 del 2015.

⁵⁹ Cfr. sentt. n. 198 del 1999; n. 97 del 2013; n. 145 del 2014.

⁶⁰ Cfr. sent. n. 82 del 2015, punto n. 7.4 del "Considerato in diritto".

⁶¹ Cfr. sent. n. 154 del 2017, punto n. 4.4.1 del "Considerato in diritto".

⁶² Sent. n. 77 del 2015.

⁶³ V. già sent. n. 198 del 1999.

Tale orientamento ha dapprima determinato una decisione di inammissibilità delle questioni sollevate dalle autonomie speciali in relazione alle norme statali che, nel disciplinare IMU e TARES, sottraevano una parte delle competenze tributarie spettanti da statuto alle Regioni senza garantire adeguate misure di riequilibrio. La Corte ha infatti affermato che, pur incidendo sulla fiscalità locale, le norme statutarie evocate a parametro non consentono di individuare criteri sufficientemente dettagliati per una pronuncia caducatoria a rime obbligate⁶⁴. In altre parole, i Giudici costituzionali non intendono sostituirsi al legislatore «in assenza di un procedimento di riequilibrio in grado di assicurare la proporzione tra risorse fiscali attribuite e funzioni effettivamente esercitate», «anche per gli effetti che un eventuale intervento caducatorio produrrebbe sulla finanza pubblica allargata»⁶⁵.

Quando, invece, l'incidenza delle norme impugnate sulla finanza locale discende dalla violazione del principio dell'accordo tra Stato e Regione a statuto speciale allora la Corte, anche a seguito di accertamenti istruttori sull'assetto della finanza locale, ha adottato pronunce di accoglimento dichiarando incostituzionali le norme statali a garanzia dell'autonomia finanziaria locale. È questo il caso della sentenza n. 188 del 2016 di parziale accoglimento della questione di legittimità costituzionale promossa in relazione alle norme statali per violazione del principio dell'accordo tra Stato e autonomie speciali nella determinazione della riserva del maggior gettito dell'IMU applicabile ai Comuni del Friuli-Venezia Giulia.

Dal punto di vista dell'autonomia finanziaria comunale, il contenzioso richiamato viene a confermare, in maniera esemplificativa, la differente condizione dei Comuni delle Regioni a statuto speciale rispetto a quelli delle Regioni a statuto ordinario. A conferma di quanto sopra sostenuto⁶⁶, nel caso richiamato i Comuni del Friuli-Venezia Giulia hanno infatti trovato adeguata tutela davanti alla Corte costituzionale soltanto nella misura in cui il loro interesse alla declaratoria di incostituzionalità delle norme che ponevano la c.d. riserva di aliquota in favore dello Stato relativamente al maggior gettito dell'IMU coincideva con quello della Regione ricorrente nel giudizio di costituzionalità.

All'opposto, per i Comuni delle Regioni a statuto ordinario è più difficile ottenere tutela davanti all'organo di giustizia costituzionale in relazione alle stesse norme statali che hanno fornito un'interpretazione sva-

⁶⁴ Cfr. sent. n. 155 del 2015, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

⁶⁵ Cfr. ancora sent. n. 155 del 2015, punto n. 7 del "Considerato in diritto".

⁶⁶ Cfr. *supra*, par. 3.

lutativa dell'autonomia finanziaria dei Comuni utilizzando il loro potere impositivo per risanare la finanza pubblica statale. Tali norme sull'IMU e sulla TARES producevano infatti l'effetto di rescindere il legame tra il potere impositivo dell'ente locale e il territorio. Esse si ponevano quindi in contrasto con il principio di territorialità del tributo perché imponevano ai Comuni di rinunciare a risorse ad essi spettanti per fronteggiare oneri finanziari che derivano dai livelli di governo superiori, incidendo pesantemente sulla capacità di programmazione e di gestione delle risorse dell'ente locale. Pur trattandosi di tributi propri derivati e, quindi, di tributi statali su cui è legittimo l'intervento del legislatore, è lecito chiedersi se quelle richiamate non siano misure che abbiano reso precario il quadro di finanziamento dei Comuni e conseguentemente incrementato le difficoltà di programmare risorse per realizzare obiettivi espressione propria delle scelte di autonomia locale.

6. La perequazione comunale: profili critici

Il nodo più critico su cui soffermare l'attenzione in ordine alla tutela dei principi della finanza locale è indubbiamente rappresentato dal sistema di perequazione comunale. Anche per esso, infatti, si è registrato il sostanziale disallineamento tra le linee seguite dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi dieci anni e il "modello" originariamente previsto dalla legge n. 42 del 2009 e dal decreto legislativo n. 23 del 2011 sul federalismo fiscale municipale. Tali atti normativi prevedono anzitutto l'istituzione nel bilancio delle Regioni di fondi perequativi mediante risorse derivanti da un «Fondo perequativo dello Stato alimentato dalla fiscalità generale», distinguendo dalle spese destinate a finanziare altre funzioni quelle relative alle funzioni fondamentali degli enti locali per le quali è prevista la perequazione integrale. È inoltre stabilito che il Fondo sia periodicamente aggiornato rispetto alle funzioni degli enti locali e che esso sia ripartito tenendo conto di un «indicatore di fabbisogno finanziario calcolato come differenza tra il valore standardizzato della spesa corrente al netto degli interessi e il valore standardizzato del gettito dei tributi ed entrate proprie di applicazione generale»⁶⁷ «sulla base di una quota uniforme per abitante, corretta per tenere conto della diversità della spesa in relazione all'ampiezza demografica, alle caratteristiche territoriali, con

⁶⁷ Cfr. art. 13 della legge n. 42 del 2009.

particolare riferimento alla presenza di zone montane, alle caratteristiche demografiche, sociali e produttive dei diversi enti»⁶⁸ e di indicatori di fabbisogno di infrastrutture, in coerenza con la programmazione regionale di settore per il finanziamento della spesa in conto capitale⁶⁹. È inoltre disposto che, al fine di assicurare il finanziamento delle spese dei Comuni, «successivo alla determinazione dei fabbisogni *standard* collegati alle spese per le funzioni fondamentali», venga istituito un Fondo perequativo a titolo di concorso per il finanziamento delle funzioni comunali, la cui entità dovrebbe essere determinata, previa intesa sancita in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, salvaguardando la neutralità finanziaria per il bilancio dello Stato e in conformità con l'art. 13 della legge n. 42 del 2009 istitutivo del fondo perequativo "generale" per Comuni e Province. Si tratta di un Fondo alimentato da quote del gettito dei tributi di cui all'art. 2, commi 1 e 2, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2011 (imposta di registro e imposta di bollo su alcuni atti, come i contratti di locazione; imposta catastale; IRPEF in relazione ai redditi fondiari; tributi speciali catastali; tasse ipotecarie; cedolare secca sugli affitti), a cui si aggiungono una compartecipazione all'IMU nell'ipotesi di trasferimenti immobiliari⁷⁰. Tale Fondo è articolato in due componenti: l'una per la perequazione delle spese relative alle funzioni fondamentali del Comune e l'altra per quella delle spese per le funzioni non fondamentali. Sono infine previste modalità di aggiornamento del Fondo perequativo in parola in relazione all'assetto delle funzioni degli enti locali e alle dinamiche di spesa che si sviluppano nel tempo.

In definitiva, il sistema di perequazione degli enti locali previsto dalla legge n. 42 del 2009 e dal decreto legislativo n. 23 del 2011 è rivolto a garantire, a regime, un sistema di perequazione integrale delle spese per le funzioni fondamentali degli enti locali che presuppone il completamento della determinazione dei fabbisogni *standard* collegati alle spese per le funzioni fondamentali. La perequazione dovrebbe essere garantita mediante un Fondo dello Stato alimentato dalla fiscalità generale destinato a fondi perequativi collocati nei bilanci delle Regioni da ripartire secondo indicatori di fabbisogno finanziario calcolati come differenza tra il valore standardizzato della spesa corrente e il valore standardizzato del gettito dei tributi sulla base di una quota uniforme per abitante, corretta

⁶⁸ Cfr. art. 13 del decreto legislativo n. 23 del 2011.

⁶⁹ Cfr. art. 13 della legge n. 42 del 2009.

⁷⁰ Cfr. art. 7, comma 2, del decreto legislativo n. 23 del 2011.

tenendo conto della diversità della spesa per le funzioni comunali in relazione alle caratteristiche demografiche sociali e produttive dei diversi enti locali e sulla base di altri indicatori generali. Questi ultimi sono collegati, ad esempio, alla presenza di infrastrutture e/o alla partecipazione del Comune interessato a forme associative, con l'obiettivo di ridurre le differenze tra le capacità fiscali per il finanziamento delle funzioni sia fondamentali sia non fondamentali⁷¹, sia pure con un diverso sistema di perequazione. È inoltre precisato che le Regioni devono trasferire le risorse derivanti dai fondi in parola agli enti locali; in caso contrario, lo Stato è chiamato ad esercitare poteri sostitutivi⁷².

In sintesi: la legge n. 42 del 2009 e il decreto legislativo n. 23 del 2011 distinguono il meccanismo di perequazione in relazione da un lato alle spese riconducibili alle funzioni fondamentali, finanziate in base alla differenza fra i fabbisogni *standard* e le capacità fiscali, in modo che i trasferimenti perequativi possano colmare integralmente le differenze (perequazione verticale) e, dall'altro lato, alle spese destinate alle funzioni non fondamentali, per le quali i trasferimenti perequativi devono ridurre soltanto in parte le differenze esistenti tra i Comuni in termini di capacità fiscale *standard* (perequazione orizzontale).

A seguito della sopravvenuta crisi economico-finanziaria, le linee successive seguite dalla legislazione finanziaria statale si sono discostate da questo modello "generale" di perequazione comunale che costituisce tuttora diritto vigente, in attesa del completamento della riforma sul federalismo fiscale. Il modello di perequazione per così dire alternativo a quello "generale", che si è progressivamente consolidato nel tempo, non trova più fondamento nell'art. 13 del decreto legislativo n. 23 del 2011, bensì nell'art. 2, comma 3, dello stesso decreto legislativo appena menzionato. Quest'ultimo, per realizzare la devoluzione ai Comuni della fiscalità immobiliare, prevedeva l'istituzione del già richiamato Fondo sperimentale di riequilibrio al fine di garantire la perequazione integrale delle spese connesse alle funzioni fondamentali dei Comuni.

Al riguardo, deve essere anzitutto osservato che, sebbene già in origine l'art. 13 del decreto legislativo n. 23 del 2011 rinviasse all'art. 3, comma 2, dello stesso decreto quanto alle risorse che dovrebbero alimentare il Fondo perequativo generale per i Comuni, "agganciando", quindi, quest'ultimo, alla fiscalità immobiliare, il "modello" di perequazione co-

⁷¹ Cfr. art. 13, lett. f) del decreto legislativo n. 23 del 2011.

⁷² Cfr. art. 13, lett. h) del decreto legislativo n. 23 del 2011.

munale fondato sul più volte citato art. 13 assume caratteri più generali, non precludendo la destinazione di ulteriori risorse alla perequazione delle spese per le funzioni comunali. In definitiva, quello previsto dalla legge n. 42 del 2009 e dal decreto legislativo n. 23 del 2011, in conformità all'art. 119, terzo comma, Cost., è un Fondo statale per le spese per le funzioni comunali a gravare sulla fiscalità generale e destinato ad alimentare i fondi perequativi collocati nei bilanci delle Regioni, presupponendo il completamento della transizione ai costi e fabbisogni *standard* con l'obiettivo di ridurre le differenze tra le capacità fiscali. In particolare, l'art. 13 del decreto legislativo n. 23 del 2011 prevede un Fondo perequativo di carattere generale rivolto a realizzare un sistema "verticale" di perequazione per le spese riconducibili alle funzioni fondamentali che potrebbe tuttora trovare attuazione se il legislatore statale individuasse ulteriori risorse da destinare alla perequazione delle spese per le funzioni comunali senza utilizzare soltanto il sistema di perequazione "settoriale" basato esclusivamente sulla fiscalità immobiliare.

All'opposto, le linee successivamente seguite dalla legislazione finanziaria statale si sono discostate dal "modello" di perequazione "generale" prefigurato dall'art. 13 del decreto legislativo n. 23 del 2011 perché hanno iscritto tutti i successivi interventi per la perequazione comunale entro il modello della fiscalità immobiliare disciplinato dall'art. 2, comma 3, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2011 come successivamente modificato. Il Fondo sperimentale di riequilibrio, a carattere verticale, come si è detto, è stato infatti soppresso⁷³ e sostituito, già dalla legge di stabilità per il 2013, dal Fondo di solidarietà comunale⁷⁴, in origine di natura "mista" (verticale e orizzontale), in quanto alimentato prevalentemente dai Comuni mediante la trattenuta di una parte del gettito *standard* derivante dall'IMU, e da una quota minoritaria di risorse trasferite dallo Stato⁷⁵.

Successivamente, i "tagli" disposti dalla legislazione finanziaria hanno azzerato la componente verticale del Fondo di solidarietà comunale⁷⁶. Inoltre, l'abolizione dell'IMU e del Tributo per i servizi indivisibili

⁷³ Dall'art. 1, comma 380, lett. h), della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013*), come sostituito dall'art. 1, comma 729, lett. e), della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2014*).

⁷⁴ Istituito dall'art. 1, comma 380, lett. b), della legge n. 228 del 2012.

⁷⁵ Cfr. art. 1, comma 380-ter, lett. a), della citata legge n. 228 del 2012, recante la dotazione del Fondo di solidarietà comunale per gli anni 2014 e seguenti.

⁷⁶ Lo rileva a chiare lettere la Corte dei conti: cfr. Sezione autonomie, *Relazione sul-*

(TASI) sull'abitazione principale hanno ridotto il gettito dei tributi locali per i Comuni⁷⁷. In tal modo, da un lato sono state progressivamente erose le quote versate nel Fondo stesso dai Comuni; dall'altro lato, l'abolizione dell'IMU e della TASI sull'abitazione principale e le molteplici revisioni dell'IMU hanno ridotto il gettito dei tributi locali per i Comuni e tale riduzione non è stata adeguatamente compensata da trasferimenti statali⁷⁸. Tutto ciò ha prodotto l'effetto di rendere il meccanismo di perequazione comunale integralmente orizzontale, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale⁷⁹ e dalla Corte dei conti⁸⁰. Ciò significa che la perequazione delle spese sostenute per il finanziamento delle funzioni nei territori con minore capacità fiscale viene finanziata esclusivamente dagli enti locali, tanto da determinare un «trasferimento negativo» in quanto sono ormai i Comuni a trasferire risorse allo Stato⁸¹.

Ai richiamati profili critici del sistema di perequazione rivolto a garantire le funzioni dei Comuni, ravvisabili nella progressiva riduzione delle risorse statali che alimentano il Fondo, si aggiungono altri nodi problematici connessi ai criteri di calcolo della capacità fiscale, basati sulla

la gestione finanziaria degli enti locali. Esercizi 2019-2020, Delib. n. 11/SEZAUT/2021/FRG.

⁷⁷ Cfr. art. 1, commi 446-452, della legge 11 dicembre 2012, n. 232 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*).

⁷⁸ Sui richiamati profili critici del fondo perequativo comunale, cfr. L. ANTONINI, *Il fondo di solidarietà comunale e i principi della perequazione tra giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Rass. trib.*, n. 3/2018, 495 s.; G. BERNABEI, *Il ruolo della perequazione nel sistema multilivello di finanza locale*, in *Federalismi*, n. 20/2018, 10 ss., spec. 25 ss. (in ordine ai profili critici dei tributi immobiliari dovuti ai «disallineamenti catastali»); ID., *L'Italia dei Comuni. Prospettive di sviluppo per il sistema di governo locale*, Milano 2018, 97 ss.; M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, cit., 405 ss.

⁷⁹ Cfr. sent. n. 220 del 2021, punto n. 4 del «Considerato in diritto».

⁸⁰ Cfr. Corte dei conti – Sezione autonomie, *Audizione della Corte dei conti presso la VI Commissione permanente – Finanze della Camera dei deputati sui sistemi tributari delle regioni e degli enti territoriali nella prospettiva dell'attuazione del federalismo fiscale e dell'autonomia differenziata*, 11 dicembre 2019, 40, ove è rilevato che «il fondo di solidarietà comunale non è [...] idoneo a garantire la perequazione integrale dei fabbisogni standard dei comuni» in primo luogo per la «mancanza della componente verticale, atteso che il totale delle risorse da sottoporre alla perequazione è limitato al totale delle capacità fiscali comunali, escludendo totalmente l'intervento erariale» e, in secondo luogo, «perché alcune modalità di calcolo dei trasferimenti non rispondono in pieno alle esigenze rappresentate».

⁸¹ V. ancora sent. n. 220 del 2021, punto n. 4 del «Considerato in diritto». Sul punto, v. anche M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, cit., 399.

differenza fra le capacità fiscali e i fabbisogni *standard*, che hanno determinato effetti distorsivi e hanno richiesto meccanismi correttivi da parte del legislatore finalizzati a «contenere il differenziale di risorse redistribuite rispetto a quelle storiche di riferimento»⁸².

I profili maggiormente critici sono connessi ai criteri di calcolo della capacità fiscale, soprattutto quando – come nei casi di mancato aggiornamento delle rendite catastali degli immobili – tale sistema non risulta ancorato ai valori reali⁸³. La perdurante applicazione di tale sistema di perequazione rischia di determinare effetti fortemente distorsivi e pare difficilmente conciliabile sia con il principio della capacità contributiva, sia con i principi di trasparenza, responsabilità e democraticità⁸⁴. Basti pensare che un cittadino di un Comune che ha aggiornato le rendite catastali si trova a versare quote di IMU di maggiore entità, ma parte di quel gettito andrà ad altri Comuni che risultano avere una minore capacità fiscale soltanto per non aver aggiornato il valore catastale degli immobili e non perché siano necessariamente dotati di minore capacità fiscale⁸⁵. In definitiva, il sistema di perequazione non riflette l'effettiva ricchezza della popolazione dei Comuni.

Le tappe più recenti delle vicende qui in esame hanno segnato la riforma della tassazione immobiliare locale contenuta nella legge 28 dicembre 2015, n. 208 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016*) e modificata da successivi provvedimenti legislativi. Essa pone due nodi problematici: da un lato, la mancata compensazione del minor gettito dei Comuni; dall'altro lato, più in generale, il rispetto dell'autonomia fiscale degli enti locali. Quest'ultima, infatti, risulta ormai ulteriormente ridotta anche sotto il profilo minimo della manovrabilità dei tributi e delle esenzioni. Pertanto la disciplina a regime attualmente stabilita dal citato art. 1, commi 446-452, della legge n. 232 del 2016 (legge di bilancio per il 2017) ha determinato la dotazione complessiva del Fondo di solidarietà comunale per

⁸² Così, M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, cit., 410. Al riguardo, cfr. anche G. BERNABEI, G. MONTANARI, *Autonomie e finanza locale*, Padova 2017, 151 ss.

⁸³ Al riguardo, cfr. M. AULENTA, *Flessi inter-istituzionali nelle riforme del catasto*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 3/2016, 364 ss.

⁸⁴ Cfr. M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, cit., 410 s.

⁸⁵ Così, M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, cit., 411. Cfr. anche G. BERNABEI, *L'Italia dei Comuni*, cit., 97 ss., spec. 106 ss. (per la significativa casistica riportata).

il triennio 2020-2022 composta da una quota generale e da una quota attribuita a titolo di ristoro del gettito non più acquisibile dai Comuni a seguito dell'introduzione dell'IMU e della TASI. Il riconoscimento del contributo a titolo di ristoro in favore dei Comuni per gli anni 2020-2022 è stato successivamente consolidato dapprima dall'art. 1, comma 892, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*) e successivamente incrementato del 5 per cento annuo dall'art. 57, comma 1, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (*Diposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 19 dicembre 2019, n. 157, e poi riformulato dall'art. 1, comma 554, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*). La quota "generale" è stata infine rideterminata dall'art. 1, comma 849, della stessa legge n. 160 del 2019. I contributi vengono annualmente ripartiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁸⁶.

Come si vede, il susseguirsi incalzante delle norme mediante le quali il legislatore torna continuamente sulla materia denota la difficoltà di assicurare il necessario contributo correttivo in favore dei Comuni e di contenere gli effetti distorsivi del meccanismo perequativo.

7. Segue. *La sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2021 sul Fondo di solidarietà comunale*

In questo contesto, i rilevati nodi critici non potevano non giungere al vaglio del Giudice costituzionale che si è pronunciato sul sistema di perequazione comunale con la già richiamata sentenza n. 220 del 2021.

Le questioni di legittimità costituzionale sono promosse dalla Regione Liguria su istanza del Consiglio delle autonomie locali per asserita violazione degli artt. 5 e 119 Cost. in relazione alle sopra menzionate norme contenute nella legge di bilancio per il 2020 e nel decreto-legge n. 124 del 2019, che hanno consolidato il contributo riconosciuto ai Comuni⁸⁷. È anzitutto lamentata la lesione dell'art. 119 Cost. in ordine

⁸⁶ Cfr., ad esempio, d.P.C.M. 28 marzo 2020 (*Criteri di formazione e di riparto del fondo di solidarietà comunale 2020*).

⁸⁷ In particolare, la ricorrente Regione Liguria impugna: a) l'art. 1, comma 554, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario*

ai principi costituzionali di entrata e di spesa e al principio dell'integrale finanziamento delle funzioni attribuite agli enti locali. In secondo luogo, è dedotta la violazione dei principi costituzionali sull'autonomia finanziaria e tributaria comunale per effetto del carattere orizzontale del sistema di perequazione determinato dai criteri redistributivi del Fondo di solidarietà comunale, ritenuti inadeguati ad assicurare la corrispondenza tra prelievo subito dagli enti locali e disponibilità delle risorse per l'adempimento ordinario delle funzioni. Infine, la Regione Liguria lamenta che il successivo intervento correttivo del legislatore statale non avrebbe reintegrato adeguatamente il Fondo, perpetrando, all'opposto, la riduzione delle risorse con l'effetto di aggravare il carattere orizzontale del sistema di perequazione in contrasto con le prescrizioni costituzionali.

In definitiva, con le promosse questioni di legittimità costituzionale viene lamentato che «l'incremento della percentuale di perequazione calibrata sulla differenza tra le capacità fiscali e i fabbisogni standard di fatto aumenterebbe e perpetuerebbe una sperequazione fra i Comuni, essenzialmente per tre ragioni: a) per il carattere sostanzialmente "orizzontale" del Fondo di solidarietà comunale (FSC); b) per le modalità con cui sono calcolate le capacità fiscali; c) per come sono strutturati i fabbisogni standard»⁸⁸. La Regione ricorrente si duole quindi delle distorsioni dei criteri perequativi che assistono il funzionamento del Fondo stesso.

La Corte effettua anzitutto una ricostruzione delle linee evolutive del quadro normativo da cui, come si è detto, si evince la sostituzione del Fondo sperimentale di riequilibrio, che era alimentato da trasferimenti statali e da partecipazioni al gettito di tributi erariali, con il Fondo di

2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022) che, per gli anni 2020, 2021, 2022, dispone il contributo in favore dei Comuni a titolo di ristoro del gettito non più acquisibile a seguito dell'introduzione della TASI, unitamente all'art. 1, comma 892, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*) che determina il contributo complessivo a titolo di ristoro per ciascuno degli anni dal 2019 al 2033; b) l'art. 57, comma 1, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (*Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 19 dicembre 2019, n. 157, che incrementa il contributo previsto del 5 per cento annuo dall'anno 2020 sino a raggiungere il valore del 100 per cento a decorrere dall'anno 2030; c) l'art. 1, comma 849, della legge n. 160 del 2019 (la sopra citata legge di bilancio 2020) che ridetermina la quota generale destinata al Fondo di solidarietà comunale, da ripartire secondo criteri e modalità stabilite con d.P.C.M.

⁸⁸ Sent. n. 220 del 2021, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

solidarietà comunale e si desume che quest'ultimo è divenuto interamente orizzontale⁸⁹.

Quanto alla prima questione promossa, pur accertando, conseguentemente a quanto detto, gli effetti distorsivi determinati dalla riduzione dei trasferimenti erariali al Fondo di solidarietà comunale, i Giudici costituzionali sono giunti a una decisione di non fondatezza perché hanno riconosciuto che il contributo versato a titolo di ristoro del mancato gettito di IMU e TASI è stato oggetto di una ridefinizione tale da ridurre l'originario differenziale al fine di non incidere sul livello dei servizi erogati e di non alterare la corrispondenza tra funzioni e risorse affidate ai Comuni⁹⁰.

Quanto alla seconda questione, secondo la Corte la progressione dei criteri perequativi determinata dalle norme censurate che vengono a ridefinire la ripartizione del Fondo di solidarietà comunale incentrandolo sulla differenza tra capacità fiscali e fabbisogni standard, non determina una limitazione dell'autonomia finanziaria dei Comuni tale da incidere sulle risorse necessarie allo svolgimento delle funzioni. In altri termini, i Giudici costituzionali non hanno accertato l'incostituzionalità dei criteri perequativi sulla ripartizione del Fondo disciplinati dalla norma impugnata perché la differenza tra capacità fiscali e fabbisogni *standard* di per sé non costituisce indice di irragionevolezza, avendo la Corte precedentemente censurato i criteri di riduzione di altri fondi perequativi quando erano commisurati alle spese sostenute per i consumi intermedi soltanto nel caso in cui tale parametro era utilizzato in via esclusiva anziché sussidiaria per la ridefinizione del fondo perequativo⁹¹. Tuttavia, pur non giungendo a una pronuncia di fondatezza, i Giudici costituzionali – anche sulla scorta dell'audizione resa in camera di consiglio dal Ragioniere generale dello Stato, svolta a seguito di ordinanza istruttoria – hanno rilevato «la presenza di criticità nella distribuzione delle risorse fra i Comuni italiani», effetto di «shock perequativo» che i criteri di distribuzione del Fondo di solidarietà comunale hanno concorso a determinare⁹².

Quanto, infine, alla terza questione promossa, avente ad oggetto la norma che disciplina le quote di incremento del Fondo di solidarietà co-

⁸⁹ Cfr. sent. n. 220 del 2021, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

⁹⁰ Cfr. sent. n. 220 del 2021, punto n. 5.1 del “Considerato in diritto”.

⁹¹ Il riferimento è alla sent. n. 129 del 2016 richiamata dalla sent. n. 220 del 2021, punto n. 5.2.2 del “Considerato in diritto”.

⁹² Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sent. n. 220 del 2021, punto n. 5.2.2 del “Considerato in diritto”.

munale (art. 1, comma 849, della legge n. 160 del 2019), la Corte ha anzitutto correttamente circoscritto la doglianza all'annualità 2020 per effetto dello *ius superveniens*, costituito dall'art. 1, comma 791, della legge n. 178 del 2020, idoneo a determinare incrementi progressivi della dotazione del Fondo stesso per gli anni successivi e, quindi, a limitare la decurtazione delle risorse a danno dei Comuni. Nel merito, la Corte ha dichiarato non fondata la questione, atteso che le somme stanziare per il 2020 e i criteri di riparto previsti sono stati oggetto di specifica intesa in sede di Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, segnando così un elemento di forte discontinuità rispetto ai "tagli" unilaterali, precedentemente apportati dal legislatore, al finanziamento degli enti locali e avviando il processo di ripristino dell'ammontare originario del Fondo, anche in ragione degli ulteriori incrementi degli stanziamenti in favore dei Comuni previsti nell'emergenza pandemica⁹³.

In definitiva, la pronuncia di non fondatezza si basa sui seguenti argomenti: a) il ridimensionamento dei contributi devoluti ai Comuni a titolo di ristoro di IMU e TASI non incide sul livello dei servizi fondamentali e non altera il principio di corrispondenza tra funzioni e risorse (di cui la ricorrente, in ogni caso, non ha fornito la prova); b) gli aspetti critici del sistema di perequazione comunale rappresentano la conseguenza di una situazione di fatto coincidente con il mancato adeguamento dei valori catastali degli immobili.

Stando ai precedenti della Corte, il primo ordine di argomentazioni è sufficiente a fare "salva" la riduzione della quota compensativa IMU-TASI devoluta ai Comuni perché, in sede di esercizio dei poteri istruttori, la Corte ha accertato che la riduzione di risorse destinate agli enti locali è di importo complessivamente ridotto e perché le norme impugnate si inscrivono in un percorso del legislatore statale di ricostituzione della componente verticale del Fondo di solidarietà comunale. D'altra parte, a rigettare questo primo gruppo di censure sarebbe stato forse sufficiente il richiamo alla consolidata giurisprudenza costituzionale in forza della quale, ai fini dell'ammissibilità della questione, è onere della Regione ricorrente nel giudizio in via d'azione provare con adeguata documentazione l'assoluta impossibilità, conseguente all'applicazione delle misure finanziarie, di svolgere le funzioni ad essa attribuite dalla Costituzione⁹⁴.

⁹³ Cfr. sent. n. 220 del 2021, punto n. 5.3.2 del "Considerato in diritto".

⁹⁴ Tra le tante, sentt. n. 26 del 2014; n. 89, n. 239 e n. 252 del 2015; n. 29, n. 65, n. 127, n. 151, n. 176, n. 202 e n. 205 del 2016; n. 154 del 2017; n. 84 del 2018. Per un appro-

Non poche perplessità, invece, desta il secondo ordine di argomentazioni che ha consentito alla Corte di rigettare le censure regionali mosse in relazione ai criteri di rideterminazione del Fondo di solidarietà comunale. Infatti, l'effetto "distorsivo" del sistema di perequazione "orizzontale", di cui si doleva la ricorrente, discende proprio dalla scelta del legislatore statale di aver fondato il sistema di perequazione unicamente sulla fiscalità immobiliare e di essersi così discostato – come si è sopra argomentato ricostruendo l'evoluzione della normativa – dal pur previsto modello di perequazione "generale". La conseguenza paradossale è che i Comuni ritenuti con maggiore capacità fiscale soltanto perché hanno espletato l'adeguamento delle rendite catastali contribuiscono maggiormente ad alimentare il Fondo e ricevono meno risorse degli altri, senza che a tale maggiore contribuzione corrisponda necessariamente una maggiore ricchezza.

8. *La difficile tutela dei principi della finanza locale ai tempi dell'emergenza pandemica e della crisi economica*

L'ultima fase della giurisprudenza costituzionale rivolta a tutelare l'autonomia finanziaria locale si sviluppa durante l'emergenza pandemica. In essa si esprime l'esigenza di bilanciare l'autonomia finanziaria comunale con i principi della contabilità pubblica e della sostenibilità degli equilibri finanziari, a fronte di interventi già contenuti, ad esempio, nei decreti-legge 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*; c.d. "decreto semplificazioni"), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120, e 14 agosto 2020, n. 104 (*Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*; c.d. "decreto rilancio"), convertito in legge, con modificazioni dell'art. 1, comma 1, della legge 13 ottobre 2020, n. 126, soprattutto in relazione alla procedura di pre-dissesto (o dissesto-guidato) e alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall'art. 243-*bis* del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*; c.d. TUEL)⁹⁵. Su tali procedimenti e sull'assetto

fondimento, cfr. G. RIVOCCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale*, Atti del XXXIII Convegno annuale, Firenze, 16-17 novembre 2018, Napoli 2019, 373 ss.

⁹⁵ Cfr. l'art. 17 del decreto-legge n. 76 del 2020.

della finanza locale è successivamente intervenuto anche l'art. 53 del richiamato decreto-legge n. 104 del 2020.

In estrema sintesi, si può qui osservare che le norme summenzionate hanno previsto: a) forme di sostegno agli enti locali in *deficit* strutturale, incrementando la dotazione del Fondo di rotazione previsto dal TUEL; b) la sospensione dei procedimenti e dell'efficacia delle deliberazioni delle Sezioni regionali della Corte dei conti – chiamate a verificare il piano di riequilibrio e la corretta adozione delle previste misure correttive ai fini del rientro dal disavanzo – per gli enti locali che hanno approvato il piano di riequilibrio pluriennale ai sensi dell'art. 243-*bis* del TUEL; c) la sospensione delle procedure esecutive a qualunque titolo intraprese nei confronti degli enti locali.

Si tratta di interventi del legislatore statale che si spiegano alla luce dell'esigenza di sostenere le autonomie locali nella crisi pandemica. Occorre nondimeno osservare che, se la loro applicazione non sarà rigorosamente limitata all'emergenza, tali misure potrebbero avere un considerevole impatto finanziario non soltanto perché riguardano i numerosi Comuni che si trovano in stato di pre-dissesto, ma anche perché la disciplina introdotta potrebbe interferire con il percorso di convergenza verso gli obiettivi di risanamento dei conti imposti dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 e dalla normativa attuativa dei precetti costituzionali dell'equilibrio e della sostenibilità della finanza pubblica allargata.

Bisogna infatti ricordare che tali norme si inseriscono in un quadro di pronunce della Corte costituzionale che sono intervenute negli ultimi anni sia sul versante delle modalità di risanamento della finanza degli enti locali⁹⁶, sia su quello della garanzia del pagamento dei debiti delle amministrazioni pubbliche, considerato valore preminente dal diritto dell'Unione europea, ribadito anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2020. Quest'ultima, infatti, ha dichiarato non fondate questioni di legittimità costituzionale promosse da alcune Regioni in relazione alle norme rivolte ad assicurare il rispetto dei tempi di pagamento delle obbligazioni contratte dagli enti sanitari regionali, consentendo che sia condizionata a tali obiettivi una quota di indennità di risultato dei dirigenti amministrativi e avvalorando, in tal modo, il percorso intrapreso dalla legislazione finanziaria statale rivolto a introdurre istituti idonei a "smobilizzare" i crediti commerciali mediante l'allentamento delle regole del patto di stabilità interno e la concessione di anticipazioni di liquidità per

⁹⁶ Cfr. sentt. n. 18 del 2019; n. 4 e n. 115 del 2020; n. 80 del 2021.

favorire maggiori disponibilità di cassa per gli enti creditori⁹⁷. Ciò allo scopo precipuo di ridurre i ritardi nei pagamenti dei debiti commerciali di *tutte* le pubbliche amministrazioni, statali e regionali, incluse nel conto consolidato rilevante per la verifica del rispetto dei parametri europei⁹⁸.

Guardando al quadro di riferimento euro-nazionale, si tratta di una tendenza che pare necessario preservare anche nell'attuale crisi pandemica ed economica. Basti pensare che proprio per assicurare l'effettività dell'obbligo di pagamento dei debiti commerciali delle amministrazioni pubbliche in sede europea sono già intervenute pronunce di condanna della Repubblica Italiana⁹⁹. Pertanto, l'applicazione di tali norme "di favore" per gli enti locali – inserite, tra l'altro, in decreti-legge *omnibus*, come purtroppo ancora troppo spesso accade, nonostante i tentativi della giurisprudenza costituzionale di limitare tale tendenza¹⁰⁰ – e i loro possibili effetti sulla finanza pubblica andranno seguiti con grande attenzione per evitare che misure rivolte ad assicurare la «stabilità finanziaria degli enti locali» come recita il titolo dell'art. 17 del decreto-legge n. 76 del 2020 non si pongano in contrasto con le pronunce della Corte costituzionale e della Corte di giustizia e non si traducano in una dequotazione del principio di legalità finanziaria¹⁰¹. Infatti, come emerge dai controlli delle Sezioni regionali della Corte dei conti (che vengono invece limitati, dalle norme in parola, se non, a certe condizioni, sospesi), nel periodo più recente si riscontrano discutibili prassi contabili degli enti locali: dalla rinuncia alla attivazione dell'anticipazione del Fondo di rotazione, alla tendenza a ricorrere a un uso improprio dell'avanzo di amministrazione o del Fondo pluriennale vincolato o – aspetto ancor più critico – delle

⁹⁷ Cfr. il decreto-legge 8 aprile 2013, n. 35: per un'analisi delle misure richiamate, cfr. C. BERGONZINI, *Ancora un singolare malfattore legale? I perduranti ritardi nel pagamento dei debiti commerciali delle p.a.* (19 giugno 2017), in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 14 ss.

⁹⁸ Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSCECHI, *Affidabilità delle transazioni commerciali delle amministrazioni pubbliche e limiti all'autonomia regionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2020, 892 ss.

⁹⁹ Cfr. sent. Corte Giustizia UE 28 gennaio 2020, in causa C-122/18, *Commissione c. Italia*.

¹⁰⁰ Cfr., tra le più significative, sentt. n. 22 del 2012; n. 32 del 2014; n. 247 del 2019, con la quale la Corte ha ulteriormente chiarito che il potere di emendamento parlamentare deve intendersi limitato a disposizioni che siano coerenti con quelle originarie o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico.

¹⁰¹ Al riguardo, si vedano le considerazioni critiche di G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi*, n. 8/2021, 21 ss., spec. 24 ss.

anticipazioni di liquidità; o, ancora, alla tendenza a sopravvalutare le entrate, o ad occultare i debiti fuori bilancio nei rapporti debito-credito tra i Comuni e la Regione di appartenenza¹⁰².

Deve essere invece ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha posto limiti ben precisi al ricorso a tali istituti. Le anticipazioni di liquidità, ad esempio, pur trattandosi di istituto largamente utilizzato dalla legislazione finanziaria statale in favore degli enti locali, sono state definite dai Giudici costituzionali «anticipazioni di cassa di più lunga durata di quelle ordinarie»¹⁰³: sicché il loro impiego va rigorosamente circoscritto in quanto esso è ritenuto ammissibile nei limiti del rispetto del precetto costituzionale che impone di riservare l'indebitamento degli enti territoriali alle spese di investimento (art. 119, sesto comma, Cost.). Non è certamente un caso che la Corte abbia tentato di limitare il ricorso a tale istituto, ritenuto espressione di «una disciplina di carattere speciale e temporaneo»¹⁰⁴, «non riproducibile serialmente nel tempo e inidoneo a risanare bilanci»¹⁰⁵, bensì rivolto *unicamente* ad assicurare disponibilità di cassa per fronteggiare i debiti arretrati degli enti sub-statali¹⁰⁶.

La Corte ha quindi ripetutamente dichiarato incostituzionali disposizioni di legge che, mediante il ricorso a tali istituti contabili, consentivano di ripianare i disavanzi dei Comuni su archi temporali lunghi e differenziati, ben oltre l'ordinario ciclo di bilancio¹⁰⁷. In particolare, la sentenza n. 4 del 2020 ha dichiarato costituzionalmente illegittime norme che consentivano di far confluire le risorse derivanti dalle anticipazioni

¹⁰² Così, G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica*, cit., 22. Al riguardo, cfr. anche AA.VV., *Rapporto Ca' Foscari sui Comuni 2018. I comuni italiani dopo la grande crisi finanziaria*, a cura di M. Degni, Roma 2019, spec. 125 ss.

¹⁰³ Sentt. n. 181 del 2015, punto n. 4.3.2 del “Considerato in diritto”; nonché n. 115 del 2020, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto”.

¹⁰⁴ Sent. n. 181 del 2015, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”.

¹⁰⁵ Sent. n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del “Considerato in diritto”.

¹⁰⁶ Cfr. sentt. n. 181 del 2015, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”; n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del “Considerato in diritto”; nonché n. 115 del 2020, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto” e n. 80 del 2021, punto n. 6.2 del “Considerato in diritto”. In dottrina, valorizzano questa prospettiva E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il Fondo di anticipazione di liquidità (FAL) e le sue tentazioni. Note a margine di Corte cost. 80/2021*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 2/2021, 344 ss.; C. BERGONZINI, G. MENEGUS, *Tra l'incudine e il martello. Finanza degli enti locali, effettività delle prestazioni e legalità costituzionale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, n. 20/2022, 420 ss.

¹⁰⁷ Cfr., in particolare, sentt. n. 18 del 2019; n. 4 del 2020; n. 80 del 2021.

di liquidità accantonate nel risultato di amministrazione ai fini del finanziamento del Fondo crediti di dubbia esigibilità e difficile esazione dei Comuni (FCDE), al di fuori, quindi, dei limiti e delle finalità normativamente previste, rivolte a garantire in via esclusiva il pagamento delle passività pregresse per onorare i debiti delle amministrazioni pubbliche¹⁰⁸. Con questa pronuncia, la Corte ha delineato lo statuto giuridico delle anticipazioni di liquidità, affermandone la natura eccezionale poiché esse «costituiscono una forma straordinaria di indebitamento a lungo termine e – in quanto tali – sono utilizzabili in senso costituzionalmente conforme solo per pagare passività pregresse iscritte in bilancio», sicché dette anticipazioni «sono prestiti di carattere eccezionale finalizzati a rafforzare la cassa quanto l'ente territoriale non riesce a onorare le obbligazioni secondo la fisiologica scansione dei tempi di pagamento»¹⁰⁹. «La loro eccezionalità – conclude la Corte – dipende essenzialmente dal fatto: a) di essere inscindibilmente collegate a una sofferenza della cassa; b) di essere frutto di un rigoroso bilanciamento di interessi rilevanti in sede costituzionale e dell'Unione europea; c) di essere un rimedio contingente, non riproducibile serialmente nel tempo e inidoneo a risanare i bilanci strutturalmente in perdita»¹¹⁰.

La successiva sentenza n. 80 del 2021 ha “doppiato” la precedente pronuncia dichiarando costituzionalmente illegittime norme che prevedevano l'obbligatorio accantonamento al Fondo anticipazioni di liquidità (FAL) di importi pari all'ammontare complessivo delle anticipazioni incassate negli esercizi finanziari precedenti e non ancora rimborsate. Le norme censurate prevedevano, tra l'altro, di «ripagare un debito (gli oneri di restituzione della quota annuale) con lo stesso debito (l'anticipazione di liquidità)», così determinando la graduale riduzione del FAL e, al contempo, l'illegittimo ampliamento della capacità di spesa corrente dei Comuni non essendo garantita l'effettiva copertura delle poste passive¹¹¹. In tal modo, la Corte viene a scongiurare il rischio che le anticipazioni di

¹⁰⁸ Cfr. C. BUZZACCHI, *Anticipazioni di liquidità ed equilibrio di bilancio: le insidie di una legislazione statale di apparente favore per le autonomie*, in *Giur. cost.*, 2020, 35 ss.; F. GUELLA, *Illegittimità dei meccanismi di estinzione fittizia di debito con debito: la sterilizzazione delle anticipazioni di liquidità come meccanismo costituzionalmente necessario*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020, 958 ss.

¹⁰⁹ Sent. n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del “Considerato in diritto”.

¹¹⁰ Sent. n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del “Considerato in diritto”.

¹¹¹ Sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.2 del “Considerato in diritto”. Al riguardo, cfr. A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della Consulta in tema di finanza pubblica allargata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2021, 1431 ss.

liquidità siano utilizzate per fini diversi dal pagamento dei residui passivi già iscritti in bilancio e che, di conseguenza, venga depauperato il patrimonio dell'ente locale che ricorre al credito¹¹². In definitiva, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme che determinano «un fittizio miglioramento del risultato di amministrazione con l'effetto di esonerare l'ente locale dalle appropriate operazioni di rientro dal deficit» poiché esso non è parametrato sul disavanzo effettivo, bensì su quello alterato dall'anomala contabilizzazione del FAL¹¹³.

La giurisprudenza costituzionale ha così inteso preservare i principi sulla finanza locale dichiarando costituzionalmente illegittime disposizioni di legge che consentivano di ripianare i disavanzi dei Comuni ben oltre i limiti individuati dall'ordinario ciclo di bilancio¹¹⁴, ribadendo, all'opposto, che «la regola fisiologica del rientro dal disavanzo è quella del ripianamento annuale, al massimo triennale, e comunque non superiore allo scadere del mandato elettorale»¹¹⁵.

In definitiva la Corte ha censurato le norme che consentivano un ampliamento del ricorso alle anticipazioni di liquidità e le altre forme di illegittimo ampliamento della capacità di spesa dell'ente locale non già al fine di limitare l'autonomia finanziaria dei Comuni, bensì per rafforzare il nesso tra poteri locali e responsabilità politica. In questa chiave di lettura deve essere interpretato l'accertamento dell'alterazione del risultato di amministrazione a cui condurrebbe l'applicazione della censurata disciplina sulle anticipazioni di liquidità. Queste ultime, infatti, consentirebbero di «spalmare» il disavanzo su un lungo arco temporale con il rischio di peggiorare ulteriormente l'andamento dei conti pubblici, pur in presenza di un piano di riequilibrio finanziario del Comune dalla

¹¹² Cfr. sentt. n. 188 del 2014, spec. punti n. 4 e n. 4.1 del «Considerato in diritto»; n. 4 del 2020, punto n. 4.1 del «Considerato in diritto»; n. 80 del 2021, punto n. 6.3 del «Considerato in diritto».

¹¹³ Sent. n. 80 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto».

¹¹⁴ Cfr., in particolare, sentt. n. 18 del 2019, punto n. 5.1 del «Considerato in diritto», ove la Corte ha posto in rilievo la natura eccezionale della previsione legislativa che permette di «spalmare» il disavanzo su un arco pluriennale per consentire la riemersione dei «consistenti disavanzi reali» dei Comuni al fine di porre ad essi «rimedio, in via definitiva, con un rientro pluriennale»; n. 4 del 2020, spec. punto n. 4.2 del «Considerato in diritto»; n. 80 del 2021, spec. punto n. 6.1 del «Considerato in diritto». Al riguardo, cfr. A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della Consulta in tema di finanza pubblica allargata*, cit., 1431 ss.; nonché E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Il Fondo di anticipazione di liquidità (FAL) e le sue tentazioni*, cit., 351 s.

¹¹⁵ Sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del «Considerato in diritto», con richiami alla sent. n. 115 del 2020.

durata limitata¹¹⁶. Infatti, le norme censurate consentivano agli enti locali di utilizzare le anticipazioni di liquidità come forme di indebitamento a lungo termine, anche della spesa corrente, ben oltre i limiti normativamente previsti in ordine al loro impiego, così violando l'art. 119, sesto comma, Cost. che, viceversa, vincola l'indebitamento alle sole spese di investimento¹¹⁷.

Afferma infine la Corte, con un ulteriore ordine di argomentazioni a sostegno delle censure, che «la pluriennale diluizione degli oneri di ripianamento del maggior deficit incorre anche nella violazione dei principi di responsabilità del mandato elettivo e di equità intergenerazionale»¹¹⁸ poiché, da un lato, consente di differire l'accertamento dei risultati nella gestione di bilancio precludendo il controllo democratico degli amministratori sull'impiego delle risorse e, dall'altro lato, «comporta il trasferimento dell'onere del debito e del disavanzo dalla generazione che ha goduto dei vantaggi della spesa corrente a quelle successive, senza che a queste ultime venga trasmesso alcun beneficio connesso all'utilizzazione di beni durevoli di investimento»¹¹⁹.

Sul punto, l'impressione è che, in quella da ultimo richiamata come in altre pronunce, il tema dell'equità intergenerazionale sia affermato dalla Corte nella prospettiva dell'affermazione dei doveri delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future e non già dell'affermazione dei c.d. diritti di queste ultime¹²⁰, atteso che l'ordinamento non conosce forme di responsabilità giuridica intergenerazionale. Pertanto i c.d. diritti delle generazioni future non possono entrare nel giudizio di bilanciamento con i diritti delle generazioni presenti, trattandosi di entità eterogenee (questi ultimi certi, i primi indefinibili e indeterminati)¹²¹. Ne consegue che nel bilanciamento realizzato in prima battuta dal legislatore e successivamente dalla Corte l'argomento della

¹¹⁶ Cfr. sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto".

¹¹⁷ Cfr., ancora, sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto".

¹¹⁸ Sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto".

¹¹⁹ Sent. n. 80 del 2021, punto n. 6.1 del "Considerato in diritto".

¹²⁰ In questa stessa prospettiva si possono collocare anche le sent. n. 88 del 2014, punto n. 7.2 del "Considerato in diritto" e n. 18 del 2019, punto n. 5.2 del "Considerato in diritto".

¹²¹ In questo senso, cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 145 ss. Nella stessa prospettiva, cfr. G. RIVOCCHI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": la materia della finanza pubblica*, in *Come decide la Corte dinanzi a questioni "tecniche". Incontri sulla giurisprudenza costituzionale*. Torino, marzo-giugno 2019, a cura di M. Losana e V. Marcenò, Torino 2020, 68 s.; nonché, da ultimo, C. BERGONZINI, *Prime note su un per-*

responsabilità giuridica intergenerazionale, da tempo oggetto di significativa riflessione¹²², non dovrebbe espandersi sino al punto di limitare l'effettività della tutela dei diritti costituzionali, dovendo viceversa, come nella pronuncia in esame, sorreggere il principio di sostenibilità nel tempo dei diritti delle generazioni *presenti*¹²³. In prospettiva non dissimile, non è certamente un caso che anche la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*), nel collocare la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione, si limiti a evocare l'«interesse delle future generazioni» senza enfatizzare la prospettiva della responsabilità giuridica intergenerazionale.

D'altra parte, la stessa disciplina costituzionale e legislativa di governo dei conti pubblici, anche a seguito della citata legge costituzionale n. 1 del 2012 sull'equilibrio, ha mantenuto la sua duttilità originaria, come ampiamente confermato dalla giurisprudenza costituzionale che ha affermato un'interpretazione «dinamica» dell'equilibrio di bilancio, condizionata, cioè, dalla congiuntura e dalle crisi economico-finanziarie. Infatti, secondo la Corte, il principio dell'equilibrio «consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche»¹²⁴ attraverso l'impiego delle risorse pubbliche in un ottimale rapporto tra efficienza ed equità rivolto a garantire «l'equilibrio tendenziale del bilancio»¹²⁵. Muovendo da tali assunti, i Giudici costituzionali hanno ravvisato nell'art. 81 Cost. un vero e proprio principio di anticiclicità del bilancio quando hanno affermato che la norma costituzionale consente l'indebitamento per contrastare le fasi avverse del ciclo economico al fine di assicurare le risorse accertate e disponibili per gli investimenti¹²⁶. In questa prospettiva, la Corte ha quindi concluso che «il no-

corso giurisprudenziale: dalla sostenibilità del debito pubblico all'equità intergenerazionale, in Scritti in onore di Aldo Carosi, a cura di G. Colombini, Napoli 2021, 113 ss.

¹²² Per una prima affermazione della responsabilità giuridica intergenerazionale, cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008; nonché i contributi contenuti nel volume *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli 2008.

¹²³ Per una lettura del principio di sostenibilità dei diritti, cfr. D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino 2017, *passim*, spec. 197 ss.

¹²⁴ Sent. n. 250 del 2013, punto n. 2 del «Considerato in diritto».

¹²⁵ Sent. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del «Considerato in diritto».

¹²⁶ Cfr. sentt. n. 247 del 2017, punto n. 9.2 del «Considerato in diritto»; n. 101 del

vellato art. 81 Cost. ha assunto – soprattutto attraverso la formulazione del primo comma – un significato “anticiclico” in termini di politica fiscale e monetaria e, più in generale, di politica economica, consistente nella missione di attenuare le fluttuazioni, intervenendo sul mercato per frenare la ripresa o contrastare la depressione dell’attività economica a seconda delle contingenze caratterizzanti i relativi cicli economici»¹²⁷. Sicché l’attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012 attraverso la c.d. «“legge organica” ha conferito alla legge di bilancio [...] e alle altre leggi finanziarie correttive delle manovre di finanza pubblica una regia di interventi complessi e coordinati, finalizzati ad assicurare sostenibilità economica e sviluppo»¹²⁸.

In definitiva, il rigore manifestato dalla giurisprudenza costituzionale di fronte ad ogni forma di illegittimo ampliamento della capacità di spesa dei Comuni è bilanciato dal tentativo di armonizzare il precetto dell’equilibrio – inteso nella forma duttile poco sopra chiarita – con le garanzie dell’autonomia locale. In particolare, nella giurisprudenza richiamata, i Giudici costituzionali muovono dal condivisibile presupposto secondo il quale un uso distorto degli istituti della contabilità pubblica – come le anticipazioni di liquidità – capaci di consentire un incremento del disavanzo al di fuori dei limiti e delle finalità normativamente consentite determini un depauperamento del patrimonio comunale e, conseguentemente, pregiudichi l’autonomia finanziaria e la capacità di programmare l’impiego delle dotazioni finanziarie in relazione ai bisogni dei territori, appannando, al contempo, il principio fondamentale della responsabilità politica nell’impiego delle risorse.

9. *Considerazioni conclusive: l’inarrestabile declino dell’autonomia finanziaria comunale*

Le considerazioni svolte sull’autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali devono essere collocate nel quadro dell’inattuazione dell’art. 119 Cost. e, più in generale, della legge costituzionale di riforma del Titolo V, a oltre vent’anni dalla sua entrata in vigore. Come si è tentato di ar-

2018, punto n. 6.2.1 del “Considerato in diritto”; n. 61 del 2018, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

¹²⁷ Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

¹²⁸ Sent. n. 61 del 2018, punto n. 2 del “Considerato in diritto”.

gomentare, sono rimasti in larga parte sulla carta i principi costituzionali rivolti a sorreggere l'autonomia finanziaria e tributaria locale.

Tutto questo dovrebbe suggerire a Governo e Parlamento una scelta chiara o nel senso della piena attuazione delle prescrizioni costituzionali o, all'opposto, se la prassi legislativa spesso contrastante con alcuni dei precetti dell'art. 119 Cost. fosse invece ritenuta un "sintomo" della inadeguatezza delle norme costituzionali, nel senso del ridimensionamento dell'autonomia finanziaria degli enti sub-statali. Al di là delle scelte di politica costituzionale – chi scrive auspicherebbe la prima soluzione – è necessario evitare il perdurante disallineamento tra la legislazione finanziaria statale e l'art. 119 Cost. se si intende preservare la prescrittività delle norme costituzionali.

Rovesciando l'espressione utilizzata in dottrina sin dagli anni Novanta¹²⁹, quando si era parlato di federalismo "per abbandono" al fine di indicare la devoluzione alle Regioni di ulteriori funzioni con contestuale taglio delle risorse allo scopo di controllare la spesa pubblica, il rischio delle tendenze richiamate è che si produca per i Comuni una sorta di centralismo "per abbandono" del Titolo V, con conseguente accantonamento dei principi di autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali.

La garanzia dell'autonomia finanziaria locale, coesistente ai principi fondamentali della Costituzione (art. 5 Cost.), non può essere affidata soltanto alla Corte costituzionale, ma richiede opzioni chiare da parte degli organi politici circa le sorti del disegno costituzionale di autonomia.

In definitiva, alla luce delle tendenze della legislazione finanziaria statale dell'ultimo decennio, ulteriormente acuite dalla crisi pandemica, capaci di interferire con i poteri di spesa e con l'autonomia fiscale costituzionalmente prevista, l'impressione finale è che, nella perdurante inattuazione del modello costituzionale di autonomia finanziaria locale, soltanto il legislatore statale possa trasferire ai Comuni le risorse necessarie al finanziamento delle funzioni e all'erogazione delle prestazioni.

La soluzione andrebbe quindi ricercata nella valorizzazione delle politiche di concertazione e, conseguentemente, delle procedure e delle sedi collaborative che devono garantire un confronto leale sulla definizione delle scelte circa l'entità delle risorse e il loro impiego. All'opposto, le vicende degli ultimi dieci anni mostrano come le intese nelle Conferenze intergovernative siano ormai prevalentemente limitate ad assicurare

¹²⁹ Cfr. F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Torino 1996, 100 ss.; G. PITRUZZELLA, *Problemi e pericoli del "federalismo fiscale" in Italia*, in *Le Regioni*, n. 5/2002, 977 ss.

il riparto degli oneri che derivano dalla riduzione dei finanziamenti agli enti locali, già previamente e unilateralmente disposti dallo Stato nell'*an* e nel *quantum*, o alla distribuzione delle risorse per il finanziamento delle funzioni secondo criteri predeterminati che spesso prescindono dalle effettive esigenze delle autonomie territoriali, al più utilizzate come “soggetti attuatori” di programmi decisi altrove, ora anche in relazione all’impiego delle risorse derivanti dall’attuazione del PNRR. Ciò mostra uno scarto evidente tra la valorizzazione degli istituti di leale cooperazione, che dovrebbero sorreggere il confronto politico tra lo Stato e le autonomie territoriali ai fini della determinazione delle risorse da distribuire in relazione alle funzioni da svolgere, e la pratica effettiva di governo della finanza pubblica con la quale lo Stato impone agli enti territoriali incisivi obiettivi di coordinamento finanziario o determinati indirizzi di spesa nella realizzazione di politiche euro-unitarie, con effetti conformativi sull’autonomia locale. Ciò a meno di non ricondurre allo stesso diritto dell’Unione europea l’esigenza di rispettare il ruolo delle autonomie territoriali nell’impiego delle risorse nella fase di “esecuzione” del bilancio. È questa, ad esempio, la prospettiva che tenta di avvalorare chi include il rispetto delle competenze degli enti sub-statali tra i principi fondamentali dello Stato di diritto garantiti dal Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092, relativo al regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione. In altre parole, secondo tale tesi dalla correlazione posta dalla normativa europea tra rispetto dei principi dello Stato di diritto ed esecuzione efficiente del bilancio dell’Unione dovrebbe discendere il principio per cui gli enti locali dovrebbero essere inclusi tra le «autorità che eseguono il bilancio» assicurandone il «corretto funzionamento», come recita la normativa in parola¹³⁰.

In via conclusiva, si può osservare che l’aggravarsi della crisi economico-finanziaria, acuita dalla pandemia, ha colto di sorpresa le autonomie territoriali, interferendo con il già difficile processo di attuazione del Titolo V, e determinando, all’opposto, un robusto accentramento finanziario e fiscale. In un sistema a finanza ancora largamente derivata o limitatamente compartecipata, spesso combinata a vincoli di destinazione, sono anzitutto le scelte allocative del legislatore statale a condizionare il ventaglio di prestazioni che possono essere fornite dagli enti locali. I vincoli al governo delle finanze pubbliche consentono, infatti, allo Stato

¹³⁰ Per lo sviluppo di questa tesi, cfr. E. CAVASINO, *L'autonomia di spesa delle Regioni fra Stato ed Unione europea dalla l. cost. 3/2001 alle condizionalità europee sulla ripresa e la resilienza*, in *Federalismi*, n. 20/2022, 464 ss.

di richiamare le autonomie locali ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, obbligando i Comuni, in alcuni periodi, a ridurre i servizi. L'incidenza del dato finanziario, dunque, ha amplificato i problemi di governo del sistema plurilivello, determinando spesso il disallineamento tra funzioni e risorse preordinate a garantire i livelli essenziali.

In tale contesto, sarebbero necessarie politiche economiche idonee a promuovere sviluppo e investimenti al fine di soddisfare i bisogni dei territori. In questa prospettiva si collocano gli indispensabili programmi di sostegno europei previsti su più linee di intervento: il *Next Generation Europe* (NGEU) e la sua componente principale costituita dal *Recovery Fund*, capaci di creare debito europeo di dimensioni inedite senza previa garanzia degli Stati, in larga parte destinato a erogazioni a fondo perduto per finanziare il PNRR.

Tanto più in periodo di crisi, ad un tempo pandemica ed economica, non sembra dunque più sufficiente affermare che lo Stato è garante dell'eguaglianza e gli enti territoriali promotori della differenziazione, nel ragionevole bilanciamento tra unità e autonomia. Sarebbe piuttosto necessario far valere il principio generale dello Stato costituzionale relativo al nesso tra potere e responsabilità, declinandolo nel rapporto tra i diversi livelli territoriali di governo. Ciò al fine di assicurare un quadro delle competenze e delle disponibilità finanziarie che consenta ai cittadini di comprendere a chi siano imputabili le scelte politiche e le relative responsabilità nell'impiego delle risorse a beneficio dei diritti costituzionali la cui concreta attuazione continua ad essere in buona parte affidata al governo locale.

Marta Caredda

IL MUTAMENTO DEL PARAMETRO:
ILLEGITTIMITÀ SOPRAVVENUTA, ABROGAZIONE
E PRINCIPIO DI CONTINUITÀ NEL RAPPORTO
TRA LEGGI REGIONALI E STATALI*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema – 1.1. I rapporti presi in esame – 1.2. Incompetenza per ragioni materiali – 2. Un'antinomia che può generare l'abrogazione o determinare l'invalidità sopravvenuta – 3. *Segue*. I diversi esiti delle decisioni, nella sede del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale – 4. L'esigenza di definire il rapporto tra le fonti statali e regionali concorrenti tramite la scelta sulle conseguenze delle loro collisioni. Ragionando *de iure condendo* – 5. L'incidenza (minima) dello *ius superveniens* sul parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale – 6. Contrasti sopravvenuti (e non) ed esigenze di continuità dell'ordinamento normativo.

1. *Delimitazione del tema*

Il presente studio ha per oggetto uno degli aspetti problematici del rapporto tra legge regionale e legge statale, che si esprime nelle occasioni in cui, per effetto del mutamento del parametro interposto di costituzionalità, sorga un contrasto tra la prima e la seconda. Il riferimento è, dunque, alle conseguenze dello *ius superveniens* che determini una situazione di incompatibilità tra le norme prodotte dalle due fonti.

Si può parlare, al riguardo, di questione aperta, vista l'andatura ondivaga delle decisioni con cui la Corte costituzionale ha accertato tale incompatibilità. Dinanzi allo stesso fenomeno, il giudice costituzionale ha, infatti, talora dichiarato l'illegittimità sopravvenuta, talaltra rilevato l'avvenuta abrogazione delle norme regionali *ex art. 10 della legge n. 62 del 1953* (d'ora in avanti, anche legge Scelba)¹.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel Volume *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, a cura di D. DE PRETIS, C. PADULA, Giappichelli, Torino.

¹ L'art. 10 della legge 10 febbraio 1953 (Costituzione e funzionamento degli organi regionali), rubricato "Adeguamento delle leggi regionali alle leggi della Repubblica", dispone:

Il perimetro dell'indagine merita di essere definito, almeno in prevalenza, entro i confini del giudizio in via incidentale, essendo quello principale, come si dimostrerà, senz'altro meno "condizionato" dai mutamenti normativi che si verificano al trascorrere del tempo.

L'analisi si chiuderà con una riflessione sul principio di continuità, che ha segnato gli orientamenti della Corte costituzionale nella risoluzione di questioni successive alla revisione dei parametri costituzionali sulla distribuzione delle competenze e possiede un ruolo centrale nella scelta di assumere decisioni con effetti temporali atipici.

1.1. I rapporti presi in esame

La riflessione riguarda, specificamente, gli ambiti in cui s'esercita una competenza concorrente oppure una competenza primaria in ordinamenti regionali ad autonomia speciale. In queste ipotesi, infatti, la legge regionale o provinciale soggiace all'obbligo di rispettare le previsioni statali di principio, da un lato, e le norme di grande riforma economico-sociale, dall'altro², con la conseguenza, in prospettiva dinamica, di dover adeguarsi alle trasformazioni che queste ultime subiscano nel tempo.

Viceversa, nelle materie in cui è escluso in radice il concorso tra fon-

«Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse.

I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni».

² Secondo l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, «nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato».

Negli Statuti speciali è previsto che le Regioni abbiano potestà legislativa primaria in alcune materie, da esercitarsi, tuttavia, «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica» (così, l'art. 3 dello Statuto sardo, dal contenuto analogo a quello friulano; altri Statuti speciali fanno un esplicito riferimento ai vincoli rappresentati dai «principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica»).

«Strettamente connesso con il vincolo dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato si rivela il limite, [solo] apparentemente diversissimo, delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica»: vedasi L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova 1958, 154 ss. Tale limite, secondo A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino 2002, «è assimilabile a quello dei principi fondamentali, ma mantiene una sua parziale autonomia»; consiste in «interventi legislativi che mirano ad una disciplina organica di un settore di attività» e che possiedono «un carattere necessariamente innovativo del quadro legislativo esistente (mentre le leggi recanti

ti, il rapporto tra esse non dovrebbe essere influenzato dai cambiamenti che può subire il contenuto di quella competente: la riserva in favore della legge statale dovrebbe escludere, in particolare, l'intervento della legge regionale, senza che rilevi la compatibilità o meno fra le discipline o il mutamento delle stesse nel tempo³. In tal caso il vizio è determinato, propriamente, dall'incompetenza a intervenire – ossia da una carenza di funzione – e non già dall'impossibilità di porre norme che contrastino con la cornice legislativa statale⁴. E il vizio, per tali ragioni, non potrebbe che essere di tipo originario.

principi possono in astratto avere anche solo valore meramente ricognitivo dello stato della legislazione vigente)» (119).

Il giudice delle leggi ha in effetti accomunato il rapporto che si instaura tra norma di grande riforma economico-sociale e leggi regionali adottate in ambiti di competenza primaria a quello che intercorre fra principi fondamentali della materia e norme regionali, ritenendo applicabile lo stesso meccanismo abrogativo che opera per la competenza concorrente (come si vedrà, per esempio, nelle sentenze n. 153 del 1995 e n. 155 del 2021). Occorre, però, precisare che, a seguito della riforma del Titolo V, nelle aree di potestà legislativa esclusiva delle Regioni (e Province) autonome coincidenti con aree attribuite alla potestà legislativa “residuale” delle Regioni ordinarie, il limite del rispetto delle norme di riforma economico-sociale della Repubblica è venuto meno, per effetto dell'applicazione della clausola di allineamento delle competenze prevista dall'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001 (sentenza n. 274 del 2003).

³ Tale distinzione – che demarca dogmaticamente l'ambito della potestà legislativa esclusiva da quello della potestà ripartita – è sfumata nella giurisprudenza della Corte, avendo essa, come noto, riconosciuto alcune materie di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. come “trasversali”, tanto ampie da coinvolgere «competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando [però] allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (sentenza n. 407 del 2002; nello stesso senso, più recentemente, le sentenze n. 66 del 2018, n. 218 e n. 212 del 2017, n. 210 del 2016)». In questi casi, la disciplina statale «viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza» ed è fatta salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ulteriore rispetto allo standard fissato dalla legge dello Stato (tra le virgolette, sentenza n. 198 del 2018, punto 6.1 del Considerato in diritto). È il caso tipico della competenza statale *ex* art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, in riferimento alla quale, appunto, la giurisprudenza della Corte ben ammette – in certa misura – l'intervento della legge regionale. Così, in materia di tutela della concorrenza: si vedano le sentenze n. 161 del 2020 e n. 97 del 2014, fra le molte. Il mutamento della legge espressiva della competenza statale, di tal guisa, ha rilievo nella determinazione dell'efficacia o della validità delle leggi regionali nella materia, dovendosi raffrontare i contenuti normativi al fine di valutare l'innalzamento o l'abbassamento dei livelli di tutela che si determina per effetto delle disposizioni censurate.

⁴ V. CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, 279, si riferisce a «una forma più grave di incompetenza (difetto di funzione, con la conseguenza che si prospetterebbe, forse, almeno per certi casi-limite, la figura della nullità)».

Soccorre, in questa direzione, anche il dato di diritto positivo: l'art. 10 della legge Scelba si applica, infatti, alle materie di competenza concorrente. L'opzione fra abrogazione e illegittimità, dunque, riguarda questo genere di potestà legislativa, nelle ipotesi in cui la legge regionale divenga incompatibile con un principio fondamentale che ha subito modifiche nel tempo.

1.2. Incompetenza per ragioni materiali

L'incompetenza, nella potestà ripartita e nelle materie in cui vi sia, in ogni modo, margine di concorrenza fra legge regionale e legge statale (per esempio: tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali: cfr. nota 3), s'intende come vizio di carattere sostanziale.

Non sfuggerà che nelle vicende in esame sia decisivo il raffronto tra i contenuti materiali delle fonti per la determinazione dell'esistenza o inesistenza del vizio. Le disposizioni oggetto di sindacato, infatti, sarebbero in contrasto con la Costituzione «non già per la ragione generica e aprioristica, secondo la quale avrebbero dovuto essere adottate da un altro soggetto od organo legislativo, bensì per la ragione specifica, e susseguente la scelta effettuata, ossia l'imputazione avvenuta, per cui l'autore dell'atto avrebbe dovuto disporre bensì su quella materia, ma in un modo diverso, ossia con un contenuto diverso da quello effettivamente disposto»⁵. Il che vale, certo, in senso reciproco, per la legge regionale che disciplini aspetti di principio e per la legge dello Stato che non rispetti i confini sostantivi delle sue attribuzioni: «se la legge-cornice non si limita a porre i principi fondamentali [...] è certamente invalida. E si tratta di vizio materiale di legittimità costituzionale»⁶.

Diversamente, si è sostenuto che l'incompetenza abbia natura "ibrida": si ravviserebbe, infatti, un intreccio di «aspetti formali e materiali. La legge è formalmente difettosa, perché, dato il suo contenuto, avrebbe dovuto essere approvata da altro soggetto secondo il suo proprio procedimento; ma è anche materialmente difettosa perché, data la forma, non avrebbe dovuto avere il contenuto che invece ha. Che sia un vizio formale

⁵ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano 1970, 279. Così, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1962, 1281.

⁶ Concorde sul punto A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, 113.

o materiale, dipende dal punto di vista da cui si guarda: se dalla forma o dal contenuto»⁷.

In fondo, anche in questi ragionamenti, sembra annidarsi la convinzione che la valutazione dei contenuti normativi sia determinante per l'accertamento dell'esistenza stessa del vizio. Ragione per cui non si dubita che, ai fini di questo esame, i difetti di competenza presentino carattere materiale.

D'altronde, non si potrebbe nemmeno parlare d'illegittimità sopravvenuta ove la considerazione fosse di segno opposto: un vizio formale, ovviamente, non può che essere originario. Così, «solo i vizi sostanziali potranno sopravvivere a seguito del mutamento del parametro»⁸.

⁷ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, Bologna 2018, 213.

I vincoli di forma si rivelano poco stringenti, anche per altri versi: se le previsioni si riferiscono ad aspetti fondamentali della materia, che necessitano di una disciplina omogenea, essi saranno qualificati quali norme-cornice, vincolanti per il legislatore regionale, qualsiasi forma assumano; pure – come noto – se sono contenuti in regolamenti governativi e linee-guida ministeriali, che indichino modalità attuative della legge statale.

Si pensi alle decisioni in materia di impianti di energia: le regole contenute nelle Linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010 «indicano puntuali modalità attuative della legge statale, esse hanno natura inderogabile e devono essere applicate in modo uniforme in tutto il territorio nazionale (sentenze n. 286 e n. 86 del 2019, n. 69 del 2018)» (sentenza n. 106 del 2020); «sono annoverate – per giurisprudenza costante di questa Corte – tra i principi fondamentali della materia, vincolanti nei confronti delle Regioni in quanto “costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria”» (sentenza n. 77 del 2022).

Il punto meriterebbe un approfondimento critico, che qui non è possibile proporre, dovendosi, comunque sia, segnalare come sia stata autorevolmente negata l'ammissibilità di vincoli extra-legislativi a carico del legislatore regionale, in virtù di quanto previsto dall'art. 117, sesto comma, Cost.: «ammettendo la potestà regolamentare dello Stato nelle sole materie riservate alla sua legislazione esclusiva, evidentemente esclude che, con atto non legislativo, questo possa intervenire in quelle di competenza concorrente. E possa, in tal modo, vincolare la legislazione regionale» (A. D'ATENA, *Diritto regionale*, quarta edizione, Torino 2019, 155). Sulla veste formale dei principi fondamentali della materia, tra i molti, C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie nel “governo” delle energie rinnovabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, § 4; A. MOSCARINI, *Linee guida statali e legislazione concorrente*, in *Giur. cost.*, 2013, 4922 ss.; M. RUOTOLO, *Il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, a dieci anni dalla riforma costituzionale*, in *Diritto e società*, 2011, § 7; C. PADULA, *Fonti secondarie statali e competenze regionali*, in *Le Regioni*, 2011, 379 ss., spec. § 7; F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *Le Regioni*, 2011, 289 ss.

Più in generale, si ricordi che, per la Corte, «la nozione di “principio fondamentale” [...] non ha e non può avere carattere di rigidità perché le “materie” hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo» (sentenza n. 50 del 2005; vedasi, pure, la sentenza n. 336 dello stesso anno).

⁸ M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000, 174.

2. *Un'antinomia che può generare l'abrogazione o determinare l'invalidità sopravvenuta*

Nell'ordinamento italiano – questo è il problema centrale – un contrasto sopravvenuto tra legge statale vincolante e legge regionale può essere risolto in due modi. Può operare il meccanismo dell'art. 10 della legge Scelba: in questa ipotesi, decorso il termine ivi indicato, si considerano abrogate le norme di dettaglio non più conformi ai nuovi principi fondamentali della materia⁹; ove la questione sia rimessa alla Corte costituzionale, l'incompatibilità può essere verificata dal giudice delle leggi, che sanzionerà, eventualmente, le norme regionali con la dichiarazione d'incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. (o delle norme degli Statuti che impongono il rispetto della legislazione dello Stato).

La Corte costituzionale ha, sin da principio, ritenuto che i due rimedi potessero coesistere nell'ordinamento¹⁰.

⁹ Secondo risalente intuizione, «non può parlarsi di abrogazione in senso proprio, dato che l'abrogazione è possibile solo fra norme dello stesso grado e aventi la stessa sfera di competenza: ciò che non si verifica nel caso in esame, in cui si deve piuttosto parlare di effetto abrogativo, che si consuma allo scadere dei novanta giorni che sono a disposizione della Regione per adeguare la propria normativa alla nuova cornice»: così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 785.

Nonostante il chiaro disposto di cui all'art. 10, comma 1, della cd. legge Scelba, non si ritiene possibile né, da una parte, che l'effetto abrogativo, all'adozione del nuovo principio fondamentale, sia automatico; e nemmeno, dall'altra parte, che esso sia procrastinato sino all'entrata in vigore delle norme regionali di adeguamento (cfr. A. ANZON, *Rilievi in tema di rapporti tra leggi statali e regionali*, in *Giur. cost.*, 1966, 1631).

Come accade per l'attuazione di ogni norma di principio, la quale intanto è materialmente praticabile in quanto vi siano contenuti suscettibili di produrre effetti diretti, anche con riferimento al rapporto tra legge statale e legge regionale è stato precisato che «l'abrogazione di norme di dettaglio, per incompatibilità con le nuove prescrizioni di principio, presuppone il carattere immediatamente e generalmente obbligatorio delle prescrizioni stesse, ferma restando la facoltà del legislatore statale ordinario di adottare una cornice a carattere direttivo», che «escluderebbe, però, esplicitamente o logicamente il verificarsi dell'effetto previsto dal I comma del citato art. 10». Così, L. PALADIN, *op. cit.*, 153.

¹⁰ S'è rilevato come entrambi presentino criticità. L'uno, infatti, consente che continuino a essere in vigore norme regionali non conformi al quadro normativo statale – per novanta giorni (termine assegnato ai Consigli regionali per adeguarsi alle sopravvenienze: art. 10, comma 2, della legge n. 62 del 1953) oppure sino all'adozione delle nuove leggi di dettaglio –; l'altro, rende addirittura incerto il momento di rilevazione del contrasto, legato all'intervento della Corte costituzionale, che eserciterebbe i suoi poteri annullatori. Gli «inconvenienti pratici» delle due soluzioni, dunque, apparivano «non trascurabili, poiché implicavano la convivenza di norme-base con norme di dettaglio incompatibili con esse, o comunque inidonee a renderle concretamente applicabili, oppure ammetteva-

Per un verso, infatti, la legge statale che detta i principi della materia o stabilisce norme di riforma economico-sociale condiziona la validità delle leggi regionali o provinciali, atteggiandosi a parametro interposto, «essendo la legislazione regionale costituzionalmente subordinata al rispetto dei principi fondamentali delle leggi statali». Per l'altro verso, può verificarsi l'abrogazione di precedenti leggi regionali da parte di successive leggi statali, ad esse formalmente equiparate, in forza dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, apparendo «perfettamente logico che non possano seguitare validamente ad avere vigore quando vengano a contrastare con principi della legislazione statale» (così, la nota sentenza n. 40 del 1972).

Nell'affermare, nuovamente, che, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 62 del 1953, la «diretta incompatibilità fra la legge regionale e quella statale [ha] l'effetto dell'abrogazione», la Corte, nella sentenza n. 153 del 1995, ha peraltro precisato che se il giudice *a quo*, «competente a rilevare tale evenienza», esclude che le norme regionali possano considerarsi abrogate, «ragioni essenziali di certezza del diritto inducono questa Corte, di fronte a un diretto contrasto tra le disposizioni di legge regionale impugnate e i principi di riforma economico-sociale [...], a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al proprio giudizio».

Da queste pronunce si ricava che l'incompatibilità materiale fra leggi può condurre i giudici comuni a ritenere abrogate le norme regionali anteriori e che, tuttavia, ove ciò non accada e la questione di costituzionalità sia sollevata dinanzi alla Corte, quest'ultima sia chiamata a risolvere il contrasto, ove esistente, con lo strumento – che le è proprio – della pronuncia d'illegittimità *erga omnes*.

Sembrerebbe, perciò, chiaro che il mancato adeguamento ai nuovi principi fondamentali è rilevato, con diverse conseguenze giuridiche, o, prima, da chi debba applicare le leggi, o, dopo ed eventualmente, dalla Corte costituzionale¹¹.

no la possibilità del formarsi di un vuoto legislativo non facilmente colmabile»: A. ANZON, *I poteri delle Regioni*, cit., 116.

¹¹ In altre parole, se l'uno non risolve l'antinomia nella prima occasione utile, rilevando l'avvenuta abrogazione, l'altra può individuarla, in seconda battuta, e porvi rimedio con la dichiarazione d'incostituzionalità (sopravvenuta).

Così paiono interpretare anche T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR-A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2019, secondo cui la giurisprudenza costituzionale ha precisato, con la sentenza n. 153 del 1995, che «l'effetto prodotto dal sopravvenire di nuove leggi-quadro statali su campi già coperti da discipline regionali può esser tanto di abrogazione quanto di invalidità sopravvenuta, in ragione appunto della struttura delle

3. *Segue. I diversi esiti delle decisioni, nella sede del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*

La Corte ha mostrato coerenza con l'impostazione anzidetta dichiarando l'illegittimità sopravvenuta della legge regionale, per esempio, con le sentenze n. 308 del 2006 e n. 272 del 2010. In queste occasioni, il giudice rimettente aveva «implicitamente escluso la possibilità – suggerita dalla difesa della parte privata – di risolvere il contrasto tra le disposizioni regionali e la citata norma statale [...] ritenendo abrogate le prime per sopravvenuta e diretta incompatibilità con la seconda» (sentenza n. 272 del 2010) e così la Corte, accertata la sussistenza di contrasti tra la disciplina statale successiva e quella regionale precedente, è intervenuta con pronunce d'incostituzionalità. In senso analogo, nella sentenza n. 33 del 2015, ha ritenuto che fosse necessario decidere le questioni nel merito, con esito caducatorio, dal momento che il rimettente aveva escluso l'abrogazione della norma regionale censurata ad opera della legge statale sopravvenuta¹².

Tuttavia, la Corte ha adottato anche decisioni di segno diverso.

Già con la decisione n. 498 del 1993, dichiarò l'inammissibilità per carenza di oggetto, dato che «la norma di legge regionale, la cui legittimità costituzionale è contestata dal giudice *a quo*, non è attualmente in vigore», essendo stata abrogata da una legge dello Stato ad essa successiva. Inammissibili – successivamente – i conflitti decisi con sentenze n. 222 e n. 223 del 2007, in cui si è affermato che il sindacato della Corte perde il proprio oggetto ove operi l'abrogazione *ex art.* 10 della legge n. 62 del 1953. E ancora, nella sentenza n. 155 del 2021, la Corte è tornata a rendere una pronuncia di inammissibilità, rilevando essa stessa l'avvenuta abrogazione della normativa regionale, dovuta all'entrata in vigore di una disposizione statale «direttamente applicabile». Avrebbe ben potuto dichiarare l'invalidità sopravvenuta della disciplina, ma ha optato

disposizioni: in buona sostanza, sarà il singolo operatore a stabilire se l'una legge (statale) sia idonea a prendere subito il posto dell'altra (regionale) ovvero se l'incompatibilità tra le stesse richieda di esser accertata dalla Corte costituzionale» (203).

¹² Trattandosi di competenza esclusiva, l'intervento regionale, in sovrapposizione alla disciplina statale, avrebbe potuto essere in ogni modo sanzionato per incompetenza.

L'illegittimità costituzionale sopravvenuta è stata esito della recente sentenza n. 189 del 2021 e, prima, della sentenza n. 218 del 2017: si è dichiarata l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge regionale «a far data» dall'entrata in vigore del codice dell'ambiente (29 aprile 2006).

per rilevare la mancanza dell'oggetto del sindacato, che le ha impedito di pronunciarsi nel merito¹³.

Nella risoluzione del contrasto tra norma regionale e principio statale sopravvenuto, la Corte sembra dunque oscillare tra il rilievo di un'abrogazione già avvenuta e l'accertamento di un'invalidità non originaria.

Tali alternanze fra dichiarazioni d'inammissibilità e di illegittimità creano incertezze e imprevedibilità casistiche che sembrano potersi evitare. A tale fine occorrerebbe seguire più precisamente le indicazioni desumibili dalla citata sentenza n. 153 del 1995: se la questione di legittimità costituzionale giunge alla Corte e il contrasto tra le fonti esiste, si dovrà adottare una pronuncia di accoglimento (sebbene con effetti «a partire da un certo momento»)¹⁴. A ben vedere, la sollevazione della questione rappresenta proprio la conferma che nell'ordinamento qualcuno considera le norme regionali ancora efficaci, fondando dunque la necessità che la Corte si pronunci con effetti *erga omnes*.

Peraltro, la coesistenza nell'ordinamento giuridico fra abrogazione e illegittimità costituzionale della legge regionale non più conforme ai principi cornice appare, in ogni modo, dogmaticamente problematica; crea confusione su quale sia il rapporto tra i due tipi di fonti. Nel paragrafo seguente si esporranno le ragioni per cui non dovrebbero essere rimedi concorrenti e si rifletterà sul perché la dichiarazione d'incostituzionalità sia quello preferibile.

4. *L'esigenza di definire il rapporto tra le fonti statali e regionali concorrenti tramite la scelta sulle conseguenze delle loro collisioni. Ragionando de iure condendo*

Anche se, *quoad effectus*, l'abrogazione e l'illegittimità sopravvenuta tendono a equivalere – prevale la norma statale su quella regionale; l'eliminazione della seconda ha effetto dall'entrata in vigore della prima – sul

¹³ La Corte sembra così cambiare – in modo, potrebbe dirsi, immotivato – i criteri delle sue valutazioni: nella sentenza n. 272 del 2010, infatti, la circostanza che il giudice *a quo* avesse *implicitamente* escluso l'avvenuta abrogazione ha aperto le porte all'opportunità della pronuncia di accoglimento.

¹⁴ In una recente decisione (sentenza n. 52 del 2022), la Corte ha ricordato che il giudice *a quo* ha altresì l'onere di dare conto delle ragioni per cui evoca parametri di legittimità costituzionale sopravvenuti all'entrata in vigore delle norme oggetto di sindacato: se omette completamente di motivare sul punto, s'espone alla pronuncia d'inammissibilità delle questioni.

piano teorico abrogazione e incostituzionalità sopravvenuta non sembrano fungibili: se esista un vizio d'illegittimità costituzionale o si determini l'inefficacia dell'atto per l'ordinaria successione delle leggi nel tempo non è questione formalistica; anzi, la scelta del meccanismo di risoluzione dell'antinomia disvela quale sia il rapporto tra tali fonti¹⁵.

I principi fondamentali della materia, come è noto, rappresentano

¹⁵ Sulla «naturale limitazione dell'efficacia retroattiva della decisione di accoglimento», in caso di incostituzionalità sopravvenuta, si veda M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 170 ss.: «naturale, in quanto per il periodo anteriore al verificarsi delle condizioni implicanti la presenza del vizio (mutamento del parametro di costituzionalità, mutamenti di legislazione, del significato o della portata della normativa oggetto del sindacato), la norma sindacata è efficace e valida»; così, specie nel caso di mutamento delle norme parametro, «la decisione di accoglimento non potrebbe (non dovrebbe) produrre effetti rispetto al periodo nel quale la disciplina sindacata, in mancanza di un termine di relazione o in presenza di un diverso termine di relazione, non può essere qualificata né come legittima, né come illegittima».

«L'incostituzionalità non sempre è un dato assoluto (o c'è o non c'è), bensì può essere essa stessa un dato relativo, *graduale*, anche temporalmente condizionato»; «può esserci, di più o di meno, può non esserci ancora, può esserci se non intervengono mutamenti adeguati»: F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano 1989, 25.

E, infatti, è «sempre possibile» limitare gli effetti dell'invalidità nel passato «nel caso della incostituzionalità sopravvenuta: quando cioè si tratta [...] di individuare la data in cui la legge è diventata incostituzionale». Così, S.P. PANUNZIO, *Incstituzionalità «sopravvenuta», incstituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte*, cit., il quale introduce poi l'interessante concetto dell'incostituzionalità progressiva (spec. 279 ss.).

La Corte costituzionale ha recentemente illustrato quali siano gli effetti dell'accertamento di un vizio sopravvenuto, in un caso di asserito contrasto fra norma regionale e disciplina statale: se «lo Stato in un momento successivo introduce nuove e diverse previsioni, l'antinomia determina unicamente un vizio sopravvenuto di violazione del riparto di competenza tra Stato e Regioni e deve essere esclusa l'illegittimità della norma regionale per il periodo precedente l'insorgenza del vizio stesso. Secondo il costante orientamento di questa Corte, difatti, l'intervento di un nuovo parametro statale non produce l'illegittimità costituzionale della norma regionale per il suo intero arco di vigenza, ma solo con riguardo al periodo successivo all'entrata in vigore della novella statale (sentenze n. 189 del 2021, n. 70 del 2020 e n. 218 del 2017). Tale conclusione non è scalfita dal rilievo che i rimettenti vorrebbero attribuire alla retroattività, sancita dagli artt. 136, primo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, delle sentenze che pronunciano l'illegittimità di una norma di legge. Se, infatti, le sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale operano *ex tunc*, è altrettanto vero che la naturale retroattività degli effetti [di tali pronunce] non è senza eccezioni e, per quanto qui rileva, diversa è la decorrenza in caso di «illegittimità costituzionale sopravvenuta» (sentenza n. 246 del 2019), la quale produce effetti a partire dal momento in cui diviene attuale la discrasia [...] della distribuzione delle competenze» (sentenza n. 223 del 2021).

vincoli per le leggi regionali, propriamente in termini di invalidità o illegittimità, in forza della gerarchia *delle norme*, «indipendente dalla gerarchia *delle loro fonti* rispettive»¹⁶, alle quali è assegnato un distinto ambito di competenza.

Diversamente, l'abrogazione si produce se le fonti sono pari ordinate e anche omogenee, cosicché l'applicabilità del criterio cronologico incontra il limite della «separazione delle competenze»: «le eventuali antinomie sono allora da risolvere dando applicazione alla norma posta dalla fonte competente, qualsiasi altra derivante da fonti di diverso tipo dovendo per contro considerarsi invalida», non avendosi «possibilità di un valido concorso, sui medesimi oggetti, delle norme dell'una e dell'altra fonte»¹⁷.

Sul piano dogmatico l'abrogazione della legge regionale ad opera della legge statale successiva «mal si concilia poi con la risalente e tuttora prevalente nozione della abrogazione come *contrarius actus* (“*abrogatio*”), come effetto, cioè, che un atto legislativo susseguente produce rispetto ad un atto precedente, ponendo fine alla sua vigenza, in ragione della *medesimità del potere*, da cui entrambi gli atti promanano»¹⁸.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *La legge regionale*, cit., 288. «Certo, tra i principi statali e le altre norme regionali sussiste anche una gerarchia *di contenuti* e sono proprio le disposizioni statali di principio [...] che condizionano le norme regionali. [...] Ed un fenomeno analogo potrebbe vedersi nei rapporti tra leggi di delega e decreti legislativi delegati, la validità di questi ultimi essendo subordinata ai “principi e criteri direttivi” contenuti nell'altra» (286).

Pur muovendo da tale sfondo teorico, l'Autore ritiene non confliggenti le prospettive dell'invalidità (successiva) e dell'abrogazione, nell'ottica di garantire il vincolo dei principi. Egli ragiona in senso critico sulle distinzioni “per materia”, in quanto tutto «si risolve in una maggiore potenzialità [della competenza normativa] statale, poiché la competenza a porre principi significa competenza a disciplinare (od a concorrere a disciplinare) la materia» (*loc. ult. cit.*, 283). La legge ordinaria dello Stato, constatata la varietà dei contenuti assumibili dalla stessa, mantiene i caratteri della fonte a competenza generale, pur essendo soggetta a limiti di validità, che le derivano dalla garanzia costituzionale delle attribuzioni regionali, anche secondo il pensiero di R. TOSI, “*Principi fondamentali*” e *leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova 1987, 231.

¹⁷ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, 1993, 224. E così F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, cit., 23 ss.; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale*, cit., spec. 90 ss. Una bella ricostruzione delle posizioni assunte nell'ampissimo dibattito sui rapporti – pariordinazione, subordinazione, reciproca incompetenza – tra legge regionale e legge statale si legge in R. TOSI, *op. cit.*, 26 ss.

¹⁸ M.R. MORELLI, *La «cedevolezza» della legislazione regionale esclusiva alla legge nazionale successiva di grande riforma: tra abrogazione ed incostituzionalità sopravvenuta*, in *Giur. cost.*, 1995, 1737, nt. 4. Ove ci sia separazione di competenze non ricorre, d'altronde, il «logico presupposto di ogni abrogazione: l'idoneità della fonte delle norme

Appare, in effetti, preferibile la soluzione secondo la quale questo genere di antinomia si risolva con la dichiarazione d'incostituzionalità (sopravvenuta) anziché con il rilievo dell'avvenuta abrogazione¹⁹.

Il rimedio dell'illegittimità costituzionale parrebbe, dunque, 1) corrispondere al tipo di relazione che intercorre tra le fonti qui considerate, negli ambiti di competenza legislativa ripartita: una relazione in cui l'attribuzione di sfere di competenza determina condizionamenti reciproci che incidono sulla validità degli atti; inoltre, 2) servire il principio di certezza del diritto: la Corte costituzionale si pronuncia una volta e per tutte, anziché attribuire ai giudici comuni il potere di stabilire, di volta in volta, a) se la legge statale contiene effettivamente un principio fondamentale e b) se sussista o meno l'incompatibilità con le norme regionali; 3) essere coerente con gli scopi che la riforma del Titolo V della Costituzione si prefiggeva: ampliare il margine di autonomia legislativa regionale.

Quanto affermato al punto 1) è frutto dei ragionamenti che si tentava di (ri)proporre poco sopra, sulla gerarchia materiale fra principi fondamentali e normativa di dettaglio.

La considerazione al punto 2) è legata alle incertezze e alle possibili disparità che derivano dall'«abrogazione “diffusa” della normativa regionale di dettaglio», che «impedisce la verifica, ad opera del giudice delle leggi, della compatibilità della legge regionale con i principi fondamentali, lasciando al singolo giudice, con una pronuncia *inter partes* sempre rivedibile in altri procedimenti, il potere di qualificare la norma statale quale principio fondamentale, eventualmente sancendo l'abrogazione della disposizione»²⁰.

abrogatrici a regolare gli oggetti disciplinati dalle disposizioni abrogabili»: A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Roma 1974, 94.

¹⁹ Opta a favore dell'incostituzionalità sopravvenuta, invece che dell'abrogazione ex art. 10 della legge n. 62 del 1953, A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni*, Milano 2001, 62; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., p. 183 s.; ancor prima A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa*, cit., 94, e A. RUGGERI, *Ancora in tema di leggi statali e leggi regionali su materie di competenza concorrente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977, 281. Per un sintetico inquadramento delle problematiche che interessano la successione nel tempo di leggi regionali e statali, specie alla luce della giurisprudenza costituzionale, si veda anche G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano 2012, 268 ss.

²⁰ Rileva tale profilo problematico pure C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, Bologna 2020, 292.

Per G. SERGES, *Il ruolo della legge regionale, oggi*, in *La funzione legislativa oggi*, a cura di M. RUOTOLO, Atti del Convegno svoltosi a Camerino il 25-26 maggio 2006, Napoli 2007, potrebbe ritenersi esistente una riserva di materia per il legislatore statale sull'i-

Inoltre, lo spazio di autonomia legislativa regionale potrebbe risultare “limitato” da questa sorta di controllo diffuso sull’adeguamento della normativa regionale alla legislazione statale affidato ai giudici (punto 3). In tal senso, l’applicazione del criterio cronologico finirebbe per contribuire al mantenimento di una “posizione di supremazia” dello Stato sulle Regioni²¹, in questo sistema in cui il sindacato di costituzionalità già si presenta come evenienza residuale²².

In ogni modo, *de iure condito*, come abbiamo visto, il sopravvenire di una nuova cornice di principio potrà determinare sia l’abrogazione sia l’invalidità della normativa regionale di dettaglio.

In prospettiva evolutiva, invero, il sistema potrebbe essere definito in modo più chiaro.

Per un verso, potrebbe procedersi a una riformulazione – o parziale abrogazione – del più volte citato art. 10²³. In tal senso, potrebbe ben

identificazione delle discipline che contengono principi fondamentali della materia (103). Tuttavia, l’individuazione dei principi – «appiglio così fragile» al quale risulta ancorata la garanzia costituzionale della ripartizione delle attribuzioni – è avvenuta sostanzialmente nel contenzioso Stato-Regioni, con esiti valutati di «carattere episodico», condizionati dalle concrete controversie oggetto dei ricorsi: così R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1992, § 4, 183 s.

²¹ Che vi siano vari fattori che hanno impedito alla riforma di realizzare l’effetto in origine desiderato è oggetto di riflessione di ampia dottrina, tra cui si può vedere F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, cit., spec. 334 ss.; M. RUOTOLO, *Il riparto delle competenze legislative*, cit., spec. 115 s.; G. SERGES, *Il ruolo della legge regionale, oggi*, cit., 113; A. GUAZZAROTTI, *La competenza legislativa concorrente nel nuovo Titolo V al banco di prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2004, 1109 ss.

²² In generale, in questo senso, si è osservato che «se, per un verso, dunque, gli effetti della invalidità si presentano, in principio, più radicali, per un altro verso, invece, essi si presentano necessariamente meno automatici, dove, all’incontro, l’effetto abrogativo, naturalmente meno radicale, mostra nel medesimo tempo la massima automaticità»: F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, cit., 49.

L’abrogazione infatti garantirebbe la pronta applicabilità delle normative statali, meglio assicurando il soddisfacimento degli interessi “unificanti” cui la legislazione statale presta tutela: si veda G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di F. MODUGNO, P. CARNEVALE, Napoli 2008, 134, il quale faceva riferimento alle materie di competenza esclusiva di carattere “trasversale”.

²³ Non convince invece la tesi secondo cui si potrebbe interpretare l’art. 10 della legge Scelba nel senso che i nuovi principi fondamentali della materia, nei casi di contrasto, rendano invalide le norme regionali. Il significato delle disposizioni sarebbe infatti tramutato, sfociando nella disapplicazione delle norme vigenti. Ci si riferisce al pensiero di G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, il quale ha sostenuto che «il mutamento dei principi rende certamente invalida la legge regionale contrastante con i nuovi, per violazione dell’art. 117 Cost. Non può trattarsi, invece,

mantenersi l'esplicitazione dell'obbligo, per i Consigli regionali, di adeguare la propria legislazione al mutamento dei principi fondamentali della materia; ma potrebbe rinunciarsi alla previsione, di cui al primo comma, per cui l'avvicinarsi di nuovi principi della legge statale ha effetto sulla normativa regionale (solamente) in termini di abrogazione.

Il rischio che norme regionali palesemente obsolete e contrastanti con la nuova cornice legislativa generale permangano nell'ordinamento sino al momento di un incerto e tardivo intervento della Corte costituzionale²⁴ non sembra in realtà altissimo, poiché nei casi di evidente incompatibilità fra norme sono a disposizione dell'interprete altri strumenti idonei a risolvere il problema. Il giudice può, difatti, rilevare una sopravvenuta discrasia tra le fonti applicabili al caso concreto secondo le regole generali e l'interpretazione sistematica, senza necessità di una previsione specifica che, in modo "inesatto", qualifichi espressamente in termini di abrogazione l'effetto del sopravvenire di nuovi principi statali. Potrà in effetti considerarsi l'utilizzo dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), per i casi di incompatibilità diretta tra contenuti normativi, con effetto "sostitutivo" e ove il principio da attuare sia suscettibile di declinazione concreta; l'interpretazione conforme a disposizioni-parametro²⁵; l'attuazione immediata delle norme di principio che esplichino effetti diretti.

Quando tali metodi di applicazione giudiziale della legge non soccorrano, sarà doveroso sollevare la questione di legittimità costituzionale, in modo che la Corte possa pronunciarsi con effetto *erga omnes* sull'incostituzionalità; provocando così la necessità, per i Consigli regionali, di attivarsi e approvare una normativa conforme al quadro statale, per rimediare al vuoto susseguente alla pronuncia di accoglimento.

Per un altro verso, si potrebbe immaginare di estendere alle Regioni, in generale, la previsione propria del solo ordinamento trentino: l'art.

tecnicamente, di abrogazione, poiché essa presupporrebbe la concorrenza dei due tipi di fonti nello stesso ambito materiale e sullo stesso piano gerarchico. Così intesa la abrogazione come invalidità sopravvenuta, si può comprendere l'ultima parte della disposizione: il termine ivi indicato sta a dire che, per i 90 giorni previsti, viene sospesa l'efficacia invalidante dei nuovi principi, per consentire l'intervento del legislatore regionale» (234).

²⁴ Così, A. ANZON, *Rilievi in tema di rapporti tra leggi statali e regionali*, cit., § 5.

²⁵ Amplissima è la letteratura sull'interpretazione conforme: basti qui richiamare M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano 2016, 391 ss.; M. RUOTOLO, *Interpretare: nel segno della Costituzione*, Napoli 2014; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; in senso ampio, F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008.

2 del d.lgs. 16 marzo 1992, n. 266 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra gli atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento) dispone che la legislazione regionale e provinciale debba adeguarsi agli atti legislativi statali vincolanti entro sei mesi dalla loro pubblicazione e che, decorso tale termine, le norme regionali o provinciali preesistenti sono impugnabili dinanzi alla Corte costituzionale.

Si tratterebbe di un'interessante occasione per chiarire, con una legge costituzionale, che la non conformità delle norme di dettaglio a quelle statali di principio ha conseguenze sul piano dell'invalidità, non già su quello dell'efficacia dell'atto giuridico da rimuoversi²⁶.

5. *L'incidenza (minima) dello ius superveniens sul parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*

Abbiamo sinora esaminato il rilievo dato al mutamento del parametro interposto in giudizi sulla legge sollevati in via incidentale. Nel giudizio in via d'azione, il "trasferimento" delle questioni su norme parametro successive all'entrata in vigore delle disposizioni impugunate pone problemi diversi; ciò dipende dalle caratteristiche essenziali di tale procedimento.

Esaminiamo partitamente i due momenti nei quali può verificarsi il mutamento del parametro statale e vediamo che incidenza questo mutamento può avere.

1) La sopravvenienza del parametro entro il termine per proporre l'impugnazione della legge regionale (prima della proposizione del ricorso) è evento eccezionale. All'adozione delle norme regionali censurate seguirebbe l'approvazione e l'entrata in vigore di un nuovo principio fondamentale, nell'arco di sessanta giorni.

È accaduto, a quanto consta, solamente una volta: con la sentenza

²⁶ Ragionando sull'incertezza delle tempistiche di adeguamento delle legislazioni alla riforma del Titolo V della Costituzione, L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli? Intorno ad una lacuna "trascurata" del nuovo Titolo V*, in *associazione deicostituzionalisti.it*, 2002, afferma che non aver previsto una norma simile a quella delle norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige sia «un difetto grave» della riforma, difetto che potrebbe peraltro favorire l'ulteriore produzione di norme statali «cedevoli», applicabili finché non sostituite dalle fonti locali competenti.

Cenni sull'idea di generalizzare il meccanismo in esame sono esposti, inoltre, in A. PAOLETTI, *Leggi-cornice*, cit., 64, nota 12.

n. 70 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disciplina regionale censurata, rilevando un contrasto con la norma-parametro, ad essa sopravvenuta, entrata in vigore giusto quattro giorni dopo l'atto impugnato. C'è stato, dunque, tempo per ricorrere dinanzi al giudice delle leggi, il quale ha accertato l'incompatibilità, determinando l'eliminazione delle disposizioni regionali a partire dall'entrata in vigore del parametro statale.

Si è ritenuto che la sentenza n. 70 del 2020 rappresentasse un segnale, da parte della Corte, «nella direzione dell'incostituzionalità sopravvenuta»²⁷; che «è verosimile che essa si sia posta il dubbio, valutando l'applicazione del sopra citato art. 10 della legge Scelba e optando poi per una pronuncia di accoglimento in luogo di una di inammissibilità»²⁸.

Tuttavia, non sembra che la Corte si sia trovata davvero dinanzi a tale alternativa, poiché, al momento dell'impugnativa, non erano trascorsi i novanta giorni che l'art. 10 della legge n. 62 del 1953 richiede per l'esplicarsi dell'effetto abrogativo delle norme regionali e, dunque, queste ultime non avrebbero (ancora) potuto ritenersi inefficaci.

Semberebbe potersi affermare, dunque, che il sopravvenire del parametro interposto statale, in un momento anteriore al ricorso, sia un'ipotesi rara e che, comunque sia, non ponga alla Corte gli stessi problemi prima discussi, sull'alternativa tra incostituzionalità e inammissibilità, non potendosi ritenere già avvenuta – nei sessanta giorni – l'abrogazione delle norme censurate²⁹.

2) Il mutamento del parametro statale nelle more della definizione del giudizio (dopo la proposizione del ricorso) non sembra poter incidere sulle sorti del giudizio medesimo³⁰.

Come è noto, infatti, l'interesse e lo scopo del giudizio in via princi-

²⁷ C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, cit., 382, nota 172.

²⁸ Così C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 2020, 65.

²⁹ La sentenza n. 117 del 2015, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione per avvenuta abrogazione della disciplina impugnata, infatti, è caso del tutto peculiare. La disposizione (entrata in vigore nel 2014) prevedeva solamente l'abrogazione di precedente normativa regionale (risalente al 1986), che stabiliva alcuni requisiti per l'esercizio delle professioni turistiche; tuttavia, la stessa disciplina abrogata doveva ritenersi da tempo superata dalla modifica dei principi fondamentali relativi all'accesso alle professioni, privando la norma censurata di carattere lesivo. La legge impugnata, ha affermato la Corte, non può avere incidenza nell'ordinamento, dal momento che la stessa abrogazione da quella prevista si era consumata sin dal 2006 per la riforma completa del settore delle professioni.

³⁰ Un caso che potrebbe fare eccezione è rappresentato dalla sentenza n. 68 del 2018

pale è verificare il rispetto, da parte del legislatore regionale e del legislatore statale, del riparto di competenze stabilito nella Costituzione: da ciò deriva il principio per cui il *thema decidendum* è fissato nell'oggetto e nei parametri indicati nell'atto introduttivo³¹. Ciò che rileva, infatti, è che l'esercizio delle attribuzioni sia avvenuto in modo corretto o scorretto al momento in cui avviene l'impugnazione, a nulla rilevando, viceversa, quanto accade successivamente³². Inoltre, quello in via d'azione è giudizio tra parti: dare rilievo al contrasto sopravvenuto con i principi della legge statale, penalizzerebbe la posizione della parte resistente, la quale sarebbe sanzionata – potrebbe dirsi – incolpevolmente, attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità di una legge regionale che, al momento del ricorso, non era viziata³³.

Mettendo da parte le ipotesi in cui si opera il trasferimento delle questioni sul nuovo parametro perché le leggi sopravvenute riproducono i contenuti di quelle antecedenti³⁴ (casi in cui nemmeno si dovrebbe parlare di vero e proprio mutamento del parametro, ove si consideri il vizio di competenza, nella potestà ripartita, di carattere sostanziale), la giurisprudenza costituzionale esclude, infatti, l'“utilizzo” dello *ius superveniens* che incida negativamente sulla legittimità costituzionale delle norme censurate.

Esemplificativa può essere la sentenza n. 258 del 2020, con la quale la Corte ha rigettato la questione sul contrasto fra una legge pugliese e l'art. 117, terzo comma, Cost., sebbene, a poco tempo dall'udienza, il quadro normativo statale interposto fosse mutato in modo tale da rendere molto

(punto 12.1.1 delle motivazioni in diritto), in cui la considerazione della sopravvenienza normativa ha rilevato nel senso della non fondatezza delle questioni.

³¹ Cfr. art. 27 della legge n. 87 del 1953.

³² È affermazione ricorrente quella secondo cui «è solo in riferimento ai profili ritualmente eccepiti che la Corte è oggi chiamata a pronunciarsi, dato che nei giudizi in via principale il *thema decidendum* è fissato dal ricorso introduttivo, in conformità alla delibera dell'organo politico, e non può essere esteso ad ulteriori profili, né con le memorie presentate in prossimità dell'udienza, né tanto meno nel corso dell'udienza (*ex multis*, sentenza n. 533 del 2002)»: così, sentenza n. 74 del 2012; in senso conforme, fra le tante, sentenze n. 261 del 2017 e n. 56 del 2020.

³³ Appare poco convincente anche l'idea che la Corte possa applicare l'art. 10 della legge n. 62 del 1953 nel corso del giudizio costituzionale (C. CARUSO, *La garanzia dell'unità*, cit., 380), pronunciando la cessazione della materia del contendere per la (già maturata) prevalenza della legge statale sopravvenuta, per le stesse ragioni anzidette, le quali, portando a distinguere in modo netto i ricorsi in via diretta dal sindacato astratto sulla legittimità costituzionale della legge, giustificerebbero l'interesse delle parti a ottenere una pronuncia di merito.

³⁴ Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 42 del 2021 e n. 34 del 2012.

più consistenti i dubbi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate. «La questione di costituzionalità dell'art. 11 della legge reg. Puglia n. 34 del 2019 – per come prospettata nel ricorso e in considerazione delle norme applicabili *ratione temporis* – non è fondata». A chiosa, non ha mancato di «rilevare, infine, che, dopo l'instaurazione di questo giudizio di costituzionalità e senza che sul punto si sia svolto contraddittorio fra le parti, la disciplina statale sulle procedure inerenti gli interventi di modifica di impianti di energia da fonti rinnovabili è mutata», soggiungendo che «eventuali incompatibilità tra le normative regionali e la nuova legislazione di principio potranno essere rilevate nell'operare degli ordinari meccanismi di risoluzione delle antinomie»³⁵. Ha, così, lasciato aperti i due scenari: nel caso la normativa regionale si ritenga ormai incompatibile con le nuove leggi – di ulteriore semplificazione delle procedure in materia *de qua* – i giudici comuni potranno sollevare la questione di legittimità costituzionale o, pure, se ne considerano sussistenti le condizioni, dare applicazione all'art. 10 della legge n. 62 del 1953.

Nello stesso senso, la sentenza n. 395 del 2005 aveva escluso che la norma statale, come modificata nel corso del procedimento, potesse rappresentare il parametro di legittimità costituzionale: «il nuovo testo non è stato evocato in giudizio quale norma interposta» – ha precisato la Corte – e su di esso non sono state svolte reciproche deduzioni di parte. Rimarca che «l'ipotizzato trasferimento del parametro lederebbe il diritto di difesa della Regione resistente» anche la sentenza n. 167 del 2004, specificando, una volta di più, che i termini delle questioni sono definiti dal ricorrente con l'atto introduttivo.

Come favorire la considerazione dello *ius superveniens* sul parametro nel giudizio in via d'azione? Si potrebbe ragionare su come meglio

³⁵ Con la sentenza n. 5 del 2020, le questioni sono state accolte perché le norme censurate, comunque sia, contrastavano con la legge statale vigente *ratione temporis*: «si deve osservare che, successivamente all'entrata in vigore della norma regionale impugnata, il quadro normativo statale di riferimento è andato via via mutando, in virtù dell'entrata in vigore dapprima della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), poi del decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101 (Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali) [...]. Premesso che il parametro interposto da prendere in considerazione per valutare la legittimità costituzionale della norma regionale è costituito, comunque, dai principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica vigenti al momento dell'entrata in vigore della norma regionale (e, quindi, dal citato art. 1, comma 1148, lettera a, della legge di bilancio per il 2018), non si può non segnalare che la nuova disciplina delle graduatorie dettata dal legislatore statale delinea uno scenario che risulta ancor più restrittivo [...]» (punto 4.3.1 del Considerato in diritto).

bilanciare il principio di legalità costituzionale, le esigenze di economia del giudizio costituzionale, il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio. Si potrebbe così attribuire alla parte interessata l'onere di rilevare il mutamento del parametro, nelle memorie depositate in prossimità del giudizio *ex art. 7, comma 2, delle Norme integrative*, per chiedere un "trasferimento" delle questioni in riferimento al nuovo parametro, ammettendo, in tali casi, una modifica dell'oggetto del decidere; non sembra, al contrario, immaginabile che sia consentito quel rilievo in udienza, poiché s'impedirebbe alla controparte di predisporre delle repliche, e tantomeno parrebbe ammissibile l'esercizio, da parte della Corte, di poteri d'ufficio³⁶.

Quanto esposto lascia emergere come le sopravvenienze normative sul parametro, che si verifichino prima o dopo il deposito del ricorso, per ragioni diverse, abbiano rilievo marginale. Per ciò si diceva, in apertura, che il giudizio promosso in via principale risulta, come dire, meno "condizionato" dal trascorrere del tempo.

6. *Contrasti sopravvenuti (e non) ed esigenze di continuità dell'ordinamento normativo*

Sin qui abbiamo preso in considerazione le conseguenze del mutamento del parametro statale sull'efficacia e sulla legittimità della legge regionale. Ora, si propone un cenno agli effetti del mutamento del parametro costituzionale che determini un vizio sopravvenuto d'incompetenza.

La giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata sulle leggi precedenti all'entrata in vigore della Costituzione – confermata all'indomani della riforma del Titolo V, nel 2001 – ha affermato che la disciplina preesistente mantenesse vigore, sino a quando il soggetto originariamente incompetente e divenuto frattanto competente non facesse uso delle attribuzioni che gli erano state riconosciute. Il carattere – definito cedevole – delle norme già esistenti è stato un espediente per assicurare la continuità del tessuto normativo.

Difatti, pur presupponendo che – in linea di principio – «il sopravvenire di nuove norme formalmente costituzionali, dotate come sono di

³⁶ Così, F. CORVAJA, *Il mutamento del parametro nel giudizio in via principale, tra diritto di difesa ed economia processuale*, in *Le Regioni*, 2006, 477. Occorrerebbe, inoltre, una delibera dell'organo politico collegiale al quale si riconduce la volontà d'impugnare e tale "integrazione delle domande" andrebbe notificata alla controparte.

forza giuridica prevalente rispetto a quella delle leggi formali ordinarie, determina l'invalidazione delle norme anteriori che divengano con esse incompatibili», la Corte ha stabilito che il rigore di tali principi può essere «temperato [...] dal principio di continuità». Così, «per rimuovere dalle materie attribuite alla loro potestà legislativa, e conseguentemente amministrativa, le preesistenti norme statali che eccedono dai limiti imposti dalla nuova Costituzione e dagli statuti costituzionali speciali alla competenza del legislatore nazionale, Regioni (e Province ad autonomia costituzionale) non hanno che da legiferare esse stesse, sostituendo gradatamente le proprie leggi a quelle statali, sino a quel momento vigenti nel rispettivo ambito territoriale», chiari la sentenza n. 13 del 1974³⁷.

A seguito della riforma del Titolo V, in senso analogo, si è nuovamente affermato che non si può avere «l'automatica illegittimità costituzionale delle norme emanate nel vigore dei vecchi parametri costituzionali» e che l'eliminazione della disposizione scrutinata deve essere differita nel tempo: le norme «adottate in conformità al preesistente quadro costituzionale, mantengono, in applicazione del principio di continuità, la loro validità fino al momento in cui non vengano sostituite da nuove norme dettate dall'autorità dotata di competenza nel nuovo sistema (sentenza n. 401 del 2007; nello stesso senso sentenza n. 376 del 2002)» (così, di recente, la sentenza n. 189 del 2021).

Come emerge con chiarezza, la continuità possiede un valore determinante in queste pronunce. Rappresenta proprio la ragione che ha portato la Corte a rinunciare al rilievo immediato del vizio, consentendo l'ultrattività delle norme censurate (poi "sostituite" al momento dell'adozione della nuova disciplina da parte degli organi competenti), e che la ha condotta, in altre occasioni, ad accertare l'illegittimità costituzionale, modulandone però gli effetti temporali³⁸.

³⁷ Similmente, con riferimento particolare a Trento, ha affermato che «il principio di continuità di cui all'art. 92 dello Statuto speciale (ed ora all'art. 105 del t.u. del 1972) secondo il quale "nelle materie attribuite alla competenza della regione o della provincia, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali o provinciali, si applicano le leggi dello Stato" [implica] che la competenza legislativa statale è limitata non dall'esistenza delle disposizioni statutarie invocate dalla provincia ricorrente ma dal concreto esercizio della potestà legislativa della Provincia stessa su ciascuna delle materie ad essa attribuite» (sentenza n. 31 del 1976).

³⁸ Una siffatta ponderazione dei valori in gioco è qualcosa di diverso dall'illegittimità sopravvenuta, che, pure, produce effetti *pro futuro*. Non sfuggirà, difatti, che, quando deve riconoscersi prevalenza all'esigenza della continuità, il "salto in avanti" non deriva dalla sopravvenienza del parametro e, dunque, del vizio (si veda la precedente nota 15), ma dalla necessità che la decisione non pregiudichi il principio di continuità, finendo per

Si pensi, dunque, alla continuità come a un filo rosso, capace di legare fra loro le scelte che la Corte ha assunto in campi diversissimi³⁹.

creare «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» rispetto a quelli che s'intende rimuovere (sentenze n. 13 del 2004 e n. 10 del 2015).

Sul potere della Corte di regolare gli effetti delle sentenze si è sviluppato un ricco dibattito, che ha visto e vede opinioni favorevoli e contrarie al suo esercizio. Elementi di criticità sono stati riscontrati, da un lato, nel fatto che la Corte si sia auto-attribuita tale potere, che non è previsto dalla legge, e, dall'altro lato, nel fatto che il mancato esplicarsi degli effetti *de praeterito* metta in discussione l'incidentalità del giudizio costituzionale. Si vedano le posizioni espresse in occasione del celebre incontro di studio su *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, i cui Atti sono stati qui già citati: tra gli altri, una voce critica è stata quella di A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, 53 ss.

La dottrina è tornata a occuparsi del problema a seguito della sentenza n. 10 del 2015, con la quale la Corte ha espressamente limitato gli effetti retroattivi della decisione d'incostituzionalità, motivando ampiamente sul punto (cfr. punto 7 del Considerato in diritto). Contrari all'uso del potere di regolazione degli effetti delle decisioni, fra gli altri, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2015; R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, nella stessa *Rivista*, 2015; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista Aic*, 2/2015. Giustificano, invece, l'atteggiamento della Corte costituzionale F. MODUGNO, *Ancora una riflessione sulle sentenze costituzionali di «accoglimento datato»*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli 2016; P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale 'differita' fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Diritto Pubblico*, 2/2015; A. ANZON, *La Corte costituzionale «esce allo scoperto» e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015; pure, se è consentito, M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista di diritto tributario*, 11/2014.

³⁹ Si allude al fatto che essa è suscettibile di essere declinata in vario modo: rileva quale continuità dell'ordinamento normativo, specie in ipotesi di discipline costituzionalmente necessarie; dell'azione amministrativa; dell'azione giurisdizionale, e via dicendo.

Sul bilanciamento che conduce la Corte a modulare gli effetti delle pronunce – un bilanciamento ulteriore rispetto a quello che prelude alla soluzione della questione di legittimità costituzionale e che riguarda la ponderazione tra i valori che sarebbero pregiudicati dalla “retroattività” dell'accoglimento e la necessità di disapplicare la legge illegittima – si consenta di rinviare a M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino 2019, 184 ss.

Sul principio di continuità e sul funzionamento delle istituzioni della Repubblica, cfr., almeno, V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Stato, Popolo, Governo*, Milano 1985; L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano 1958; F.S. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano 1997.

Si ricorderà la sentenza n. 1 del 2014, nella quale essa ha stabilito che l'illegittimità parziale della legge elettorale, oggetto di sindacato, non avrebbe impedito all'attività legislativa di essere portata avanti sino alla celebrazione di nuove elezioni politiche. Il mantenimento dell'efficacia di atti e azioni che dipendevano – certo – dalla legge dichiarata incostituzionale è derivato dalla necessità di preservare il «principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali».

Di grande interesse, sempre in relazione al rilievo assunto dal principio di continuità, è anche la più recente sentenza n. 41 del 2021, in cui la Corte ha deciso che la pronuncia avrebbe esplicato effetti solamente allo spirare del termine fissato per il riordino legislativo delle funzioni della magistratura onoraria, poiché l'incidenza immediata della sentenza avrebbe creato «pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale», che non può subire i danni che deriverebbero da discontinuità organizzative e vuoti normativi⁴⁰.

Ma torniamo ai temi esaminati in questo lavoro, che attengono alla divisione del potere legislativo tra lo Stato e le Regioni.

Il giudice delle leggi ha utilizzato lo strumento della regolazione degli effetti dell'incostituzionalità anche quando ha deciso questioni sulla corretta distribuzione delle competenze: pur rilevando un vizio di legittimità costituzionale, ha deciso di salvaguardare gli effetti già prodotti dalla norma illegittima. Così, in tema di contributi per l'iscrizione a scuola: la «rilevanza della misura in questione – che richiede continuità di erogazione, in relazione ai diritti costituzionali implicati – giustifica che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti (sentenza n. 370 del 2003)» (sentenza n. 423 del 2004). E, di nuovo, con espressi riferimenti al principio di continuità, ha più recentemente sottolineato come «la particolare rilevanza sociale del servizio scolastico [...] e l'inerenza dello stesso a diritti fondamentali dei suoi destinatari, impongono, peraltro, che sia garantita continuità nell'erogazione delle risorse finanziarie e che restino, di conseguenza, salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti (sentenz[a] n. 50 del 2008)» (sentenza n. 71 del 2018; in termini analoghi, sentenza n. 74 del 2018).

⁴⁰ Rinvia gli effetti dell'incostituzionalità e motiva ampiamente a riguardo anche la sentenza n. 152 del 2020: si vedano i punti 7 e 8 del Considerato in diritto.

L'«esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove [gli] effetti [dell'incostituzionalità] risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata», si è nuovamente presentata nella decisione n. 246 del 2019, che ha preservato dall'eliminazione retroattiva le azioni realizzate in esecuzione delle norme illegittime, a garanzia della continuità dell'attività amministrativa già posta in essere.

La continuità, dunque, si è ampiamente dimostrata una ragione fondamentale capace di orientare le scelte della Corte sull'effetto che promana dalle sue pronunce, anche in tema di avvicendamento delle leggi statali e regionali nella regolazione della stessa materia.

In conclusione, resta da rilevare che la “cedevolezza” delle norme adottate dal soggetto divenuto incompetente e la modulazione degli effetti delle decisioni rappresentano diverse soluzioni alla medesima esigenza di garantire la continuità del tessuto normativo.

L'attenzione alla tenuta del sistema nel suo complesso evoca senz'altro «un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza»; problemi, questi, che valutano «la durezza» dei principi che possono fungere da limite all'esplicarsi degli effetti tipici delle sentenze d'incostituzionalità⁴¹.

Di quanto scritto in prospettiva generale da Carlo Mezzanotte si è avuto pieno riscontro anche nello studio dello specifico tema qui affrontato: il problema degli effetti giuridici delle sentenze, apparentemente tecnico e procedurale, è in realtà un problema di diritto costituzionale sostanziale.

Così anche, per altro verso, sembra esserlo l'individuazione del più appropriato meccanismo di risoluzione delle antinomie che si determinino per effetto della successione nel tempo di leggi regionali e statali.

⁴¹ I passaggi fra le virgolette e l'affermazione che segue nel testo si devono a C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 44.

Fabrizio Tigano

PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI
E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:
ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rilevanza giuridica dell'attività interna, anche con riferimento al trattamento dei dati personali, da parte delle amministrazioni pubbliche. – 3. Una fondamentale “chiave di volta”: il Regolamento Generale sulla protezione dei dati n. 2016/679 (“GDPR”). – 4. Il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni: attività amministrativa *versus* privacy? – 5. Uno “scomodo” invitato nella fase dell'emergenza: l'Autorità Garante della privacy. – 5.1. La sanzione comminata all'Inps. – 5.2. La sanzione comminata al Comune di Palermo. – 5.3. Il “pasticciaccio” del c.d. “*green pass*”. – 6. Una problematica da dipanare: obbligatorietà della vaccinazione e consenso informato. – 7. Brevi riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Il tema della protezione dei dati personali si è sviluppato attorno ai nuovi percorsi avviati con la riforma del procedimento amministrativo nell'ultimo decennio dello scorso secolo¹.

È sufficiente esaminare la struttura della legge 7 agosto 1990 n. 241 ed i principi da essa affermati per rendersene conto: i primi commentatori parlavano, in proposito, di una *rivoluzione copernicana*, che, se non capovolgeva, sicuramente ridefiniva i termini delle relazioni giuridiche tra gli amministrati, ormai cittadini anche europei ed i soggetti pubblici in senso lato, ivi compresi i privati esercenti funzioni pubbliche².

La modifica degli assetti nelle relazioni in cui è parte una pubblica

* Questo lavoro è destinato agli *Scritti in onore di C.E. Gallo*

¹ M. CAMMELLI, *Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi*, scritti scelti a cura di C. Barbati, M. Dugato e Giuseppe Piperata, Bologna 2019.

² S. LICCIARDELLO, *Il rapporto fra amministrazione e cittadino nel pensiero giuridico di Ignazio Maria Marino*, in AA.VV., *Amministrazione e giustizia*, a cura di F. Tigano, S. Licciardello, A. Barone, Roma 2015, 233 ss.

amministrazione è frutto di una crescita della cifra democratica complessiva, a partire dal principio di sovranità popolare, ma non solo. Le attività pubbliche, a partire dal 1948 sono espressione di un potere in grado di tradursi più che mai nello svolgimento di compiti ed esercizio di competenze tarate sugli interessi delle collettività³.

Il collegamento tra i soggetti, i territori e gli interessi costituisce una rete di contenimento garantita dal dettato costituzionale, attraverso norme di principio (anzitutto i primi 5 articoli della Carta⁴), di “settore” (istruzione, sanità⁵, giustizia⁶ e responsabilità⁷) e “specifiche” (gli artt. 97 e 98⁸), le quali disegnano una nuova amministrazione democratica⁹, in evidente discontinuità con i valori – questi sì, trascendenti¹⁰ – propri dell'*ancien regime* da cui tali poteri (si pensi all'autotutela¹¹, ma anche, più in generale, al principio di buona fede¹²) derivano¹³.

Lo stesso tema dell'informazione civica, intesa come conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri era contemplato nell'originario disegno di

³ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Dir. Soc.*, 2020, 240 ss.; Id., *Effettività dei servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi “a diritto amministrativo”*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 35 ss.; V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano 1988, 481 ss.; Id., *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano 1988, 369 ss.; F.G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, in AA.Vv., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano 1993; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli 2011.

⁴ AA.Vv., *Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di G. Armao, F. Astone, M. Immordino, G. Moschella, V. Prudente, Napoli 2022; G. VERDE, *Le trasformazioni dello Stato regionale. Spunti per una ricerca*, Napoli 2022.

⁵ R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino 2020.

⁶ C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino 2020.

⁷ E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953.

⁸ AA.Vv., *La pubblica amministrazione in Commentario della Costituzione*, artt. 97 e 98, Bologna 1994.

⁹ AA.Vv., *Democrazia e amministrazione (in ricordo di V. Bachelet)*, a cura di G. Marongiu e G.C. De Martin, Milano 1992.

¹⁰ M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in AA.Vv., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2017, 1 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *E.d.D.*, IV, Milano 1959, 537 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino 2016.

¹¹ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli 2018; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli 2018.

¹² F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995.

¹³ Con particolare riferimento alle relazioni tra interesse legittimo e procedimento amministrativo, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990.

legge del futuro art. 97 della Costituzione, da cui venne espunto perché ritenuto implicito nel principio di buon andamento¹⁴. L'amministrazione disegnata dalla Carta costituzionale è, dunque, almeno in potenza, *friendly*, perché inserita nel processo circolare democratico repubblicano, le cui chiavi ed i cui passaggi costitutivi, i cui "pesi e contrappesi" si muovono su equilibri assai delicati¹⁵.

Se oggi costituisce un dato pacificamente acquisito, quello per il quale il valore della trasparenza si accompagna ai diritti inerenti al trattamento dei dati personali, con lo specifico riconoscimento, in seno ai procedimenti amministrativi, di puntuali obblighi per l'amministrazione, il tema del trattamento dei dati personali, non sembra assumesse un tempo particolare rilevanza¹⁶: i *sancta sanctorum*, gli archivi delle amministrazioni pubbliche erano lontani dall'essere oggetto di ispezione, sindacato, accesso o altro, né alcuno dubitava che i fascicoli ci fossero e ci fossero tutti. In un sistema informativo nemmeno lontanamente paragonabile all'attuale, anche rispetto alla mole dei dati, il trattamento e la protezione di questi dati non costituiva elemento centrale ai fini del decidere¹⁷; oggi, di contro, ci si trova al cospetto di una multiforme frammentazione delle compagini sociali e delle lobby di portatori di interessi in un contesto pienamente globalizzato e necessariamente improntato alla partecipazione¹⁸,

¹⁴ Si tratta della proposta avanzata dagli onorevoli Togliatti e La Rocca: "*La legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni*", come risulta agli atti dell'Assemblea Costituente del 24 ottobre 1947.

¹⁵ R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1989, 416 ss.; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *L'accesso ai documenti amministrativi*, a cura di G. Arena, Bologna 1991; Id., *Trasparenza amministrativa*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano 2006; E. CARLONI, *Il principio trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia*, Bologna 2022.

¹⁶ Cionondimeno, *Il processo di Kafka*, seppure in modo suggestivo, esemplifica gli effetti deleteri e paradossali che si accompagnano alla assenza di conoscibilità e trasparenza.

¹⁷ M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *E.d.D.*, IV agg., Milano 2000, 1 ss.; Id., *L'accesso ai documenti amministrativi nell'esperienza della legge n. 241 del 1990: evoluzione e prospettive*, in AA.VV., *Il diritto di accesso e la commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, a cura di C. Colapietro, Napoli 2012, 39 ss.

¹⁸ M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel Foia italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi*, n. 19, 2020, 401 ss.; sia consentito, anche per i riferimenti bibliografici (e giurisprudenziali), rinviare, altresì, a F. TIGANO, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino 2008.

cui non sono estranei (anzi, sono stati fortemente valorizzati di recente) profili solidaristici¹⁹.

2. *La rilevanza giuridica dell'attività interna, anche con riferimento al trattamento dei dati personali, da parte delle amministrazioni pubbliche*

La procedimentalizzazione nasce e prende corpo progressivamente con l'idea di estendere le garanzie processuali alla fase sostanziale, in un'ottica prioritariamente deflattiva del contenzioso. Non vi è dubbio, pertanto, che l'apertura dell'attività interna – in qualche modo, dando ragione, tra gli altri, ad Enzo Silvestri²⁰ – si è dimostrata proficua, proprio in contesti nei quali, vuoi per la complessità degli interessi, vuoi per la qualità e la rilevanza economica degli stessi, vuoi per ragioni di complessiva equità, era necessario sottoporre a verifica, in modo sempre più puntuale l'operato delle pubbliche amministrazioni.

Nel 1995, in un noto scritto in materia di accesso agli atti, Antonio Romano Tassone aveva messo in guardia circa i rischi di tale strumento²¹; oggi possiamo parlare di un istituto la cui portata dirompente – esattamente come la rivoluzione copernicana – non era forse stata considerata. Una volta aperto, infatti, il “vaso di Pandora”, le amministrazioni sono state bersaglio di richieste di accesso e di informazioni in genere, talora giustificate, talaltra meramente pretestuose, al punto che, attualmente, Anac e giurisprudenza amministrativa hanno finito per mitigare le istanze ostensive nell'ambito della loro ragionevolezza e non eccessiva onerosità per gli uffici²².

¹⁹ C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021; F. MARTINES, *L'accesso civico (generalizzato) come strumento di garanzia del diritto all'informazione e alla comunicazione pubblica*, in AA.Vv., *L'informazione nel divario territoriale. Il ruolo dei pubblici poteri*, a cura di J. Berelli e M. Macchia, Napoli 2022, 281 e ss.; V. PRUDENTE, *Diritto alla conoscibilità e “qualità” dell'azione amministrativa*, in AA.Vv., *L'informazione nel divario territoriale...*, cit., 303 ss.; A. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 2004, 1243 ss.

²⁰ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano 1950.

²¹ A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto di accesso?*, in Dir. amm., 1995, 315 ss.; F. TIGANO, *A chi serve la trasparenza: libere riflessioni su un saggio di Antonio Romano Tassone*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, a cura di F. Astone M. Caldarella F. Manganaro F. Saitta N. Saitta A. Tigano, Napoli 2018, 2601 ss.

²² Cfr. Delibera Anac 3 febbraio 2021 in G.U. n. 53 del 3 marzo 2021 avente ad oggetto “Modifica del regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico,

L'accesso agli atti in chiave difensiva e solo marginalmente conoscitiva, come noto, ha, in seguito, conosciuto declinazioni nuove che, per certi versi, ne hanno capovolto i termini: affermatasi, a partire dal 2012, la chiave anticorruptiva, l'accesso agli atti è stato declinato come diritto alla conoscibilità dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni, ponendo enormi problemi in termini di privacy, di protezione dei dati sensibili e di trattamento degli stessi²³.

Il Codice della privacy, in armonia con i primi interventi eurounitari è intervenuto sul punto, accompagnato dal Codice dell'amministrazione digitale. In un sistema globalizzato, il fenomeno della digitalizzazione ha assunto un ruolo centrale nell'efficientamento delle attività pubbliche, imponendo nuovi compiti, compreso quello di garantire la sicurezza dei dati, al punto da istituire un apposito Garante, la cui attività è stata assai rilevante nella fase emergenziale²⁴.

3. Una fondamentale “chiave di volta”: il Regolamento Generale sulla protezione dei dati n. 2016/679 (“GDPR”)

La delicatezza della questione non poteva sfuggire all'Europa, la quale, dopo una prima importante direttiva, la 95/46/CE del 24 ottobre 1995, ha varato nel 2016 una ulteriore normativa di carattere generale, ossia il Regolamento Generale sulla protezione dei dati n. 2016/679 del 27 aprile 2016 (c.d. “GDPR”), ove l'esperienza maturata nell'ultimo ventennio, si è tradotta in un *corpus* avanzato ed assai ricco di spunti di riflessione²⁵.

Particolarmente significativo l'art. 1 – ma sono illuminanti anche i numerosi *considerando* – composto da tre fondamentali commi, ossia: “1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. 2. Il presente regolamento protegge i

all'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/1990, di cui alla delibera n. 1019 del 24 ottobre 2018”; Tar Friuli Venezia Giulia, 9 luglio 2020 n. 253; Cons. Stato, V, 2 gennaio 2019, n. 12; Cons. Stato, IV, 13 luglio 2017 n. 3461; Tar Lazio Rm, 16 marzo 2018 n. 2994.

²³ Tanto da escludere ipotesi di controllo generalizzato fine a se stesso (v., comunque, *infra*); cfr. Cons. Stato, IV, 19 ottobre 2017 n. 4838, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ V. *infra*.

²⁵ G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4 ss.

diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali. 3. La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali".

Dall'esame di questa norma si comprende perché il tema del trattamento dei dati, in sé, costituisca un terreno accidentato, sicuramente rischioso nel suo concreto dipanarsi.

Da un lato, infatti, si parla di *protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*, dall'altro si chiarisce che le norme sono finalizzate alla *libera circolazione dei dati*.

Il *diritto alla protezione dei dati personali* è inserito tra *i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche*, eppure *la libera circolazione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*²⁶.

La contraddizione, ovviamente, è solo apparente: intanto si tratta di una norma che si pone in piena aderenza con l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE²⁷ e con l'art. 16 del TFUE²⁸; in secondo luogo, la protezione dei diritti fondamentali – cui si accompagnano specularmente, è bene rammentarlo, i doveri fondamentali²⁹ – non postula necessariamente condizioni di specialità, anche nel trattamento dei dati, né si traduce

²⁶ AA.VV., *Codice della privacy e data protection*, a cura di G. Resta, Milano 2021; F. CARDARELLI, *Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico: i soggetti ed i rapporti tra le fonti*, in AA.VV., *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, a cura di F. Cardarelli, S. Sica, V. Zeno Zencovich, Milano 2004, 203 ss.

²⁷ Così recita l'art. 8 "Protezione dei dati di carattere personale" della Carta fondamentale dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in www.europarl.europa.eu) : "1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

²⁸ Così recita l'art. 16 del TFUE (ex art. 286 del TCE), in www.eur-lex.europa.eu: "1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti. Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea".

²⁹ A. RUGGERI, *Emergenza sanitaria e tutela dei diritti sociali*, in www.dirittiregionali.it/2022/04/23/editoriale-emergenza-sanitaria-e-tutela-dei-diritti-sociali

in vincoli superflui ogni qual volta ci si imbatte in uno di essi. I diritti fondamentali sono tali perché consustanziali e intimamente connessi alla persona; ma questo non significa che essi non possano conoscere alcuna limitazione o adattamento in ragione di preminenti interessi pubblici, come dimostra la fase pandemica emergenziale, formalmente chiusa il 31 marzo 2022³⁰.

Sul punto, assai chiaro il considerando 4, laddove si precisa che “*il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo*” e che “*il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*”. La relazione è, perciò, tra la massima diffusione dei dati e l'adozione di misure adeguate per il loro trattamento e la loro protezione, un'apparente antitesi che si stima proficua anche per lo sviluppo del mercato, oltretutto della persona.

Le ampie latitudini toccate dal GDPR, per quel che riguarda le pubbliche amministrazioni o le attività amministrative in senso lato, aprono diversi spazi di riflessione.

Intanto, il regolamento “*non si applica a questioni di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali o di libera circolazione dei dati personali riferite ad attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quali le attività riguardanti la sicurezza nazionale. Il presente regolamento non si applica al trattamento dei dati personali effettuato dagli Stati membri nell'esercizio di attività relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione*”³¹. Del resto, “*le autorità pubbliche a cui i dati personali sono comunicati conformemente a un obbligo legale ai fini dell'esercizio della loro missione istituzionale, quali autorità fiscali e doganali, unità di indagine finanziaria, autorità amministrative indipendenti o autorità dei mercati finanziari, responsabili della regolamentazione e della vigilanza dei mercati dei valori mobiliari, non dovrebbero essere considerate destinatari qualora ricevano dati personali che sono necessari per svolgere una specifica indagine nell'interesse generale, conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri*”³².

Salvo quanto si dirà nel prosieguo, emerge che il trattamento dei dati

³⁰ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2002.

³¹ Considerando 16.

³² Considerando 31.

personali conosce più latitudini e declinazioni in relazione alla materia ed alla relativa disciplina posta *ad hoc*.

In questo contesto, le autorità pubbliche, da un lato sono legate a precisi vincoli in linea di principio, dall'altro, paiono legittimate a svolgere una serie di attività prescindendo, in varia misura, da essi.

4. *Il trattamento dei dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni: attività amministrativa versus privacy?*

Quanto testé osservato impone una quadratura sia in termini generali quando si parla di diritti fondamentali, sia nello specifico, quando, ad esempio, si riconosce il c.d. “diritto all'oblio”, del che è perfettamente consapevole il legislatore europeo, laddove specifica i principi che regolano il trattamento dei dati personali³³.

I dati personali, infatti, sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente; b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e trattati compatibilmente con tali finalità; c) trattati in base al principio di minimizzazione, nel rispetto delle finalità; d) esatti e, se necessario, aggiornati; e) conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; f) trattati secondo integrità e riservatezza.

La liceità del trattamento discende da una serie di precondizioni, *in primis* il consenso da parte del diretto interessato.

Tra le ipotesi rilevanti ve ne sono due, contrassegnate, rispettivamente, alla lett. c) ed alla lett. e) dell'art. 6: “c) *il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento;* e) *il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*”.

Tali ipotesi sono frutto del *considerando* 45 (e, in parte, anche del 46) secondo cui “è opportuno che il trattamento effettuato in conformità a un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o necessario per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri sia basato sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro”.

³³ G. MATUCCI, *Informazione, privacy, riservatezza e oblio*, in AA.VV., *Informazione e media nell'era digitale*, a cura di G. Avanzini, G. Matucci e L. Musselli, Milano 2022, 99 ss.; G. AVANZINI, *Trasparenza e conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *Informazione e media...*, cit, 303 ss.

Dunque, la base su cui si fonda il trattamento dei dati di cui al paragrafo 1, lettere c) ed e), deve essere stabilita dal diritto dell'Unione e dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento.

Deve ipotizzarsi, in sede di prima analisi, che così sia anche quando è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, seppure, qui occorre provare a fare chiarezza.

In realtà, quando l'art. 6 lett. e) fa riferimento alla necessità del trattamento per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri, richiama l'attenzione su una condizione assai specifica, perché si tratta di situazioni che investono direttamente l'esercizio di poteri pubblici, laddove la valutazione di rilevanza rispetto alle finalità è operata già dal legislatore.

Ciò apre ulteriori scenari, non solo in relazione alla posizione del soggetto che esegue un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri rispetto a colui i cui dati sono trattati – a sua volta titolare di una serie di facoltà normate dal GDPR – ma anche rispetto all'Autorità appositamente istituita, cui la normativa comunitaria rinvia e che, a mezzo del d. lgs. n. 101/2018, attuativo del regolamento comunitario, è individuato nel Garante della *privacy*.

Ribadito, dunque, che il trattamento richiede una base legale e che il consenso resta l'*optimum* occorre interrogarsi su cosa si intenda davvero quando, accanto al consenso, si evochi la “*esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri*”³⁴.

La soluzione più immediata è ritenere che l'art. 6 lett. e) rinvii ad una base legale anche in questo come negli altri casi, tesi affermatasi nella lettura più diffusa (e, come si vedrà, anche negli interventi del Garante).

Resta, tuttavia, una certa perplessità: vista in questi termini, l'espressione pare priva di efficacia e/o di autonoma portata sul piano del diritto positivo, essendo stato già chiarito che il trattamento presuppone il consenso e/o una specifica base giuridica. Siffatta interpretazione, indiscutibile nelle relazioni tra soggetti privati, mostra di non tenere conto delle peculiarità che, invece, si registrano in presenza di soggetti pubblici, di soggetti, cioè, le cui attività sono, per definizione, incardinate nell'alveo della legalità e della proporzionalità³⁵. Pertanto, la rilevanza dei fini

³⁴ AA.VV., *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, a cura di C. Pisani, G. Proia e A. Topo, Milano 2022; I. PIAZZA, *Strumentalità dell'accesso e sindacato giurisdizionale*, in www.giustiziainsieme.it.

³⁵ Per una trattazione recente, a commento di Cons. Stato, VI, 7 dicembre 2020 n.

pubblici, in sé, potrebbe essere considerata preponderante, in seno alla necessaria considerazione dei profili inerenti al trattamento dei dati personali all'interno dei procedimenti amministrativi, e già scriminata assiológicamente, anche rispetto ad una valutazione di legittimità operata *ex post* dall'Autorità garante³⁶.

Una simile interpretazione sposa in modo più coerente la logica del GDPR, che è quella di favorire, regolamentandone opportunamente la raccolta ed il trattamento e la libera circolazione dei dati, come confermano le linee guida rilasciate dall'*European Data Protection Board* n. 10 del 13 ottobre 2021 sulle restrizioni previste dall'art. 23 del GDPR³⁷.

Inoltre, eviterebbe potenziali e gravi sovrapposizioni nell'esercizio di poteri discrezionali tra soggetti pubblici, disegnando, in capo all'Autorità garante, una posizione di sovraordinazione tale da innalzarla al rango di giudice del merito delle scelte operate dalle amministrazioni nella esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di un pubblico potere³⁸.

Forse proprio per le patenti discrasie ed incongruenze sistemiche segnalate anche dall'Autorità garante della privacy³⁹, il legislatore è intervenuto con il decreto legge 8 ottobre 2021 n. 139, dal contenuto assai vario (vi sono interventi in materia di *revenge porn*)⁴⁰.

L'indifferibilità ed urgenza, caratteri non sempre osservati, per vero, nella decretazione d'urgenza, qui potrebbero esserci solo e nella misura in cui il legislatore abbia percepito uno stato di disagio in grado di incidere sull'equilibrio del "sistema *privacy*" in una fase estremamente delicata come quella dell'ultimo biennio⁴¹.

A prescindere da altre significative modifiche, ci si limita a segnalare,

7972, M. MAGRI, *I principi di legalità e riserva di legge*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Rimini 2022, 19 ss.; M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. soc.*, 2015, 651 ss.

³⁶ In tal senso, F. FRANCIARIO, *Protezione dati personali e pubblica amministrazione*, in www.giustiziainsieme.it.

³⁷ Cfr. "Linee guida 07/2020 sui concetti di titolare del trattamento e di responsabile del trattamento ai sensi del GDPR. Versione 2.0", adottate il 7 luglio 2021, in www.edpb.europa.eu.

³⁸ F. FRANCIARIO, *op. ult. cit.*

³⁹ Di cui si farà cenno *infra*.

⁴⁰ D.L. 8 ottobre 2021 n. 139, in G.U. n. 241 dell'8 ottobre 2021, convertito con modificazioni dalla L. 3 dicembre 2021, n. 205, in G.U. n. 291 del 7 dicembre 2021.

⁴¹ F. FRANCIARIO, *Disposizioni "urgenti" in materia di protezione dei dati personali. Brevi note sul trattamento dati per finalità di pubblico interesse*, in www.giustiziainsieme.it.

sub lett. a), il primo comma dell'art. 9 del d.l. 139/2021, il quale prevede l'inserimento del comma 1 bis all'art. 2-ter del vigente Codice della privacy⁴².

L'art. 2-ter apre il Capo II (Principi), del Titolo I (*"Principi e disposizioni generali"*) della Parte prima (*"Disposizioni generali"*) del Codice e, come da rubrica, è dedicato alla disciplina della *"Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri"*.

Al primo comma dispone che *"la base giuridica prevista dall'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), del regolamento è costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento"*. Vale quindi a precisare che l'obbligo legale o l'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio dei pubblici poteri di cui sia investito il titolare del trattamento (le due ipotesi di cui alla lett. b del GDPR) rendono lecito il trattamento se hanno fondamento in una norma di legge.

Ai sensi della nuova previsione recata dal comma 1 bis, alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti ad esse equiparati il trattamento dei dati personali *"è sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti"*. All'apparenza potrebbe sembrare disposizione superflua, dal momento la norma, secondo la quale l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti dalla legge possono rappresentare una valida base giuridica del trattamento, è di per sé già contenuta nell'art. 6 del GDPR. La possibile valenza interpretativa ben si comprende, però, tenendo presente quanto sopra osservato circa l'interpretazione restrittiva affermata con riferimento all'applicazione del citato art. 6. In considerazione della prima parte del disposto del comma 1 bis può, infatti, opinarsi che *"l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti"* costituisca *ex se* la base giuridica sufficiente per il trattamento da parte di una pubblica amministrazione⁴³.

Se la proposta interpretativa testè formulata dovesse trovare seguito, come pure si auspica, gli equilibri tra funzione amministrativa e trattamento dei dati personali potrebbero essere inseriti nel perimetro di una ragionevolezza complessiva in grado di operare un bilanciamento in grado di non fagocitare il perseguimento dell'interesse pubblico tutte le vol-

⁴² D. lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (e s.m.i.).

⁴³ F. FRANCIOSI, *op. ult. cit.*

te in cui questo possa “incepparsi” nelle maglie della riservatezza, ove fine a se stessa, prefigurando, così, una *impasse* in grado di mettere in crisi l’attività delle amministrazioni pubbliche anche quando questo non sia utile e/o necessario.

5. *Uno “scomodo” invitato nella fase dell’emergenza: l’Autorità Garante della privacy*

Nel quadro testè tracciato non può mancare un pur sintetico richiamo ad alcuni interventi del Garante della Privacy, da cui, al di là di ogni altra considerazione, discende un ulteriore (quanto prevedibile, circa il bilanciamento di cui si è detto) profilo problematico del quale tenere conto.

Qui ci si limita a segnalarne alcuni tra i più rilevanti, due con riferimento al c.d. “bonus Covid” ed uno in merito al *green pass* ed al connesso “obbligo” vaccinale.

5.1. *La sanzione comminata all’Inps*

In un primo caso è stata comminata una pesante sanzione all’INPS, che, in un momento di evidente difficoltà, avrebbe compiuto attività non indispensabili e non necessarie per lo svolgimento della funzione di vigilanza⁴⁴.

Secondo l’Autorità non erano stati preventivamente calcolati i rischi del trattamento per i diritti e le libertà degli interessati; mancava, cioè, una valutazione d’impatto preliminare sulla protezione dei dati.

E’ stata sufficiente questa carenza preliminare per comminare la sanzione, al di là del fatto che, concretamente, non è mai emerso il nominativo di alcuno fra i soggetti potenzialmente interessati e pur dando atto della “*impermeabilità dei dati*” trattati.

La sanzione viene comminata perché l’attività di vigilanza aveva avuto “*impatto negativo in termini di immagine pubblica e riprovazione sociale sull’intera categoria composta da deputati e amministratori regionali e locali*”. Viene, perciò, assicurata protezione ad un interesse, in un certo

⁴⁴ Ovvero: codice fiscale ricavato da banche dati aperte, incrociando i dati globalmente senza espungere quelli di coloro già esclusi dal beneficio. Si tratta del provvedimento sanzionatorio n. 87 del 25 febbraio 2021, sul quale si rinvia alle considerazioni critiche di F. FRANCARIO, *Protezione dei dati personali*, cit.

qual modo, non leso (forse, ipotetico), andando, per altro verso, a scapito dell'erogazione di contributi necessari in fase emergenziale, determinando, in definitiva, un risultato che, invero, non pare in linea con i valori posti dal GDPR e dalla normativa interna di recepimento, il pur confuso d. lgs. n. 101/2018.

5.2. La sanzione comminata al Comune di Palermo

Altra sanzione ha colpito il Comune di Palermo riguardo alla erogazione del *bonus* sotto forma di buoni spesa alimentari⁴⁵.

In specie, la piattaforma varata *ad hoc* (“Centrale unica aiuti alimentari”), vedeva l’apporto di soggetti esterni al fine di consentire ai diretti interessati di presentare la relativa dichiarazione per fruire dei benefici; pertanto, ogni operatore che entrava in servizio secondo la prevista turnazione era in grado di accedere liberamente ai dati personali dei richiedenti, senza che questi ultimi avessero preventivamente alcuna autorizzazione in tal senso.

La sanzione di 40.000 euro viene comminata quasi “giocoforza” (non diremmo... “a malincuore”), dando atto della “*necessità di provvedere con urgenza per fronteggiare il profondo disagio socioeconomico causato dalla pandemia da Covid 19 avendo il Comune dichiarato che nei mesi di marzo/aprile la chiusura improvvisa e assoluta di tutte le attività aveva messo la popolazione nell’impossibilità di provvedere a se stessa (e che) la situazione rischiava di diventare insostenibile per ripetuti episodi in varie città italiane tra cui Palermo di attacchi ai supermercati ed istigazione alla rivolta per la fame che cominciava a serpeggiare tra la popolazione più colpita*”.

Il risultato, però, è stato quello di incidere su una esigenza reale (indiscussa) in virtù di un alto valore di principio, “legando”, così, le scelte amministrative, pur rivolte al bene comune, al suo assoluto ed inderogabile rispetto.

5.3. Il “pasticciaccio” del c.d. “green pass”

Altrettanto significativa è la vicenda del c.d. “*green pass*” e dell’obbligo vaccinale, mai espressamente affermato, se non con riferimento alle

⁴⁵ Ci si riferisce all’ordinanza ingiunzione n. 140 del 15 aprile 2021, anch’essa oggetto di esame con deciso accento critico da parte di F. FRANCIOSI, *op. ult. cit.*

categorie di dipendenti pubblici, pur tenendo conto delle note implicazioni di carattere costituzionale in relazione alla indennizzabilità o risarcibilità dei danni subiti dai soggetti cui il vaccino era stato somministrato⁴⁶.

Anche in questo caso, forse più delicato di quelli sopra esaminati, la fase emergenziale ha reso evidente, con riferimento ai diritti sociali, alcune inadeguatezze del sistema di interventi previsti, con la conseguente limitazione di garanzie fondamentali, pacificamente riconosciute, in funzione del bene comune (aspetto, per vero, che il GDPR considera espressamente).

Questi i passaggi fondamentali della vicenda.

Il *green pass* è stato regolato in sede europea con il Regolamento n. 953 del giugno 2021⁴⁷.

Nel frattempo, il decreto legge 22 aprile 2021 n. 52 aveva disposto misure urgenti per contenere la pandemia (spostamenti sul territorio, svolgimento di attività e spettacoli all'aperto, eventi sportivi, fiere e congressi), introducendo la certificazione verde⁴⁸.

A questo punto, il 23 aprile 2021 il Garante si è rivolto ai soggetti attuatori del decreto legge, segnalando che esso “*non rappresenta una valida base giuridica per l'introduzione e l'utilizzo dei certificati verdi*”⁴⁹. Secondo il Garante, infatti, il trattamento dei dati personali sarebbe stato sproporzionato pur in presenza del perseguimento di un evidente interesse pubblico: non sarebbero state, infatti, specificate le finalità delle certificazioni, le quali, a loro volta, riporterebbero dati personali di

⁴⁶ V. *infra*. Si tratta di un tema ripetutamente affrontato dalla Corte costituzionale, tra cui vanno ricordate le sentenze n. 107 del 26 aprile 2012, n. 268 del 14 dicembre 2017 e n. 5 del 18 gennaio 2018, in www.cortecostituzionale.it; per una ricostruzione degli orientamenti della Corte costituzionale sul punto, G.M. DI LIETO, *Obbligo vaccinale, art. 32 della Costituzione, prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto individuale ad autodeterminarsi*, in www.lexitalia.it, n. 9/2021.

⁴⁷ Si tratta del “Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19”, in www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁸ Il decreto legge reca “Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19”, è entrato in vigore il 23 aprile 2021 ed è stato convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021 n. 87, in G.U. n. 146 del 21 giugno 2021.

⁴⁹ Si tratta della delibera pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 23 aprile 2021, avente ad oggetto “Avvertimento in merito ai trattamenti effettuati relativamente alla certificazione verde per COVID-19, prevista dal decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52”, in www.garanteprivacy.it.

pronta consultazione ed acquisizione dai soggetti preposti a controllare l'effettiva sottoposizione al vaccino, come anche la loro guarigione o l'effettuazione di un test negativo.

Anche in questa ipotesi, il trattamento dei dati personali sarebbe stato non proporzionato all'interesse pubblico perseguito, forse dimenticando che, in specie, non era oggetto di esame un atto amministrativo, ma un atto del legislatore (con forza di legge), *ex se* in grado di costituire valida base giuridica per il trattamento⁵⁰.

Il Garante interviene anche in sede di parere reso sul DPCM di attuazione della piattaforma nazionale DCG per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass del 9 giugno 2021, ponendo la condizione *“che in sede di conversione in legge del d.l. n. 52/2021 ... siano specificamente definite le finalità del trattamento e sia introdotta una riserva di legge statale per l'utilizzo delle certificazioni per attestare l'avvenuta vaccinazione o*

⁵⁰ Anche su questo aspetto, si rinvia a F. FRANCIARIO, *op. ult. cit.*, il quale segnala altri, a suo avviso indebiti, interventi del Garante, nei confronti dell'ordinanza del Presidente della regione Campania, adottata in attuazione delle disposizioni del d.l. 52/2021 e delle “Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali”, approvate il 28 aprile 2021 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, che aveva esteso l'impiego della certificazione verde *“per assicurare l'accoglienza sicura e la promozione della fruizione in sicurezza dei diversi servizi – turistici, alberghieri, di wedding, trasporti, spettacoli, etc. – anche attraverso facilitazioni all'accesso dei servizi e/o deroghe alle misure di sicurezza più restrittive, relative al contingentamento delle presenze e al distanziamento interpersonale”*. Così anche per la Provincia autonoma di Bolzano che, sempre in relazione al decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, con ordinanze del 23 aprile 2021 e del 21 maggio 2021 aveva introdotto la certificazione verde *“quale misura di sanità pubblica per il contenimento della diffusione del virus Sars CoV-2, al fine di garantire la ripresa graduale delle attività economiche e sociali e “in attesa di eventuali disposizioni emanate a livello centrale” come misura necessaria per svolgere l'attività di ristorazione al chiuso; per l'accesso alle strutture ricettive; per le attività addestrative e corsi di formazione dei Vigili del fuoco, sia volontari che permanenti, di tutti i collaboratori e soci attivi componenti delle organizzazioni di volontariato facenti parte delle strutture operative della protezione civile provinciale; per l'accesso ai locali delle attività commerciali; in particolare le persone in grado di esibire una certificazione verde possono utilizzare mascherine chirurgiche in luogo delle mascherine FFP2; per l'accesso a spettacoli al chiuso in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri luoghi accessibili al pubblico; per l'accesso a fiere, convegni e congressi che si svolgono al chiuso; per l'accesso a esibizioni, spettacoli di cori e bande che si svolgono al chiuso; per l'accesso a musei al chiuso; per l'accesso a feste al chiuso conseguenti a cerimonie; per l'accesso a sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò al chiuso; attività al chiuso di palestre, centri fitness e centri sportivi; per l'utilizzo di docce e spogliatoi siti in locali al chiuso; per l'attività dei centri benessere e dei centri termali (si tratta del provvedimento di limitazione definitiva in merito ai trattamenti previsti dalla Provincia autonoma di Bolzano in tema di certificazione verde per Covid 19, n. 244 del 18 giugno 2021, in www.garanteprivacy.it).*

guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare ..."⁵¹.

Al di là del recepimento delle condizioni poste dall'Autorità di regolazione, anche in questo caso deve segnalarsi un intervento importante, frutto di un atteggiamento rigoroso – rispetto al quale non possono aversi posizioni preconcepite, data la delicatezza della vicenda – che costituisce un evidente *fil rouge* degli atti adottati in fase pandemica “acuta” a difesa dei dati personali, trattati – talora, occorre ammetterlo, con una certa disinvoltura – dalle amministrazioni e dallo stesso legislatore.

Come si dirà subito a seguire, in realtà, il tema del trattamento dei dati in relazione a quelli che, di fatto, possono definirsi “obblighi vaccinali”, siccome posti dal legislatore, declinati dalle amministrazioni pubbliche con l'avallo della giurisprudenza⁵², è tutt'altro che sopito. Il “sistema emergenziale”, infatti, ha subito una serie di “frizioni” sulle quali occorre riflettere con la massima serenità e pacatezza, in considerazione dei valori in gioco, risolte, a ben guardare, in modo contingente e non ancora definitivo, come pure sarebbe necessario⁵³.

6. *Una problematica da dipanare: obbligatorietà della vaccinazione e consenso informato*

La *quaestio* in merito all'obbligatorietà, reale, virtuale, concretamen-

⁵¹ Cfr. “Parere sul DPCM di attuazione della piattaforma nazionale DGC per l'emissione, il rilascio e la verifica del Green Pass” n. 229 del 9 giugno 2021, in *www.garante-privacy.it*. Nelle motivazioni, il Garante precisa che “le certificazioni attestanti l'avvenuta vaccinazione o guarigione da Covid-19, o l'esito negativo di un test antigenico o molecolare non possano essere ritenute una condizione necessaria per consentire l'accesso a luoghi o servizi o per l'instaurazione o l'individuazione delle modalità di svolgimento di rapporti giuridici se non nei limiti in cui ciò è previsto da una norma di rango primario, nell'ambito dell'adozione delle misure di sanità pubblica necessarie per il contenimento del virus SARS-CoV-2”; che come “misura di sanità pubblica richiesta per accedere ad alcune tipologie di eventi/luoghi” può essere ritenuta proporzionata “solo qualora sia prevista la presenza di un numero di partecipanti superiore a una soglia determinata, da individuare anche in funzione della tipologia di attività svolta” e che non può operare “per quelle attività che comportano l'accesso a luoghi in cui si svolgono attività quotidiane (es. ristoranti, luoghi di lavoro, negozi, ecc.) o a quelli legati all'esercizio di diritti e libertà fondamentali (es. diritto di riunione, libertà di culto, ecc.)”.

⁵² V. *infra*.

⁵³ Per una prima analisi “di sistema”, I. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli 2021.

te effettiva della vaccinazione ha conosciuto altri sviluppi, in relazione al prevedibile contenzioso che è sorto investendo il giudice amministrativo.

Il problema, come si diceva, sta nel fatto che la vaccinazione è, talora, obbligatoria, talaltra raccomandata, ponendo il tema della compatibilità costituzionale della normativa e degli atti amministrativi che l'applicano.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato, almeno in una prima fase, avallando la normativa statale con argomenti sostanzialmente condivisibili, non rilevandone alcun profilo di illegittimità, prima ritenendo che la richiesta del *green pass* non comportasse violazione del diritto alla riservatezza dei dati sanitari⁵⁴, poi dichiarando legittimo l'obbligo vaccinale contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario⁵⁵.

E tuttavia, come si diceva, per quel che concerne gli obblighi vaccinali dei dipendenti pubblici, in particolare quelli appartenenti al S.S.N., sono stati proposti numerosi ricorsi, aprendo una breccia nella convinzione che la normativa fosse costituzionalmente legittima.

Da ultimo, il Consiglio di Giustizia Amministrativa, "irrompendo" su una vicenda dai contorni, a ben guardare, non compiutamente definiti, anche per le importanti desinenze sul tema dei diritti fondamentali, ha coraggiosamente sollevato una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 4 cc. 1 e 2 del d.l. n. 44/2021⁵⁶ laddove prevede l'obbligo vaccinale del personale sanitario, con le relative conseguenze in caso di sua inosservanza; la questione investe, per altro verso, anche l'art. 1 della l.n. 217/2019 "*nella parte in cui non prevede l'espressa esclusione dalla sottoscrizione del consenso informato delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori*", nonché l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 "*nella parte in cui non esclude l'onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria, per contrasto con gli artt. 3 e 21 della Costituzione*"⁵⁷.

Rispetto al consenso informato, il Consiglio di Giustizia Amministrativa muove dal presupposto per cui, in presenza di una (sostanziale) obbligatorietà, il consenso non sia più volontario e, pertanto, non possa essere legittimamente richiesto.

Il giudice d'appello siciliano, in sintesi, prende atto della mancata

⁵⁴ Cons. Stato III, 17 settembre 2021, n.5130, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁵ Cons. Stato, III, 20 ottobre 2021, n.7045. in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁶ Decreto legge 1 aprile 2021, n. 44, concernente "*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*", entrato in vigore l'1.4.2021 e convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 2021 n. 76, in G.U. n. 128 del 31 maggio 2021.

⁵⁷ C.G.A., s.g., ord. n. 351 del 22 marzo 2022, in *www.lexitalia.it*.

raccolta di dati probanti in ordine alla salute di colui il quale si sottopone al vaccino. Questi, cioè, presta un consenso informato praticamente “al buio”, fornendo dati assolutamente generici in ordine al suo stato di salute, sulla base delle sue conoscenze, non essendo previsto un effettivo *screening* medico prima della sottoposizione al vaccino, rispetto al quale, quanto meno statisticamente, pur ammettendone l’assoluta utilità e valenza, la sperimentazione non risulta pienamente convincente, anche tenendo conto di quanto dispone il GDPR in tema⁵⁸.

A giudizio del Consiglio di Giustizia Amministrativa, dunque, la normativa interna in materia di consenso informato, in specie, l’art. 1 della l.n. 217 del 2019, nella sua attuale formulazione, rischia di appiattire il consenso in una mera formula burocratica, svuotandolo del suo carattere necessario di consapevolezza e assunzione (forse anche, condivisione) del rischio in merito al trattamento sanitario⁵⁹. Qui, fondamentalmente, si innesterebbe l’incongruenza tra obbligo e consenso: se il vaccino è obbligatorio, non può esprimersi un consenso, ferma restando la necessità, a monte, di uno *screening* sanitario attendibile anche in quel caso.

Né si tratta di una novità, se si considera che la circolare del Ministero della Salute n. 25233 del 16 agosto 2017, in merito alla vaccinazione dei minori, precisa che il modulo di consenso informato “*dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate*”⁶⁰.

L’esito della questione così sollevata, ove inserito nel solco della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, potrebbe essere scon-

⁵⁸ Il considerando 42 GDPR prevede che, “*per i trattamenti basati sul consenso dell’interessato, il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l’interessato ha acconsentito al trattamento ... Ai fini di un consenso informato, l’interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell’identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali. Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente prestato se l’interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell’impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio*”.

⁵⁹ Cfr. Art. 1 Legge 22 dicembre 2017, n. 219 “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, in G.U. n. 12 del 16 gennaio 2018.

⁶⁰ Così la Circolare del Ministero della Salute n. 25233 del 16 agosto 2017: “*Le buone pratiche vaccinali prevedono che i genitori/tutori/affidatari siano informati sui benefici e sui rischi della vaccinazione e che, alla fine di questo colloquio, venga consegnato un modulo in cui si attesta che è stato eseguito questo passaggio. Questo modello informativo, in presenza di una vaccinazione raccomandata, ha assunto una valenza di consenso informato, ovvero di scelta consapevole a una vaccinazione raccomandata. Alla luce del decreto legge in epigrafe, si precisa che il modulo di consenso informato dovrebbe essere limitato alle sole vaccinazioni raccomandate; per le vaccinazioni obbligatorie verrà consegnato esclusivamente un modulo informativo*”.

tato, avendo quest'ultima ripetutamente avallato gli interventi del legislatore in materia di obblighi vaccinali.

Ma non se ne può essere certi, data la peculiarità della vicenda e del contesto nel quale essa è maturata, oggi forse mutato⁶¹. Pertanto, rispetto agli argomenti posti dal Consiglio di Giustizia Amministrativa non può che auspicarsi un vaglio attento da parte della Corte, anziché un mero richiamo alla precedente giurisprudenza, in considerazione della novità assoluta costituita da una emergenza sanitaria, quella da Covid 19, che si è tradotta in pandemia su scala planetaria, rendendo necessario un approccio nuovo e consapevole.

7. Brevi riflessioni conclusive

Si stima che i dati posti e le riflessioni fin qui operate abbiano evidenziato alcune questioni problematiche tuttora aperte in merito alla raccolta e protezione dei dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche.

Tali questioni involgono, in sintesi: a) l'esercizio dell'attività amministrativa in contesti globalizzati e ricchi di dati da acquisire, detenere e gestire; b) la posizione dei soggetti i cui dati sono oggetto dell'attività dei pubblici poteri; c) la relazione tra l'interesse pubblico cui tende l'azione delle amministrazioni e la limitazione nel trattamento e la gestione dei dati personali; d) in ambito sanitario, il tema dell'obbligatorietà vaccinale e del consenso informato in contesti ordinari ed in quelli emergenziali.

Sono state, altresì, via via svolte alcune riflessioni senza pretesa di esaustività o completezza, consapevoli della complessità del tema, per molti aspetti ancora *in fieri*.

La ricaduta sui diritti sociali e sui diritti fondamentali in genere è,

⁶¹ In proposito, si rinvia, alle attente e perspicue considerazioni di G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *www.penalecontemporaneo.it* e, dello stesso A., *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020, par. 1, ove viene osservato: "Lo stato di eccezione schmittiano – di questi tempi spesso evocato – presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto". Non sembra inutile segnalare che, sul piano politico, diverse critiche sono state mosse alle norme riguardanti i vaccini (ed il *green pass*), sostenendo, in estrema sintesi, che le libertà delle persone, in un contesto costituzionalmente orientato, non può essere mai conculcata, a maggior ragione nella fase emergenziale, dove le garanzie vanno vieppiù salvaguardate. Il dibattito, anche a seguito del recente avvicendamento governativo, è, dunque, ancora aperto; sicché, al di là della decisione della Corte costituzionale, non può escludersi un intervento del legislatore di diverso tenore.

del resto, innegabile, come è innegabile che il sistema delle relazioni tra l'attività amministrativa – in particolare, quella delle amministrazioni sanitarie – e gli altri soggetti dell'ordinamento, siano essi i titolari dei diritti al trattamento, siano esse autorità garanti di tali diritti, vadano equilibrate in tale quadro. Non va, perciò, sottovalutata o esaminata sbrigativamente la posizione dell'Autorità di regolazione in materia di privacy, non a caso intervenuta più volte nella fase pandemica, ribadendo, talora pedantemente (ma con chiarezza di argomenti, a prescindere dalla loro condivisibilità), la necessità che l'emergenza sanitaria non si risolvesse nella fagocitazione di diritti fondamentali.

Non parendo il caso di trarre conclusioni in ragione della fase di transizione che l'ordinamento interno ed europeo attraversano (cui si aggiungono altre problematiche che investono, l'economia sul piano degli approvvigionamenti energetici e l'incipiente fase *green* compulsata dal *Next Generation Ue* e dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, PNRR⁶²), l'auspicio è, dunque, che si avvii – con il significativo apporto della giurisprudenza (oltretutto della dottrina, s'intende) – una riflessione più ampia sulle questioni fin qui evidenziate, la quale consenta, in tempi ragionevoli, di pervenire ad un'accettabile “quadratura”, *in primis* a livello costituzionale, tra potere pubblico, riservatezza e consenso al trattamento dei dati personali⁶³.

⁶² Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è pubblicato su www.mef.gov.it.

⁶³ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 ss., A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari 2020.

ATTUALITÀ

Il sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale: spunti e prospettive

Andrea Crismani

SOMMARIO: 1. Profilo storico del sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale e il ripensamento ontologico. – 2. Lo stato attuale: un ibrido di regole. – 3. Nuovi obiettivi e prospettive di riassetto.

1. Profilo storico del sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale e il ripensamento ontologico. – Il sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale è composto da oltre cento entità diffuse su tutto il territorio nazionale. Le Accademie di belle arti, l'Accademia nazionale di arte drammatica, l'Accademia nazionale di danza, gli Istituti superiori per le industrie artistiche, gli Istituti Superiori di Studi Musicali (Conservatori di musica e Istituti Superiori di Studi Musicali “ex pareggiati”) costituiscono il sistema italiano dell'Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (Afam); nel quale convivono realtà statali e non statali¹. Da un punto di vista giuspubblicistico, l'attività musicale è considerata un esercizio umano inerente al pubblico interesse, e ciò giustifica, secondo la dottrina, che alcuni settori della musica e dell'arte sono ritenuti pubblici servizi, sia in senso

¹ Il sistema Afam è composto al 12.12.2018 complessivamente da 145 istituzioni, di cui 82 statali e 63 non statali e, precisamente, da: venti Accademie di belle arti statali; un'Accademia nazionale d'arte drammatica; un'Accademia nazionale di danza; 55 Conservatori di musica statali; 18 ex Istituti musicali pareggiati; cinque Istituti superiori per le Industrie Artistiche; diciotto Accademie di belle arti legalmente riconosciute, tra cui le cinque storiche di Genova, Verona, Perugia, Bergamo, Ravenna; 27 altri Istituti autorizzati a rilasciare titoli con valore legale, cfr. <https://www.miur.gov.it/web/guest/istituzioni-afam-riconosciute>. Dai 78.491 iscritti dell'anno accademico 2019/20 e 80.670 iscritti del 2020/21 si è passati agli 83.751 (ancora provvisori) del 2021/22. Stesso discorso per le matricole che diventano 29.923 contro le 29.837 di 12 mesi fa (e le 28.280 del 2019/20). Una tendenza che (...) accomuna praticamente tutte le sue anime (Accademie, Conservatori, Isia) comprese le istituzioni autorizzate a rilasciare titoli Afam ai sensi dell'articolo 11 del Dpr 212/2005 e le Accademie legalmente riconosciute, che l'anno scorso avevano invece segnato il passo (cfr. E. BRUNO, *Da Accademie e Conservatori la “terza via” post diploma*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2022).

oggettivo che soggettivo². Non di meno l'arte e la musica sono considerate risorse produttive³.

Non pochi sono però gli aspetti critici che riguardano le Afam e che si inseriscono nel contesto più ampio dell'istruzione che, com'è noto, "in nessun settore dell'amministrazione pubblica italiana la stratificazione di norme, di istituti e di prassi si è fatta così spessa e compatta come in quello della pubblica istruzione"⁴.

In termini di qualificazione giuridica è da notare che l'ordinamento amministrativo delle Afam è un ibrido perché le Afam sono state "dimenticate" dal legislatore e "rimpallate" dal settore scuola al settore università con costanti rimandi.

Sulla base di queste premesse, e in linea di massima (o di mera approssimazione), le Afam si collocano nell'ambito dell'istruzione con tutta una serie di differenziazioni rispetto la scuola e l'università⁵. Inoltre e ancora si registra un "sistematico e diffuso senso di delusione che ha accompagnato le riforme o le proposte di legge in materia"⁶. L'ambito delle Afam è indubbiamente complesso,

² E. PICOZZA, *Per una riforma delle attività musicali in Italia*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988, volume II, 439 s.; Id., *Le attività musicali: il ruolo della parte pubblica, La funzione della musica e la risposta del potere politico in Italia*, in *Rivista di arti e diritto on line – Aedon*, I, 2011 - <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2011/1/picozza.htm>.

³ Secondo stime recenti, la cultura varrebbe non pochi punti percentuali di Pil (si dice cinque), e il suo indotto, fatto di turismo, nuove imprese, localizzazioni straniere e investimenti esteri, frutterebbe 68 miliardi di euro ogni anno, offrendo lavoro ad oltre 1 milione e mezzo di persone. Non di rado si tende a pensare che arti e musica siano settori leggeri, alla stregua di passioni o di passatempi. Tutto ciò discende chiaramente dal modello con cui la scuola insegna a confrontarsi e trattare queste materie. Il giudizio negativo per cui il prezzo o il denaro rappresenterebbero uno svilimento della cultura oggi è da considerarsi in gran parte superato. Tale riserva era in passato riconducibile al fatto che il paradigma analitico dell'economia della cultura fosse scientificamente inadeguato. Allo stesso tempo è da ritenersi superata l'opinione che "con la cultura non si mangia".

Teorie economiche dimostrano un nesso molto forte tra cultura, da un lato, e sviluppo, dall'altro, laddove per cultura si intende una concezione allargata che implichi educazione, istruzione, ricerca scientifica, conoscenza e lo sviluppo non sia inteso solo come una nozione meramente economicistica, incentrata sull'aumento del Pil.

In tal senso con estrema sintesi W. SANTAGATA, voce *Economia della cultura in XXI Secolo*, cit. che richiama (e si rinvia la consultazione di) W.J. BAUMOL, W.G. BOWEN, *Performing arts: the economic dilemma*, New York 1966 e M. BLAUG (ed.), *The economics of the arts*, London 1976; G. PENNISI, *L'importanza del capitale umano*, in *Il sole 24 Ore*, 22 febbraio 2012.

⁴ U. POTOTSHNIG, *Un nuovo rapporto tra amministrazione e scuola*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1975, 243-248.

⁵ Sul tema delle istituzioni scolastiche e sul sistema nazionale di istruzione, senza pretesa di esaustività, si v. A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna 2003; F. SAIITA, *L'autonomia statutaria delle scuole: quale prospettiva?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2004; A. POGGI, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2-3/2004; P.G. RINALDI, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2004; M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2005; M. GIGANTE, *L'istruzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano 2003, Tomo I;

⁶ F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino 2008, 3 e ss; V. BRIGANTE, *Soggettività pubblica a geometria variabile e autonomie funzionali: gli Istituti di Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (AFAM)*, in *Nuove autonomie*, XXVI, 1, 2017, 166.

difficile e spesso trascurato. Le Afam sono, inoltre e non di rado considerate “il terzo incomodo” o la “terza via” per le scelte post diploma degli studenti dopo gli Atenei e gli Istituti Tecnici Superiori.

Ci sono una serie di passaggi storici determinati da eventi, convinzioni ideologiche e conseguenti disposizioni normative che rendono la fotografia di modelli organizzativi come espressione di volontà politiche tese ad affermare, anche in campo culturale e artistico, “una autoritarità ministeriale e più in generale governativa”⁷.

Su questo aspetto è sintomatica la vicenda che ha contribuito a delineare la nozione di atto politico a fronte dell’immunità da giurisdizione invocata dal Governo nella decisione di non emanare un regolamento.

Nello specifico accadde che a fronte del perdurante inadempimento del Ministero nell’emanare il regolamento⁸ che avrebbe definitivamente disciplinato l’inserimento del personale docente per l’attribuzione di incarichi di insegnamento, alcuni docenti avevano chiesto al giudice amministrativo di dichiarare l’obbligo dell’amministrazione inadempiente di adottare tutti i provvedimenti necessari per l’inserimento dei ricorrenti in coda alla graduatoria nazionale⁹.

A fronte della condanna del Ministero di provvedere¹⁰ era intervenuto il Consiglio di Stato con un’articolata decisione¹¹ di conferma della sentenza di primo grado che ha posto in risalto la nozione di “silenzio politico” a fronte dell’obiezione ministeriale che “il regolamento sarebbe un atto politico, di cui non si potrebbe imporre l’emanazione” e, quindi, la decisione “di non emanare ancora, ovvero di non emanare del tutto, il regolamento attuativo della l. 508/1999” sarebbe una decisione insindacabile.

Il Consiglio di Stato sul punto si era espresso sugli elementi di qualificazione dell’atto politico e, in particolare, sul requisito della libertà nei fini, evidenziando che nel caso specifico mancava quest’ultimo requisito oggettivo in quanto esisteva un vincolo ben preciso all’azione del Governo posto dal legislatore, il quale aveva previsto all’art. 2 c. 7 della l. 508/1999, e ribadito all’art. 19 c. 01 del d.l. 104/2013, che il regolamento doveva essere emanato, e aveva anche stabilito, nella seconda norma, un termine preciso per il relativo adempimento¹².

⁷ V. BRIGANTE, *op. cit.*, 171.

⁸ Regolamento previsto dall’art. 2, c. 7 lett. e) della l. n. 508/1999.

⁹ Nel dettaglio si trattava della graduatoria ex lege 128/2013 utile per l’attribuzione degli incarichi di insegnamento con contratto a tempo determinato.

¹⁰ T.a.r. Lazio, sede di Roma, III bis, 26 luglio 2017, n. 8968.

¹¹ Cons. St, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550.

¹² Per costante giurisprudenza – nei termini, per tutte, Cons. St, sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 808, 18 novembre 2011 n.6083 e 29 febbraio 1996 n.217- l’atto politico è tale soltanto se risponde a due requisiti entrambi necessari, l’uno soggettivo e l’altro oggettivo. Sotto il profilo soggettivo, esso deve provenire da un organo preposto all’indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, quale è anzitutto il Governo menzionato dalla norma. Sotto il profilo oggettivo, esso si caratterizza per essere libero nei fini, perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri (così Cons. St, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550).

Questo recente caso attesta ulteriormente l'attualità della critica sull'approccio autoritario degli organi politici sulle Afam.

Tale atteggiamento ha indubbiamente influito anche sui modelli organizzativi i quali "raramente" hanno presentato "una organicità e una uniformità di fondo, sia nell'*intentio legis* che nella concreta attuazione della legge stessa"¹³. Il problema si è ulteriormente accentuato per effetto dell'accorpamento di soggetti con strutture e finalità molto diverse tale da rendere storicamente difficile uno statuto unitario delle Afam.

La genesi storica dei conservatori in Italia è caratterizzata da un'indiscutibile "disarticolazione e disomogeneità sul territorio" ed è legata alla derivazione degli stessi dai c.d. enti morali amministrati dalle istituzioni religiose con spiccate finalità assistenziali nei confronti dei giovani meno facoltosi, enti dotati pertanto di un patrimonio composto quasi unicamente da donazioni¹⁴.

Il primo provvedimento che legiferava in tema di Conservatori in maniera organica e su base nazionale, anche se limitatamente ad alcuni aspetti, era il R.d. 2 marzo 1899, n. 10815 al quale seguiva la l. 6 luglio 1912, n. 734 che intraprendeva un percorso riformatore attraverso una disciplina dei ruoli organici negli Istituti di belle arti e di musica. Vi erano una serie di indici che denotavano una totale assenza di autonomia sia per i Conservatori che per le Accademie¹⁵.

Seguiva la riforma Gentile, con il R.d. 31 dicembre 1923, n. 3123, con una tendenza di accentramento e nella quale il discorso educativo coincideva con quello etico e corrispondeva alla realizzazione di un percorso di formazione e cultura della personalità, con accentuazione del senso interiore di crescita spirituale e di assimilazione dei valori, nell'ambito del quale Accademie e Conservatori rivestivano ruolo primario¹⁶.

La riforma Gentile si rivelò eccessivamente limitante ai fini dell'accesso e nel 1925 si avviò un processo riformatore che portò all'emanazione del R.d. 11

¹³ V. BRIGANTE, *op. cit.*, 171.

¹⁴ Il processo di laicizzazione dei Conservatori e delle Accademie era strettamente collegato alla dominazione francese dei primi anni del 1800, periodo durante il quale era mutuato il modello del *Conservatoire* parigino, al quale, nel processo di riorganizzazione dell'istruzione musicale in Francia su scala nazionale, si attribuiva funzione professionalizzante, in tal senso. V. BRIGANTE, *op. cit.*, 171.

¹⁵ La legge del 1912 demandava la concreta applicazione delle norme a un regolamento generale decreto 5 maggio 1918, n. 1852, che costituiva la prima disciplina specifica per i Conservatori di musica (parte IV del provvedimento) e per le Accademie e di istituti di belle arti (parte I). Il controllo governativo era particolarmente ingerente in quanto si rendeva necessario il consenso ministeriale per l'approvazione del bilancio ed era richiesta la presenza di un Direttore che era organo del Ministero della pubblica Istruzione. Egli era coadiuvato dal Collegio dei professori e dal Consiglio di istituto (o di Accademia) i quali erano assoggettati al Direttore che provvedeva al buon andamento didattico, amministrativo e disciplinare dell'istituto. Il direttore aveva l'obbligo di rendere edotto il Ministero di tutte le questioni più rilevanti tramite la redazione di una relazione annuale (V. BRIGANTE, *op. cit.*, 172).

¹⁶ L'art. 21, del R.D. in questione, stabiliva che le Accademie erano indirizzate a preparare all'esercizio dell'arte, mediante la frequenza e lo studio presso un maestro.

dicembre 1930, n. 1945¹⁷ con una unificazione dei nuovi programmi d'esame a livello nazionale. In seguito con R.d.l 2 dicembre 1935, n. 2081 fu attuata una profonda rivisitazione dell'organizzazione stessa dell'istruzione artistica e venne avviato un processo di statalizzazione e accentramento, operante sotto l'autoritarismo dell'epoca¹⁸.

Finita l'epoca fascista il processo riformatore, nonostante l'art. 33 Cost. non prese subito piede dando luogo a una fase legislativa "letargica"¹⁹.

Una prima importante riforma, che segna un processo esattamente inverso a quello realizzato durante la prima metà del Novecento, avveniva con la l. 9 aprile 1962, n. 163²⁰ con l'attribuzione della personalità giuridica a istituti e scuole d'arte, dell'autonomia finanziaria e di bilancio a istituti e scuole d'arte, e della loro equiparazione sul piano fiscale alle altre amministrazioni dello Stato²¹. Si apriva così la questione se questi soggetti potessero considerarsi degli enti pubblici.

La ricostruzione della giurisprudenza era volta a non considerare il Conservatorio quale ente pubblico autonomo²². Esso era concepito come istituto di istruzione secondaria di secondo grado, ma si distingueva dagli altri istituti di istruzione secondaria, perché era titolare di un'autonomia amministrativa e una direzione affidata alla composizione mista del Consiglio di amministrazione (rappresentante del Ministero della pubblica istruzione, direttore dell'Istituto e due insegnanti designati dal Collegio dei professori)²³.

Con ulteriore tornata di riforme il Testo Unico d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (art. 26, c. 3) in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado conferiva ai Conservatori e a tutti gli istituti di istruzione artistica personalità giuridica e autonomia organizzativa, finanziaria, didattica, di ricerca e sviluppo.

Poi la l. n. 15 marzo 1997, n. 59, c.d. Riforma Bassanini, identificava l'auto-

¹⁷ Norme per l'ordinamento dell'istruzione musicale ed approvazione dei nuovi programmi d'esame.

¹⁸ Nello specifico, il Ministero della pubblica istruzione era pienamente titolare della direzione degli istituti statali d'istruzione artistica, senza alcuna influenza da parte delle autonomie scolastiche provinciali.

¹⁹ V. BRIGANTE, *op. cit.*, 172.

²⁰ Il suo "rilievo nodale" è stato altresì confermato dall'art. 1, del d.lgs. 1 dicembre 2009, n. 179, che ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore della l. 9 aprile 1962, n. 163.

²¹ Si prevedeva che il bilancio preventivo veniva deliberato dal Consiglio di amministrazione e corredato dalla relazione dei revisori dei conti ed era sottoposto alla approvazione del Ministero della pubblica istruzione. Secondo alcune posizioni dottrinali la previsione normativa (art. 2) di un contributo annuo che lo Stato era tenuto a versare in favore di Conservatori e scuole d'arte "poteva indurre a considerare gli istituti in questione quali soggetti distinti dallo Stato, proprio perché destinatari di contributi da parte di quest'ultimo".

²² Corte dei Conti, Sez. Contr., 1 febbraio 1995, n. 15, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1395, in V. BRIGANTE, *op. cit.*, 172.

²³ Tale grado di autonomia appare giustificato anche dalla tesi secondo cui la musica, dal punto di vista giuridico, rappresenta un bene immateriale unitario a fruizione collettiva, cfr. V. BRIGANTE, *op. cit.*, 173.

nomia delle istituzioni scolastiche, degli istituti educativi e delle Università, quale strumento necessario per attuare il processo di realizzazione dell'indipendenza e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo. Essa applicava i principi propri delle istituzioni scolastiche direttamente alle Accademie di belle arti, agli Istituti superiori per le industrie artistiche, ai Conservatori di musica, alle Accademie nazionali di arte drammatica e di danza, cui era stata attribuita personalità giuridica con regolamento ai sensi del comma 2, art. 21, l. n. 59/1997²⁴.

2. *Lo stato attuale: un ibrido di regole.* – Il più recente (tentativo di) intervento strutturale risale alla l. 21 dicembre 1999, n. 508 di riforma delle Accademie delle Belle Arti dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati con un'equiparazione degli stessi agli istituti di alta cultura, ex art. 33 Cost.

La l. n. 508/1999 riconosceva a Conservatori e Accademie d'arte la qualifica di istituti di alta cultura, individuava in capo a tali enti l'autonomia amministrativa, organizzativa, finanziaria e didattica, di ricerca e di sviluppo e di conseguenza eliminava i poteri di vigilanza del Ministero²⁵.

L'applicabilità dei principi tipici dell'autonomia universitaria agli istituti dell'Afam rappresentava, senza dubbio, il cambiamento più innovativo. Questa legge intendeva allineare due autonomie, quella del sistema dell'alta formazione artistica e quella delle università, allora ancora allo stato embrionale, pur rimanendo su un binario parallelo e indipendente²⁶.

La riforma si poneva il fine di realizzare una radicale trasformazione dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica in Italia, ponendola, sia strutturalmente che per valore dei titoli rilasciati, allo stesso livello dei percorsi formativi artistici europei.

La l. n. 508 tuttavia ha finito per includere nel settore Afam tipologie di istituzioni profondamente diverse tra loro, e con numeri e dislocazione sul territorio nazionale particolarmente dissimili.

La riforma si è rivelata un ibrido di regole, parte proprie della scuola e parte

²⁴ Le istituzioni scolastiche dotate di personalità giuridica erano titolari di un'autonomia organizzativa finalizzata alla realizzazione della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio scolastico, nonché alla integrazione e al miglior utilizzo delle risorse. Inoltre era riconosciuta un'autonomia didattica finalizzata al perseguimento degli obiettivi generali del sistema nazionale di istruzione, nel rispetto della libertà di insegnamento, della libertà di scelta educativa da parte delle famiglie e del diritto di apprendere, attraverso la scelta programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche, cfr. V. BRIGANTE, *op. cit.*, 175.

²⁵ V. BRIGANTE, *op. cit.*, 172.

²⁶ U. FRAGOLA, *A margine della l. 21 dicembre 1999, n. 508, nata come legge Sbarbati. Verso la "ateneizzazione" di scuole e accademie di arte e di musica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, 373-419.

dell'università. Molti studiosi e la giurisprudenza si sono cimentati a fare paragoni e individuare affinità e differenze sia in termini di tipo di ricerca²⁷ sia di modelli organizzativi²⁸ e sia di titoli rilasciati²⁹. Il Consiglio di Stato sul punto aveva normalizzato il dibattito individuando nel Afam “un settore di istruzione artistica, con dignità e autonomia pari a quello degli enti universitari, ma diverso e distinto”³⁰. Di recente, però, il Consiglio di Stato ha stabilito che il Testo Unico Scuola continua ad applicarsi alle Istituzioni Afam pur dopo l'entrata in vigore della legge n. 508/1999 il quale non esclude l'attuale vigenza di tale norma³¹. Il giudice amministrativo invece in altra sentenza recente ritiene di equiparare gli istituti Afam alle Università “svolgendo al pari delle Università, attività didattica e di ricerca”³².

I nodi da risolvere non sono pochi, tra questi vi è il regime giuridico dei docenti che ulteriormente condiziona la classificazione giuridica delle Afam. I docenti Afam sono compresi nel comparto di contrattazione istruzione e ricerca mentre per i professori universitari l'ordinamento giuridico e il trattamento economico sono disciplinati per legge ai sensi dell'art. 3, d.lgs n. 165/2001 rendendo palese la differenziazione tra le due categorie di personale. Sul punto vi sono state però posizioni differenti tra le varie giurisdizioni (ordinaria e amministrativa) e la prassi ministeriale³³.

La sintesi della dottrina più attenta a questa specifica tematica ci illustra molto efficacemente come tali istituti si collocano in un regime di autonomia rispetto all'apparato amministrativo e sono espressione rappresentativa delle comunità di riferimento: “le comunità artistiche”³⁴.

²⁷ Il compito di ricerca assegnato agli istituti dell'AFAM dalla l. 508 del 1999 non assume carattere innovativo, in quanto, tali istituti sono deputati ontologicamente alla composizione di opere nuove, in campo artistico e in campo musicale, così A.L. TARASCO, *Conservatori di musica*, in *Il Foro Amministrativo T.A.R.*, 2002, 1801-1833.

²⁸ Il potere di autodeterminazione del corpo accademico è una facoltà di cui non sono titolari le istituzioni scolastiche. Il dato che differenzia in maniera marcata i processi di autonomizzazione degli istituti scolastici e dell'Afam è la previsione di una forma di autogoverno, intesa come potere di scegliere il direttivo e gli organi esecutivi, cfr. Corte Cost., 9 novembre 1988, n. 1017, in *Giur. It.*, 1991, I.

²⁹ Indice sintomatico particolarmente rilevante, teso a valorizzare la qualificazione universitaria dell'Afam, risiede nella tipologia dei titoli di studio, cfr. S. CASSESE, *La scuola italiana*, in *Il Foro italiano*, 2001, 213-217.

³⁰ Cons. St., Sez. atti norm., 17 maggio 2004, n. 2708.

³¹ Cons. St., Sez. Prima, Adunanza di Sezione del 23 febbraio 2022, n. 1502.

³² T.a.r. Lazio, sede di Roma, III bis, 6 febbraio 2019, n. 1500 secondo il quale “sono stati illegittimamente esclusi dal novero degli enti destinatari del sostegno alla ricerca di base che costituisce la finalità del bando in esame”.

³³ A. BISACCIA, *Perché è importante equiparare le AFAM alle Università. L'opinione di Antonio Bisaccia*, in <https://www.artribune.com/professioni-e-professionisti/didattica/2022/01/afam-universita-equiparazione-pubblica-amministrazione/>.

³⁴ V. BRIGANTE, *op. cit.*, 183, G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano 2010, A. SANDULLI, *Sussidiarietà e autonomia scolastica nella lettura della Corte Costituzionale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 4/2004, 543-559.

In tale contesto si può, infatti, delineare la figura delle “autonomie sociali” coniata da altra dottrina³⁵, nelle quali, con riferimento alla musica e all’arte, si coltiva la dimensione sociale, collettiva e comunitaria della persona. Questo ragionamento permette di smarcare le Afam da dinamiche di rappresentanza politica affrancando la qualifica di autonomia funzionale che rappresentano una soluzione istituzionale che prevede un raccordo tra gli indirizzi dell’amministrazione e le necessità delle comunità coinvolte, mediante la valorizzazione diretta dell’apporto di tutti i soggetti, pubblici e privati³⁶.

Tuttavia il dato giuridico e lo sforzo interpretativo deve confrontarsi con la realtà e con il dato pratico rimesso a puntuali ricostruzioni e osservazioni degli operatori e professionisti del settore. Essi hanno avviato il “Cantiere Miur” dal quale è emerso il manifesto *Chiamata alle Arti, L’investimento che l’Italia deve fare nella formazione di artisti e musicisti* formatosi alla luce del ventennale bilancio, per altro modesto, della l. n. 508 per palesare le condizioni in cui versano le istituzioni dell’alta formazione artistica e musicale³⁷.

Nel Manifesto le voci degli esponenti rappresentativi del settore hanno esposto in modo puntuale e consapevole le rimozioni, in particolare, sul modello “ibrido” che “ha vincolato invece che liberare energie, che ha creato eccezioni e limiti, che non ha favorito la responsabilizzazione, che non ha previsto la valutazione, che non ha legato le risorse ai risultati, che non aveva alcuna visione dell’alta formazione artistica e musicale come di un *asset* strategico dell’Italia nel mondo”³⁸.

La sintesi è data dal fatto che al netto dell’equiparazione (comunque incompleta) del valore dei titoli rilasciati, la l. n. 508 sia rimasta in gran parte inattuata, gli obiettivi di quel progetto normativo non sono stati mai pienamente raggiunti, e si è invece di fatto realizzata una sorta di autonomia “controllata” che rappresenta “il grande limite”³⁹.

Al Cantiere Miur è intervenuta l’Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (Anvur) con il Contributo su *Il futuro dell’AFAM italiana. Come uscire dalle sue contraddizioni e riordinarla in senso europeo*. Secondo l’Agenzia la collocazione di Accademie, Conservatori ecc., “nella loro totalità e senza alcun filtro”, in un settore Afam in teoria parificato all’istruzione

³⁵ A. L. TARASCO, *Conservatori di musica*, cit., 1801-1833.

³⁶ Si richiama la teoria di F. CORTESE, *Coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano 2012.

³⁷ Il documento è il frutto del lavoro comune del cantiere sull’AFAM, istituito nell’ottobre 2014 su impulso del Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca Stefania Giannini. Il cantiere è composto dal Sottosegretario Angela D’Onghia e da interni al MIUR: Marcella Gargano, Marco Mancini, Domenico Rossitto – così come da esterni: Emanuele Bevilacqua, Bruno Carloti, Giovanna Cassese, Domenico Codispoti, Andrea Di Benedetto. I lavori del cantiere sono coordinati da Alessandro Fusacchia, capo di Gabinetto del Ministro, assistito da Antonio Aloisi.

³⁸ MIUR, *Chiamata alle Arti*, cit., 6 e ss.

³⁹ *Ibidem*.

universitaria ad opera della l. n. 508/1999 ha “creato una situazione contraddittoria in quanto tale apertura generalizzata ha determinato un’eccessiva numerosità, atipica per l’Europa, delle istituzioni Afam italiane”⁴⁰.

Questa contraddittorietà, infatti, come del resto accaduto in passato, sembra essere la causa principale della mancata emanazione di molti decreti attuativi della l. 508/1999⁴¹ e dei “silenzi politici giuridicamente rilevanti” (v. sopra). Ne consegue, anche sulla base delle conclusioni dell’Anvur stessa, “che più che all’emanazione di tali decreti occorrerebbe pensare a una nuova normativa”.

Questi aspetti incidono in modo negativo sull’azione e sull’organizzazione amministrativa del settore Afam che spesso è trascurato nel senso di non essere adeguato alle finalità da perseguire specie se mancano chiare linee di indirizzo politico o, ancora peggio, quando il sistema organizzativo non è conforme ai modelli organizzativi previsti dalle molteplici, e sempre non chiare, riforme sull’organizzazione e sull’azione.

3. Nuovi obiettivi e prospettive di riassetto. – Solo di recente, in era pandemica e di eccezionale innesto di finanziamenti con il PNRR, alla luce delle poderose riforme che si stanno attuando, vi sono stati alcuni innesti normativi volti se non ad attuare i cambiamenti auspicati qui di seguito, almeno ad allineare il sistema di governance e di gestione con gli *standard* delle altre istituzioni.

In particolare il d.l. n. 104/2020 (l. n. 126 del 2020, art. 33, c. 2-bis) ha previsto che, sulla base di accordi di programma con il Mur, le istituzioni Afam possono derogare alle norme generali relative all’organizzazione interna, di cui al D.p.r. n. 132/2003, sperimentando propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di costituzione e composizione degli organi di governo, nonché forme sostenibili di organizzazione dell’attività di ricerca.

Successivamente, il d.l. n. 77/2021 (l. n. 108 del 2021, art. 64-bis, c. 7) ha disposto che gli organi delle istituzioni Afam possono essere rimossi, previa diffida, nei casi di gravi e persistenti violazioni di legge; quando non possa essere assicurato il normale funzionamento degli organi o dei servizi indispensabili dell’istituzione; in caso di dissesto finanziario, quando la situazione economica dell’istituzione non consenta il regolare svolgimento dei servizi indispensabili, ovvero quando l’istituzione non possa far fronte ai debiti liquidi ed esigibili nei confronti di terzi.

La legge di bilancio 2022 (l. n. 234/2021, art. 1, c. 304) è intervenuta sulla disciplina vigente in materia di nucleo di valutazione delle istituzioni Afam,

⁴⁰ ANVUR, *Il futuro dell’AFAM italiana. Come uscire dalle sue contraddizioni e riordinarla in senso europeo*. Contributo Anvur al cantiere Miur 15 Dicembre 2014, in <https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2017/04/2.%20Futuro%20dell%27AFAM.pdf>.

⁴¹ Ad esempio sono stati emanati il d.P.R. n. 132/2003 recante criteri per l’autonomia statutaria, regolamentare ed organizzativa, il n. 212/2005 sugli ordinamenti didattici.

confermandone l'impianto complessivo (quanto a composizione e modalità di costituzione) ed innovando con la reintroduzione del diritto dei componenti a ricevere un compenso per le attività svolte, la cui definizione è rimessa ad un decreto ministeriale.

Inoltre, un aspetto ulteriore di non poca importanza, è dato dal fatto che le istituzioni Afam approdano, per la prima volta, alla ricerca di base. In tal modo la ricerca scientifica, che si identifica nella attività scientifica (caratterizzante il mondo universitario), si afferma non solo in campo tecnologico ma è "valevole" anche in campo umanistico, e quindi anche nelle arti⁴². Infatti, un recente decreto del ministero dell'Università consente di partecipare ai bandi⁴³.

Infine, è possibile anche per i corsi dell'Afam iscriversi contemporaneamente a due diversi corsi di diploma accademico di primo o di secondo livello o di perfezionamento o master⁴⁴.

Probabilmente è tempo per pensare a una nuova normativa o alla definitiva attuazione di quella precedente.

Dal Cantiere Miur e dal Documento Anvur emergono una serie di domande e punti da affrontare che solo di recente stanno trovando attuazione in quattro progetti di regolamento (didattica, reclutamento, governance e programmazione-valutazione)⁴⁵.

I punti da affrontare si possono così sintetizzare.

Il primo punto è dato dal mantenimento della varietà dei soggetti che compongono il mondo Afam, ma al contempo "bisogna anche scongiurare che re-

⁴² A. BISACCIA, *Le istituzioni Afam approdano, per la prima volta, alla ricerca di base. Buona scelta da perfezionare. Un decreto del ministero dell'Università finalmente consente di partecipare ai bandi. Appare ancora da calibrare l'ambito della valutazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 febbraio 2022.

⁴³ D.M. MUR, 23 dicembre 2021, n. 1326, relativo alle nuove disposizioni procedurali per gli interventi diretti al sostegno delle attività di ricerca fondamentale, che "consente alle istituzioni Afam, per la prima volta, di poter partecipare ai bandi per la ricerca di base, ovvero quella ricerca che è vocata a sperimentare e produrre nuove conoscenze senza che si debbano produrre utilizzazioni pratiche dirette", cfr. A. BISACCIA, *op. et loc. ult. cit.*

⁴⁴ D.M. MUR, 2 agosto 2022, n. 933.

⁴⁵ Per quanto riguarda le domande:

1. Come rendere più efficienti le istituzioni Afam intervenendo sull'assetto degli organi interni e sulle loro funzioni?

2. Come intervenire sulla distinzione, sulla semplificazione e sulla razionalizzazione delle specifiche competenze, in merito alla gestione amministrativa e alle sue relazioni con le attività didattiche e di ricerca, tra Presidente, Direttore e Direttore amministrativo e tra Consiglio di Amministrazione e Consiglio accademico?

3. Quali dovrebbero essere i requisiti per svolgere la funzione di Direttore delle Istituzioni? E quella di Presidente? Inoltre, come definire, senza ambiguità, quali siano le rispettive responsabilità?

4. Come evitare che più autonomia si traduca in "isolamento", e come favorire invece più raccordo e sinergie tra le diverse istituzioni Afam, e tra queste e il Ministero? E quale Ministero scegliere dopo lo scorporo del Miur?

5. Quali sono le misure normative e amministrative che maggiormente vincolano oggi le istituzioni Afam, impedendone il pieno sviluppo?

6. Che cosa le istituzioni Afam dovrebbero essere in grado di poter fare (e non possono giuridicamente/amministrativamente fare oggi) perché possano svilupparsi sempre più e meglio?

gole simili per istituzioni così diverse si traducano in una camicia di forza che soffoca". Per questo è importante "completare" la trasformazione incompiuta puntando su maggiore autonomia delle istituzioni Afam, prendendo l'università come sistema di riferimento⁴⁶.

Per quanto riguarda la differenziazione esterna con le Università si suggerisce di "governare le zone di contatto e sovrapposizione tra Afam e Università "in modo da ridurre attriti e competizioni tra titoli Afam e titoli universitari"⁴⁷.

Il secondo punto prevede di realizzare una piena autonomia statutaria, regolamentare, e operativa.

Di conseguenza alla maggiore autonomia, terzo punto, significa anzitutto ripensare la governance delle istituzioni Afam, la composizione numerica, la "divisione del lavoro" nell'esercizio della *leadership* all'interno delle stesse istituzioni, i meccanismi di selezione degli amministratori.

Quarto punto, si rende necessario ripensare in chiave più manageriale la gestione delle singole istituzioni e "liberare le istituzioni Afam da vincoli burocratici pensati per definire *ex ante* lo spazio di manovra e finiti spesso per ingessare inutilmente istituzioni che coltivano la creatività, il talento, le arti"⁴⁸.

Il quinto punto riguarda l'internazionalizzazione. L'evoluzione della cultura internazionale e della presenza italiana nel mondo porterebbe prevedere l'allargamento a istituti di alta formazione gastronomica e culinaria⁴⁹.

L'ulteriore nodo da affrontare è che è uno dei punti più critici delle Afam – sesto punto – è il riordino della docenza con reclutamenti affini a quello universitario, con chiamate di chiara fama e l'eliminazione del meccanismo delle graduatorie, il cui punteggio è legato al periodo di insegnamento e non alla qualità artistica di esso.

⁴⁶ Nel dettaglio, per quanto riguarda la differenziazione interna ed esterna si suggerisce per la differenziazione interna tra le numerose Afam di definire i metodi possibili per distinguerle e applicare un'articolazione in fasce (a. Accademie nazionali musicali e artistiche; b. Conservatori regionali e Centri di formazione artistica superiore e c. Istituti musicali e centri artistici), di operare federazioni e/accorpamenti.

⁴⁷ Sempre su questo punto si propone di ripensare la struttura del settore scientifico disciplinare: le istituzioni aventi carattere accademico potrebbero costituire una o due aree Cun (ad es. la musica dalle Belle Arti).

⁴⁸ ANVUR, *Il futuro dell'AFAM italiana. Come uscire dalle sue contraddizioni e riordinarla in senso europeo*, cit., passim e Miur, *Chiamata alle Arti*, cit., 6 e ss.

⁴⁹ Sempre sul fronte internazionalizzare, il Cantiere Miur, osserva come servono istituzioni: "a. dinamiche, capaci di reagire con immediatezza ai mutamenti di contesto; b. amministrativamente semplici, pur nella complessità delle rispettive missioni, veloci e in grado di adattarsi; c. costruite come organizzazioni flessibili". Su questo aspetto si riporta la recente rimessione alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale relativa alla conformità con il diritto europeo della normativa nazionale nella parte in cui, per la partecipazione alla procedura per l'iscrizione nelle graduatorie finalizzate alla successiva stipula di contratti di insegnamento a tempo indeterminato e determinato nelle istituzioni AFAM italiane, prende in considerazione esclusivamente l'esperienza professionale maturata dai candidati presso tali istituti nazionali, e non anche presso istituzioni di pari livello presenti in altri Paesi europei (cfr. T.a.r. Lazio, sede di Roma, III bis., 13 dicembre 2021, n. 12862).

Il settimo punto, infine, riguarda l'assegnazione delle risorse collegate alla valutazione e al merito sulla base dei risultati e un conseguente sistema di verifiche e monitoraggio costante e in itinere, basato su controlli periodici e su banche dati capaci di mostrare l'andamento nel corso del tempo delle diverse istituzioni.

Recenti interventi governativi hanno portato all'introduzione di due regolamenti (in attesa dei pareri): del regolamento sul reclutamento del personale delle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica in riforma del d.P.R. n. 143/2019 e di un secondo regolamento alle modifiche al regolamento recante disciplina per la definizione degli ordinamenti didattici delle Istituzioni Afam, adottato con d.P.R. n. 212/2005. Ulteriori passi in avanti vedono in preparazione i regolamenti sulla governance e quello sulla programmazione e valutazione.

Importanti passi in avanti sono in corso e dovrebbero garantire una riforma organica del sistema del reclutamento e della didattica del settore attesa da moltissimi anni ma anche oggetto di contestazioni.

Il nuovo regolamento sulla didattica (in fase di emanazione) mira a superare la frammentazione normativa e l'impianto organizzativo fortemente centralizzato. Si delinea un nuovo assetto dei corsi, dei dipartimenti e delle scuole, valorizzando l'autonomia organizzativa e didattica delle Afam. Le scuole divengono strutture facoltative che le istituzioni possono o meno prevedere. I dipartimenti vengono definiti come le strutture che coordinano l'attività didattica e di ricerca, sono responsabili dell'offerta formativa dei corsi e delle scuole in essi ricompresi e formulano proposte al consiglio accademico.

Per quanto riguarda la disciplina sul reclutamento il nuovo regolamento (anch'esso in fase di emanazione) consente di superare l'attuale impianto caratterizzato dal fenomeno del precariato storico sia dei docenti che del personale tecnico-amministrativo. Ambito molto controverso negli ultimi anni e oggetto di scontri che sebbene definito con il d.P.R. n. 143/2019, la cui entrata in vigore era stata prevista per l'anno accademico 2020/2021, è stata oggetto di una serie di rinvii a causa di insoddisfazione delle parti interessate (sindacati e Conferenze Afam) che hanno portato a un ripensamento del d.P.R. n. 143/2019. Il nuovo impianto rivede la programmazione triennale di fabbisogno del personale che porta all'allineamento al sistema universitario e che fino ad ora scontava la "modalità fotocopia del sistema scolastico"⁵⁰. Inoltre ulteriore allineamento verso il sistema universitario è dato dall'istituzione dell'Abilitazione artistica nazionale

⁵⁰ A. BISACCIA, *AFAM in Cdm i due regolamenti su reclutamento e ordinamenti didattici*, in *Il Sole 224 Ore*, 6 settembre 2022, il quale osserva come "La programmazione triennale, nella nuova ottica proposta, dovrà comunque contemperare, al di là del principio ordinamentale, il tema della mobilità con le legittime aspettative del personale, anche trovando sistemi "progressivi" che non danneggino nessuno. Non si può negare che la mobilità sia stata modificata (in analogia al sistema universitario), ma essa non è stata abolita. E si è aggiunta anche quella che viene definita mobilità "orizzontale" (passaggio a diverso settore artistico-disciplinare): mobilità, questa, che servirà ad equilibrare meglio le competenze interne alle istituzioni, sotto il profilo delle reali necessità didattiche in combinato disposto con le competenze".

(Aan), che avrà durata di 9 anni, in analogia al sistema di reclutamento universitario e viene disciplinato il reclutamento della nuova figura del ricercatore in questo settore.

Taluno dei punti di riforma sopra indicati comincia a trovare soddisfazione e questi innesti sono fondamentali nel percorso di maggiore autonomia per il sistema, in quanto consentiranno alle istituzioni Afam di programmare nel medio e lungo termine in base alle loro effettive necessità e dovrebbero strutturare il nuovo status giuridico-economico della docenza sintonizzato sul regime autonomista in analogia al sistema universitario.

ABSTRACT

Giovanni Serges, *Profili costituzionali delle riforme processuali e dell'ordinamento giudiziario*

Il saggio è dedicato ad un esame complessivo delle recenti leggi con le quali sono state apportate rilevanti modifiche al processo civile, al processo penale (e, in parte, al diritto penale) ed all'ordinamento giudiziario. In particolare, l'autore esamina sia le linee di fondo che caratterizzano le tre leggi – specie sotto il profilo del rapporto con i principi costituzionali – sia alcuni aspetti sui quali il legislatore non ha voluto prendere posizione (specialmente con riferimento alla questione dei poteri normativi del Consiglio superiore della magistratura). Nella parte conclusiva l'autore si sofferma sulle innovazioni concernenti la legge elettorale del CSM, mettendone in evidenza gli elementi di criticità.

Constitutional Aspects of Recent Laws on Civil and Criminal Process and on the Judicial System

The essay is dedicated to an overall examination of the recent laws with which significant changes have been made to the civil process, the criminal process (and, in part, to the criminal law) and the judicial system. In particular, the author examines both the basic lines that characterize the three laws – especially in terms of the relationship with the constitutional principles – and some aspects on which the legislator did not want to take a position (especially with reference to the question of regulatory powers of the italian *Consiglio superiore della Magistratura*). In the concluding part, the author focuses on the innovations concerning the electoral law of the CSM, highlighting the critical elements.

Stelio Mangiameli, *Imperi e Stati e le nuove relazioni internazionali*

Nella seconda metà del secolo scorso, anche se il mondo appariva diviso in due blocchi, l'idea stessa di Impero sembrava uscita dallo scenario politico e dal panorama degli studiosi di diritto internazionale. Si dava per acquisito il ritorno ad una comunità di Stati posti in condizione di eguaglianza secondo lo schema ereditato da Westfalia.

In realtà, studiosi attenti come Carl Schmitt, pur preconizzando la fine del “dualismo inquietante”, creatosi dopo la fine della seconda guerra mondiale, immaginavano un mondo con formazioni politiche cui corrispondevano “grandi spazi”; una realtà che è diventata palese a seguito degli eventi successivi alla caduta del muro di Berlino.

In questo nuovo scenario, che affonda le sue radici su un diritto internazionale fondato sul riconoscimento del potere di fatto, l’idea di Impero come forma politica è riemersa sulla base di connotati storici ben precisi e ha tracciato un assetto istituzionale che condiziona le attuali relazioni internazionali.

Empires and States and the New International Relations

In the second half of the last century, even if the world appeared to be divided into two blocks, the very idea of Empire seemed to come out of the political scenario and the panorama of international law scholars. The return to a community of states placed in conditions of equality according to the scheme inherited from Westphalia was taken for granted.

In reality, careful scholars such as Carl Schmitt, while predicting the end of the “disturbing dualism” created after the end of the Second World War, imagined a world with political formations which corresponded to “large spaces”; a reality that became evident following the events following the fall of the Berlin Wall.

In this new scenario, which has its roots in international law based on the recognition of de facto power, the idea of Empire as a polity has re-emerged, based on very specific historical connotations, and has drawn an institutional set-up that conditions current international relations.

Guido Rivoecchi, *La tutela dei principi della finanza locale nella giurisprudenza costituzionale*

Il contributo prende in esame i principi costituzionali che sorreggono l’autonomia finanziaria e tributaria degli enti locali e la loro tutela di fronte all’organo di giustizia costituzionale, ricostruendo le diverse fasi della giurisprudenza della Corte in cui le esigenze di conformazione dell’autonomia finanziaria locale, manifestatesi soprattutto nella c.d. legislazione della crisi economica, non sono state sempre adeguatamente bilanciate con le prescrizioni costituzionali sulle autonomie territoriali, anche a causa della perdurante inattuazione di queste ultime. L’analisi si sofferma sul periodo più recente mettendo in rilievo i profili particolarmente critici della perequazione comunale e la difficile tutela dei principi della finanza locale nell’emergenza pandemica e nella conseguente crisi economica che ha costituito ulteriore fattore di accentramento delle decisioni finanziarie e fiscali.

The Protection of the Principles of the Local Finance in the Constitutional Case Law

The paper examines the constitutional principles that support the financial and fiscal autonomy of local authorities and their protection before the constitutional judicial body (Italian constitutional Court), reconstructing the different phases of the Court's jurisprudence in which the needs of conformation of local financial autonomy, expressed above all in the so-called legislation of the economic crisis, have not always been adequately balanced with the constitutional constraints on territorial autonomies, also due to their enduring non-implementation by the state legislator. The analysis focuses on the most recent period, highlighting the particularly critical profiles of municipal equalization and the laborious protection of the principles of local finance in the emergency of the pandemic and in the consequent economic crisis which has constituted an additional factor of centralization of financial and fiscal decisions.

Marta Careda, *Il mutamento del parametro: illegittimità sopravvenuta, abrogazione e principio di continuità nel rapporto tra leggi regionali e statali*

Il contributo esamina l'incompatibilità sopravvenuta tra la legge statale e la legge regionale, in caso di mutamento del parametro. Lo studio rileva la problematica concorrenza tra i rimedi che occorrono a dare soluzione all'antinomia: incrocia, così, le figure dell'illegittimità sopravvenuta e dell'abrogazione delle disposizioni regionali di dettaglio, che riguarda lo *ius superveniens* nelle materie di competenza concorrente (o esclusiva ma "trasversale"). Esso osserva, infine, l'importanza del principio di continuità per le ipotesi di vizio d'incompetenza sopravvenuto, quando a mutare siano gli stessi parametri costituzionali che ripartiscono le attribuzioni legislative fra Stato e Regioni.

The Parameter Change: Supervening Constitutional Illegitimacy, Abrogation, and Principle of Continuity in the Relationship between Regional Laws and State Laws

The paper examines the incompatibility between State law and Regional law, especially when the incompatibility is due to a change in the law review parameter. The essay analyzes the existence of different remedies aimed at solving the antinomy: thus, it addresses the features of "superveniens" unconstitutionality and abrogation of regional provisions; ultimately, it notes the importance of the principle of continuity for the cases of supervening incompetence, when the same constitutional parameters that divide legislative powers between the State and the Regions change.

Fabrizio Tigano, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*

Il saggio prende in esame gli attuali sviluppi, sul piano normativo interno e comunitario, del trattamento di dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche, evidenziando il potenziale contrasto tra l'attività amministrativa, in particolare quella resa in fase emergenziale, e le ragioni della privacy. È in particolare, oggetto di esame il connesso tema della vaccinazione obbligatoria e della rimessione alla Corte costituzionale, da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa, in merito al rilascio del consenso informato.

Protection of Personal Data and Public Administration: some Reflections

The essay examines the current developments, on the internal and EU regulatory level, of the processing of personal data by the public administrations, highlighting the potential contrast between the administrative activity, in particular that carried out in an emergency phase, and the reasons of privacy. In particular, the connected issue of compulsory vaccination and referral to the Constitutional Court by the Administrative Justice Council regarding the release of informed consent is being examined.

Andrea Crismani, *Il sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale: spunti e prospettive*

L'ambito normativo del sistema dell'Alta formazione artistica, coreutica e musicale è complesso, ingarbugliato e spesso trascurato. L'ultima riforma strutturale del 1999 è rimasta in gran parte inattuata e ad oggi gli obiettivi non sono stati pienamente raggiunti. La riforma si è rivelata un ibrido di regole spesso "dimenticate" dal legislatore e rimpallate dal settore scuola al settore università con costanti rimandi: un ibrido che ha vincolato invece che liberare energie, che ha creato eccezioni e limiti, che non ha favorito la responsabilizzazione, che non ha previsto la valutazione, che non ha legato le risorse ai risultati, che non aveva alcuna visione dell'alta formazione artistica e musicale come di un asset strategico.

Recentissimi interventi governativi di fine mandato hanno invertito tale rotta e hanno affinato una serie di progetti di regolamento sulla didattica, sul reclutamento, sulla governance e sulla programmazione e valutazione.

The System of Higher Artistic, Dance and Musical Education: Ideas and Perspectives

The regulatory framework of the system of higher artistic, dance and musical training is undoubtedly complex, tangled and often neglected. The last structural reform of 1999 remained largely unrealized and the objectives have not been fully achieved. The reform has turned out to be a hybrid of rules often

“forgotten” by the legislator and rebounded from the school sector to the university sector with constant references: a hybrid that has constrained rather than freed up energy, which has created exceptions and limits, which has not favored accountability, which did not provide for evaluation, which did not link resources to results, which had no vision of higher artistic and musical education as a strategic asset.

Recent end-of-term government interventions have reversed this trend and have refined a series of draft regulations on teaching, recruitment, governance and planning and evaluation.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GIOVANNI SERGES, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

STELIO MANGIAMELI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Teramo

GUIDO RIVOSECCHI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Padova

MARTA CAREDDA, Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

FABRIZIO TIGANO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Messina

ANDREA CRISMANI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trieste

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 Rivista all'indirizzo: www.rivistadirittoesocieta.it.

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 pie' 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: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di novembre 2022
da *Grafica Elettronica* – Napoli