

DIRITTO E SOCIETÀ

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

III serie - 2/2021

### **Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli  
*Direttore responsabile*

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

### **Comitato scientifico**

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

### **Comitato di Redazione**

Daniele Chinni  
Tatiana Guarnier  
*Coordinatori*

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

## SOMMARIO 2/2021

### **saggi**

- Paolo Carnevale, *Figlio di un dio minore? Qualche considerazione sparsa sul vizio formale di legge e sulla sua sindacabilità nel nostro sistema costituzionale* 153
- Andrea Crismani, *La dinamica relazionale tra collettività e attività finanziaria* 181
- Guido Rivosecchi, *Riparto delle competenze e finanziamento delle funzioni tra Stato e Regioni nella tutela del diritto alla salute: dall'emergenza alla stabilizzazione* 223

### **osservatorio**

- Rosario Ferrara, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): un'introduzione al tema* 271

### **attualità**

- Massimiliano Viola, *Sulla distinzione tra disposizione e norma e l'interpretazione creatrice* 293



FIGLIO DI UN DIO MINORE?  
QUALCHE CONSIDERAZIONE SPARSA SUL VIZIO  
FORMALE DI LEGGE E SULLA SUA SINDACABILITÀ  
NEL NOSTRO SISTEMA COSTITUZIONALE\*

SOMMARIO: 1. Le origini e le tentazioni monopolistiche – 2. L'epoca repubblicana fra sindacabilità e resistenze – 3. Il vizio formale di legge come vizio “elastico” – 4. I tentativi di dequalificazione – 5. *Segue*. Rilievi critici – 6. Una considerazione conclusiva.

1. *Le origini e le tentazioni monopolistiche*

Strana parabola, davvero, quella che caratterizza il tragitto del vizio formale di legge nella nostra esperienza costituzionale.

A lungo, in epoca statutaria – cioè a dire in regime di costituzione c.d. flessibile – esso ha assaporato il gusto del monopolio assoluto della invalidità della legge, acquisendo il generale riconoscimento di unico *vulnus* possibile (anzi pensabile)<sup>1</sup>.

Certo, si trattava di una pensabilità ristretta, nella veste estrema del vizio di c.d. inesistenza, in quanto, in assenza delle condizioni per un sindacato di costituzionalità in senso proprio, l'unica eventualità di controllo giudiziale sulla legge era prefigurabile in termini di accertamento (delle condizioni essenziali) della sua esistenza giuridica (*i.e.* dei requisiti minimi per dirsi tale). Ciò, del resto, appariva funzionale ad assicurare ossequio al tradizionale principio di insindacabilità degli *interna corporis* delle Camere, il quale escludeva recisamente la possibilità che il giudi-

\* Questo saggio origina, notevolmente ampliandolo, dal testo dell'intervento tenuto in occasione del convegno per gli atti del convegno franco-italiano “Roma 2020” – Il dialogo fra le dottrine. Verso un'unità transfrontaliera del diritto costituzionale, svoltosi a Roma, il 28, 29 e 30 ottobre 2021, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Qualche considerazione d'assieme sul punto può ora leggersi in G. BRUNELLI, *La genesi del sindacato di costituzionalità sul vizio formale di legge. Premesse dottrinali e giurisprudenza dei primi anni '50*, in *Quaderni fiorentini*, 45, 2016, spec. 132 ss.

ce potesse controllare l'avvenuto rispetto delle disposizioni statutarie in tema di procedimento legislativo nel corso dell'*iter legis*, essendo riservata a ciascuna camera «la prerogativa di determinare liberamente il modo attraverso il quale abbia ad esercitare le proprie *funzioni*»<sup>2</sup>.

Insomma, riconoscimento sì, ma circoscritto, sia pure in condizione – per dirla con una celebre espressione – di “splendido isolamento”<sup>3</sup>.

Peraltro, da una simile condizione tenta di toglierlo il più ambizioso e forse visionario tentativo operato dalla dottrina giuridica di epoca statutaria di prefigurare la possibilità di un sindacato sui vizi della legge – mi riferisco evidentemente al volume di Carlo Esposito sulla *Validità delle leggi* del 1934 – ove, ferma restando l'invalidità per ragione di forma della legge inesistente, si precisa – sul piano teorico e non dogmatico – che l'inattitudine del vizio formale a provocare l'invalidità della legge, a differenza del vizio materiale, discende dall'errore di prospettiva in cui altrimenti si incorrerebbe partendo «non da un atto legislativo concreto, individuato e sorto attraverso un determinato procedimento [... – chiedendosi] se e per quali ragioni questo atto non sia conforme al diritto (poiché in tal caso di potrebbe rispondere solo che la antigiuridicità deriva dal contenuto voluto con quell'atto) [... - bensì] da una ipotetica e generica attività legislativa che potrebbe esplicarsi in varie forme, e che non avendo scelto la forma giusta peccherebbe di vizio formale»<sup>4</sup>. In questo modo, il controllo sul vizio formale di legge sarebbe affetto da una sorta di (indebito) eccesso di identificazione fra sindacato sull'atto e sindacato sull'attività da cui questo scaturisce, cui invece bisogna sottrarsi giacché «solo i requisiti immediati dell'atto legislativo, e non quelli sul modo con cui gli organi debbano procedere, agire, volere, sono causa di nullità»<sup>5</sup>.

Tale posizione, che svincolava (secondo quello che era il *mainstream* dell'epoca [e non solo, come si vedrà]) la non accertabilità del vizio for-

<sup>2</sup> Così F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno. Il Potere giudiziario e gli atti del legislativo* (sub art. 68), vol. III, Torino 1909, 457.

<sup>3</sup> D'altra parte, come è stato incisivamente affermato, «solo i vizi materiali [...] presuppongono una costituzione rigida [mentre la] invalidità formale di una legge può determinarsi per la violazione di qualunque regola, anche non costituzionale, abilitata a disporre sul procedimento legislativo» (cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I. Storia, principi, interpretazioni, Bologna 2018, 205-206).

<sup>4</sup> C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano 1964 [rist. inalt. dell'edizione del 1934], 162-163, nt. 260, ma diffusamente 273 ss.

<sup>5</sup> C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 303-304, ivi peraltro ricomprendendo le ipotesi di «errore, dolo, violenza, vizi del procedimento di approvazione, mala composizione degli organi, incapacità dei titolari» esercenti funzione legislativa (spec. 284 ss.).

male-procedimentale da principi sistemici, come quello di insindacabilità degli *interna corporis acta*, costituiva risposta a quello che verosimilmente rappresenta il principale tentativo compiuto in dottrina per assicurare a quel *vulnus* la condizione del *dominus* assoluto nel campo dei vizi della legge. Tentativo che, almeno nella sua migliore espressione, appariva tanto più interessante perché operato sul piano teorico-generale, in grado per questo di gettare i suoi riflessi anche (e direi soprattutto) in ordinamenti a regime di Costituzione rigida, specie ove inserito nel contesto della principale teorizzazione(-implementazione) della giustizia costituzionale compiuta in chiave europea<sup>6</sup>.

Si trattava, a questo riguardo, di un'operazione di enfattizzazione "per assorbimento", condotta attraverso la decostruzione della tradizionale dicotomia fra vizio formale e vizio sostanziale, in favore di una concezione monodimensionale incentrata soltanto sul primo (che finiva per assumere così valore esclusivo-escludente), in cui convergevano posizioni e ragioni diverse, assumendo a referenti specifici, ora i dogmi ottocenteschi dell'onnipotenza del legislatore<sup>7</sup>, ora ragioni di ordine logico che tuttavia affondano le proprie radici in una particolare teorica della Costituzione e della stessa struttura ordinamentale. È il caso, quest'ultimo, della più nota formulazione della teoria dovuta, come ognuno sa, ad Hans Kelsen, la cui chiarezza espositiva e il cui nitore argomentativo (complice anche l'assoluta autorevolezza del maestro praghese) han finito per farne, agli occhi dei più, una tipica teoria kelseniana<sup>8</sup>. Secondo quest'ultimo, invero, la distinzione in parola sarebbe ammissibile «solo con la riserva che la

<sup>6</sup> Il riferimento evidentemente è ad Hans Kelsen ed al suo notissimo contributo *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, trad. it. del saggio omonimo in lingua francese (1928) di C. Geraci, Milano 1981, così fortemente implicato al (anzi collocato nel) «suo sistema scientifico (monismo, produzione a gradi del diritto, indistinzione fra atto creativo e atto esecutivo di norme giuridiche, e così via)» (A. LA PERGOLA, *Premessa*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., VII).

<sup>7</sup> È il caso, da noi, ad esempio di G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino 1913, 648, che ritiene che gli unici limiti opponibili al legislatore, piuttosto che le scelte da compiere, possono riguardare il modo attraverso il quale compierle, nel rispetto cioè del principio per cui «ogni gruppo legislativo resti nei limiti delle proprie attribuzioni», giacché «lo Stato non può avere legate le mani: può far tutto [...] se non che, ogni deliberazione deve essere presa dagli organi competenti, nelle forme volute dalla Costituzione» (ID., *Intorno al sindacato giudiziario sulle leggi*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, I, Padova 1931, 21).

<sup>8</sup> Per una rassegna delle ascendenze dottrinarie della teoria v. utilmente C. ESPOSITO, *La validità*, cit., 162-163 in nt. (260).

cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla Costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in ogni caso, di sapere se deve essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale»<sup>9</sup>.

Quella tesi, come si sa, non fece breccia, infrangendosi con una (anche qui) variegata opposizione dottrinarica, il cui frastagliato fronte comune, salvando la tenuta della tradizionale dicotomia vizio formale-vizio sostanziale, decretò, per il vizio formale, la definitiva abdicazione anzi il tramonto di ogni velleità esclusivistica.

Certo, ad opporsi alla suggestione kelseniana era un eterogeneo complesso di ragioni, un *mix* di censure, peraltro non sempre contrassegnate dal crisma dell'irresistibilità, come forse testimonia il fatto che non tutti gli obiettori d'un tempo si siano poi dimostrati del tutto scevri da sue influenze postume, tramutandosi inconsapevolmente da detrattori ad (in un certo qual senso, sia pur tardivi) emuli<sup>10</sup>. Da quelle influenze, invero, non risultò del tutto immune neppure il dibattito che accompagnò gli esordi del nostro sistema di giustizia costituzionale, in cui la predetta posizione teorica fu pericolosamente (e strumentalmente) riproposta dalla nostra Avvocatura dello Stato<sup>11</sup> per patrocinare, al pari del preteso assor-

<sup>9</sup> H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, cit., 154, il quale aggiunge che se «il diritto positivo non differenzia queste due forme, non ha senso giuridico stabilire principi, direttive, limiti al contenuto delle leggi ed è solo un'apparenza determinata da motivi politici».

<sup>10</sup> È il caso, ad esempio, di Carlo Esposito, la cui tesi sul vizio formale fondata sulla distinzione fra errore sulla scelta della procedura ed errore sull'applicazione della procedura prescelta (C. ESPOSITO, *Invalidità della legge*, cit., 661) sembra costituire, ad onta della critica alla prospettazione (anche) kelseniana a suo tempo formulata da questo Autore (cfr. ID., *La validità*, cit., 162-163), il suo contrappunto per "canone inverso". Ciò in quanto, di quella prospettazione ripete l'idea di fondo del vizio, in cui la legge incorre, per come configurato in termini di errore compiuto dal legislatore nello scegliere la procedura, sia pur in questo caso per pervenire all'opposto risultato di trasformare vizi formali in vizi materiali di legge (un accenno in questo senso può leggersi in P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale*, cit., 26).

<sup>11</sup> Un «contrasto vero e proprio (inteso nel senso di contraddizione tra norme coesistenti) tra la Costituzione e un'altra legge non può configurarsi. Può solo verificarsi che una legge che regoli fattispecie previste dalla Costituzione, con norme ad essa contrarie o comunque incompatibili, non sia stata approvata con la speciale procedura prescritta dalla stessa Costituzione. Ed è questa l'ipotesi che deve qualificarsi come vizio di illegittimità costituzionale della legge». Onde, se «la illegittimità costituzionale è un vizio che concerne solo il procedimento di formazione della legge, sì che il legislatore può dare a questa qualsiasi contenuto, anche contrario alla Costituzione, sol che osservi la speciale procedura stabilita per l'approvazione di norme che abbiano quel contenuto, pare diffi-



bimento dell'invalidità nell'abrogazione, la tesi dell'«insindacabilità delle leggi e degli atti valore legislativo approvati anteriormente alla Costituzione repubblicana, dato che il procedimento di revisione costituzionale è stato istituito dalla nuova Costituzione e vale solo [...] per il futuro»<sup>12</sup>. Anche in questo caso (e per fortuna) la tesi rimase inascoltata.

Ad ogni modo, abbandonata ogni aspirazione dominante, il vizio formale si presentava all'inizio della nuova esperienza costituzionale ed al cospetto dell'inedito giudice delle leggi nella condizione di vizio condominiale, dovendo ormai spartire il campo dell'invalidità della legge con l'omologo vizio materiale, ed in posizione di pari dignità con quest'ultimo.

## 2. *L'epoca repubblicana fra sindacabilità e resistenze*

Di questa pari dignità dava evidente conferma la primissima giurisprudenza costituzionale, di cui costituisce esempio paradigmatico la celebre sentenza n. 3 del 1957 che, schiudendo alla Corte il sindacato sul decreto legislativo per violazione della delega, afferma recisamente come non sia da «dubitare, che la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie (artt. 70, 76, 77 Costituzione), al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale [e che il relativo sindacato debba essere] devoluto sempre alla competenza della

cile ammettere che un contrasto tale da determinare il vizio di illegittimità costituzionale, possa sussistere «allorché si tratta di leggi anteriori alla Costituzione, le quali, appunto perché anteriori, non potevano essere emanate secondo le forme che la Costituzione sopravvenuta prescrive. La legge anteriore, se fu emanata nelle forme che a suo tempo erano prescritte, è perfettamente costituzionale, e tale rimane, perché non sembra che si possa senza contraddizione parlare di una incostituzionalità, sopravvenuta. Potrà, bensì esservi un contrasto tra le disposizioni della legge e disposizioni dettate nella Costituzione; ma per risolvere questo contrasto non occorre discutere della validità, della legge. Esso potrebbe essere risolto in base alle regole generali sulla successione delle leggi, in quanto che la Costituzione, che è anche essa una legge come tutte le altre, quale legge posteriore abroga le disposizioni della legge precedente con essa incompatibili (art. 15 delle disposizioni preliminari al Codice civile)». (*Sull'ammissibilità del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi anteriori a Costituzione*, in *Rass. Adv. Stato*, 1956, 5 [articolo non firmato]). In tema, com'è assai noto, il vivace dibattito svoltosi sulle pagine della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» del 1956 (AA.VV., *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, con interventi di Vezio Crisafulli, Carlo Esposito, Massimo Severo Giannini, Costantino Mortati, Giuliano Vassalli, in *Giur. cost.*, 1956, 261 ss.).

<sup>12</sup> A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 98.

Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 1 cit. legge costituzionale n. 1, 23 cit. legge 1953, n. 87; soltanto le decisioni della Corte costituzionale possono assicurare, con la certezza del diritto, la piena tutela del diritto del cittadino alla costituzionalità delle leggi»<sup>13</sup>.

Su questa falsariga, com'è noto, si pose di lì a poco la celebre sentenza di due anni più tardi – la n. 9 del 1959 – ove peraltro (quasi fosse un timido lascito del protagonismo d'un tempo) si segnala l'uso dell'inciso «anzi in primo luogo» con riguardo alla spettanza alla Corte del compito di accertare il rispetto delle norme sul procedimento di formazione della legge, la cui inosservanza ridonda in vizio formale di quest'ultima<sup>14</sup>.

Senonché, quella storica pronuncia, se mostrava, da un verso, il coraggio e la determinazione della neonata Corte costituzionale che, per affermare il proprio sindacato sul vizio di forma, era disposta a sfidare consolidatissimi dogmi (o feticci) del regime parlamentare, quali il principio di insindacabilità degli *interna corporis acta* delle camere; dall'altro, con le sue ambiguità e timidezze, palesava come quegli stessi dogmi continuassero a proiettare la propria ombra anche nel nuovo regime costituzionale e dinanzi al proprio supremo compito, portando alla formulazione del noto discrimine fra violazione diretta della Costituzione – sindacabile – e violazione dei regolamenti – non sindacabile, che avrebbe dettato la rotta di tutta la successiva giurisprudenza, facendone una “lunga marcia”<sup>15</sup> che, pur tra diverse oscillazioni, avrebbe dato corpo ad un atteggiamento ispirato a forte prudenza. Tanto invero – complici, altresì, le notevoli difficoltà di cognizione del vizio e la maggiore vicinanza dei profili di illegittimità costituzionale d'ordine contenutistico all'interesse delle parti del giudizio principale – da rendere *rara avis* la pronuncia di illegittimità costituzionale per vizio formale di legge adottata dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Sulla prefigurazione di un diritto del cittadino alla conformità costituzionale delle leggi v. i richiami critici riportati in G. BRUNELLI, *La genesi del sindacato di costituzionalità sul vizio formale di legge*, cit., 130-131 in nt. (6).

<sup>14</sup> «Nella competenza di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, attribuita alla Corte dall'art. 134 della Costituzione, rientra senza dubbio ed *anzi in primo luogo* quella di controllare l'osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi: in tal senso si è già affermato l'orientamento della Corte (sentenze n. 3 e 57 del 1957)» (punto 2 del *cons. in dir.*).

<sup>15</sup> Prendo qui in prestito l'espressione utilizzata nel titolo di un saggio di M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2008, 835.

<sup>16</sup> Si possono ricordare il caso della sentenza n. 292 del 1984 che dichiara l'illegittimità dell'art. 39 della legge n. 703 del 1952, in quanto la discordanza fra i testi approvati dalle due Camere (dovuta alla presenza o meno dell'inciso “e successive modificazioni”)

In questo solco, può anche collocarsi il deciso atteggiamento contrario alla configurabilità del vizio del presupposto soggettivo della legge nell'unica occasione in cui la nostra Corte si è pronunciata per l'incostituzionalità di una legge elettorale per la Camera e per il Senato già più volte applicata<sup>17</sup>.

Peraltro, un analogo atteggiamento, ispirato ad una logica di mini-

aveva alterato la «sostanza normativa» della disposizione viziata formalmente o quello della sentenza n. 295 del 1984, ove si perviene alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge (n. 287 del 1975), contenente in un comma di un suo articolo l'ordine di esecuzione di un accordo internazionale, per via del fatto che la legge in questione fosse stata approvata con il procedimento c.d. decentrato e non con quello ordinario richiesto dall'art. 72, quarto comma, Cost. il quale, a giudizio della Corte, oltre che «per la legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati [...] non può non valere anche per l'ordine di esecuzione, dove, come qui accade, questo sia emanato dal legislatore, per un verso in mancanza di previa autorizzazione alla ratifica, per l'altro in presenza di una disciplina pattizia, la quale verte su materia che lo stesso organo legislativo ha espressamente attratto nella propria sfera».

Analogo discorso si potrebbe fare anche per il giudizio in via principale che, se un tempo – nella sua versione di giudizio preventivo di legittimità costituzionale, quantomeno sulle leggi regionali – si mostrava più incline ad ospitare questioni di costituzionalità formale, a seguito della riforma costituzionale del 2001 e della conseguente trasformazione in giudizio esclusivamente su leggi in vigore, registra un parallelo inaridimento dello scrutinio per vizio di forma, complice altresì la consolidata giurisprudenza in tema di inammissibilità di impugnative di leggi statali che non ridondino in incisioni dell'ambito di competenza della regione ricorrente.

<sup>17</sup> Il richiamo evidentemente è alla storica sentenza n. 1 del 2014 con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale della legge n. 270 del 2005, limitatamente alla disciplina in tema di premio di maggioranza e liste bloccate, escludendo tuttavia che quella declaratoria potesse avere riflessi sulla validità delle leggi approvate dal Parlamento (illegittimamente costituito) durante le legislature pregresse a valle dell'applicazione della normativa costituzionalmente illegittima (ivi compresa quella in corso), così come su tutta la futura attività legislativa delle Camere sino alla conclusione della legislatura in essere. In una letteratura fattasi sterminata v. almeno AA.Vv., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di talune disposizioni della legge n. 270 del 2005*, in *Giur. Cost.*, 2014, 629 ss. Ma ancor più perspicuo, ai fini della problematica evocata, è il riferimento alla successiva ordinanza n. 57 del 2014, ove, dinanzi alla prospettazione del giudice *a quo* circa l'illegittimità di alcune disposizioni legislative in quanto contenute in leggi «approvate da un Parlamento di cui risulta dubbia la legalità ovvero la legittimità costituzionale della sua investitura», si ribadisce seccamente di aver già chiarito che la decisione di annullamento delle norme censurate, «avendo modificato in parte qua la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere»; e che «essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati

mizzazione dell'impatto istituzionale dei propri *decisa* – preoccupata di evitare al giudice costituzionale pronunciamenti idonei a direttamente turbare le dinamiche della forma di governo – è quello che ha a lungo caratterizzato la giurisprudenza costituzionale in tema di sindacabilità del vizio formale degli atti legislativi, specialmente con riferimento al controllo relativo ai vizi propri del decreto-legge. Atteggiamento, per un lungo arco temporale, a dir poco corrivo, che aveva trasformato il decreto-legge come una sorta di atto inespugnabile, il cui abbandono, a partire da metà degli anni novanta dello scorso secolo, va essenzialmente ascritto all'insopportabile livello di abuso raggiunto dalla prassi, tale da non poter consentire oltre il perdurare dell'insanzionabilità<sup>18</sup>. Si trattò, ad ogni modo, di un abbandono assai prudente, per non pochi anni solo annunziato e poi condotto a lineare conseguenza sia pur con significative clausole prudenziali (*i. e.* l'evidente violazione)<sup>19</sup>.

dal Parlamento eletto», e neppure gli «atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali».

<sup>18</sup> Il riferimento essenziale è alla celebre sentenza n. 29 del 1995, in cui la Corte costituzionale, confutando la tesi a lungo patrocinata della c.d. “novazione della fonte”, in forza della quale l'avvenuta conversione del decreto-legge sanava i vizi propri del decreto, rendendoli non più sindacabili, affermò per la prima volta la propria competenza a sindacare i vizi propri del decreto anche a conversione avvenuta, trasformandoli in vizi *in procedendo* della legge di conversione.

<sup>19</sup> Come già asserito nell'appena rammentata pronuncia del 1995 e poi confermato nella prima storica sentenza di incostituzionalità di un decreto-legge/legge di conversione per violazione dei presupposti *ex art.* 77 cpv. Cost. (sent. n. 171 del 2007), il controllo della Corte non può estendersi oltre l'accertamento dell'evidente mancanza dei medesimi presupposti, onde evitare che il riscontro operato da giudice di costituzionalità non si sovrapponga alla giudizio iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione, e si mantenga così a distanza da valutazioni di carattere politico.

Si noti incidentalmente che analoga clausola prudenziale ritroviamo ora anche in sede di conflitto d'attribuzione fra poteri dello Stato, eretto a possibile sede alternativa al giudizio di legittimità costituzionale per il sindacato sul vizio formale di legge, specie in seguito al recente espresso riconoscimento della legittimazione attiva del singolo parlamentare a tutela delle prerogative a lui spettanti in base alla Costituzione – ivi comprese, per quanto qui più direttamente rileva, quelle riguardanti il «potere di iniziativa, testualmente attribuito “a ciascun membro delle Camere” dall'art. 71, primo comma, Cost., comprensivo del potere di proporre emendamenti, esercitabile tanto in commissione che in assemblea (art. 72 Cost.)», da considerarsi «diverse e distinte da quelle che gli spettano in quanto componente dell'assemblea» (Corte cost., ord. n. 17 del 2019). Quel riconoscimento è stato infatti accompagnato dalla significativa precisazione che il sindacato della Corte come giudice dei conflitti deve «essere rigorosamente circoscritto ai vizi che determinano *violazioni manifeste* delle prerogative costituzionali dei parlamentari» (*ivi, corsivo mio*). Limitazione che ha sin qui determinato invariabilmente causato l'inammissibilità di tutti i conflitti promossi da singoli parlamentari (v. ordd. nn. 274 e 275 del 2019 e 60 del 2020).

Per contro, va pure rilevata una certa tendenza della giurisprudenza della Corte a riacquistare al novero dei vizi di legittimità costituzionale della legge quei profili estremi del vizio di forma – che, in regime statutario, ne costituivano, come detto, l'*ubi consistam* – il cui radicarsi sul piano dell'invalidità-nullità della legge determinava estraneità rispetto alla figura dell'illegittimità costituzionale, almeno per come configurata dall'art. 136 della Costituzione<sup>20</sup>, collocando quindi il sindacato sulla legge "parvente" fuori dall'uscio di Palazzo della Consulta per consegnarlo all'accertamento in forma diffusa ad opera della giurisdizione comune<sup>21</sup>. Tanto che, anche in ipotesi tradizionalmente indicate come tipiche, quale ad esempio l'approvazione di una legge in testi divergenti da parte delle due Camere, la qualificazione in termini di nullità del vizio relativo è stata revocata in dubbio o quantomeno la competenza della Corte ad operare lo scrutinio asserita<sup>22</sup>. Ed anche quando rifiutata, attraverso pronunce

<sup>20</sup> Uno degli argomenti principali per escludere la competenza della Corte essendo quello che si ricava dall'assegnazione a quest'ultima della competenza a valutare, *ex art. 134 Cost.*, la legittimità costituzionale delle "leggi", non degli atti che pur aspirandovi, in quella qualificazione non possono rientrare e dall'impossibilità di dichiarare l'incostituzionalità di leggi nulle, alla stregua dell'effetto di cessazione di efficacia che ne dovrebbe derivare *ex art. 136 Cost.* Sul tema v. di recente G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge*, Napoli 2012, 197 ss.

<sup>21</sup> Interpreta il fenomeno come diretta conseguenza dell'affermarsi di un sindacato accentrato di legittimità costituzionale della legge, A.A. CERVATI, *Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova 1985, II, 193, il quale ricorda, in proposito, la significativa parabola del pensiero di Carlo Esposito che, strenuo assertore della tesi della nullità delle leggi incostituzionali in epoca statutaria, così come della insindacabilità della legge per vizi di forma anche in regime di costituzione rigida, perviene tuttavia ad affermare la competenza della Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge in ipotesi di divergenza del testo promulgato da quello approvato (v. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1959, 624 in nt. [13]).

<sup>22</sup> Si tratta dei casi rammentati *supra* in nt. (16). Accanto ad essi si può far menzione della sentenza n. 361 del 2010, dichiarativa oltre che dell'estinzione di un giudizio in via principale, dell'inammissibilità di un conflitto di attribuzioni intersoggettivo – ambo promossi dal Governo nei confronti della Regione Calabria con due ricorsi aventi riguardo una (pretesa) legge regionale adottata dal Presidente della regione in qualità di Commissario *ad acta* ed i relativi atti di promulgazione e pubblicazione – per inidoneità lesiva degli atti impugnati, posto che si era in presenza di «una mera parvenza di legge, priva dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuta atto legislativo, e pertanto insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere (sentenza n. 152 del 1982)», trattandosi di atto «approvato non già dal Consiglio regionale, cui l'art. 121 Cost. demanda l'esercizio delle potestà legislative attribuite alla Regione, ma da altro organo del tutto privo di tale investitura» (punto 5 del *cons. in dir.*). Si osservi

di inammissibilità, la chiamata in causa della Corte da parte dei giudici ha comunque rappresentato un segnale di accreditamento della tendenza alla riunificazione del regime dell'invalidità formale della legge, sia in senso debole che in senso forte<sup>23</sup>, sotto la comune insegna dello scrutinio del giudice costituzionale<sup>24</sup>.

che, proprio in conseguenza della riconosciuta parvenza della legge in questione, la Corte ha potuto estendere il pronunciato oltre il chiesto che non contemplava una censura d'inesistenza, limitandosi ai profili di violazione degli artt. 117 e 118 Cost., ed il cui rispetto avrebbe altrimenti portato a considerare la legge in questione *semplicemente* invalida (a conferma della fondamentale «relatività del concetto di “nullità-inesistenza”»: la legge è esistente al fine di radicare la giurisdizione della Corte, viene però considerata nulla sotto il profilo del vincolo ai motivi d'impugnazione»: così A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 81 ed *ivi* il richiamo ad altri casi giurisprudenziali).

Parzialmente diverso il (meno bizzarro) caso oggetto della successiva decisione n. 123 del 2011, in cui la Corte ha dichiarato *tamquam non essent* due decreti adottati (ancora) dal Presidente della Regione Calabria in qualità di Commissario *ad acta*, che avevano inteso abrogare e poi sospendere la normativa legislativa impugnata (art. 32 l. reg. cal. n. 8 del 2010). In questa occasione, infatti, l'inesistenza degli atti in questione è affermata non sulla scorta della loro irricognoscibilità, cioè della non riconducibilità al tipo di appartenenza, ma della assurda pretesa, in quanto atti amministrativi, sia pur normativi, di volere abrogare o sospendere una legge (cfr. esattamente sul punto G. D'ALESSANDRO, *Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di “legge” e di “legge inesistente”*, in *Giur. cost.*, 2011, 1700).

Va, da ultimo, osservato il ricorso nella più recente giurisprudenza costituzionale in punto di sindacato su atti legislativi – sia per i decreti legislativi eccedenti la delega legislativa che per la decretazione d'urgenza affetta da disomogeneità, originaria o derivata che sia – della figura del vizio (di ascendenza amministrativistica) di carenza di potere, con la conseguente qualificazione di sostanziale nullità-inesistenza della disciplina affetta (cfr., ad esempio, rispettivamente sentt. nn. 5 e 32 del 2014). Qualificazione finalizzata, in questi casi, ad assicurare la reviviscenza della normativa penale (più severa) abrogata da quella impugnata (più mite), e che però non ha impedito alla Corte costituzionale di pervenire ad una declaratoria di incostituzionalità di quest'ultima, così da ridimensionare gli effetti di quella medesima evocazione al solo piano della dinamica di riproduzione del diritto oggettivo nel tempo piuttosto che su quello propriamente della qualificazione del vizio (per un'analogia notazione v., ad esempio, A. CERRI, *Giustizia*, cit., 81. Puntuali rilievi critici sul punto, con specifico riferimento alla decisione del 2014, possono leggersi in D. NOCILLA, *“Inesistenza” della legge di conversione?*, in *Giur. cost.*, 2014, 715).

<sup>23</sup> Uso qui terminologia ed ordine concettuale di F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XLVI, 1993, *passim*.

<sup>24</sup> Bisogna peraltro tener conto del fatto che alla decisione di inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale, in quanto avente ad oggetto una legge nulla-inesistente, sarebbe in realtà possibile riconoscere un'efficacia generale, ancorché di natura assai diversa da quella positivamente ascritta ad una decisione di accoglimento. Essa, infatti, avendo natura di pronuncia di mero accertamento, con portata esclusivamente dichiarativa del vizio di nullità della legge, produrrebbe l'effetto di restaurare, pienamente e senza più ragionevoli dubbi, il dovere di non applicazione della legge nulla, non potendo più essere assunta a giustificazione dal giudice che operasse in senso contrario la parvenza



Insomma, sembrerebbe potersi concludere che, mentre in tema di sindacato sul vizio formale in versione estrema la Corte ha via via mostrato di recitare un ruolo improntato ad un maggiore protagonismo, dimostrando una buona capacità di superamento delle remore palesate in dottrina; le riluttanze del nostro giudice costituzionale sono chiaramente aumentate ove invece si è trattato di passare al vaglio vizi formali “ordinari”, anche in questo caso resistendo (ma in senso specularmente opposto) alle pressioni della dottrina.

### 3. *Il vizio formale di legge come vizio “elastico”*

Da quanto molto sommariamente indicato, quello del vizio formale di legge e del suo regime nel nostro sistema costituzionale appare come un itinerario abbastanza sconnesso<sup>25</sup>, che ci restituisce l’immagine di un vizio attraversato da fratture e fragilità, rappresentative di frizioni interne che paiono scuoterlo nel suo intimo<sup>26</sup>.

A questo proposito, va senz’altro tenuta in conto l’incombenza sul vizio formale e sul relativo accertamento dell’esigenza – in sé espressiva di generalissimi principi di economicità e conservazione e per questo largamente avvertita in tutti i settori dell’ordinamento, con riguardo ad una molteplicità di atti, sia pubblici che privati – di escludere che ad

ingannevole dell’atto, col conseguente ripristino del regime di responsabilità a carico di chiunque – giudice, amministratore, privato cittadino – vi presti ossequio.

<sup>25</sup> Significative delle resistenze generatesi nel sistema le espressioni, contenute in recenti ordinanze di remissione della magistratura amministrativa, circa la possibilità di ritenere – a più di quindici anni dalla sentenza n. 171 del 2007 e a quasi venticinque dalla sentenza n. 29 del 1995 – «meritevole di positiva considerazione anche la tesi (seguita, specie in passato, dalla Corte costituzionale) secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l’effetto di sanare – sia pure solo *ex nunc*, e non già *ex tunc* – l’eventuale assenza dei presupposti per la decretazione d’urgenza» (cfr. Tar Lecce, ord. 16 aprile 2019 che ha dato luogo alla sentenza n. 149 del 2020; ma analogamente anche il Consiglio di Stato nell’ordinanza di remissione n. 33 del 2017 che ha portato alla sentenza n. 99 del 2018). Non meno significativo, poi, il silenzio serbato in proposito dalla Corte costituzionale nelle corrispondenti pronunce. Puntuali considerazioni in D. CHINNI, *La probatio diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos*, 2/2020, 7 ss.

<sup>26</sup> Esempiate da ricostruzioni che offrono rappresentazioni che oscillano fra gli estremi della somma gravità a quello della irrilevanza, della sanzionabilità o insanzionabilità, con una pluralità di soluzioni intermedie che sembra nel complesso esibire percezioni molteplici circa il peso da riconoscere alla difformità quanto a forma.

ogni imperfezione formale di un atto corrisponda la sanzione della sua invalidità<sup>27</sup>.

S'è parlato, a riguardo, di *qualitas* della elasticità, recentemente definita come l'«aspetto che, più di ogni altro, caratterizza [il vizio formale. *N.d.r.*] rispetto alle altre cause di incostituzionalità»<sup>28</sup> della legge, volendo per l'appunto così designare quella particolare condizione per cui, con riguardo al vizio formale-procedimentale, «la sussistenza di una difformità rispetto ad una norma regolativa non ingenera automaticamente ed invariabilmente una fattispecie di invalidità tale da inficiare l'atto finale».<sup>29</sup>

Non è mancato, peraltro, chi ha ritenuto di far risalire il tutto alla stessa duplicità (o ambivalenza) che la parola forma conosce già nella sua radice latina che, traducendo il termine greco εἶδος, ne ha importato il doppio significato di «aspetto esteriore visibile o sensibile e aspetto costante comune generale che una classe di cose mostra nella sue varie apparizioni»<sup>30</sup>. Tanto da poterne inferire una sovrapposizione di senso impressa sulla nozione di vizio formale che «dietro un'apparente unitarietà nasconde realtà disomogenee, quanto alla loro struttura e quanto al trattamento ad esse riservato dall'ordinamento»<sup>31</sup>. Sovrapposizione cui, peraltro, parrebbe corrispondere una duplice sensibilità nel maneggiar la forma da parte dei giuristi e dei filosofi: i primi attratti dalla sua funzione di strumento di esternazione-percezione di un voluto, i secondi, invece, più inclini a leggersi un ruolo universalizzante di luogo sintetico, ordinativo dell'esperienza, identificativo degli elementi riconducibili ad un tipo unitario, con l'importante variante di farne, nell'accezione gnoseologica

<sup>27</sup> A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano 1993, 1129 e ss.

<sup>28</sup> P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale*, cit., 138.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Così A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, 77. Sulla doppia accezione in questione, v. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 19 ss.

Sulla intima duplicità (*recte* ambiguità) delle nozioni di forma e formalismo v. pure, come noto, A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. del dir.*, XVII, 1968, 1012-1013, secondo cui «è condannato all'insuccesso ogni tentativo di stabilire quale sia il significato "proprio" (cioè rigorosamente univoco), tra i molti in cui è stata usata l'espressione in esame, sì che gli altri debbano ritenersi, in varie guise, semplici "traslati"».

Per una recente rilettura del rapporto fra forma e formalismo nella riflessione giuridica, con specifico riferimento al tema della validità degli atti, v., con prospettiva diversa, F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 21 ss. e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 13 ss.

<sup>31</sup> F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, cit., 27.



kantiana, piuttosto che una dimensione del reale, un *a priori* dell'intelletto<sup>32</sup>. Forma come concetto, funzionale ad assicurare la conoscibilità del reale mediante processi di universalizzazione generalizzante idonei a fornire a quel reale un ordine di cui sarebbe altrimenti privo<sup>33</sup>, attraverso la formulazione di ciò che può dirsi "modello", il cui significato corrisponde a «"schema", "classe", "tipo", "genere" (e l'elenco non è completo)»<sup>34</sup>.

Invero, chi scrive vanta qualche riserva circa una simile rappresentazione e peculiarmente sulla spartizione di campo, fra filosofi e giuristi, che se ne vorrebbe trarre<sup>35</sup>. Ad ogni buon conto, quel che interessa mag-

<sup>32</sup> «I filosofi hanno messo piuttosto l'accento sul secondo senso o gruppo di sensi e quindi per essa formalità si richiama a generalità. Invece l'uso comune ha conservato piuttosto l'altro senso, della forma come aspetto esteriore o figura esterna delle cose [...] cui] si rifanno i giuristi, dapprima nell'antichità e nel Medioevo [...] ma poi, sempre più liberamente, nell'età moderna, con la fondazione di una scienza del diritto autonoma e di una autonoma dogmatica e teoria generale» (A. FALZEA, *op e loc. ultt. citt.*).

<sup>33</sup> Viene in mente qui una celebre litografia di M.C. Escher (*Ordine e caos*, 1950), al cui centro è collocato un cristallo che, riflettendo il totale disordine dell'ambiente intorno a sé, offre di quel disordine una rappresentazione incredibilmente ordinata, come a dire che il pregio del reale spesso si coglie ed anzi si compie solo nello sguardo dell'osservatore che, come il geometrico cristallo, riflettendo una realtà in sé priva di senso, la ricompone e la compagina, offrendo così ordine ad una caotica apparenza.

<sup>34</sup> «Ma uniformità e conformità di più elementi ad un modello implicano, anzitutto, l'identità, ben inteso limitata di ciascuno di essi al modello, e per ciò stesso tra loro, mentre, singolarmente presi, si presentano differenti l'uno dall'altro. La riduzione delle differenze tra vari elementi ad una identità tra essi, come identità relativa e parziale, determina una "forma" con un suo "contenuto" (senza il quale si dirà "vuota", mera parvenza)» (A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, cit., 1013).

<sup>35</sup> Analoghe riserve sono state espresse, a riguardo, da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 26, il quale afferma esservi «una distanza tra un uso giuridico, uso filosofico e uso comune del termine [...] minore di quanto normalmente si ritenga», il quale peraltro riporta la stessa definizione di Angelo Falzea della forma «quale aspetto esteriore sensibile attraverso cui un fenomeno giuridico complesso [...] si manifesta all'esterno [...] rendendosi] intellegibile» (A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 78).

Senza qui impegnarsi in una discettazione sul rapporto fra diritto e forma o sul dibattito fra formalismo, positivismo, antiformalismo che ne fa corona, basti qui por mente (senza neppure fare troppa strada) alla *querelle* sul vizio di forma come attentato all'essenza-riconoscibilità dell'atto e come imperfezione morfologica, che percorre le teoriche sulla nullità-inesistenza e sulla invalidità-annullabilità della legge. Così come, del resto, vien da pensare alla stessa articolazione per tipi normativi che caratterizza la produzione del diritto oggettivo, la quale, prima ancora che ad assicurare forma e rappresentazione esterna al voluto del normatore, risponde all'esigenza di ricondurre il molteplice fluire normativo all'interno di strutture sistemiche variamente ordinate, mercé l'elaborazione, per lo più, di modelli formalmente definiti *a priori* che, sia nella loro tenuta, che paradossalmente nel loro sfrangiamento interno – giacché il concetto stesso di de-tipizzazione (o a-tipizzazione) si può concettualmente affermare solo se, ed in quanto, un tipo cui fare riferimento vi sia, così che proprio la presa di distanza è asseribile, altresì, come riaffer-

giormente in questa sede è – come si diceva – l’operazione volta a far leva su quella dicotomia per distinguere una invalidità *statica* «direttamente connessa alla accezione [...] di forma esteriore [in cui] l’attributo *formale* indica l’elemento costitutivo della fattispecie giuridica investita dalla violazione, cioè difforme rispetto al suo astratto modello legale» e una invalidità *dinamica* che «si connette all’accezione [...] di *forma* come aspetto universalizzante che serve a distinguere il giuridico dal non giuridico», il cui difetto «determina o non determina l’ordinamento a reagire»<sup>36</sup>. Ciò al fine di prefigurare nell’ordinamento un atteggiamento, circa la rilevazione del vizio, che, emancipato dal giusformalismo di matrice statica, risulti ispirato ad una concezione assiologico-reale «che riconosce il diritto come sistema di valori positivamente validi in una comunità socio-culturale» e assegna al vizio formale (dinamico) la veste di «difformità irrilevante in senso antigiuridico e, come tale, non adeguata a giustificare la reazione dell’ordinamento»<sup>37</sup>, in quanto sia dato registrare una situazione tale da mantenere l’atto imperfetto «in *sostanziale* conformità rispetto allo scopo della norma violata»<sup>38</sup>.

Insomma, non un accertamento della invalidità operato attraverso il solo raccordo fra l’atto e il suo paradigma, bensì più decisamente indirizzato verso una prospettiva teleologica, volta a verificare se l’imperfezione formale abbia o meno inciso, per riprendere il linguaggio hartiano, sul nucleo centrale «definito ed univoco» della norma-modello o sulla «circostante zona di penombra dal significato più incerto ed equivoco»<sup>39</sup>. Ne risulterà che nella valutazione dell’operatore giuridico, onde comprendere la portata dello scostamento fra fattispecie e paradigma normativo, bisognerà procedere ad una comparazione «degli interessi sostanziali e dei valori (di garanzia e di funzionalità) concretamente coinvolti nella vicenda, sui quali l’interprete dovrà operare una scelta, anche transattiva»<sup>40</sup>.

Il vizio formale, quindi, come vizio tipicamente elastico, in grado di

mazione del modello da cui ci si intende distanziare, così confermandone *quodammodo* la funzione – mantengono logicamente la loro funzione di unificazione-ordinazione del reale giuridico-normativo.

<sup>36</sup> F. LUCIANI, *Il vizio formale*, cit., 29.

<sup>37</sup> *Ivi*, 120.

<sup>38</sup> Tale «cioè, secondo una valutazione astratta ed a priori, da non alterare la qualità della determinazione finale dell’agente, (il rapporto tra impatto e scopo della norma), e quindi tale da rendere ininfluenza sui risultati dell’azione la rinnovazione del medesimo atto, o addirittura dell’intera fattispecie» (*ivi*, 190, *corsivo nel testo*).

<sup>39</sup> *Ivi*, 311.

<sup>40</sup> *Ivi*, 312.

evitare che l'imperfezione formale in sé imponga una medesima modalità reattiva sull'atto che la presenta.

#### 4. *I tentativi di dequalificazione*

Su questa scia si è innestato un processo svalutativo che, prima ancora che sull'esigenze limitative che inducono alla non sanzionabilità dell'anomalia formale, si dirige allo statuto stesso del vizio, dequalificandolo. Si potrebbe parlare, facendo leva su di una espressione nota, di *sterilizzazione* della devianza formale<sup>41</sup> nella prospettiva di una più radicale *sterilizzazione* del vizio, oppure anche – con formula largamente in uso presso la scienza amministrativistica – di “dequotazione” del vizio medesimo. Processo, quest'ultimo<sup>42</sup>, che se però – per l'atto amministrativo – ha avuto, al pari del dibattito sul vizio di nullità<sup>43</sup>, un significativo stimolo e un avallo dalle riforme legislative degli ultimi decenni, oltre che negli orientamenti della giurisprudenza<sup>44</sup>, per quanto riguarda la legge sembra

<sup>41</sup> Il richiamo qui è allo studio di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 132 ss. e 281 ss. e all'evocazione luhmanniana dell'idea dell'illegalità praticabile con riferimenti a quei comportamenti devianti che, pur ledendo le attese formali, possono tuttavia tornare utili da un punto di vista sistemico nella misura in cui il distanziamento dalle regole, oltre a provocare un possibile contraccolpo in termini di rafforzamento del valore del rispetto delle regole nella generalità dei consociati, può rispondere a certe condizioni all'esigenza di preservare interessi rilevanti, creando spazi di autonomia e margini di adattamento all'ambiente nel suo mutamento dinamico (cfr. N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlino 1999, 304, V, cap. 1.3).

<sup>42</sup> Anzi, per usare il lessico di A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli 2007, 217, si potrebbe parlare di un «movimento, sia dottrinario che giurisprudenziale» che, per scongiurare l'eccesso di occasioni di invalidazione formale che la nuova disciplina sul procedimento amministrativo avrebbe generato, si indirizzò «a “dequotare” la portata invalidante dei difetti di procedura».

<sup>43</sup> V. in proposito riassuntivamente V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli 2017, 577 ss.

<sup>44</sup> La diffusa crescita specie nella dottrina amministrativistica (ma anche nella prassi giurisprudenziale) – determinatasi soprattutto a valle dell'approvazione della legge n. 241 del 1990 in forza della preoccupazione per un possibile aumento esponenziale delle occasioni di annullamento per ragioni formali – di un sentimento di «avversione e [...] insofferenza per i vizi formali del provvedimento, la cui caducazione in sede giurisdizionale – ove causata da essi soltanto – viene sempre più frequentemente avvertita in termini di intollerabile costo sociale» è sottolineata, ad esempio, da A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993, 2. Si sa poi che proprio

invece rimasto prevalentemente a livello di riflessione dottrinarina, forse alimentata dalla polemica antiformalista e antipositivista che ha attraversato il dibattito giuridico del novecento<sup>45</sup>.

Sembra quasi delinearci un singolare itinerario di inversione della percezione della gravità del *vulnus* formale, la cui parabola, dall'originario statuto di violazione "massima" in grado di revocar in dubbio la stessa esistenza dell'atto (o, comunque, di vizio protagonista del sindacato di costituzionalità delle leggi<sup>46</sup>), se non addirittura "unica", come nella concezione panformalista di Kelsen, sembra oggi approdare verso l'estremo opposto di una ben più modesta concezione di vizio recessivo e persino gregario rispetto alla violazione sostanziale<sup>47</sup>.

Ma andiamo con ordine.

Un primo aspetto riguarda, la proposta rivisitazione critica del vizio formale fondata sulla enfattizzazione del suo ancoramento temporale<sup>48</sup> e

una simile tendenza troverà il suo sbocco positivo nell'approvazione della legge n. 15 del 2005, il cui art. 21 *octies*, come noto, recependo scelte già operate in altri ordinamenti, esclude l'annullamento del provvedimento viziato per forma, ogniqualvolta «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (per una descrizione della parabola del fenomeno della de-quotazione del vizio formale come fattispecie non invalidante e delle sue concrete forme espressive v., ad esempio, F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino 2009, spec. 27 ss.).

<sup>45</sup> Ne offre oggi un quadro articolato e culturalmente stimolante ancora S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 13 ss.

<sup>46</sup> V. *supra* in nt. (14).

<sup>47</sup> Così che, si potrebbe anche dire che la prospettiva monopolistica abbracciata da Kelsen parrebbe tendenzialmente riproporsi, ma in senso specularmente opposto rispetto a quanto prefigurato dal maestro praghese, in quanto orientata a lasciare come unico significativo protagonista della scena dei vizi della legge il vizio materiale: l'unico veramente meritevole di attirare su di sé la sanzione repressiva. Insomma, una inversione speculare di rotta nella comune logica dell'assorbimento (dal pan-formalismo al pan-sostanzialismo. Allude a questa eventualità, ad esempio, A. ROMANO TASSONE, *Contributo*, cit., 100 ss.).

<sup>48</sup> Proprio un tale aspetto ha indotto ad apparentare l'accertamento del vizio formale ad un'opera di investigazione in cui, «per esaminare se un atto normativo, qualunque esso sia, sia stato compiuto nei limiti e secondo i requisiti previsti dalla norma superiore, bisognerà svolgere una ricerca intorno alla persona che ha compiuto l'atto, al momento in cui l'ha compiuto, ecc.», di modo che il giurista «fa opera che si avvicina a quello dello storico». Questo, a differenza di quanto avviene laddove si tratti di valutare l'invalidità materiale, per cui invece il giurista «fa opera prevalentemente di logico, risolvendosi la sua dimostrazione

segnatamente sulla convinzione per cui il trascorrere del tempo dal momento del perpetrarsi della violazione finisca per attenuarne l'illiceità o, meglio, per mitigare il sentore della stessa. Tanto che, al progressivo allontanarsi da quel momento, la sua sanzione richiederebbe la compresenza del pregiudizio di un interesse sostantivo, in assenza del quale la resistenza al sindacato si farebbe particolarmente forte, specie laddove la norma recasse un contenuto apprezzabile rispetto a qualche valore sostanziale, magari di natura costituzionale<sup>49</sup>. Il che, peraltro, potrebbe far immaginare che, stante la prossimità temporale, la forma più adeguata di sindacato non possa che essere quella preventiva<sup>50</sup>.

Se ne ricava l'idea del vizio formale di legge come vizio "minore"<sup>51</sup> o di «serie B»<sup>52</sup>, marginalizzato perché fondamentalmente inautonomo, dinanzi al quale, laddove «non è in discussione la sostanza (sono i casi in cui leggi che costituzionalmente "vanno male" secondo la procedura

nello stabilire certe premesse da cui debbano necessariamente derivare certe conseguenze» (così, N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, 286. Di accertamento empirico e di raffronto non fra norma e norma, ma fra comportamento e norma parla pure R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino 1991, 123-125).

<sup>49</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, in AA.VV., *La delega legislativa*, Milano 2009, 320. Ma in termini non troppo diversi già G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro it.*, 1970, V, 28-29.

<sup>50</sup> La quale ha peraltro il pregio di consentire, «dopo l'annullamento della deliberazione parlamentare, alle camere di riapprovare la legge» (così A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, in *Osservatoriosullefonti*, 1/2014,16).

<sup>51</sup> Di una percezione avuta «nello studiare la giurisprudenza costituzionale [...] e che sicuramente meriterebbe di essere approfondita», circa il fatto che il «problema non solo di tipo quantitativo, ma anche di livello qualitativo che interessa le questioni poste in via incidentale con riguardo ai vizi formali della decretazione d'urgenza» sia «probabilmente legata alla tendenza da parte dei giudici a considerare il vizio formale come difetto di minor rilievo» ha parlato di recente M. RUOTOLO, *Sui vizi formali del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Osservatoriosullefonti*, n. 3/2018,13 in nt. (43). Di una ritrosia della pratica giurisprudenziale (non solo costituzionale) ad emanciparsi dalla percezione del «vizio formale [...] in termini di minorità rispetto al vizio sostanziale», in una più ampia riflessione torna questo A. a dire, da ultimo, in *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo*, § 4, in corso di pubblicazione sulla Rivista *Quaderni costituzionali*.

<sup>52</sup> A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo tra forma di Governo e forma di Stato*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino 2011, 515. Un cenno, in tal senso, anche in N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Astrid-online.it/rassegna*, n. 4/2012, 27.

“vanno bene” secondo il contenuto), la dichiarazione d’incostituzionalità non pare giustificata»<sup>53</sup>.

Del resto, ad accreditare una simile impostazione – si osserva – è anche l’imbarazzo in cui versa la Corte costituzionale di fronte all’allegazione di un vizio procedurale, che affligge «una norma che, di per sé (*i. e.* per il suo contenuto), può essere pienamente legittima, ma che reca l’ipoteca data dalle modalità che hanno presieduto alla sua formulazione [rispetto alla quale...] non sussiste l’urgenza di rimuovere la norma dall’ordinamento, ma solo la necessità di reagire alla “pratica” che ne è stata alla base»<sup>54</sup>. Ciò che sarebbe comprovato dal fatto che «nessuna legge (a differenza degli atti con forza di legge) è stata finora dichiarata incostituzionale per questa ragione»<sup>55</sup>.

Insomma, il logorante stridore interno e la scarsa offensività farebbero della repressione del vizio formale di legge per l’ordinamento un’operazione in sé “vuota di (o a basso) interesse”<sup>56</sup>.

Non solo, la richiesta convergenza di interessi sostantivi, necessaria a sorreggere lo scrutinio per vizio di forma, schiude la strada anche ad un ripensamento complessivo della teorica dei limiti al sindacato sui vizi procedurali della legge formale, elaborato in chiave esclusivamente gerarchico-formale dalla giurisprudenza costituzionale sin a partire dalla già richiamata sentenza n. 9 del 1959, portando alla sostituzione della tradizionale distinzione parametrica – fra violazioni delle norme sul procedimento legislativo fissate in Costituzione (sanzionabili) e violazione delle norme dei regolamenti parlamentari (non sanzionabili) – con un cri-

<sup>53</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, I, cit., 211, tanto da far sì che l’eliminazione di norme per vizio formale o «avviene in casi di nessuna o scarsa importanza» o quando «dietro il vizio formale non è difficile scorgere un vizio sostanziale che viene colpito indirettamente, tramite una pronuncia sulla competenza» (G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni*, cit., 320). Di vizio che «agisce come una *bomba a grappolo*, in cui l’incostituzionalità dell’atto-fonte si trasmette, come in una reazione a catena, a tutte le norme approvate che spesso sono numerosissime, molto rilevanti [...] ed in alcuni casi, di per sé necessarie ed apprezzabili quanto a contenuto», parla a riguardo A. SIMONCINI, *Le fonti*, cit. 16, riferendo l’espressione “bomba a grappolo” a Marta Cartabia.

<sup>54</sup> P. PASSAGLIA, *L’invalidità procedurale*, cit., 147.

<sup>55</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. e loc. ultt. citt.* Ciò che finisce per caratterizzare il controllo di legittimità costituzionale sui vizi formali come un sindacato caratterizzato da «debolezza *intrinseca*, per dir così *ontologica*» (A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del Governo*, cit., 515).

<sup>56</sup> In termini di approccio di tipo “realistico” si esprime, a riguardo, A. SIMONCINI, *op. e loc. ultt. citt.*

terio «in astratto più idoneo»<sup>57</sup>, rispondente ad una concezione di marca sostanzialistica del procedimento legislativo<sup>58</sup>. Quello, cioè, per cui si dovrebbe piuttosto far leva sulla «presenza di concreti interessi delle forze parlamentari, per la protezione dei cui diritti di partecipazione nel procedimento legislativo le norme regolamentari sono dettate»<sup>59</sup>. Di modo che, quando «il vizio formale nasce dall'effettiva lesione di tali diritti, vi dovrebbe essere vizio insanabile; quando, invece, il rispetto delle norme regolamentari avvenisse senza pregiudizio o, addirittura, con il consenso degli interessati, il vizio sarebbe in certo senso neutralizzato, o sanato, dall'acquiescenza»<sup>60</sup>.

Si tratta di una posizione che, per l'autorevolezza della dottrina che ne è ispiratrice e per la specificità dell'approccio (direi meglio: la valenza culturale che la caratterizza), oltre che per una certa sintonia possibile con atteggiamenti emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, merita una particolare attenzione.

## 5. Segue. *Rilievi critici*

Mi sono interrogato sulle ragioni e sulla logica complessiva che anima la tesi in esame. Pur riconoscendole ricchezza di spunti di interesse e significativi tratti di realismo, assieme ad un sincero afflato antiformalista, non ne sono tuttavia rimasto persuaso, non parendomi convincente, al di

<sup>57</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, I, cit., 212.

<sup>58</sup> In cui l'accento non cade più «sulla struttura del procedimento e sul momento in cui il vizio si verifica, ma propriamente sulla circostanza che l'irregolarità abbia o meno «determinato una lesione degli interessi delle parti politiche»» (P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale*, cit., 142).

<sup>59</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *op. loc. ultt. citt.*

<sup>60</sup> *Ibidem*. Discorre di autogaranza delle regole sul procedimento legislativo, assegnata alle forze politico-parlamentari sulla scorta di una regola non scritta di natura convenzionale, «manifestazione, sul piano delle procedure parlamentari, del peculiare ruolo assunto dai partiti politici» nel regime costituzionale repubblicano ed erede della regola consuetudinaria di epoca statutaria «che consentiva alle Camere pre-repubblicane di disporre liberamente delle regole del procedimento legislativo», M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in AA. vv., *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli 2011, 4-5, la quale tuttavia ritiene che essa sia stata *quodammodo* travolta dalla svolta maggioritaria innescata dal referendum elettorale del 1993 che, avendo come «obiettivo [...] la riduzione degli spazi d'azione dei partiti» avrebbe finito per investire anche l'«autogaranza delle forze politico-parlamentari con riguardo alle regole costituzionali dell'attività parlamentare» (*ivi*, 21).



là di tutto, la ricostruzione in sé del vizio formale che viene operata e la strategia marginalizzante che ne consegue<sup>61</sup>.

Provo ad esporne le ragioni.

Una prima osservazione riguarda il fatto che, se è vero che il vizio formale è storicamente ancorato nel suo inverarsi, nondimeno non si può tralasciare la sua rilevante dimensione prospettica, data dalla tendenza che il fatto-vizio ha, in questo caso, di trasformarsi in prassi viziosa, per l'attitudine mostrata nel costituirsi come precedente (negativo)<sup>62</sup>. Ridurre il vizio formale alla sua radice fattuale, in qualità di semplice effetto del comportamento illegittimo del legislatore "storicamente situato", significa a mio giudizio accreditare una lettura parziale del fatto stesso della violazione perpetrata il quale, accanto a quella dimensione statica presenta anche una evidente idoneità proiettiva che, ove non considerata, rischia di offrire una visione tecnicamente miope, capace cioè di cogliere il fatto-viziante nella sua istantaneità sincronica, ma non di guardare più lontano ai suoi riflessi futuri. E questo, non solo per la tendenza del vizio formale a riapparire e riproporsi (come in filigrana) tutte le volte in cui viene applicata la disciplina adottata in violazione della norma sulla normazione, ma anche e soprattutto per la propensione dello stesso a riprodursi ogni qual volta venga in considerazione la medesima norma sulla normazione originariamente disattesa<sup>63</sup>, col conseguente effetto di indebolimento della sua (*i. e.* della norma) capacità prescrittiva che ne consegue. La disattenzione (non sanzionata) va vista, infatti, più ancora che in relazione al processo normo-riproduttivo in cui quella disattenzione si è concretamente prodotta, nei riguardi dei processi venturi che la norma disattesa è chiamata a regolare.

Si potrebbe quindi osservare che la repressione del vizio formale finisce per esser contrassegnata da una tensione fortemente dinamica e prospettica, espressione di un sindacato proteso a garantire più che l'ordinamento e il diritto oggettivo nel loro assetto attuale, gli stessi nella

<sup>61</sup> Mi è capitato di pronunciarmi sul punto in P. CARNEVALE, *La legislazione parlamentare e l'attività consultiva del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it. – Focus-Fonti del diritto*, 3/2017, 11 ss.

<sup>62</sup> Così che il vizio formale sembrerebbe presentare il connotato della *serialità* e il carattere *incrementale*.

<sup>63</sup> Così esattamente E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale: vecchie questioni e nuovi profili problematici*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo*, cit., 64. Rilievo, da ultimo, ripreso da M. RUOTOLO, *I controlli esterni*, cit., § 4 che introduce il richiamo alla dottrina appena ricordata con un significativo "non vi è dubbio".



loro dimensione futura, ispirato – se così si può dire – ad un *dover essere* trasformato soprattutto in un *dovrà* (continuare ad) *essere*. Quindi, mi verrebbe da dire, è vizio, se non rilevato, a vocazione altamente diseducativa, stante la ulteriore virtù che in tal caso ha il sindacato: più che sanzionare l'atto formalmente imperfetto, addomesticare le prassi<sup>64</sup>.

Pertanto, la (pretesa) assenza di un interesse sostantivo che ne giustifichi la sanzione andrebbe bilanciata con la potenzialità corrosiva che nel sistema il vizio formale, ove non punito, è in grado di esibire.

Vicende quasi paradigmatiche, in questo senso, sono quelle riguardanti la (a lungo tollerata) prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza, cui s'è già fatto cenno, o la non meno abusiva pratica dell'endemico aggiramento della previsione costituzionale dell'approvazione articolo per articolo e con votazione finale *ex art. 72 Cost.* e delle esigenze sostantive ad essa sottese, mercé la combinata presentazione di un maxi-emendamento al testo di un progetto di legge in corso di approvazione e della questione di fiducia, il cui dilagare nelle nostre aule parlamentari trova (anche) nell'assenza di interventi sanzionatori adeguati una delle sue ragioni di persistenza<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Come è stato detto assai bene, quando «il giudizio di costituzionalità concerne un abuso di cui la singola norma impugnata costituisce soltanto l'ultima estrinsecazione, l'oggetto è solo in via immediata e in senso formale costituito da quella singola norma, poiché la Corte non può non mettere nel conto il comportamento normativo fraudolento che da essa traspare». Ciò che fa della decisione della Corte uno strumento finalizzato ad evitare che si perpetui attraverso «la futura ripetizione in via di applicazione automatica» (così C. PINELLI, *La regola della novità di contenuto come rimedio all'esercizio fraudolento di potestà normativa*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 129). A questo proposito, evoca il principio dell'*unum castigabis, centum emendabis* (che nella storia recente, anche nostrana, ha avuto sinistre declinazioni), G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2019, 148.

Del resto, come ci è capitato di osservare, è proprio il «sindacato sulla prassi [che] offre alla Corte costituzionale una straordinaria occasione per evidenziare, enfatizzandolo, il suo ruolo di custode della costituzionalità dell'ordinamento inteso come un tutto, prima ancora (e più ancora) che di giudice di casi di cui si prefigura la non conformità a Costituzione, di singolari deviazioni dal principio di legittimità costituzionale ascrivibili ad atti o fatti individuali» (P. CARNEVALE, *A Corte così fan tutti*, cit., 74).

<sup>65</sup> Sul punto si veda l'attenta e completa analisi di G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli 2018 *passim*. Peraltro, proprio quest'ultima vicenda mostra in maniera plastica ed evidente quell'intraccio fra staticità e proiettività del vizio di cui si sta dicendo, stante l'effetto che il vizio procedimentale è in grado di produrre – attraverso la trasformazione dell'originario articolato in un articolo unico con una molteplicità di commi – sulla futura leggibilità del testo con un esito riflesso perdurante nel tempo della semplice violazione formale perpe-

Senonché, questo è davvero un punto cruciale del nostro discorso.

A ben guardare, infatti, non sta nella declassata qualità del *vulnus* formale e nella pretesa minorità rispetto a quello sostanziale, ma semmai proprio nella indicata sua plus-valenza – nei termini della vocazione all’affezione sistemica data dalla protensione all’essere, come il bene per la teologia medioevale, *diffusivum (et communicativum) sui* – il principale problema del sindacato esercitabile su di esso. È propriamente questa capacità del *vizio* a convertirsi in *viziosità* a far sì che quel che finisce sullo scrittoio del giudice delle leggi, in ipotesi di *quaestiones* relative ad atti legislativi formalmente viziati, possa non essere semplicemente l’atto denunciato, ma anche la prassi illegittima (magari consolidata) di cui quello è *quodammodo* frutto. Nel senso, cioè, che l’eventuale sanzione di incostituzionalità rispetto all’atto-oggetto del giudizio di costituzionalità potrebbe caricarsi di una evidente valenza eccedente, costituita dal recare con sé un esito riflesso di precarizzazione a più vasta scala della legislazione, innescando una sorta di potenziale effetto domino, la cui estensione (e conseguentemente la portata destabilizzante) sarebbe pari all’espansione ed al radicamento della prassi viziosa. Insomma, dinanzi alla Corte potrebbe porsi un tipico dilemma circa la maggiore incostituzionalità dell’incostituzionalità, cui solo limitatamente potrebbe ovviarsi con il ricorso a tecniche decisionali temporalmente modulate<sup>66</sup>, dovendosi semmai preferire il ricorso a clausole prudenziali destinate ad elevare la soglia di sindacabilità del vizio<sup>67</sup>.

trata all’epoca dell’approvazione della legge. È sin troppo evidente come qui si passi dal procedimento al prodotto (sul punto si v. le condivisibili considerazioni di G. PISTORIO, *Maxi-emendamento*, cit., spec. 189 ss.).

<sup>66</sup> È quanto recentissimamente proposto da acuta dottrina che si chiede se il «pieno dispiegamento dell’efficacia retroattiva della decisione di accoglimento» sia un «esito davvero inevitabile» o non piuttosto suscettibile di essere messo in discussione laddove si «possa determinare una situazione di maggiore incostituzionalità» (M. RUOTOLO, *I controlli esterni*, cit., §4). Il precedente più noto è sicuramente quello della incostituzionalità, in buona misura, *pro futuro* pronunciata con la sentenza n. 360 del 1996 in tema di reiterazione della decretazione d’urgenza, che tuttavia vedeva la soluzione dell’irretroattività in questo caso accompagnata dalla presenza di due condizioni: la natura *ad tempus* del vizio da reiterazione, sanato dall’avvenuta conversione, e il carattere temporalmente limitato del procedimento di conversione, una volta denegata la possibilità della reiterazione, con la conseguenza di rendere praticabile la clausola di immunizzazione, lì utilizzata, per i procedimenti ancora in corso.

<sup>67</sup> Penso qui alle diverse ipotesi di *Evidenzkontrolle* riscontrate, ad esempio, nel sindacato sul vizio formale della carenza dei presupposti del decreto-legge o della disomogeneità contenutistica sempre in tema di decretazione d’urgenza, il cui ricorrere, se in generale nello scrutinio di costituzionalità può trovare prevalente motivazione nella

È insomma a questa formidabile questione di impatto ordinamentale della sanzione e non ad altro (*i. e.* scarsa offensività della violazione) che va, a nostro parere, ricondotto il discorso relativo alla problematicità (*i.e.* resistenza e riluttanza) del sindacato della Corte sul vizio formale di legge.

Ma non basta, la posizione qui criticata si espone, a nostro parere, ad un ulteriore rilievo critico. Essa, invero, non valuta adeguatamente il fatto che separare le esigenze “formali” dell’ordinato sviluppo della nomodinamica da quelle “sostanziali” della salvaguardia dei diritti individuali può rivelarsi operazione dagli esiti assai discutibili. Come, infatti, anche la giurisprudenza costituzionale non ha mancato più volte di rammentare<sup>68</sup>, dietro le une spesso si celano le altre e, come invece sottolineato in dottrina, la tutela della certezza del diritto va fatta valere non soltanto in relazione «alla doverosa chiarezza degli enunciati normativi, ma, a ben vedere, anche [con riguardo al]la legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti»<sup>69</sup>. Prova ne sia

necessità di ridurre il *quantum* di discrezionalità della valutazione laddove si tratti, per la Corte, di aggredire spazi politicamente sensibili (cfr. se vuoi P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero della come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Pisa 2017, 53), nei richiamati casi di sindacato sul vizio formale pare giustificarsi anche alla luce dell’esigenza di «evitare travolgimenti di discipline normative stratificatesi nel tempo e contenute in leggi di conversione di decreti-legge, spesso impiegati in situazioni nelle quali la sussistenza dei requisiti poteva dirsi quanto meno dubbia ancorché “non evidente”» (ancora M. RUOTOLO, *op e loc. ultt. citt.*).

<sup>68</sup> Esempiare il caso della celebre sentenza n. 171 del 2007, ove nel dichiarare per la prima volta l’incostituzionalità di un decreto-legge per carenza dei presupposti *ex art.* 77 Cost., la Corte osserva significativamente che nel ritenere che «nella disciplina costituzionale che regola l’emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) viene in primo piano il rapporto tra gli organi – sicché potrebbe ritenersi che, una volta intervenuto l’avallo del Parlamento con la conversione del decreto, non restino margini per ulteriori controlli – non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso» (punto 5 del *cons. in dir.*).

<sup>69</sup> V. A. PACE, *Le libertà individuali*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha sessant’anni: la qualità della vita sessant’anni dopo*, Napoli 2008, 96. Analogamente, sul punto, M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, cit., 844, la quale afferma essere incontestabile il nesso fra regole sulla produzione normativa e salvaguardia dei diritti individuali, chiedendosi retoricamente: «chi potrebbe negare che il principio di separazione dei poteri implica la riserva del potere legislativo alle Camere rappresentative, con precipue finalità di garanzia dei diritti di coloro che delle leggi sono destinatari?». Diritti – si aggiunge – che invece proprio in un «ambito [...] qual è tipicamente la disciplina delle fonti primarie [...] sono stati spesso messi tra parentesi».

proprio la “famigerata” prassi (appena richiamata) del ricorso al binomio maxi-emendamento-questione di fiducia, la quale, assieme alla perpetrata violazione della disciplina del procedimento legislativo, reca l’ulteriore conseguenza di produrre testi legislativi di difficile leggibilità, incidendo sulla qualità della legislazione e quindi sulla stessa certezza del diritto, così da negativamente riflettersi – com’è abbastanza evidente – anche sulla tutela dei diritti dei destinatari<sup>70</sup>. Insomma, non bisogna trascurare il nesso esistente tra rispetto delle regole sulla normazione, qualità della legislazione e salvaguardia dell’interesse dei singoli, misurando anche sotto quest’ultimo profilo il “costo dell’incertezza” producibile<sup>71</sup>.

Non solo, ad avvertire della specificità del vizio formale ai fini del presente discorso, vale forse la pena di richiamare, in chiusura, l’insegnamento dell’Esposito<sup>72</sup> che, per dar conto del particolare significato da assegnare alla violazione formale-procedimentale rispetto al vizio materiale (ed anzi addirittura per registrare una certa qual incommensurabilità fra l’una e l’altro) osservava magistralmente che la classe delle norme sulla normazione assai più della generale categoria di appartenenza – quella cioè delle norme *tout-court* – riposa sull’esigenza di una prassi conforme (una consuetudine applicativa, per dirla col chiaro A.), onde l’eventuale trasgressione assume un disvalore ben più profondo che per la norma comune. Mentre, infatti, le inottemperanze nei riguardi di quest’ultime «costituiscono illeciti che, quale ne sia la ripetizione, non implicano cessazione del vigore»<sup>73</sup> della norma violata, le violazioni perpetrate ai danni delle prime «seguite dall’evento cui tendeva l’intenzione del trasgressore (che era di creare “diritto” senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o un illecito, ma in creazione di diritto»<sup>74</sup>.

Per usare il lessico di una sensibile dottrina si potrebbe qui ribadire che dietro un problema di *certezza del diritto* si può ben celare una questione di *certezza dei diritti* (la formula è come noto ricorrentemente utilizzata da Antonio Ruggeri, per il quale v., ad esempio, più di recente A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, in *Consultaonline*, 1/2015, 38-39).

<sup>70</sup> Ancora G. PISTORIO, *op. e loc. ultt. citt.*

<sup>71</sup> Uso l’espressione di M.A. CABIDDU, *Il costo dell’incertezza*, in R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia 2011, 357. Sul nesso di cui nel testo v. ancora, per qualche recente considerazione d’insieme e per un’analisi della prassi, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli 2019, 107 ss.

<sup>72</sup> Il riferimento è in particolare a C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, IX, 1961, 456.

<sup>73</sup> *Ivi*, 465.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

Quanto, infine, all'idea che le norme sulla normazione e, in particolare, quelle che disciplinano il procedimento legislativo siano suscettibili di violazione sindacabile solo qualora quest'ultima abbia prodotto effetti lesivi degli interessi delle parti politiche che esse intendano far valere – facendo così di queste ultime le esclusive depositarie della sanzionabilità del vizio e del problema del rispetto delle procedure legislative una *political question*<sup>75</sup> – ci pare che essa generi più di una riserva. In disparte, però, qui i rilievi riguardanti l'utilizzo della figura dell'acquiescenza<sup>76</sup> e l'effetto di sostanziale emarginazione del giudizio di legittimità costituzionale come luogo di rilevazione del vizio a tutto vantaggio del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato<sup>77</sup>, quel che si vuole qui sottolineare è come essa finisca per produrre una sorta di sostituzione della garanzia della costituzionalità delle leggi con la logica del *nemine contradicente*<sup>78</sup>. E questo, senza darsi eccessiva preoccupazione del fatto che ben vi possono essere violazioni di regole procedurali perpetrate nel comune assenso delle forze politiche che tuttavia sono poste a presidio del buon funzionamento della forma di governo e di principi costituzionali che esulano dalla disponibilità degli attori politici<sup>79</sup>.

Ancora una volta il caso della prassi abusiva in tema di decretazione d'urgenza, non di rado proliferata nel generale consenso anche delle forze politiche, appare abbastanza eloquente. Si potrebbe forse dire – solo

<sup>75</sup> Per dirla con M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, cit., 27.

<sup>76</sup> Osservazioni critiche possono leggersi al riguardo in P. PASSAGLIA, *Il vizio procedurale*, cit., 143-144.

<sup>77</sup> Una volta reso permeabile ad iniziative promosse anche da singoli parlamentari (v. *infra*, in nt. [17]).

<sup>78</sup> In questo senso P. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid 1991, 138 ss., citato da R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamenta*, Milano 2015, 80-81, il quale sottolinea che questi, proprio sviluppando alcune suggestioni di Zagrebelsky, «ha individuato in questo meccanismo [*i. e.* nel principio del *nemine contradicente*. *N.d.r.*] una particolare forma di "acquiescenza" idonea a sanare i vizi del procedimento legislativo». Sennonché, quel che qui preme osservare è che nel nostro sistema, mentre quel principio sorregge e giustifica il carattere defettibile delle norme di autoproduzione camerale, non può tuttavia spiegare nessun effetto laddove quelle medesime norme «incidano sulle norme costituzionali sui procedimenti parlamentari» (A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna 1981, 33). Del resto, si potrebbe dire che, se quello parlamentare, in quanto diritto auto-prodotto, è «disponibile da parte di coloro cui si rivolge, perché è fatto nel loro interesse» (G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 156), nel passaggio dall'auto all'etero-produzione quella disponibilità si perde col perdersi della identificazione "produttori-destinatari" su cui si fonda.

<sup>79</sup> In questo senso anche P. PASSAGLIA, *L'invalidità procedurale*, cit., 142-143.

per fare un esempio – che l’approvazione di emendamenti di contenuto eterogeneo in sede di conversione di un decreto-legge, perché generalmente assentita, non produrrebbe un vizio formale sindacabile della legge di conversione?

## 6. *Una considerazione conclusiva*

Termino queste mie rapide considerazioni con una chiosa.

È noto ed assai radicato nella nostra dottrina e in giurisprudenza il convincimento che la forma legislativa debba essere necessariamente “costituzionalmente forgiata”, ricomprendendo in tale esigenza non solamente il fatto fondativo della potestà legislativa, vale a dire la sua ascrizione – in ossequio al principio del c.d. *numerus clausus* delle fonti primarie – ma anche l’intera operazione di configurazione della fonte. Tanto da arrivare ad affermare, con sintesi efficace, la regola “ferrea” per cui in materia «*ciò che non è costituzionalmente previsto è, in tesi, vietato*, nessun ambito materiale essendo lasciato dalla Carta privo di indicazioni circa la fonte competente a darne la regolazione»<sup>80</sup>. Con la conseguenza di escludere che la norma sulla normazione legislativa possa trovare un autonomo (*i. e.* privo di copertura costituzionale) fondamento al livello primario o al limite di consentirlo, ma al prezzo di perdere di capacità condizionante ed assumere al più attitudine direttiva.

In sostanza, si esclude che la norma che regola la produzione possa vantare una sua propria capacità condizionante, al netto del grado formale che la contrassegna.

A fronte di ciò, si registra tuttavia nella prassi un diffuso ricorso a forme di produzione legislativa regolate “al pari livello”. Vien qui da rammentare i casi noti di leggi volte a disciplinare il procedimento di produzione primaria, come la legge n. 400 del 1988, o a porre specifici limiti alla legislazione di settore, come la legge n. 212 del 2000, o a dettare per sé un particolare regime di modificazione, come le molteplici leggi approvate in questi anni che recano limiti alla propria abrogazione, o ancora a regolare processi di razionalizzazione del sistema normativo, come le leggi volte a definire politiche sulla qualità della legislazione o, in generale, le diverse ipotesi di “leggi-madri – leggi-figlie”. E l’elenco potrebbe anche continuare.

<sup>80</sup> Così, da ultimo, A. RUGGERI, *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Osservatorio-sullefonti.it*, 2/2010 e in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli 2011, 3087.



C'è da chiedersi se si tratti di operazioni velleitarie, *inutiliter datae*, cui il legislatore ricorre sapendo però di porre in essere tentativi non supportati dal sistema.

Orbene, al netto di ogni altra considerazione sul punto, mi sembra chiaro che si immettono in questo modo elementi di turbativa e di incertezza nell'ordinamento e nel delicato meccanismo normo-riproduttivo. Un fattore di inquinamento – mi sentirei di dire – che opera, per quanto qui più direttamente rileva, come ulteriore agente di corrosione del vincolo formale e della sua effettiva precettività. Insomma, condizionare sapendo di non poterlo fare altro non significa che indebolire la stessa pretesa regolatoria, gettandovi discredito.

Senza qui ingaggiare una (aggiornata) riflessione sul tema degli auto-vincoli legislativi e sul ruolo che in sistemi a Costituzione rigida quest'ultima deve avere come *lex legum*<sup>81</sup>; né tantomeno prospettare scenari percepiti come scardinanti, credo che si potrebbe, forse, auspicare un rinnovato interesse della riflessione dottrinale sullo statuto teorico della norma sulla normazione, al fine magari di individuarne elementi minimi, essenziali, il cui riconoscimento, se accolto, potrebbe quantomeno garantire un qualche recupero di senso alle operazioni di *legislazione per legge*. Basterebbe, ad esempio, ragionare (e lo dico qui sommessamente come un semplice suggerimento), per corroborarla, intorno all'idea della non provvedimentalità (*i. e. normatività quoad substantiam*) della norma sulla normazione che *qua talis* non dovrebbe essere riconosciuta abile a governare processi normativi individuali. Far penetrare ed assorbire il concetto che, in questo campo, la successione temporale non possa che essere regola-regola e non regola-misura o, quantomeno, che quest'ultima dinamica debba essere supportata da specifica giustificazione da sottoporre a scrutinio stretto. Non deroga *singulatim*, che è de-regolante, ma regolazione, per l'appunto.<sup>82</sup>

Sarebbe già, a mio modesto parere, un buon contributo.

<sup>81</sup> Per un quadro d'assieme dei diversi indirizzi dottrinali in materia v. ora compendiosamente E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit., spec. 89 ss. Si veda pure, nella medesima prospettiva, la ricostruzione operata da S.M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2019, 68 ss. Si v. anche utilmente il volume di M. CAVINO, LUCILLA CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Napoli 2014.

<sup>82</sup> Da noi il tema ha avuto particolare attenzione con riguardo ai tentativi di disciplina in deroga del procedimento di revisione costituzionale più volte tentati nella storia, più o meno recente, delle riforme costituzionali. Sul punto sia consentito ancora rinviare a P. CARNEVALE, *L'art. 138 della Costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2/2018, 1.





LA DINAMICA RELAZIONALE  
TRA COLLETTIVITÀ  
E ATTIVITÀ FINANZIARIA

SOMMARIO: 1. Crisi e diritto. – 2. Spesa pubblica. – 3. Attività finanziaria. – 4. Interessi finanziari. – 5. Garanzie obiettive. – 6. Attualità della teoria. – 7. Sovranità finanziaria. – 8. Tutela della collettività. – 9. Conclusioni.

1. *Crisi e diritto*

Le crisi economiche e finanziarie che si sono susseguite negli ultimi anni, la recessione dell'economia, le tensioni su alcuni debiti sovrani e da ultimo le vicende legate all'emergenza sanitaria che ha influito sulla produttività delle imprese rimaste chiuse, hanno provocato, e continuano a provocare, un forte deterioramento delle finanze pubbliche dei singoli Paesi e spesso anche dei sistemi che regionalmente raggruppano più Paesi<sup>1</sup>.

Alle “classiche” crisi si aggiunge la pandemia quale nuovo avvenimento epocale che mette a dura prova il funzionamento dei sistemi democratici, delle istituzioni sovranazionali e internazionali, del modello economico e sociale dei singoli Stati e la globalizzazione.

La crisi di qualsiasi tipo ha condizionato e condiziona l'esercizio del potere amministrativo il cui fine è garantire l'effettività della tutela costituzionale dei diritti fondamentali e (anche) dei diritti sociali, ma che non di rado trova il limite in altri interessi come il contenimento della spesa

<sup>1</sup> Il modello di ricostruzione della dinamica di produzione giuridica elaborato da Scoca nel *Contributo sul tema della fattispecie precettiva* costituisce un punto di riferimento che permette di chiarire in quale modo e in che misura un dato elemento, nel nostro caso la crisi, può condizionare la produzione di effetti giuridici da parte di successivi provvedimenti e quali effetti possano produrre sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli e della collettività, cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979.

pubblica o la riduzione del debito pubblico o l'allocazione di risorse per altri interessi in quel momento considerati prioritari.

La correlazione tra crisi e diritto in generale è una costante e sta portando verso una riconfigurazione di alcune branche del diritto<sup>2</sup>. Essa è in grado di provocare effetti modificativi sul diritto in generale e nello specifico su quello pubblico (ci si riferisce per gli aspetti considerati al diritto costituzionale e al diritto amministrativo e per quelli trattati al diritto finanziario e contabile, e al diritto dell'economia<sup>3</sup>).

Le crisi che si sono succedute hanno, infatti, coinvolto la dimensione istituzionale del sistema europeo, ossia le sue caratteristiche strutturali e funzionali<sup>4</sup>, e ha richiesto interventi urgenti per affrontarla con istituzioni "da costruire giorno per giorno"<sup>5</sup>. L'esigenza di salvaguardare la stabilità finanziaria dell'area euro ha spinto alla creazione di una serie di sistemi di direzione, coordinamento (la c.d. *governance europea*) e di protezione, prima su base temporanea<sup>6</sup> e poi su base stabile<sup>7</sup>.

Questi sistemi messi in atto hanno inciso in modo rilevante sul quadro ordinamentale dell'Unione europea e dei suoi Stati membri e li hanno assoggettati a meccanismi esterni di condizionamento finanziario creando una sorta di ulteriore pilastro, o un "sottosistema" nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione<sup>8</sup>. Ci si riferisce, in particolare, al Meccanismo europeo di stabilità, costruito al di fuori del diritto dell'Unione, così come il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria che contiene anche la parte sul *Fiscal Compact*<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. Trim. dir. Economia*, 1, 2013, 3.

<sup>3</sup> F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di uno spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. dell'economia*, 25, n. 77, 11-37.

<sup>4</sup> G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXII, 1, marzo 2012, 9.

<sup>5</sup> S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014., 79.

<sup>6</sup> Esempi ne sono il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria – Mesf e il Fondo europeo di stabilità finanziaria – Fesf di cui *infra*.

<sup>7</sup> È il caso del Meccanismo europeo di stabilità – Mes, *infra*.

<sup>8</sup> B. DE WITTE, *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*, in *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis* (a cura di HEUKLES, BLOKKER, BRUS), The Hague 1999, 51 ss.; S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles 2007, 397 e M. STARITA, *Il consiglio europeo e la crisi del debito sovrano*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 2, 387.

<sup>9</sup> Sul tema R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, 1 ss.; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 79. M. ONADO, *I nodi al pettine*.

Indubbiamente vi è una riconfigurazione del diritto amministrativo, nazionale ed europeo, giacché non si mettono in atto solo nuove politiche pubbliche, ma si investe sulla capacità amministrativa dei soggetti, attribuendo loro nuove funzioni, o addirittura si creano nuovi organismi<sup>10</sup>.

Il prototipo che si è venuto così a delineare ha reso complesso il quadro ordinamentale sia dell'Unione europea sia dei suoi Stati membri. Esso ha suscitato la domanda su “chi governa la finanza pubblica in Europa, con quali mezzi e con quali obiettivi”<sup>11</sup>.

Inoltre, in questa trama che è ancora da comporre non può sfuggire come il quadro ordinamentale dell'Unione europea abbia ridotto la garanzia del rispetto dei principi costituzionali e della sovranità degli Stati membri<sup>12</sup>. Questo fenomeno s'individua essenzialmente nello “smarrimento del controllo e gestione del proprio bilancio”<sup>13</sup> e ha portato verso una riconfigurazione del diritto finanziario e contabile. Esso può essere colto da varie angolazioni, poiché coinvolge aspetti inerenti ai contenuti della sovranità (in particolare quella finanziaria) dello Stato (e di conseguenza degli enti che lo compongono) erosa da poteri sovranazionali, e altresì aspetti riguardanti le inefficienze del mercato.

Per quanto riguarda l'aspetto della riconfigurazione della sovranità nazionale, vi è stato un nuovo esemplare di integrazione sovranazionale che supera il tradizionale *Community based mechanism*. Esso acquista un carattere più internazionalistico e modella gli schemi secondo il diritto internazionale dell'economia. Da questo nuovo esemplare si traggono non poche considerazioni e conseguenze sul ruolo delle istituzioni comunitarie, sul rapporto tra esse (il ruolo del Consiglio europeo), sul nuovo ordine tra l'Unione europea e gli Stati membri (la *governance* europea e il rapporto interordinamentale), il rapporto con organismi permanenti di diritto internazionale che non sono parte integrante dell'Unione europea

*La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma-Bari 2009; F. TARGETTI, *Le vicende della globalizzazione e lo scoppio della crisi finanziaria. Per una governance dell'economia globale*, in G. Amato (a cura di), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Firenze 2009, 15 ss.; R. PEREZ (a cura di), *Finanza privata e finanza pubblica. I mutui subprime e la spending review*, Rimini 2009, 13 ss.; P. GUERRIERI, D. LOMBARDI (a cura di), *L'architettura del mondo nuovo. Governance economica e sistema multipolare*, Bologna, 2010.

<sup>10</sup> E. CHITI, *Il Meccanismo di vigilanza unico: un passo avanti e tre problemi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 11, 1025.

<sup>11</sup> G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza in Europa?*, cit., 9.

<sup>12</sup> R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013, 2.

<sup>13</sup> T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.

(come il Mes), i meccanismi di vertice (l'Eurogruppo) e la legittimazione di entità miste (come la Troika)<sup>14</sup>.

Per quanto riguarda invece le inefficienze del mercato, i singoli Stati su comando sovranazionale hanno dovuto adottare molti interventi correttivi incidendo così sulla spesa pubblica, sulle politiche di bilancio e del debito pubblico, sull'imposizione fiscale e sulle imprese pubbliche<sup>15</sup>. Nelle precedenti crisi gli Stati hanno impiegato ingenti quantità di risorse per evitare i costi sociali dei fallimenti bancari a catena e della contrazione dell'attività economica. Essi hanno altresì trasferito una parte dei debiti privati degli istituti di credito e del sistema finanziario nei bilanci pubblici. Anche nella situazione attuale per favorire la ripresa delle attività economiche e per mitigare l'impatto della crisi economica su aziende, famiglie e banche i governi nazionali hanno adottato misure che prevedono uno spostamento diretto delle perdite dal settore privato al bilancio dello Stato<sup>16</sup>. Gli Stati, pur in modi diversi, erogano aiuti, ristori e sovvenzioni, introducono benefici, con svariati provvedimenti in una prospettiva dell'eguaglianza sostanziale attenta a sostenere i soggetti più deboli<sup>17</sup>.

In effetti, si è venuto a creare un inedito rapporto generato dai vincoli finanziari e che indubbiamente riconfigura e depotenzia il diritto al bilancio dei singoli ordinamenti, poiché le decisioni finanziarie sono calate dall'alto, per non dire imposte, dall'esterno. Questo è l'effetto della riconfigurazione della sussidiarietà verticale.

Siffatto nuovo (e diverso) vincolo, per uno dei tanti paradossi dell'attuale costruzione europea, accentua la competitività e la differenziazione

<sup>14</sup> G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *Amministrazione in cammino, Riv. elett. di dir. pubbl., dire. dell'econom. e di scienza dell'amministrazione*, 29.12.2014.

<sup>15</sup> F. REVIGLIO, *Stato e mercato nel pensiero di Luigi Einaudi e oggi*, in *Riv. dir. fin.*, 2010, 1, 16-17. G. BUCCL, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2012, 6. G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza in Europa?*, cit., 9. G. NAPOLITANO, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal Compact*, in *Giornale dir. amm.*, 5, 2012, 461. Sul passaggio dal paradigma dello Stato interventore allo Stato regolatore e, da ultimo, allo Stato salvatore, anche R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. CHIRULLI e R. MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli 2011, 138.

<sup>16</sup> G. GOBBI, F. PALAZZO e A. SEGURRA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post-Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, in Banca d'Italia, Note Covid-19, 15 aprile 2020.

<sup>17</sup> A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021.

tra i vari Stati e le loro collettività facendole riemergere in alcune delle sedi istituzionali più importanti, come i Parlamenti nazionali e le Corti costituzionali dei singoli Paesi.

La caratteristica dell'Unione è stata finora quella di una "Comunità di benefici", assai diversa da una piena "Comunità dei benefici e dei rischi", in cui i soggetti partecipanti condividono non solo i benefici e le opportunità, ma anche i rischi connessi allo stare insieme nel medesimo sistema.

Gli interessi finanziari dei singoli Stati membri non di rado si pongono in contrapposizione con gli interessi finanziari degli altri Stati dell'Unione europea e, spesso anche nello stesso contesto, si pongono in contrapposizione con gli interessi finanziari dell'Unione europea stessa. Un esempio del recente passato è il caso della Grecia e i sacrifici imposti dalla Troika.

In contrapposizione si pongono gli interventi della *Bundesverfassungsgericht* – BverfG che rivendicano delle prerogative costituzionali (del Parlamento nazionale) in materia di diritto al bilancio e un limite al sacrificio delle proprie finanze (sane, almeno in apparenza) a favore delle finanze (da risanare) degli altri Stati.

Un atteggiamento del genere è in grado di portare ad uno squilibrio a detrimento di altri Parlamenti nazionali che non godono dell'analoga possibilità di informazione o anche di discussione e deliberazione delle scelte<sup>18</sup>.

## 2. Spesa pubblica

Fattori ostili come la scarsità delle risorse, le difficili condizioni dei conti pubblici, la mancata ripresa dei fattori di crescita e della produttività, l'utilizzo delle risorse pubbliche a scopi di risanamento hanno determinato un impatto negativo sui diritti sociali ed economici e li hanno trasformati in "diritti finanziariamente condizionati" introdotti dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 455/1990<sup>19</sup>, riconfigurando

<sup>18</sup> T.E. FROSINI, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi*, 12, 2013; cfr. C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie dei i parlamenti nazionali dell'Eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014, 1 ss.

<sup>19</sup> Nel dettaglio: "considerato come diritto ad ottenere trattamenti sanitari, il diritto alla salute è basato su norme costituzionali di carattere programmatico e condizionato all'attuazione che ne dà il legislatore ordinario: attuazione, costituzionalmente obbligatoria, da realizzare gradualmente attraverso il ragionevole bilanciamento – sindacabile dalla Corte Costituzionale – con altri interessi o beni assistiti da pari tutela costituzionale

di fatto il tipo di Stato. Con successiva sentenza n. 304/1994, la Corte precisa che nel bilanciamento dei valori costituzionali le esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il "nucleo essenziale" del diritto da tutelare<sup>20</sup>.

In proposito è opportuno sottolineare che il bilanciamento tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e la garanzia dei diritti sociali di prestazione rimane, ancora ad oggi, uno dei temi più discussi nel panorama dottrinale e nella giurisprudenza della Consulta, oscillando tra una concezione di tale bilanciamento come "ineguale"<sup>21</sup>, e privilegiando come tale la garanzia dei diritti sulle esigenze di carattere finanziario<sup>22</sup>, ad un confronto non solo "paritario" tra i due termini, ma addirittura a favore delle istanze di contenimento della spesa pubblica, in particolare nelle situazioni di maggiore fragilità economica del sistema<sup>23</sup>.

Sul punto non si può ignorare come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 275/2016, abbia affermato in modo netto che "[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"<sup>24</sup>. Tale principio ha

nonché con l'obiettivo disponibilità di risorse organizzative e finanziarie". Il carattere condizionato del diritto alla salute viene confermato anche dalla sentenza n. 248/2011.

<sup>20</sup> Nel caso si fa riferimento al diritto alla salute "connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa".

<sup>21</sup> Come notoriamente definito da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Manlio Mazziotti Di Celso*, Padova 1995, 97 ss., per il quale il "fine" della tutela della persona non può essere posto sullo stesso piano del "mezzo", quello dell'organizzazione dei mezzi finanziari e dell'efficienza economica.

<sup>22</sup> Rese naturalmente ancora più stringenti dalla riforma costituzionale di cui alla legge costituzionale n. 1 del 20 Aprile 2012 (*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*), la quale però non avrebbe, secondo alcuni, determinato il venir meno del carattere "ineguale" di tale bilanciamento, cfr. M. LUCIANI, *Diritti Sociali e Livelli Essenziali nelle Prestazioni Pubbliche nei Sessant'anni della Corte Costituzionale*, *Rivista AIC*, n.3/2016, 8.

<sup>23</sup> A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale, teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino 2014, 69 ss.

<sup>24</sup> Il caso di specie riguardava la tutela del diritto al trasporto scolastico degli alunni disabili, il cui contenuto rischiava di assumere un tenore meramente programmatico alla luce della normativa della Regione Abruzzo che ne regolava il finanziamento, specialmente nella parte in cui prevedeva che la Giunta regionale garantisse un contributo finanziario del 50% della spesa necessaria per il servizio "nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa"; in una fattispecie analoga, pur a fronte di un esito diverso, il principio espresso dalla summenzionata pronuncia viene confermato dalla sentenza n. 83/2019.

costituito la base di recenti decisioni riguardanti i diritti sociali come il diritto alla salute, in particolare con la sentenza n. 62/2020<sup>25</sup>, o il diritto al trattamento pensionistico degli invalidi civili totali, con la sentenza n. 152/2020<sup>26</sup>.

È bene ribadire che i summenzionati arresti giurisprudenziali si inseriscono tuttavia in una giurisprudenza fortemente ondivaga. A titolo esemplificativo risulta paradigmatica la grande varietà e – da molti criticata – incoerenza della giurisprudenza della Consulta riguardante il vincolo di bilancio e la garanzia dei diritti di cui alle note sentenze nn. 10, 70 e 178 del 2015, che denotano l'assenza di un chiaro criterio di decisione in tutti quei casi che possono avere grosse ripercussioni sul bilancio pubblico<sup>27</sup>.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale porta a concludere che continuano a sussistere elementi che storicamente hanno determinato il prevalere delle esigenze di bilancio, in particolare in contesti di profonda crisi, ovvero in situazioni in cui il Giudice delle leggi sembrerebbe più sensibile a tale tipo di istanze e all'esaltazione del carattere “finanziariamente condizionato” di tali diritti. Tali fattori indubbiamente hanno compromesso l'effettività e la giustiziabilità dei diritti sociali. Già alla luce degli iniziali vincoli imposti dalla partecipazione all'Unione europea vi fu una riconsiderazione del modello dello Stato sociale. Accade che a seguito della crisi economica i diritti sociali sembrano soffrire più degli altri diritti.

Pur essendo infatti pressoché assodato che tutti i diritti presentino un costo in termini finanziari<sup>28</sup>, il legame tra garanzia dei diritti sociali di prestazione e risorse appare certamente più diretto e percepibile<sup>29</sup>,

<sup>25</sup> Che si concentra in particolare sul corretto finanziamento delle prestazioni afferenti ai livelli essenziali di assistenza (LEA) in rapporto alla disciplina che regola la determinazione delle poste di bilancio regionale.

<sup>26</sup> La quale decisione, a testimonianza della delicatezza e della difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra esigenze finanziarie e garanzia delle prestazioni, fa peraltro uso del particolare differimento degli effetti temporali della pronuncia di incostituzionalità già inaugurato, in questi termini, dalla nota sentenza n. 10/2015, proprio per evitare conseguenze troppo pesanti per il bilancio pubblico.

<sup>27</sup> A. ANZON DEMMIG, *Un'inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, 679 e ss.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, 583 ss.

<sup>28</sup> Su tutti S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, Norton, 1999, trad. it. E. CAGLIERI, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000.

<sup>29</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Laterna magika. I diritti “finanziariamente condizionati”*, in *Rivista della Corte dei Conti*, nn. 1-2 Gennaio-Aprile 2018, 643 ss.



specialmente in un periodo di crisi, ovvero di scarsità di tali risorse, in cui aumenta quel bisogno che i diritti sociali sono chiamati a soddisfare. Ne costituisce un chiaro e fin troppo drammatico esempio l'odierna crisi pandemica in atto, che ha colpito particolarmente determinati diritti sociali come sanità, istruzione e lavoro.

Logicamente quelli sociali sono i primi diritti a risentire delle misure di taglio e di razionalizzazione della spesa pubblica per rispettare i vincoli di matrice europea<sup>30</sup>, pertanto sono i primi a risentire delle restrizioni determinate da tagli spesso di carattere "lineare" e delle disposizioni di accentramento del coordinamento della finanza pubblica da parte dello Stato nei confronti delle autonomie regionali, le quali sono tenute all'erogazione di servizi fondamentali come quelli sanitari<sup>31</sup>.

A fronte di una situazione di crisi economica e finanziaria drammatica, l'Unione europea aveva scoperto di non essere attrezzata<sup>32</sup> ed era intervenuta con un diritto emergenziale "in deroga" e del pari i vari governi nazionali. Entrambi direttamente o indirettamente, secondo il meccanismo prima illustrato hanno sacrificato (temporaneamente) e pregiudicato (con effetti irreversibili) una serie di diritti, in particolare quelli sociali. Il diritto alla previdenza, la tutela della salute e dell'occupazione hanno maggiormente risentito di questa contrazione.

Il sacrificio o il contenimento di tali diritti non sembra però del tutto in linea con i contenuti delle costituzioni che non accettano l'esclusione sociale e promuovono la giustizia, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra stati (cfr. art. 3, commi 1 e 2, TUE).

Ed è proprio sul versante dei diritti fondamentali che la crisi economica e finanziaria mostra il suo volto più aggressivo<sup>33</sup>. Essa si riqualifica in crisi finanziaria, economica e *sociale*<sup>34</sup>. Alcuni governi, tra i quali anche i nostri (in particolare quelli guidati dai c.d. tecnici di grande coalizione),

<sup>30</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Diritti di Prestazione e Vincoli di Bilancio*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2015, 142.

<sup>31</sup> Cfr. G. RIVOCCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 248 e ss.; ID., *Il Bilancio come strumento delle politiche pubbliche tra Stato e Regioni*, in *Rivista della Corte dei conti*, nn. 5-6/2018, 297 ss.

<sup>32</sup> M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1.

<sup>33</sup> A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, XXXIV, 1, marzo 2014, 80.

<sup>34</sup> Parlamento europeo (2009-2014), Commissione per gli affari esteri Relazione sull'impatto della crisi finanziaria ed economica sui diritti umani, 1 marzo 2013, 2012/2136(INI), 3.



avevano varato programmi di austerità e adottato provvedimenti che sacrificavano i diritti o ne restringevano le tutele<sup>35</sup>, aprendo così la strada alla c.d. gestione d'urgenza della politica economica.

L'aspetto più problematico è che i governi si sono sentiti legittimati dalla condizione di emergenza economica e con la decretazione di urgenza hanno anticipato gli effetti della manovra di bilancio, stravolgendo la sessione di bilancio in violazione del diritto al bilancio e così l'art. 81 Cost.

Le crisi, come del resto anche quella sanitaria in corso, sta portando riforme profonde che incidono non solo sulla vita economica dei cittadini ma anche e soprattutto sulla loro vita sociale<sup>36</sup>. Gli interventi pubblici nell'economia e gli istituti di protezione sociale non sono una novità: esistono fin dai tempi antichissimi, com'è stato per la regolazione delle acque e per gli ospedali pubblici<sup>37</sup>. Essi hanno la caratteristica di presentare un intenso collegamento con i mezzi finanziari provenienti dal sistema pubblico. L'interrogativo che però ci si pone riguarda il grado di prescrittività delle garanzie costituzionali del c.d. *welfare state*<sup>38</sup>. Ovvero, capovolgendo la questione, assumendo la visuale da una diversa angolazione, è da chiedersi quale sia il grado di forza condizionante dei vincoli finanziari sui diritti sociali, poiché quest'ultimi sono collegati a una scelta dell'autorità.

Per di più la limitatezza delle risorse ha indotto i governi ad aumentare la pressione fiscale, già a soglie molto elevate in Paesi come il nostro.

A maggior ragione i cittadini contribuenti hanno l'impressione che siano loro a pagare il prezzo più alto della crisi, a dover rimborsare il debito, e non gli istituti finanziari e di credito che hanno giocato un ruolo decisivo nella crisi, e che questo sia ingiusto<sup>39</sup>. La domanda che inevitabilmente ci si pone è se esistono dei limiti quantitativi all'imposizione

<sup>35</sup> Sulla violazione del diritto al bilancio con la decretazione d'urgenza si v. C. BERGONZINI, *La tempesta perfetta: una manovra economica per decreto-legge*, in *Quaderni costituzionali*, XXXIII, 3, settembre 2013, 557 e ss.

<sup>36</sup> G. ROSSI, *Il mito delle parole e i diritti dei cittadini*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2012.

<sup>37</sup> M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, 205; M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 4, 1087.

<sup>38</sup> A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, cit., 86.

<sup>39</sup> Parere, Comitato economico e sociale del Consiglio d'Europa (CESE), 22 maggio 2013, *Dopo dieci anni, dove va l'euro? Il futuro politico ed economico dell'Ue e il nuovo trattato*; in *GU C 271*, 19.9.2013, 8. Il CESE è dell'avviso che la stabilità debba riguardare non solo i prezzi o gli istituti economico-finanziari, ma anche la politica e le condizioni sociali.

fiscale, oppure se in ogni caso prevalga la “ragion fiscale”, tanto che non ci sarebbero limiti nemmeno di fronte alle imposte confiscatorie.

In questo contesto certamente non si può ignorare, in risposta alla summenzionata grave crisi economica, finanziaria e – soprattutto – sociale determinata dalla perdurante pandemia, l'intervento straordinario del soggetto pubblico nell'economia secondo i programmi di riforma dettati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), che, come noto, costituisce lo strumento necessario per l'accesso di ciascuno Stato membro alle risorse del Next generation EU (NGEU, diffusamente noto come *Recovery fund*)<sup>40</sup>.

Alle tre questioni ora evidenziate: a) chi governa la finanza pubblica in Europa, con quali mezzi e con quali obiettivi<sup>41</sup>, b) quale sia il grado di prescrittività dei principi costituzionali del c.d. *welfare state*<sup>42</sup> e c) se esistono dei limiti quantitativi all'imposizione fiscale<sup>43</sup>, se ne affianca un'altra che rappresenta il tema del presente scritto: d) se la complessa azione finanziaria internazionale ed europea cui gli Stati membri sono vincolati sia in grado di tutelare in modo adeguato gli interessi finanziari pubblici,

<sup>40</sup> È bene ricordare che il NGEU rappresenta un pacchetto di strumenti temporanei che si inserisce all'interno del bilancio pluriennale europeo ed è costituito da risorse reperite dalla Commissione europea sui mercati finanziari tramite l'emissione di debito comune. La sua disciplina è il frutto della sintesi derivante da un lungo e acceso dibattito tra posizioni divergenti tra gli Stati membri. Tale pacchetto ammonta, in totale, a circa 750 miliardi ed è volto a stimolare l'economia e ad indurre a rilevanti riforme trasversali gli ordinamenti degli Stati membri rispondendo così non solo alla crisi determinata dall'emergenza pandemica, ma anche alle criticità dei singoli ordinamenti rilevate negli anni in particolar modo con le raccomandazioni formulate all'interno della procedura di coordinamento afferente al semestre europeo. Il Pnrr rappresenta lo strumento chiave per l'accesso ai fondi, in quanto espone gli interventi di impiego delle risorse del Dispositivo per la ripresa e resilienza (lo strumento principale del NGEU, pari a circa 672.6 miliardi). La sua approvazione e il controllo dell'effettivo conseguimento degli obiettivi intermedi in esso contenuti (c.d. “*milestones*” e “*targets*”) rappresentano condizioni necessarie per l'erogazione delle suddette risorse lungo il periodo 2021-2026. Il Pnrr italiano, a seguito di una vicenda travagliata anche a causa del cambio di governo all'inizio del 2021 e della riscrittura della bozza stilata dal governo precedente, ha visto la recente approvazione da parte della Commissione nel giugno 2021 ed attende quella finale da parte del Consiglio, così da ottenere l'accesso immediato a circa il 13% delle risorse, naturalmente a seguito del reperimento di tali capitali nei mercati finanziari secondo le tempistiche prospettate dallo stesso Presidente del Consiglio Draghi in sede di comunicazione alle Camere del 27 aprile 2021.

<sup>41</sup> G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza in Europa?*, cit., 9.

<sup>42</sup> A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, cit., 86.

<sup>43</sup> Si v. in particolare G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 2, 89 ss. e E. DE MITA, *Diritto tributario e Corte costituzionale: una giurisprudenza necessitata*, in *Jus*, 2008, 55, 1, 41 ss.

intestataria dei quali è la collettività le cui risorse secondo i precetti della finanza eurocomunitaria e internazionale sono destinati a ricomporre il debito prodotto dagli Stati.

### 3. *Attività finanziaria*

Lo spostamento dell'analisi verso il governo dell'economia porta a studiare i cambiamenti avvenuti in seno all'azione finanziaria.

Studi dottrinali<sup>44</sup> dimostrano come la materia di finanza pubblica presenti nel nostro ordinamento, ma anche in altri, il connotato della forza (pre)dominante dell'attività finanziaria, che non è più esclusivamente volta a garantire lo svolgimento delle funzioni pubbliche dello Stato o ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni pubblici o, ancora, a dare attuazione al programma di Governo.

L'attività finanziaria coordina e dirige su una scala gerarchica superiore sia l'attività legislativa, sia l'attività amministrativa, che ha come obiettivo la cura dell'interesse pubblico alieno e necessita delle opportune risorse sia per sostenere la funzionalità dell'apparato sia per svolgere l'attività. Per altro non di rado l'espressione "finanza pubblica", in particolare quando anticipata dal termine "obblighi di", nella prassi è divenuta sinonimo di "contrazione", "sacrificio", rinuncia al ruolo protagonista del "Politico" nelle scelte fondamentali afferenti le politiche di bilancio<sup>45</sup>.

La dinamica relazionale tra attività finanziaria e collettività, che da un lato è virtualmente "proprietaria" delle risorse e dall'altro è altrettanto globalmente destinataria degli interventi di spesa, è soggetta a importanti riconsiderazioni.

Alla base dell'attività finanziaria è possibile tracciare un rapporto che incorre tra la collettività in generale e lo Stato fiscale e che permette di trovare uno spazio per una serie di garanzie poste a favore della collettività in tema di utilizzazione delle risorse.

L'attività finanziaria è divenuta essa stessa programma politico di Go-

<sup>44</sup> R. PEREZ, *La finanza pubblica* in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di Cassese, I, Milano 2003, II ed., 636.

<sup>45</sup> In tal senso molto incisiva l'osservazione di C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio "condizionato" del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 126.

verno ed è soggetta a condizionamenti esterni, in particolare dell'Unione europea e delle istituzioni internazionali<sup>46</sup>.

Per effetto di tale ruolo e della forza predominante delle fonti e dei poteri sovranazionali, l'attività finanziaria non svolge più un ruolo subalterno rispetto all'attività amministrativa o anche a quella legislativa che in precedenza le si riconosceva (in quanto offriva i mezzi materiali per la sua realizzazione), ma un ruolo principale consistente nella necessità di garantire il risanamento finanziario, il contenimento delle spese, la stabilità monetaria<sup>47</sup>.

Il potere finanziario nazionale è stato ridotto in termini di condizionamento della sovranità (nazionale) a favore (o a scapito) di quella sovranazionale che ora procede su due paralleli: quello comunitario (unioneuropeo) e quello internazionale, con funzioni e ruoli che si intersecano.

Si configura una diversa sovranità finanziaria (nazionale) condizionata dalla *governance* finanziaria dell'Unione e da quella internazionale, caratterizzata da vincoli costituzionali permanenti al bilancio richiesti da fonti esterne e dai conseguenti limiti all'azione politica del Governo e all'azione amministrativa degli apparati.

In tale nuovo contesto si pone la pretesa di soddisfare gli interessi del pubblico. La scala gerarchica degli interessi da realizzare si accentua e non di rado il tasso di conflittualità tra essi aumenta. In effetti, l'interesse pubblico non è più singolare e nemmeno è sempre predeterminato dalla legge la quale spesso nemmeno indica una gerarchia tra i vari interessi pubblici<sup>48</sup>. I luoghi di confronti sono molteplici e si suddividono per livelli: partono dal livello di delineazione delle strategie politiche, si concretizzano in sede di allocazione delle risorse e si attuano in sede procedimentale.

La conflittualità ha più sedi.

Una prima sede è data dalla tensione tra le istanze provenienti dai mercati e le istanze della collettività. La combinazione che ne deriva è data dallo Stato impositore o "Stato fiscale", dipendente *dai* e responsabile *di fronte ai* cittadini per il proprio finanziamento, che si lega (e contrappone) allo "Stato indebitato", dipendente *dai* e responsabile *di fronte ai* propri creditori che sono le banche d'affari internazionali.

<sup>46</sup> R. PEREZ, *op. cit.*, 636,

<sup>47</sup> *Ibidem*

<sup>48</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in <http://www.unioneamministrativisti.it/wp-content/uploads/2019/10/articolo-Patroni-Griffi-1.pdf>.

L'altra sede è rinvenibile nelle molteplici istanze della collettività, laddove vi è una serie di beni giuridici da proteggere e garantire e la cui platea si allarga in base alle crescenti e nuove esigenze dei cittadini. Queste esigenze non di rado si impongono come interessi finanziari della collettività che sono insiti nelle esigenze stesse. In effetti, si crea un confronto e anche una tensione tra i vari interessi da realizzare e i diritti da tutelare.

Emerge e assume rilevanza la questione del rapporto tra gli *interessi pubblici*, che sono elaborati in sede di decisioni politiche (sempre più) finanziariamente condizionate dai mercati e dagli organismi sovranazionali, e gli *interessi del pubblico*, cioè della collettività, nei quali si ricompongono i diritti sociali (come il diritto alla retribuzione, al mantenimento del posto di lavoro, al lavoro, all'assistenza, alla previdenza, alle cure e al conseguimento della pensione). È dato di fatto che questi ultimi soffrono di un importante *deficit* di coordinamento con le politiche monetarie ed economiche alle quali sono finanziariamente vincolati<sup>49</sup>.

#### 4. *Interessi finanziari*

La finanza pubblica è una “scienza che si fonda su valori” e “ci obbliga a dar conto pubblicamente dei sacrifici che, in quanto comunità, decidiamo di fare; perché ci obbliga a spiegare a cosa siamo disposti a rinunciare per perseguire obiettivi più importanti”<sup>50</sup>.

Questo assunto si declina nel ragionamento della dottrina contabile che ha rielaborato la nozione e il contenuto della (moderna) contabilità “come una scienza di fatti collettivi che trascendono l'organizzazione dello Stato-ente per ricomprendervi tutti quelli che attengono alla finanza pubblica nel suo complesso”<sup>51</sup>.

Un principio ineliminabile del nostro ordinamento è quello della democrazia nei rapporti tra pubblici poteri e cittadini, che vanno considerati non soggetti passivi da amministrare, ma utenti, attivamente partecipi della funzione pubblica. In particolare si assume la teoria che nello Stato di diritto ogni prestazione (peraltro giuridica, come appunto l'obbligo tributario) deve trovare giustificazione, fondamento e compensazione in una controprestazione che sia pure giuridica – cioè prevista da norme

<sup>49</sup> G. DELLA CANANEA, *Lex Fiscalis Europea*, in *Quaderni costituzionali*, a. XXXIV, n. 1, marzo 2014, 25.

<sup>50</sup> S. HOLMES e C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, trad.it., Bologna 2000, 102.

<sup>51</sup> A. BARETTONI ARLERI, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Roma 1997, 21.

–, qual è l’obbligo di destinazione dell’introito fiscale e l’obbligo della relativa correttezza di gestione. È come dire che a un diritto (potestà tributaria dello Stato o dell’ente impositore), cui corrisponde un obbligo nei soggetti terzi (sottoposizione all’*imperium* statale dei cittadini – contribuenti), deve far simmetria un obbligo nel titolare del diritto stesso, cioè nello Stato (sottoposizione a un sistema di norme che lo costringa a realizzare, obiettivamente, la garanzia della destinazione del danaro pubblico a fini pubblici e la garanzia della correttezza dei criteri di gestione), a “sostegno” di un diritto dei cittadini – contribuenti<sup>52</sup>.

Da questo ragionamento basato sul rapporto giuridico inverso a quello d’imposta<sup>53</sup> si generano il principio all’effettiva e integrale destinazione

<sup>52</sup> Questa è la teoria elaborata da Salvatore Buscema secondo il quale una volta individuata l’esistenza di un rapporto tra contribuenti ed enti impositori (sebbene peculiare) e constatata questa sua necessità in uno stato di diritto, una sua spiegazione si rinviene nella trattazione degli elementi soggettivi e oggettivi. E precisamente, nella trattazione dei soggetti attivi e passivi che lo compongono, nonché nella natura politica e giuridica e nel suo contenuto; S. BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, I (Principi generali), Milano 1979, 3 ss.; ID., *La contabilità dello Stato*, Vol. II, Milano 1979; ID., *La contabilità delle Regioni*, Vol. III, Milano 1984; ID., *La contabilità degli enti locali*, Vol. IV, Milano 1987; ID., *La contabilità degli enti istituzionali*, Vol. V, Milano 1990; T. PARENZAN, *I principi generali della Contabilità pubblica*, Lezioni, Trieste, 1992; C. ANELLI, F. IZZI, C. TALICE, *Contabilità pubblica*, Milano 1996; A. BARETTONI ARLERI, *Contabilità dello Stato e degli enti locali pubblici*, Roma 1997; S. e A. BUSCEMA, *Contabilità degli enti locali*, Milano 1998; V. CAPUTI JAMBRENGHI, L. CAVALLINI CADEDU, G. DE SETA, M. GIUSTI, G. LADU, M.V. LUPÒ AVAGLIANO, O. SEPE, F. ZACCARIA, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, 3a ed., Torino 1999.

<sup>53</sup> L’imposizione tributaria non può funzionare in solo senso, perlopiù unico. Al potere impositivo dello Stato sui cittadini e al difficile rapporto cittadini (fonte delle risorse pubbliche) e amministrazione (fonte delle spese pubbliche) si deve controbilanciare il dovere (dello Stato) di tutelare i suoi finanziatori, assicurando un’integrale destinazione dei mezzi pubblici a fini pubblici e una loro corretta gestione. Viene in tal modo a delinearsi un rapporto che utilizza al rovescio i soggetti del rapporto d’imposta. In un tale rapporto, chiamato rapporto inverso a quello d’imposta, la generalità dei contribuenti sono soggetti attivi, titolari di precisi diritti nei confronti dello Stato, che diventa soggetto passivo. Anzitutto si vuol precisare che si tratta di un rapporto che non è espressamente previsto dalle norme fondamentali della Costituzione, ma che viene da esse implicitamente riconosciuto e, con un lavoro di interpretazione, svolto da Salvatore Buscema nel Trattato di Contabilità pubblica, ricondotto ad unità organica.

Questo aspetto conduce ad un altro rilievo: il rapporto che si viene ad instaurare fra la generalità dei contribuenti e l’ente impositore non ha una natura analoga al rapporto giuridico d’imposta, quantunque ne utilizzi il rovescio. Tuttavia, le ragioni che giustificano la necessità di un tale rapporto e della previsione del conseguente obbligo a carico dello Stato di perseguire le finalità collettive si individuano, anzitutto, nei principi fondamentali di uno stato di diritto: cioè, quello in base al quale devono esistere le libertà individuali e i meccanismi per la loro protezione (infatti, sarebbero inutili tutti i meccanismi

dei mezzi pubblici ai fini pubblici e il principio alla correttezza dei criteri di gestione che assumono la denominazione di garanzie inderogabili<sup>54</sup> e obiettive<sup>55</sup>.

Queste garanzie sono il dovere dello Stato fiscale (dovere che è inteso come garanzia a favore dei contribuenti) di destinare solamente ai fini pubblici quanto coattivamente prelevato dalle economie private e di gestire secondo canoni di correttezza. Esse hanno un duplice fondamento: il primo è politico e si rinviene nel rapporto elettorale; il secondo è giuridico, si individua nel diritto del bilancio e trova fondamento nella lettura degli artt. 23, 53, 81 e 97 Cost.

Il principio all'effettiva e integrale destinazione dei mezzi pubblici ai fini pubblici e il principio alla correttezza dei criteri di gestione sono l'espressione di quella versione della sovranità, proveniente dal basso, in un contesto di democrazia sociale, che s'individua ed è garantita nel (e del diritto) all'effettiva partecipazione della "persona umana", per il tramite

più perfezionati per la difesa delle libertà individuali se queste non fossero riconosciute o concesse).

Nello stato di diritto ogni "prestazione" (peraltro giuridica, come appunto l'obbligo tributario) deve trovare giustificazione, fondamento e compensazione in una "controprestazione" che sia pure giuridica – cioè prevista da norme – qual è, come si è visto, l'obbligo di destinazione dell'introito fiscale e l'obbligo della relativa correttezza di gestione. E come dire che ad un diritto (potestà tributaria dello Stato), cui corrisponde un obbligo nei soggetti terzi (sottoposizione *all'imperium* statale dei cittadini – contribuenti), deve far simmetria un obbligo nel titolare del diritto stesso, cioè nello Stato (sottoposizione ad un sistema di norme che lo costringa a realizzare, obiettivamente, la garanzia della destinazione del danaro pubblico a fini pubblici e la garanzia della correttezza), a "sostegno" di un diritto dei cittadini – contribuenti.

Una volta individuata l'esistenza di un rapporto tra contribuenti ed enti impositori (sebbene peculiare) e constatata questa sua necessità in uno stato di diritto, una sua approfondita spiegazione si rinviene nella trattazione degli elementi soggettivi e oggettivi. E precisamente, nella trattazione dei soggetti attivi e passivi che lo compongono, nonché nella natura politica e giuridica e nel suo contenuto.

<sup>54</sup> Sono inderogabili perché previste da norme costituzionali che prevalgono sulla sottostante normativa e che portano all'eliminazione di ogni incongruenza, anche se in realtà si assiste, non di rado, a manifestazioni di scantonamento dei principi che tendono a prevaricare le norme costituzionali e così affievoliscono le garanzie, cfr. S. BUSCEMA, *op. cit.*

<sup>55</sup> Sono definite obiettive, perché la tutela della finanza pubblica, cioè gli interessi finanziari dell'intera collettività, deve manifestarsi obiettivamente, cioè attraverso un'operatività automatica, costante e uniforme di strumenti giuridici che agiscono all'interno del sistema giuridico. Questo anche perché il contribuente singolo non può sindacare le spese e, in presenza dello sperpero del danaro pubblico, non possiede alcun strumento diretto, ma è costretto ad assistere passivamente (o quasi) al fenomeno di mala gestione. cfr. S. BUSCEMA, *op. cit.*



del soggetto collettivo, al potere politico, economico e sociale, nel quadro di una nuova dimensione della personalità dell'uomo "sociale"<sup>56</sup>.

La logica della centralità del singolo cittadino si trasferisce, per fisiologica conseguenza, nella centralità della collettività, in una visione espansiva e collettivistica del ruolo degli attori degli strumenti finanziari<sup>57</sup>. La Costituzione pone al centro del sistema pubblico la persona e i suoi diritti e sancisce la strumentalità dell'Amministrazione nella realizzazione e tutela di questi diritti<sup>58</sup>.

Quest'impostazione si coglie sotto un duplice profilo.

Innanzitutto dall'art. 97 Cost. che sottopone l'organizzazione e l'attività amministrativa al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, oggi condizionati dai due superprincipi dell'equilibrio del bilancio e della sostenibilità del debito pubblico del nuovo primo comma e dagli artt. 24 e 113 Cost. che riconoscono i principi di giustiziabilità degli atti amministrativi e l'effettività della tutela<sup>59</sup>.

Oltre agli articoli inseriti nella sezione espressamente dedicata alla pubblica Amministrazione (artt. 97 e 98, ma anche l'art. 95 Cost.) e a quelli riguardanti la giustizia, vanno presi in considerazione gli articoli relativi ai principi fondamentali. Difatti, di Amministrazione la Costituzione parla anche e soprattutto attraverso l'identificazione dei compiti della sfera pubblica e quindi dei principi ai quali è sottoposta in quanto responsabile della loro attuazione<sup>60</sup>. E allora in questa prospettiva emer-

<sup>56</sup> T. PARENZAN, *Ascendono diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2004, 1243 ss.

<sup>57</sup> La rilevanza della collettività, del resto, è riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale, amministrativa e civile e, soprattutto, dalla giurisprudenza contabile (la quale ha la primogenitura dell'allargamento del concetto di danno erariale e del suo collegamento diretto con la collettività). Si possono ricordare, a titolo di esempio, alcune storiche, meritorie e innovative decisioni della Corte dei conti in tema di danno ambientale che trattano delle formazioni sociali, tra cui è collocata, *in primis*, appunto, la collettività (considerata a tutti gli effetti soggetto titolare di rapporti giuridici), e che, per il loro valore estremamente importante, sono state recepite dal legislatore. In esse viene riconosciuto il danno ambientale quale lesione inferta proprio alla collettività.

<sup>58</sup> Così A. BARTOLINI e A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 80.

<sup>59</sup> Per una completa disamina del principio di imparzialità v., in particolare, F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *op. cit.*, 91 ss.

<sup>60</sup> Così insegnano C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova 1954, U. ALLEGRETTI, *Amministrazione e Costituzione*, Padova 1996, F.G. SCOCA, *La pubblica Amministrazione e la sua evoluzione*, in *Diritto amministrativo*, cit., 20 e A. ZITO, *Il danno*



gono principi quali la solidarietà (art. 2) e l'eguaglianza formale e sostanziale (art. 3).

Va però ricordato che "l'azione dell'amministrazione è vista in funzione della Nazione e cioè della collettività", secondo il principio enunciato dall'art. 98, c. 1, Cost. Il richiamo alla Nazione evoca immediatamente, con riferimento allo Stato-comunità, l'idea di popolo quale gruppo politicamente ordinato a Stato nel succedersi delle generazioni<sup>61</sup>.

Questi diritti palesati dal diritto finanziario pubblico sono prospettati all'elevazione a diritti fondamentali dell'uomo. Al pari dei diritti dell'uomo hanno come destinatari entità collettive<sup>62</sup>.

Rappresentano un momento di "promozione" umana e di ulteriore tutela dell'individuo. Sono rivolti a garantire interessi di primaria importanza<sup>63</sup>.

In sostanza si tratta di "interessi (finanziari della collettività)" che sono radicati in norme aventi carattere di "principio" (legalità, buon andamento, imparzialità, buona fede; lealtà fiscale e leale collaborazione tra istituzioni e cittadini, trasparenza, destinazione delle risorse a fini pubblici ragionevolezza dell'uso di un potere) e che si pongono come limite esterno negativo ad altre situazioni giuridiche giudiziarmente tutelabili.

## 5. Garanzie obiettive

La genesi delle garanzie obiettive va ricostruita partendo da una serie di capisaldi.

Il primo è dato dalla tradizione comune del *no taxation without representation* che rappresenta il cardine del costituzionalismo europeo. Da esso si consolida il potere di tassare e il potere di spendere. Con esso si afferma la necessità del consenso che trova compiuto contenuto nel diritto del bilancio che vede, secondo lo schema classico, l'attribuzione al Governo delle responsabilità per le scelte finanziarie e al Parlamento il potere di controllo. Infatti, per la "teoria politica e giuridica dello Stato

*da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli 2003, 182.

<sup>61</sup> T. PARENZAN, *op. cit.*, 1245.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Risultano radicati profondamente nella coscienza popolare, per cui possiedono il *consensus omnium gentium*, che è il requisito per far nascere un diritto fondamentale. Hanno collegamenti diretti con le costituzioni di quasi la totalità degli stati moderni, dei cui sistema normativo sono divenuti parte integrante, cfr. T. PARENZAN, *op. cit.*, 1245.

costituzionale tutto dipende dalla giusta comprensione del rapporto che passa tra Governo e Camere sul terreno delle funzioni economiche dello Stato”<sup>64</sup>.

Il secondo aspetto è dato dal vincolo di cittadinanza, cioè dei diritti e dei doveri dei cittadini nei loro rapporti reciproci e con le istituzioni pubbliche. Tale rapporto si muove sul terreno della forma di Stato che vede negli ultimi trent’anni una riconfigurazione del modello dello Stato sociale. Il vincolo di cittadinanza è costruito tanto dai diritti, quanto dai doveri<sup>65</sup>. L’elemento di doverosità è insito, in campo economico, soprattutto nelle previsioni dell’art. 53 Cost. in base alle quali: “il concorso alle pubbliche spese non è che un aspetto dell’appartenenza alla comunità”<sup>66</sup>. Parimenti sul lato dei diritti ci si riferisce alla soddisfazione dei diritti sociali costituzionalmente tutelati e nel campo economico, invece, si afferma il diritto alla destinazione del danaro pubblico alla soddisfazione dei fini pubblici secondo criteri di gestione che siano corretti e sani<sup>67</sup>.

Il terzo (conseguente) aspetto è dato dal riconoscimento che dalla collettività affluiscono alla sfera pubblica interessi di tipo pretensivo alla prestazione di servizi al fine di realizzare i diritti che compongono il contenuto del rapporto di cittadinanza<sup>68</sup>. Ai fini della tutela e della concreta realizzabilità, questo tipo di interessi è idoneo a trasformarsi in interessi protetti<sup>69</sup>, la cui titolarità può essere riconosciuta contemporaneamente in capo a una pluralità di soggetti oppure a capo di aggregazioni sociali<sup>70</sup>.

Si consideri anche che l’atteggiarsi dell’amministrazione come attività di prestazione anziché di sola regolazione spinge verso un rapporto

<sup>64</sup> G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung, Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsge-schichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Aalen, Scientia, 1964, rist., anast. dell’ed. 1887, trad. it. di C. FORTE, *Legge e decreto*, Milano 1997, 225.

<sup>65</sup> M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione conclusiva presentata al 58° Convegno di studi amministrativi sul tema “Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità”, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2012.

<sup>66</sup> A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino 2005, 22.

<sup>67</sup> Sul punto è interessante il rinvio a L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 3-4, 789 s.

<sup>68</sup> F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990.

<sup>69</sup> Secondo il ragionamento di F.G. SCOCA, *Interessi protetti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, XVII, Roma 1989.

<sup>70</sup> Sul tema R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino 2008; G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali VII, 531.

articolato, invece che nei termini di autorità-libertà, in quello di funzione-interesse, dove tuttavia il cittadino non si pone (solo) come l'utente in un rapporto privatistico, ma come titolare di diritti che hanno un fondamento costituzionale. Da qui deriva l'enunciazione, che avviene nei testi normativi fin dal 1990, dei principi "tecnici" di efficienza, efficacia, economicità, ecc. che appaiono necessari per il conseguimento effettivo della nuova concezione sull'attività amministrativa, e da qui, inoltre, la propensione della pubblica amministrazione ad adottare, compatibilmente con la missione istituzionale, regole "aziendalistiche" sia in fase gestionale, sia in fase di rendicontazione.

Il quarto aspetto considera la titolarità dell'interesse pubblico come interesse non appartenente all'amministrazione, ossia al soggetto che pone in essere l'attività di cura, bensì interesse di cui sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi che li hanno in cura; e, in ultima analisi, il popolo, al quale viene riferita la sovranità<sup>71</sup>. Su questo punto la dottrina molto esplicitamente ha detto che interessi denominati pubblici sono gli interessi "delle persone che, prese in considerazione in insiemi diversi, con il nome di cittadini (in senso ampio e generico, che può comprendere anche cittadini stranieri immigrati) o di popolo (l'aggettivo pubblico ha collegamenti etimologici con il sostantivo popolo), costituiscono il principale elemento costitutivo [...], a seconda dei casi, e in relazione a diversi insediamenti territoriali, di Comuni, Province, Regioni, Stato italiano e Comunità (ora Unione) europea". In questa prospettiva, "amministrazione pubblica è, in primo luogo, una funzione di servizio ai cittadini". In definitiva, almeno di norma, l'interesse pubblico "altro non è che un insieme di interessi privati"<sup>72</sup>. Secondo quest'accezione si farebbe riferimento agli interessi della collettività.

Un'importante apertura sulle garanzie obiettive è data dalla giurisprudenza costituzionale nel corso dei decenni e non solo sul fronte squisitamente tecnico giuridico. Attenta dottrina osserva come spesso

<sup>71</sup> F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., Milano 2002, spec. 93 e ss. La risposta è duplice: tradizionalmente non si dubitava che l'interesse pubblico fosse l'interesse assunto come proprio dall'amministrazione (in senso soggettivo); in tale modo, peraltro, o si rinunciava a considerare l'interesse pubblico come interesse alieno (salvo a riferire a terzi i risultati dell'attività di cura) ovvero si adottava l'idea che l'attività di cura fosse riferibile al funzionario (come tale), il quale operava nell'interesse di cui era titolare l'amministrazione. Secondo G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, l'interesse pubblico non è l'interesse del privato ma non è neppure quello dell'ufficio (o della persona fisica titolare dell'ufficio).

<sup>72</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2000, 20-26.

le sentenze della Corte sul tema della finanza pubblica sono “rimaste nell’ombra della complessità tecnica che le caratterizzava”. Invece, queste sentenze “meritano (...) di essere considerate con grande attenzione: quanto la questione finanziaria sia essenziale” non solo “per la democrazia (...) ma anche per la “corretta attuazione di queste dinamiche finanziarie che dipende poi in concreto la stessa possibilità di garantire o meno, ai vari livelli istituzionali, i diritti costituzionali, specialmente quelli sociali”<sup>73</sup>

In tale ottica va evidenziata la sentenza n.114/1975 che ha riconosciuto la teoria della garanzie obiettive e ha statuito che “è principio generale del nostro ordinamento che il pubblico denaro proveniente dalla generalità dei contribuenti e destinato al soddisfacimento dei pubblici bisogni debba essere assoggettato alla garanzia costituzionale della correttezza della sua gestione, garanzia che si attua con lo strumento del rendiconto giudiziale” agganciando la tutela delle stesse allo strumento del giudizio sul conto.

In tempi più recenti la Corte con sentenza n. 184/2016 ha definito il bilancio quale “bene pubblico” nel senso che è “funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell’ente (territoriale), sia in ordine all’acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato”<sup>74</sup>.

Con questa sentenza come con la successiva n. 186/2016 la Corte, come nota attenta dottrina, si inserisce, nel più ampio processo che vede nel “controllo democratico sull’uso delle risorse (...) una direttrice importante delle riforme succedutesi negli ultimi anni che, alla propria base, presuppone un’informazione finanziaria chiara e completa, accessibile ai cittadini ed ai diversi livelli istituzionali”<sup>75</sup>. Infatti, la Corte nel compiere “un’ardita operazione ermeneutica” ha evidenziato l’imprescindibile legame con il principio democratico, in quanto richiama il legislatore ad adottare “una trasparenza divulgativa a corredo degli enunciati di più

<sup>73</sup> L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 3.

<sup>74</sup> In dettaglio si v. M. DEgni, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Castelveccchi 2017.

<sup>75</sup> F. GUELLA, *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale: la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento della legge*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, 193 ss.

complessa interpretazione e attuazione, poiché non potrebbe ritenersi consentito un abuso della “tecnicità contabile” finalizzato a creare indiretti effetti novativi sulla disciplina specificativa dei principi costituzionali di natura finanziaria e di quelli ad essi legati da un rapporto di interdipendenza”<sup>76</sup>.

Nell’ulteriore sentenza n. 188/2016 la Corte costituzionale conferma il proprio orientamento in tema di relazione tra vincoli di bilancio e mandato rappresentativo e ribadisce come il controllo democratico sull’uso delle risorse presuppone un’informazione finanziaria chiara e completa, accessibile ai cittadini ed ai diversi livelli istituzionali<sup>77</sup>. In effetti, l’eccessivo tecnicismo nella redazione dei bilanci pubblici è considerato un ostacolo all’intelligibilità dei bilanci stessi, nonché potenzialmente foriero di “zone d’ombra” che si “sottraggano alla giustiziabilità di disposizioni che vanno in contrasto con il dettato costituzionale”<sup>78</sup>.

Ancora, con altra sentenza, la n. 274/2017, la Corte afferma che la sofisticata articolazione dei bilanci deve essere necessariamente compensata da una “trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge”.

Nel contesto della citata sentenza si pone anche la questione del rapporto e del coordinamento della finanza pubblica tra gli enti e, in particolare, la tutela degli territoriali dalle azioni dello Stato che dovrebbe svolgere il ruolo di garante e custode della finanza pubblica allargata<sup>79</sup>. In un primo momento storico la Corte era, infatti, incline a valorizzare la discrezionalità del legislatore statale nelle scelte di indirizzo finanziario e si limitava a un sindacato “a maglie larghe”, in cui l’unico limite riconosciuto alle decisioni allocative di Governo e Parlamento era costituito dal vincolo formale della copertura finanziaria delle leggi<sup>80</sup>. Da una generalizzata inammissibilità dei ricorsi si è passati a un sindacato di costituzionalità “maggiormente stringente che si svolge in base a canoni della

<sup>76</sup> C.A. CIARALLI, *Il bilancio quale “bene pubblico” e l’esercizio “condizionato” del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia*, cit., 131.

<sup>77</sup> Sul punto ancora F. GUELLA, cit. e C.A. CIARALLI, op. cit. *supra*.

<sup>78</sup> C.A. CIARALLI, cit., 135.

<sup>79</sup> Per una disamina si rinvia a G. RIVOCCHI, *La Corte costituzionale garante dell’autonomia finanziaria degli enti territoriali nella problematica attuazione dell’equilibrio di bilancio*, in *Giur. Cost.*, 2017, 2579

<sup>80</sup> G. RIVOCCHI, *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in [www.giurcost.org/liberamicorum/rivocchi\\_scritti-costanzo.pdf](http://www.giurcost.org/liberamicorum/rivocchi_scritti-costanzo.pdf), 5.

ragionevolezza, proporzionalità e razionalità delle scelte finanziarie posti quali limiti della discrezionalità del legislatore, sulla cui base valutare la conformità a Costituzione delle disposizioni di legge impositive, allocative e redistributive”<sup>81</sup>. Si sviluppa un nuovo filone giurisprudenziale con tecniche decisorie che non di rado hanno portato ad evidenziare alcuni aspetti critici della legislazione statale<sup>82</sup>.

Un primo aspetto riguarda l'utilizzo di tecniche legislative e contabili le quali non sempre tengono in alcun conto, nella prospettazione dei “sacrifici” imposti ai singoli enti, il grado di virtuosità dei predetti. Un altro aspetto oggetto di critica della Corte (sent. n. 107/2016) rivolta allo Stato, è di aver consentito ad alcune Regioni di poter approvare bilanci di previsione e rendiconti fondati sull'applicazione di crediti non accertati nelle forme di legge e di avanzi di amministrazione. In tale contesto è stata rilevata la prassi, anomala, del “federalismo clientelare” per cui “una Regione era favorita perché asseconda la linea politica del Governo” e “un'altra, magari virtuosa, veniva penalizzata”<sup>83</sup>. Ancora un ultimo aspetto da notare è la prassi del legislatore statale di limitarsi ad estendere, di volta in volta, l'ambito temporale di precedenti manovre incidendo così sulla capacità di spesa delle Regioni, sottraendo di fatto al confronto parlamentare la valutazione degli effetti complessivi di queste ultime (cfr. sent. n. 154 del 2017).

Anche il giudice amministrativo in giurisdizione del diritto soggettivo<sup>84</sup>, come quello contabile in giurisdizione di diritto oggettivo<sup>85</sup>, si è inserito in questo filone giurisprudenziale della Corte assumendo, in particolare, il giudice amministrativo alla base delle proprie decisioni la nozione e i contenuti del bilancio quale bene pubblico e la sua conformità al diritto e, in particolare, alla clausola generale di equilibrio<sup>86</sup>. In partico-

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Ad esempio le degenerazioni prodotte dalla legislazione anti crisi, cfr. L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, 3.

<sup>83</sup> L. ANTONINI, *I segni dei tempi: dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Editoriale*, in *Federalismi*, n. 4/2017.

<sup>84</sup> Cons. St., V, 12 aprile 2018, n. 2200 e n. 2201, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>85</sup> C. conti, SR, 29 luglio 2019, n. 23, in *banchedati.corteconti.it*.

<sup>86</sup> Nel caso specifico il giudice amministrativo rileva che: “E non è inutile osservare che di recente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 247 del 2017, nel richiamare le suindicate proprie precedenti decisioni ha ribadito che il bilancio (degli enti territoriali) è un “bene pubblico” in quanto è funzionale a sintetizzare e rendere certe le “scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione

lare il giudice amministrativo ha censurato la legittimità di provvedimenti ministeriali di ripartizione di risorse adottati in ritardo, nel caso specifico, “circa nove mesi più tardi rispetto al termine stabilito dalla legge, a meno di quattro mesi dalla chiusura del corrispondente esercizio finanziario, e ben successivamente al termine fissato per la predisposizione dei bilanci delle amministrazioni comunali”.

I principi ora esposti avvalorano la responsabilità dell'amministratore nella gestione delle risorse finanziarie, in particolare nei confronti dei cittadini che devono essere messi nelle condizioni di poter giudicare in termini di responsabilità politica l'operato del loro amministratore per quanto riguarda l'impiego di tali risorse pubbliche, specialmente tramite gli strumenti contabili del bilancio preventivo e del rendiconto. In questi termini si è espressa anche più recentemente la Corte con la sentenza n. 18/2019<sup>87</sup>.

## 6. *Attualità della teoria*

La teoria sulle garanzie obiettive non ha sortito successi nella dottrina pubblicistica italiana perché non si poteva individuare alcun rimedio di tipo giurisdizionale per renderle giustiziabili<sup>88</sup>. La dimensione dell'interesse era oscurata per il fatto che il diritto di azione è riservato al soggetto organizzato, che è il solo a poterlo tutelare con effettività..

I due diritti che stanno alla base delle garanzie obiettive rientrano nella fattispecie degli interessi diffusi in quanto riferibili alla generalità della collettività o a categorie ampie di soggetti come, ad esempio, la rappresentanza dei contribuenti. Quest'ultima non è però circoscritta solo ad alcuni, cioè ai titolari di un reddito o di un patrimonio, ma è universa-

degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato. [...] Il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche”.

<sup>87</sup> Vedasi in commento alla pronuncia la nota di A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale e democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. Cost.*, n. 1, 2019, 216 ss.

<sup>88</sup> A differenza invece delle singole posizioni. Sul tema F. MERUSI, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014, 3 ss.



le, poiché le imposte sono presenti in quasi la totalità delle transazioni e sono versate al momento del pagamento da chiunque le effettui (esempio ne è l'imposizione indiretta, come l'imposta sul valore aggiunto, le accise, l'imposta di registro).

In base ad alcune opinioni queste fattispecie troverebbero però esistenza solo teorica e scarsa attuabilità pratica in un contesto caratterizzato da una maggiore complessità.

Tale riserva si genera nel pregiudizio che la materia di contabilità (prima dello Stato e ora) pubblica sia incompleta per la trattazione delle questioni finanziarie.

L'altro preconcepto vede(va) meritevoli di tutela, e giuridicamente rilevanti, solo le posizioni individuali. Invece gli interessi non strettamente individuali, ma meta-individuali, in quanto diffusi in settori più o meno ampi della società, sono destinati a ricevere una tutela meramente oggettiva.

Il limite di questa visione era sostanzialmente non riconoscere la possibilità di considerare la collettività a tutti gli effetti soggetto titolare di rapporti giuridici. Del resto è la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, destinata a erogare tutela giurisdizionale ad una posizione soggettiva lesa dall'azione amministrativa che tende a non riconoscere il controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa stessa che è scisso da una concreta lesione arrecata agli specifici interessi di un determinato consociato.

La rilevanza della collettività è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte dei conti che aveva aperto una strada in questo senso. Alla Corte dei conti va riconosciuta la primogenitura dell'allargamento del concetto di danno pubblico erariale e del suo collegamento diretto con la collettività. In effetti, la Corte dei conti aveva inteso il danno pubblico come danno riguardante gli interessi della collettività nazionale. In tal modo la Corte dei conti intese allargare la sua giurisdizione a qualsiasi danno arrecato agli interessi della collettività che, secondo una sentenza non recente<sup>89</sup>, "in senso lato rientrano nel concetto di "patrimonio pubblico", nel quale evidentemente non si possono comprendere solamente gli elementi puramente finanziari o più propriamente patrimoniali, ma anche l'insieme di beni ed utilità economicamente apprezzabili, che siano a disposizione e in uso alla collettività, e nei cui confronti lo Stato (o l'ente territoriale) assume l'obbligo di tutela".

<sup>89</sup> C. conti, sez. I, 8 ottobre 1979, n. 61.

Si possono ricordare altresì, a titolo di esempio, alcune storiche, decisioni della Corte dei conti in tema di danno ambientale che trattano delle formazioni sociali, tra cui è collocata, *in primis*, appunto, la collettività (considerata a tutti gli effetti soggetto titolare di rapporti giuridici), e che, per il loro valore estremamente importante, sono state recepite dal legislatore. In esse viene riconosciuto il danno ambientale quale lesione inferta proprio alla collettività.

Ciò nonostante la figura del danno agli interessi della collettività è nata con gli interessi diffusi ma è tramontata “con l’offuscarsi della categoria” in quanto “non aveva solide basi per imporsi”<sup>90</sup>.

In effetti, gli interessi diffusi sono di confini incerti, superano la dimensione individuale e finiscono per sovrapporsi per alcuni aspetti all’interesse pubblico<sup>91</sup>. Essi si suddividono essenzialmente in quelli protetti riconosciuti e, appunto, protetti dall’ordinamento e in quelli semplici o di fatto che difettano del riconoscimento o della protezione. Pertanto nella ricostruzione dottrinale oscillano tra l’irrilevanza giuridica (c.d. interessi di mero fatto) e la riconducibilità a una situazione giuridica soggettiva tipizzata, che può anche essere di terzo genere rispetto al diritto soggettivo e all’interesse legittimo<sup>92</sup>.

L’ordinamento giuridico italiano ne ha dato riconoscimento nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) all’art. 9, laddove prevede che possono intervenire nel procedimento non solo i portatori di interessi pubblici e privati, ma anche i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni.

In effetti, la costruzione dogmatica scontava l’impostazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa che ha un suo preciso ruolo e funzione e che non necessariamente deve adattarsi o essere piegata alla teoria sulle garanzie obiettive come del resto non può costituire ragione per la negazione della teoria stessa.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> F.G. COCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti* in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Milano 2006, 56-58.

<sup>91</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 9 e ss. .

<sup>92</sup> M. CLARICH, *Il rapporto amministrativo*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2015, 146.

<sup>93</sup> È condivisibile la regola giurisprudenziale della carenza di legittimazione a impugnare atti di pianificazione in ragione della mera qualità di cittadino residente nel territorio interessato dagli stessi per il fatto che la legislazione in materia abbia qualificato il

È da dire che le garanzie obiettive dalle quali si ricavano gli interessi finanziari possono esplicarsi in altri ambiti diversi dalla funzione giurisdizionale in particolare, al di fuori della giurisdizione soggettiva e pertanto la ricerca della loro causa giustificativa non va circoscritta all'ambito giurisdizionale ma in sede di tutela oggettiva<sup>94</sup>.

Oltre alle funzioni giurisdizionali necessarie di cui nella nostra Costituzione agli artt. 24, 25, 27 e 113 Cost. che il legislatore è vincolato ad istituire e ad attribuire ai giudici<sup>95</sup>, vi sono altre funzioni non necessariamente giurisdizionali che possono essere affidate ai giudici oppure a organi diversi secondo una scelta discrezionale del legislatore.

Con riferimento agli interessi finanziari si possono, infatti, individuare norme che prevedono i soggetti preposti alla loro tutela e forme di legittimazione procedimentale che rafforzano il riconoscimento giuridico della loro esistenza.

Per quanto riguarda i soggetti preposti alla tutela vi è la Corte dei conti, in funzione di controllo non solo di legittimità ma anche di controllo economico e finanziario sugli atti, sull'attività e sulle gestioni degli enti, nonché sui documenti contabili quali i bilanci (art. 100 Cost., l. n. 20/1994 e altre normative di complemento). Similmente accade per la Corte dei conti europea, che è considerata la "coscienza finanziaria della collettività".

La funzione dei Controllori – che sono soggetti esterni al Governo e dotati di un alto livello di indipendenza – è contribuire a che sia rispettato l'obbligo di rendere conto ai cittadini sulla gestione delle entrate e delle spese del bilancio degli enti, fornendo garanzie e raccomandazioni riguardo all'utilizzo dei fondi.

Inoltre a livello parlamentare, cioè di assemblee elettive, al fine di assicurare e rafforzare il diritto al bilancio, la riforma della contabilità e fi-

suolo come "bene comune" da salvaguardare dovendo invece afferire direttamente alla proprietà del ricorrente o ad un'area ad essa contermina previa dimostrazione di una concreta lesione, cfr. Cons. St., sez. V, 18 marzo 2021, n. 2341.

<sup>94</sup> Un ulteriore punto di riferimento per l'indagine è la voce di F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit. e, in particolare, la considerazione sulla comunanza dello stesso bene della vita negli interessi pubblici e negli interessi privati che ci permette di contestualizzare la rilevanza degli interessi finanziari sovraindividuali (della collettività) che si sviluppano "nella coscienza sociale" la quale essenzialmente reclama "una maggiore partecipazione dei membri della collettività interessata alla gestione, ed eventualmente alla tutela giurisdizionale, degli interessi comuni".

<sup>95</sup> Esse sono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, la cognizione e la punizione dei reati.

nanza pubblica (attuata con il d.lgs. n. 196/2016) ha dedicato una parte alla previsione di misure per la trasparenza e la controllabilità della spesa. In particolare ha previsto tre strumenti importanti. Il primo è il controllo parlamentare. Il secondo è l'indipendenza dell'organo di statistica (l'Istat). Il terzo è l'accesso alle banche dati e pubblicità di elementi informativi.

Questi strumenti sono volti a rendere effettivo il controllo parlamentare, cioè degli eletti del popolo, e in particolare le minoranze politiche, sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

L'ulteriore completamento e potenziamento è dato dal riconoscimento ai singoli cittadini, cioè a "chiunque", di partecipare e accedere alle informazioni finanziarie. I recenti interventi legislativi in Italia sono ispirati al modello del *Freedom of Information Act* (FOIA) e sono dettati dalla l. n. 190/2012, dai d.lgs. n. 33/2013 e n. 97/2016 in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza. Vanno notati tre aspetti importanti: la trasparenza nell'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 4-bis, d.lgs. n. 33), l'accesso civico ai dati e documenti (art. 5, d.lgs. n. 33) e la qualità delle informazioni (art. 6, d.lgs. n. 33).

Alla base è posto il principio della trasparenza, la quale concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino (art. 1, c.2, d.lgs. n. 33).

Con riferimento all'utilizzo delle risorse pubbliche sono previste forme di pubblicità a livello di singole amministrazioni e a livello complessivo.

Ciascuna amministrazione pubblica sul proprio sito istituzionale, pubblica i dati sui propri pagamenti e ne permette la consultazione in relazione alla tipologia di spesa sostenuta, all'ambito temporale di riferimento e ai beneficiari.

Per quanto riguarda il livello complessivo, al fine di promuovere l'accesso e migliorare la comprensione dei dati relativi all'utilizzo delle risorse pubbliche, è prevista la gestione, da parte dell'Agenzia per l'Italia digitale d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, del sito internet denominato "Soldi pubblici" che consente l'accesso ai dati dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni e ne permette la consultazione.

Non è azzardato inoltre ricollegare tutto quanto premesso all'attuale

interesse collettivo al rispetto della vincolatività di spesa dei fondi europei previsti nel Pnrr che, in osservanza delle indicazioni di stesura dettate dalla Commissione europea e ai fini di garantire massima trasparenza, espone con accuratezza e secondo una precisa struttura le linee d'intervento finanziate da tali risorse, le quali sono inoltre soggette ad appositi controlli da parte dei summenzionati soggetti<sup>96</sup>.

Come visto, la tutela prevista per questi interessi laddove imputabili alla collettività difficilmente è di tipo giurisdizionale. Tuttavia vi sono una serie di soggetti diversi che hanno il compito di tutelare e la stessa collettività ovvero "chiunque", ha diritto di conoscere lo stato di attuazione dell'uso del danaro pubblico.

Indubbiamente una riconsiderazione sulla loro rilevanza andrà fatta. Non si nasconde il dubbio che le suddette garanzie e in particolare la prima garanzia sulla destinazione del danaro a fini pubblici rischia di apparire come mera "entità mitologica, in quanto eguale spessore pubblico viene attribuito a finalità non solo eterogenee, ma addirittura reciprocamente in contrasto"<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Con particolare riferimento alla struttura del Pnrr è opportuno rilevare che con esso si perseguono tre finalità fondamentali, ovvero digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale. Le linee di intervento sono ricondotte a sei Missioni: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; coesione e inclusione; salute. Ciascuna di queste missioni si declina poi in sedici Componenti, che, a loro volta, racchiudono le singole linee di intervento, le quali sono riconducibili a riforme ed investimenti con precisa indicazione dell'ammontare pianificato delle risorse e del termine temporale entro il quale porre in essere l'intervento. Tra le riforme, che costituiscono passaggi obbligati per l'accesso ai fondi, si possono distinguere le riforme orizzontali (o di contesto, d'interesse generale a tutte le Missioni del piano e consistenti in innovazioni strutturali dell'ordinamento), abilitanti (interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati), settoriali (previste all'interno delle singole Missioni, si tratta di innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche, destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti settoriali) ed infine quelle da considerarsi concorrenti alla realizzazione degli obiettivi generali del Piano. Il servizio studi della Camera dei Deputati e del Senato hanno indicato nella scheda di lettura del 27 maggio 2021 che saranno 53 gli interventi normativi di riforma contemplate nel Pnrr, ad ulteriore testimonianza del carattere strutturale del cambiamento sotteso al Piano. Con riferimento ai controlli vale la pena ricordare che il Piano prevede verifiche aggiuntive rispetto all'ordinario controllo amministrativo stabilito dalla regolamentazione nazionale per l'utilizzo delle risorse finanziarie pubbliche: sono infatti coinvolti anche un Coordinamento centrale ed un apposito Organismo di audit, entrambi istituiti presso il MEF.

<sup>97</sup> A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 274.

In effetti, i vincoli di finanza pubblica hanno assunto una connotazione per molti versi antistante e confliggente. Da un lato sono intesi come destinazione (vincolata) di danaro pubblico a fini pubblici per soddisfare appunto i bisogni pubblici; dall'altro lato costituiscono limite all'uso delle risorse a scapito della piena realizzazione dei diritti fondamentali a favore delle istanze dei creditori del debito pubblico<sup>98</sup>.

Più avanti andranno, infatti, rilevati, quest'ultimi aspetti e, in particolare, l'effettività della tutela, non in sede giurisdizionale ma in quella parlamentare e avanti ad alcune Corti costituzionali europee.

Infatti, si noterà una rilevante asincronia ordinamentale tra i vari Parlamenti degli Stati membri, laddove solo alcuni sono chiamati a decidere e condizionare scelte provenienti da istanze europee mentre altri non lo sono, in quanto rientra nel potere dei governi assumere decisioni vincolanti che non necessitano il preventivo "passaggio in Parlamento" o il "passaggio per il popolo" attraverso il referendum.

Lo stesso può dirsi per altri organi come le Corti costituzionali.

Un ruolo importante nella trama europea è svolto dalla Corte costituzionale tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* – BverfG che più volte ha assunto decisioni presentategli da gruppi di politici, cittadini e associazioni "euroscettiche" contro forme indirette di condivisione del debito non prevista dai Trattati, come ad es. in tema di Omt (*outright monetary transactions*)<sup>99</sup> negli anni 2013 e 2016, oppure in riferimento all'adesione della Germania all'Accordo di libero scambio fra l'Unione europea e il Canada (Ceta) oppure ancora in occasione dei finanziamenti nell'ambito del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) che fa parte dell'*Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP), entrambi noti anche come programmi di *quantitative easing* e che hanno un impatto sul recente *Pandemic Emergency Purchase Program*.

In simili situazioni, in particolare nel caso degli Omt e del PSPP, la BverfG si era contrapposta alla Corte di giustizia europea e nonostante le decisioni favorevoli di quest'ultima la definitiva legittimazione era attesa dalla BverfG<sup>100</sup>.

Da ultimo la BverfG ha ordinato al Presidente della Repubblica di non

<sup>98</sup> Entrambe le direzioni frutto di scelta politica o effetto di vincolo esterno devono rispettare la regola della correttezza dei criteri di gestione.

<sup>99</sup> Meccanismo che permette alla Bce di comprare in misura illimitata titoli dei paesi in crisi.

<sup>100</sup> M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 1058–1077.

firmare la legge di ratifica del Next Generation EU (NGEU o *Recovery Fund*) che aveva già ricevuto il via libera di entrambi i rami del Parlamento tedesco<sup>101</sup>. Anche in tale occasione la Corte pone in evidenza la tutela delle finanze nazionali (e della collettività nazionale) sul presupposto che il *Recovery Fund* finanziato con mezzi propri eurocomunitari comporti il rischio che gli Stati Membri finanziariamente più deboli non siano in grado di rimborsare la propria parte del debito, costringendo così gli Stati Membri economicamente più forti a farsi carico di tale onere<sup>102</sup>.

Detto in altri termini, secondo la ricostruzione dell'azione promossa<sup>103</sup> “non sarebbe ammissibile un provvedimento Ue che porti nuovo debito sui cittadini tedeschi”<sup>104</sup>.

È poi con ordinanza del 15 aprile 2021<sup>105</sup> che la BverfG ha rigettato il ricorso cautelare proposto contro la legge di ratifica della decisione del Consiglio sul sistema delle risorse proprie, sbloccando così in via decisiva l'operatività dell'intero programma di ripresa. Quello della ratifica in ciascun parlamento nazionale rappresenta infatti un passaggio necessario per la concreta operatività del NGEU, in quanto permette il reperimento delle risorse nei mercati finanziari contraendo un debito comune, per la precisione tramite l'emissione *bond* da parte della Commissione.

Pur costituendo una decisione che scongiura i rischi di un pericoloso ritardo dell'iniziale funzionamento del NGEU, non possono certo dirsi dissolte le preoccupazioni per il futuro<sup>106</sup>, sia perché la suddetta decisio-

<sup>101</sup> In questo caso il provvedimento “sotto attacco” è la decisione sulle risorse proprie del Consiglio, 14 dicembre 2020, m. 2020/2053 e che abroga la decisione 2014/335). Indubbiamente è un atto determinante nell'attuale crisi economica e sociale nonché sanitaria dovuta alla pandemia, per il sostegno agli Stati membri che saranno destinatari di 750 miliardi di euro, recuperabili anche attraverso il debito pubblico europeo, cfr. M. CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht, ombelico del sovranismo o volano per un'Europa solidale?*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1654-bundesverfassungsgericht-ombelico-del-sovranismo-o-volano-dell-europa-solidale>.

<sup>102</sup> R. REPASI, *Analysis: Karlsruhe, again: The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding Next Generation EU*, in <https://eulawlive.com/analysis-karlsruhe-again-the-interim-interim-relief-of-the-german-constitutional-court-regarding-next-generation-eu-by-rene-repasi/>.

<sup>103</sup> G.L. TOSATO, *Karlsruhe torna a bussare alla porta dell'Ue: guai in vista?*, in <https://affarinternazionali.it>.

<sup>104</sup> Tralasciando, però, un aspetto e cioè che anche la Germania si gioverà del *Next Generation EU* e del sistema di *Recovery and Resilience Facility*, cfr. M. CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht, ombelico del sovranismo o volano per un'Europa solidale?*, cit.

<sup>105</sup> 2 BvR 547/21.

<sup>106</sup> Come rilevato da G.L. TOSATO, *Via libera da Karlsruhe: rimossi gli ostacoli a Next Generation EU*, in <https://affarinternazionali.it>.



ne conclude solamente la fase cautelare del ricorso il cui esame nel merito deve ancora proseguire, sia, ed in particolare, perché la Corte tedesca non ha ritenuto del tutto infondate le censure dei ricorrenti, esprimendo dubbi su un possibile sconfinamento dell'Unione dai poteri ad essa conferiti ed una possibile lesione della sovranità del *Bundestag* in tema di bilancio<sup>107</sup>.

## 7. Sovranità finanziaria

È stato rilevato come la crisi si sia trasformata in un problema giuridico (costituzionale, finanziario e amministrativo) a causa delle difficoltà che le istituzioni di governo incontrano nel fronteggiarla.

L'effettività del controllo è molto cambiata rispetto al sistema censitario, il cui schema ideale si riassume nella partecipazione popolare, tramite l'esercizio del diritto elettorale, alla formazione del bilancio e alla decisione sulla destinazione delle risorse prelevate dalle economie e dai patrimoni dei cittadini<sup>108</sup>.

Negli ultimi decenni a seguito delle accennate crisi economiche, finanziarie e dei debiti sovrani, la conformazione dei predetti interessi della collettività ha subito importanti cambiamenti che ne tracciano un contesto diverso rispetto al passato.

Per certi aspetti esso è improntato al rafforzamento delle garanzie obiettive, perché vi sono regole più stringenti quali il pareggio-equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito (con le sottostanti disposizioni legislative di riforma). Per altri versi s'individua un'importante limitazione dell'autonomia degli Stati sul terreno della politica economica.

Nonostante enunciazioni normative di diverso conio, ai Parlamenti nazionali è sottratta, in maniera sempre più stringente, la gestione della politica fiscale<sup>109</sup>. In effetti, "i nuovi vincoli costituzionali di bilancio

<sup>107</sup> In particolare il giudice costituzionale tedesco ha prospettato elementi che portano a ritenere che l'Unione possa aver agito *ultra vires* rispetto ai poteri conferiti dall'articolo 311.3 del Tfu e in violazione del divieto di *bail-out* di cui all'art. 125 Tfu.

<sup>108</sup> M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al convegno sul tema *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Corte costituzionale, 22 novembre 2013; I.d., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3, 2013.

<sup>109</sup> G. RIVISECCHI, *Il parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 3, 2012, 1 ss.

annullano ogni potere discrezionale del Parlamento nell'elaborazione e nella gestione delle future scelte di politica economica"<sup>110</sup>.

La tensione si gioca sull'equilibrio tra le norme economiche imposte dall'esterno e i valori sociali costituzionalmente garantiti e previsti anche dai Trattati europei ma spesso non coordinati con le regole economiche.

Vi è la sensazione che la rappresentanza dei contribuenti riemerge dal calderone di tutti gli altri interessi con i quali è stata riposta e si contrapponga agli interessi decisi in sede di determinazione dell'indirizzo politico talvolta senza la partecipazione delle Assemblee elettive, il cui ruolo si è di fatto e nonostante previsioni normative (internazionali e comunitarie) notevolmente ridotto.

La rappresentanza dei contribuenti, cioè del pubblico, riemerge laddove la pretesa della collettività sia rivolta a ridurre l'erosione della soddisfazione dei diritti fondamentali a favore dei vincoli finanziari di austerità. Emerge nella pretesa (ad esempio sollevata avanti alla *Bundesverfassungsgericht* – BverfG) di non dover sostenere i debiti degli altri Stati membri con debiti eccessivi o compromessi (e ciò attraverso il sistema del Mes in deroga dell'art. 125 Tfeue e in attuazione del nuovo par. 3 dell'art. 136 Tfeue)<sup>111</sup>. Del pari emerge nella collettività di questi ultimi Stati il desiderio di non vedersi sacrificati proprio i diritti fondamentali a scapito delle misure di austerità.

Vi sono due fronti di condizionamento della sovranità finanziaria.

Il primo fronte riguarda i controlli per il riordino dei conti pubblici attraverso la *governance* europea nel semestre europeo.

Il secondo fronte ancora di più limita l'autonomia degli Stati sul terreno della politica economica, qualora lo Stato per evitare il *default* e il mancato pagamento del debito sovrano dovesse chiedere l'attivazione dei meccanismi di solidarietà finanziaria previsti dal Trattato sul Mes o dovesse ricorrere al programma Omt (*Outright Monetary Transactions*).

In entrambi i casi, al consueto irrisolto tema del *deficit* democratico si aggiunge la mancata costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'U-

<sup>110</sup> Inoltre riducono le possibilità di finanziamento dello Stato impedendogli di realizzare forme di intervento pubblico nell'economia a fini sociali e perfino di svolgere, sia pur occasionalmente, il «ruolo di intermediario finanziario; così G. FERRARA, *Revisione art. 81 Cost. Appello ai parlamentari per permettere il referendum confermativo*, in [www.riforme.info/democraziacostituzionale](http://www.riforme.info/democraziacostituzionale), 2012.

<sup>111</sup> Ad avviso di chi scrive emerge, o comunque ben presto comincerà a emergere, anche la pretesa di non finanziare il bilancio europeo in eccesso rispetto all'inferiore entità delle risorse che si riceve nell'ambito delle politiche europee (questo è il c.d. fenomeno dello Stato creditore netto rispetto a quegli Stati che beneficiano più di quanto versano).

nione europea. Entrambi hanno costituito per molto tempo una sorta di alibi o gioco di specchi che ha consentito di non esigere una piena responsabilità né delle istituzioni dell'Unione europea né degli Stati per le decisioni che essi assumono in sede europea<sup>112</sup>. In effetti, le decisioni politiche spesso non sono assunte dagli organi rappresentativi, poiché i loro spazi sono stati occupati senza legittimazione dalle decisioni economiche e più in generale dalle decisioni di natura tecnica<sup>113</sup>. Questo problema si ripresenta oggi con la *governance* economico-finanziaria ultrastatale.

Questi strumenti di *governance* economica hanno introdotto “un regime di stretto rigore finanziario per gli Stati membri dell'Eurozona finalizzato alla convergenza delle politiche fiscali e di bilancio”, che indubbiamente produce mutamenti significativi delle forme di Stato dei Paesi membri<sup>114</sup>.

La “disponibilità decisionale e finanziaria dei Parlamenti e dei governi nazionali nel governo della spesa pubblica” è vincolata dall'esterno e non di rado ne è impedito il perseguimento dei fini indicati dalle Costituzioni. In effetti, si osserva come gli Stati subiscano delle evidenti “regressioni costituzionali”. Infatti, le politiche di bilancio conformate sui criteri del rigore finanziario producono l'effetto di limitare la spesa delle amministrazioni e di ostacolare, di conseguenza, il soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei cittadini-lavoratori<sup>115</sup>.

In un tale contesto il meccanismo, che è ancora in fase di assestamento, vede la gestione delle finanze pubbliche dei singoli Stati membri condizionata, con maggiore o minore intensità in base alla situazione economico-finanziaria dello Stato, da una serie di accordi e regole che trovano fonte e disciplina nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea e che vanno ad incidere sulle fino ad ora consolidate regole della costituzione economica europea fino a mettere in discussione la sua *ratio* tradizionale<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, cit., 5.

<sup>113</sup> I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale, Lecce, 14-15 settembre 2012.

<sup>114</sup> G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello stato?* cit., 472; S. GAMBINO, W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in *www.astrid.eu*, 2012, 22.

<sup>115</sup> S. GAMBINO, W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria*, cit., 26-27.

<sup>116</sup> E. CHITI, *Il meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 154.

Gli interventi di questi anni hanno concorso a formare un pilastro internazionalistico che si è affiancato a quello dell'Unione europea. Questo nuovo pilastro ha introdotto caratteristiche proprie del diritto della finanza internazionale (come la maggioranza economica e la giustizia dei mercati) nel diritto finanziario europeo, settore a spiccata specificità che oggi si intreccia con il diritto della finanza internazionale.

Rimane la questione di fondo riferita al metodo e alle procedure democratiche nella dimensione politica sovranazionale, laddove vi insiste una carenza di legittimazione poiché le decisioni non sono assunte dagli organi rappresentativi ma da organismi che non sono portatori della responsabilità nei confronti dell'opinione pubblica.

Vi sono organismi di scarsa legittimazione democratica (come ad es. il Fmi, la Bmi, la Bce o a combinazione mista come la Troika composta dal Fmi, dalla Bce e dalla Commissione Ue) che fondano la loro legittimazione non solo su fonti internazionali o euro-comunitarie, ma anche sulla loro capacità di incidere sulle fonti e sulle decisioni politiche e dunque sulla sovranità degli Stati secondo il "modello antisovrano"<sup>117</sup>.

## 8. *Tutela della collettività*

Un altro problema è trovare un adeguato bilanciamento tra regole di mercato e realizzazione delle pretese finanziarie della collettività.

Da un lato — come anche ha forse troppo frettolosamente statuito la Corte di giustizia europea nella causa *Pringle* — il divieto sancito dall'articolo 125 del Tfeue (*no bail out clause*) assoggetta gli Stati membri alla logica del mercato quando contraggono un debito, poiché questo dovrebbe spingerli a mantenere una certa disciplina di bilancio; il rispetto di tale disciplina contribuisce al conseguimento di un superiore obiettivo unionale, ossia il mantenimento della stabilità dell'Unione monetaria.

Dall'altro lato il Parlamento europeo della VII Legislatura (2009-2014) notava in una delle sue ultime Relazioni che l'approccio adottato per la gestione della crisi non avesse tenuto pienamente conto dell'equilibrio tra l'impatto economico e l'impatto sociale delle misure prescritte<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Questo fenomeno si spiega nel modello definito come "antisovrano" delineato da M. LUCIANI, *L'Antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 129. Cfr. anche I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, cit., 3.

<sup>118</sup> Parlamento europeo (2009-2014), *Commissione per gli affari esteri Relazio-*

Su questi aspetti il Trattato e altri Patti sono chiari. Il Tfeue all'articolo 151 stabilisce che le azioni intraprese dall'Unione e dai suoi Stati membri devono essere coerenti con i diritti sociali fondamentali definiti nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989, al fine anche di migliorare il dialogo sociale. Mentre secondo l'articolo 152 "l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto delle diversità dei sistemi nazionali" ed "essa facilita il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia".

Non si può poi neppure ignorare quel percorso di rinnovata sensibilità delle istituzioni europee per i diritti sociali culminato con il "Pilastro europeo dei diritti sociali", sottoscritto congiuntamente da Parlamento, Consiglio e Commissione in occasione del Consiglio europeo di Göteborg il 17 novembre 2017, a testimonianza del fatto che non è più solo l'istituzione di un mercato comune il nucleo del processo d'integrazione europea, ma ne costituisce un elemento essenziale anche il *welfare* dei cittadini ed il potenziamento del modello sociale<sup>119</sup>.

In questo senso non può che essere visto con favore un recupero della componente "sociale" nel processo d'integrazione, una caratteristica fondamentale che accomuna il costituzionalismo continentale europeo e che troppo a lungo era rimasta in disparte, se non del tutto ignorata, sulla scorta del perseguimento dell'istituzione di un mercato libero comune e della relativa efficienza economica<sup>120</sup>.

Un tale tradizionale approccio è particolarmente dimostrato dalle prime risposte delle istituzioni europee alla crisi finanziaria, ispirate da una spiccata politica di austerità economica e dalla fissazione di rigide *fiscal rules*, tipiche del processo d'integrazione europea per la realizzazione dell'impianto economico risultante dal Trattato di Maastricht<sup>121</sup>.

I primi interventi salva Stati<sup>122</sup> avevano sollevato un importante problema essenziale, che riguarda il coordinamento con la tutela dei diritti fondamentali riguardo alla loro soddisfazione mediante lo stanziamento

*ne sull'impatto della crisi finanziaria ed economica sui diritti umani*, 1 marzo 2013, 2012/2136(INI), 3.

<sup>119</sup> Vedasi P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, 7 ss.

<sup>120</sup> Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018.

<sup>121</sup> E. MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 4/2013, 516.

<sup>122</sup> Interventi salva stati riferiti alla Grecia, al Portogallo, a Cipro e all'Irlanda.

o l'assicurazione delle necessarie risorse. In altre parole, riguarda la corretta attuazione della prima garanzia della destinazione del danaro a fini pubblici intesi come interessi del pubblico.

In particolare è messo in dubbio il lavoro svolto dalla Troika, che è l'organismo collegiale deputato a dare assistenza agli Stati in difficoltà.

L'operato della Troika è stato criticato dallo stesso Parlamento europeo della VII Legislatura (2009-2014) per la mancata osservanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>123</sup>. In effetti, nei programmi predisposti dalla Troika per i quattro stati considerati, una serie di prescrizioni dettagliate incideva pesantemente sui sistemi sanitari comportando rilevanti tagli alla spesa senza, appunto, disporre alcun vincolo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Inoltre si rammaricava dell'aumento sopra la media delle diseguaglianze in termini di distribuzione del reddito. Rilevava che i tagli apportati alle prestazioni e ai servizi sociali e l'aumento della disoccupazione a seguito delle misure contenute nei programmi atti a intervenire sulla situazione macroeconomica, nonché la riduzione delle retribuzioni, avessero provocato un aumento dei livelli di povertà.

Sostanzialmente si sollevano due questioni di fondo.

La prima riguardava l'assenza di un controllo e di un sistema di un'adeguata responsabilità parlamentare nel quadro dei Trattati europei al quale sottoporre il sistema di assistenza finanziaria.

La seconda si riferiva alla mancata responsabilizzazione di una serie di istituzioni e organi (la Bce, il Fmi, l'Eurogruppo) che hanno agito nella procedura del cosiddetto risanamento di alcuni Stati senza una ben definita titolarità o addirittura senza una base giuridica fondante.

E così ben presto si palesava la lesione del diritto del bilancio e la perdita del potere di controllo democratico sulle scelte finanziarie, laddove i luoghi di programmazione hanno un carattere verticistico e lontano dalle Assemblee elettive, il che si traduce in una mancanza di controllo adeguato e di responsabilità democratica della Troika nel suo insieme.

Vi è l'impressione che i Parlamenti nazionali, quando siano stati consultati, sono stati costretti a scegliere tra dichiarare da ultimo il *default* del proprio debito o accettare il memorandum d'intesa negoziato dalla Troika con le autorità nazionali.

Viene così ad allargarsi ulteriormente la forbice, già da qualche tem-

<sup>123</sup> Parlamento europeo (2009-2014), *Commissione per gli affari esteri Relazione sull'impatto della crisi finanziaria ed economica sui diritti umani*, cit.

po pericolosamente divaricata, tra governanti e governati, che “si trovano obbligati a sopportare il peso di provvedimenti accettati *obtorto collo*, senza che peraltro ne sia appagato il bisogno di conoscere quali siano le cause più remote di questo stato di cose, di cui nessuno a conti fatti porta la responsabilità politica e morale”<sup>124</sup>.

La posizione non ben definita di tutti questi soggetti è stata alibi per un gioco di specchi volto a scaricare la responsabilità su altri<sup>125</sup>. Con il gioco degli specchi si rischia di non ricondurre ad alcuno dei molteplici soggetti presenti nell’arena la responsabilità politica<sup>126</sup>.

A livello nazionale dei singoli Stati membri le istituzioni dell’Unione sono state assunte a capro espiatorio per gli effetti negativi dell’aggiustamento macroeconomico (negli Stati membri considerati), ingenerando nell’opinione pubblica un sentimento euroscettico.

A livello europeo invece si ritiene che la Troika, a causa della sua struttura, manchi di strumenti che ne garantiscano la legittimità democratica e si reputa che sono i ministri delle finanze degli Stati membri attraverso il Consiglio e l’Ecofin a essere politicamente responsabili della

<sup>124</sup> A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri19.pdf> secondo il quale “I canali usuali della partecipazione politica, che danno corpo al valore democratico quale abbiamo conosciuto sin qui, sono “ostruiti e fortemente ristretti, nel mentre le assemblee parlamentari sono svilite a meri terminali di un potere che ha altrove la sua fonte e le sue più salienti espressioni e che imperiosamente obbliga alla stretta osservanza dei precetti che di volta in volta indirizza“. Sintomatico il caso dell’ex presidente dell’Eurogruppo che di fronte al Parlamento europeo aveva ammesso che l’Eurogruppo ha approvato le raccomandazioni della Troika senza esaminare in profondità le loro specifiche implicazioni politiche. In tale contesto si è posto il problema della responsabilità politica dell’Eurogruppo per i programmi di aggiustamento macroeconomico e i memorandum d’intesa. Inoltre è emerso un duplice e contestabile ruolo della Commissione nell’ambito della Troika in quanto agente degli Stati membri e istituzione dell’Unione. Anche per la Bce è stato rilevato un contrasto d’interessi tra il ruolo di consulente tecnico ricoperto dalla Bce in seno alla Troika e la sua posizione di creditore degli Stati membri. Per quanto riguarda il Fmi, invece, in virtù del suo statuto, è emerso che esso non può comparire formalmente dinanzi ai Parlamenti nazionali o al Parlamento europeo né presentare loro relazioni scritte.

<sup>125</sup> Si consideri che la Troika si compone di tre istituzioni indipendenti, con una distribuzione non equilibrata delle responsabilità tra le medesime, cui si aggiungono mandati differenti e strutture negoziali e decisionali con diversi livelli di responsabilità, il che si traduce in una mancanza di controllo adeguato e di responsabilità democratica della Troika nel suo insieme.

<sup>126</sup> Un ruolo andrebbe dato o andrebbe preso dalle Corti dei conti nazionali, anche attraverso forme di cooperazione tra loro e con la Corte dei conti europea, in modo che si assumano le responsabilità giuridiche per quanto attiene la certificazione della legalità e della regolarità delle operazioni finanziarie e dell’efficacia dei sistemi di supervisione e di controllo.



Troika e del suo operato. Simili rilievi possono essere mossi anche per il Mes, organismo intergovernativo che non è parte integrante della struttura giuridica dell'Unione europea.

In effetti, mancano strumenti e organi che possano garantire, in seno alle Assemblee, la giustiziabilità non solo politica ma anche giuridica.

## 9. Conclusioni

Le istanze di rivendicazione del diritto alla discussione sul bilancio e sulle leggi di attuazione dei programmi di aggiustamento economico provengono da più parti.

Oltre alle considerazioni critiche mosse dal Parlamento europeo con riferimento alla gestione dei salvataggi da parte della Troika, vi sono stati alcuni casi interessanti provenienti dalle Assemblee nazionali e dalle Corti di legittimità nazionali. Un medesimo bene della vita è oggetto sia di interessi pubblici sia di interessi diffusi e riceve tutela, giurisdizionale e non, a diversi livelli e sedi.

Per quanto riguarda il primo caso, c'è stata la bocciatura del memorandum d'intesa originale da parte del Parlamento cipriota e di quello portoghese<sup>127</sup>.

Il secondo caso riguarda alcuni interventi della Corte (costituzionale) portoghese e di quella tedesca che hanno innescato, in particolare la prima, il filone giurisprudenziale della crisi.

La vicenda del *Tribunal Constitucional* riguarda l'impatto dei vincoli finanziari e il sacrificio dei diritti sociali.

Il Portogallo si è trovato a dover subire l'adozione di misure di austerità che hanno inciso in maniera importante sui diritti sociali<sup>128</sup>. La reazione pertanto è stata quella di preservare i livelli minimi delle garanzie sociali rivendicando le garanzie costituzionali. Il *Tribunal Constitucional* ha annullato misure di austerità del tutto simili a quelle sulle quali, solo un mese prima, la Corte di giustizia si era dichiarata incompetente a pronunciarsi. Pur consapevole che le misure in discorso tendevano a corrispondere a indirizzi strategici europei (dettati, in particolare, dal programma concordato con la Troika), la Corte ha affermato la necessità di un bilanciamento tra principi del diritto dell'Unione e principi indero-

<sup>127</sup> Parlamento europeo (2009-2014), *Commissione per gli affari esteri Relazione sull'impatto della crisi finanziaria ed economica sui diritti umani*, cit.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

gabili della costituzione interna<sup>129</sup>. Nel caso di specie erano in discussione i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità, per le differenze di trattamento praticate a scapito dei dipendenti pubblici<sup>130</sup>. Ad avviso del *Tribunal Constitucional*, misure interne, per quanto necessarie, non possono prescindere dal rispetto di tali principi. Su queste basi la Corte ha cassato le misure contestate; e, quel che più conta, ha invocato il rispetto delle identità costituzionali nazionali *ex art. 4 n. 2 Tue* per escludere contrasti con il diritto dell'Unione.

Gli interventi del *Bundesverfassungsgericht* – BverfG riguardano, invece, la rivendicazione delle prerogative costituzionali in materia di diritto al bilancio e il (limite al) sacrificio delle proprie finanze a favore di altri. A tutela del diritto del bilancio si afferma il dibattito costituzionale innescato dalla giuspubblicistica tedesca per effetto di ricorsi presentati da privati cittadini e membri dell'Assemblea elettiva. La BverfG impone il necessario rispetto del principio democratico in relazione agli strumenti di diritto internazionale con cui gli Stati della eurozona si erano impegnati ad affrontare la crisi<sup>131</sup>. La BverfG custodisce la sovranità nazionale e il ruolo dell'Assemblea elettiva prevedendo in materia di bilancio che il *Bundestag* debba conservare il potere decisionale (il diritto al bilancio) sulla politiche di entrata e di spesa senza condizionamenti esterni dall'Unione<sup>132</sup>.

La BverfG prevede che alla Germania sia preclusa l'introduzione di meccanismi di spesa “astrattamente idonei a pregiudicare la stabilità del

<sup>129</sup> In questi ultimi tre anni dal Tribunale Costituzionale portoghese ha instaurato un filone giurisprudenziale “della crisi” che si individua in alcune decisioni selezionate tra le quali si indica: la sentenza del 21 settembre 2011, del 5 luglio 2012, del 5 aprile 2013, del 19 dicembre 2013. La selezione è fatta da E.I. PAMPALONE, *C'è un Giudice a Lisbona. Il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica*, in *Federalismi*, 25.6.2014.

<sup>130</sup> In particolare si fa riferimento alla sentenza n. 862/2013 che ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni che miravano ad introdurre una riduzione pari al 10% di alcune categorie di pensioni di valore comunque superiore a 600 euro mensili.

<sup>131</sup> R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013, 9.

<sup>132</sup> Gli orientamenti interpretativi della *Bundesverfassungsgericht*, nel corso dell'ultimo ventennio, hanno rivestito un ruolo decisivo nel processo di integrazione europea. Al riguardo vi sono: la sentenza del 12 ottobre 1993 che ribadiva l'impossibilità di pervenire in ambito europeo ad una struttura politico-federale; la sentenza del 30 giugno 2009 sulla compatibilità del trattato di Lisbona con il *Grundgesetz*; la sentenza del 7 settembre 2011 sulla legittimità dei provvedimenti di aiuto alla Grecia, le sentenza del 19 giugno 2012 (cautelare), del 12 settembre 2012 e del 18 marzo 2014 relative alla ratifica del Trattato Mes e del c.d. Fiscal Compact. Per una panoramica si rinvia a D. ROSSANO, *La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria*, in *Federalismi*, 26.3.2014, 11.

bilancio nazionale” o congegni permanenti che la rendano “giuridicamente e finanziariamente responsabile per decisioni adottate da altri Paesi”<sup>133</sup>.

La BverfG ha stabilito che in materia di bilancio il *Bundestag* deve conservare il potere decisionale sulle politiche di entrata e di spesa senza condizionamenti esterni dall’Unione o da altri Stati membri, e ciò nonostante il ruolo innegabilmente importante delle decisioni assunte dall’Ue nel coordinare le politiche economiche e di bilancio<sup>134</sup>.

Il principio affermato dal Tribunale costituzionale federale è improntato a garantire il diritto nazionale del bilancio e nell’ottica della tutela della collettività indubbiamente palesa la tutela delle sue garanzie (nazionali)<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Analogamente è stato precisato come sia preclusa al Parlamento tedesco l’introduzione di meccanismi di spesa “astrattamente idonei a pregiudicare la stabilità del bilancio nazionale” o congegni permanenti “che rendano la Germania giuridicamente e finanziariamente responsabile per decisioni adottate da altri Paesi”. Il rispetto degli obblighi di informazione e di effettivo coinvolgimento del Parlamento nel caso si decida un maggiore impegno dello Stato tedesco nel sistema di aiuti agli stati che richiedano l’attivazione del Mes sono le condizioni a cui il Tribunale costituzionale federale subordina la sua decisione che sancisce la conformità dello strumento in questione ai parametri costituzionali interni, tra i quali un ruolo prevalente è rivestito dal principio democratico art. 79, c. 3 del *Grundgesetz*; così R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, cit., 9.

<sup>134</sup> Sul tema delle citate sentenze è intervenuta la migliore dottrina. Qui si riporta, senza pretesa di esaustività, gli interventi di: S. CASSESE, *L’Unione europea: la Germania frena*, nota a BundesVerfassungsgericht 30 giugno 2009, n. 2 BvE 2/08, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2009, 1003 ss; M. P. CHITI, *Am deutschen volke*, nota a BundesVerfassungsgericht 30 giugno 2009, n. 2 BvE 2/08, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2009, 1008 ss; M. BONINI, *Riflessioni a margine della sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale Costituzionale Federale tedesco*, nota a Tribunale Costituzionale Federale tedesco, sez. II 12 ottobre 1993, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 6, 1994, p. 1271 ss; I.d., *Delle prerogative parlamentari nell’Europa dei fallimenti di Stato (commento alla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 19 giugno 2012)*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXXII, n. 4, dicembre 2012, 891 ss, M. Lo BUE, *Il “guinzaglio di karlsruhe” e la sentenza del Bundesverfassungsgericht sul piano degli aiuti alla Grecia*, in *Nuove Auton.*, 1, 2012, 123 ss; A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, nota al Tribunale Costituzionale Federale tedesco del 12 settembre 2012, in *Federalismi.it* 18, 2012, 11.

<sup>135</sup> Il filone della giurisprudenza tedesca non è andato esente da critiche da parte della dottrina italiana. Esso va visto certe volte come frutto di populismo e neo-nazionalismo (in particolare si fa così critica alla sentenza del 2009). Altri lo vedono come un ostacolo al processo di integrazione europea o comunque un elemento condizionante del progresso che va verso l’integrazione. Il pensiero che si trae dagli orientamenti della Corte è che essi “denotano, per un verso, la volontà di perseguire operatività improntate a logiche di integrazione (va, infatti, ricordato che la Germania non si è mai opposta alla

Con questa sentenza e con quelle che seguono, ma in particolare con questo tipo di competenza del Tribunale costituzionale federale, non potrà che prodursi uno squilibrio nei confronti degli altri Parlamenti nazionali.

È da notare che nella recente sentenza<sup>136</sup> la BverfG rimarca la questione sul principio delle competenze di attribuzione<sup>137</sup>.

Afferma il dovere della BverfG di controllo degli atti della Ue che mettono in pericolo l'identità tedesca (il c.d. test di conformità). In tal modo si impedisce l'ingresso nel territorio tedesco di norme di diritto eurounitario capaci di incidere sui diritti identitari tedeschi<sup>138</sup>.

Ci si riferisce alla competenza a giudicare sulla legittimità degli atti delle istituzioni europee che, nel caso specifico, riguarda gli atti della Bce che, come notato sopra, ha una natura particolare e riveste in fatto un ruolo atipico<sup>139</sup>.

La questione sollevata dalla BverfG ha palesato un paradosso del sistema che vede un disallineamento tra la politica monetaria e quella economica in quanto la prima è di competenza esclusiva dell'Unione mentre la seconda è di competenza esclusiva degli Stati con il solo vincolo del coordinamento a livello eurounitario. Questo disallineamento richiederebbe un nuovo riassetto delle competenze dell'Unione ma com'è noto nella situazione attuale vi è una forte riluttanza degli Stati a cedere

ratifica di alcun Trattato), e, per altro, l'intento di conservare un controllo sull'operato comunitario; controllo che appare, tuttavia, un ostacolo alla realizzazione, sul piano delle concretezze, dell'obiettivo summenzionato" (cfr. D. ROSSANO, *La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria*, cit., 12). Anche la stessa dottrina tedesca osserva (in riferimento alla sentenza PSPP – BVerfG, No. 2 BvR 859/15, infra in nota): "Considering the storm of negative reactions evoked by the PSPP judgment of the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) both inside and outside Germany, one might wonder whether the judgment is good for anything. The storm, which seems to have taken the judges by surprise results from the fact that the judgment unsettles a whole cluster of delicate issues. It risks destabilizing judicial dialogue, which is premised upon the idea of avoiding escalation", cfr. M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism?*, cit., 1058.

<sup>136</sup> *Bundesverfassungsgericht*, Urteil des Zweiten Senats, 5 maggio 2020, 2BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2BvR 2006/15 – 2BvR 980/16, in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/05/rs20200505\\_2bvr085915.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.pdf?__blob=publicationFile&v=8).

<sup>137</sup> G. TESAURO e P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in <http://www.dirittounioneeuropea.eu>, 11.5.2020.

<sup>138</sup> La regola sull'obbligo di intervenire per preservare l'identità costituzionale tedesca (*Dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müssen*) è ricorrente nelle sentenze della BverfG.

<sup>139</sup> G. TESAURO e P. DE PASQUALE, *op. cit.*.

all'Unione ulteriori competenze in particolar modo in un settore da sempre ancorato strettamente alla loro sovranità<sup>140</sup>.

Quale possa essere la soluzione è un rompicapo di non facile soluzione sebbene la BverfG non contesta le competenze della Ue (e l'affermazione della Corte Ue sul punto), ma contesta la legittimità della competenza per violazione del principio di proporzionalità, posto a carico della Bce e degli organi costituzionali tedeschi (il Governo, il Parlamento e la *Bundesbank*) che sono i soggetti responsabili del rispetto della Costituzione tedesca. In effetti, la decisione non pone solo una questione giuridica ma anche, e ancora prima, una questione politica. Va considerato, infatti, il contesto storico in cui è stata pronunciata.

Le posizioni della BverfG portano, in sostanza, verso la rivendicazione della sovranità nazionale, e spingono alcuni Stati verso una ripresa del diritto del bilancio. Oltre ad una dialettica serrata tra le Corti si sta creando una contrapposizione tra gruppi di Stati.

Sul primo aspetto in occasione della sentenza della BverfG sul caso PSPP (*supra*) la Corte di giustizia è dovuta intervenire con un comunicato (dell'8 maggio 2020), a precisare che solo i giudici eurocomunitari sono competenti a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto Ue.

Sul secondo aspetto è da notare che in effetti, le decisioni sono assunte, secondo gli schemi verticistici, dietro la spinta di gruppi di Stati, talvolta i più forti, altre volte coalizzati tra loro, e quindi dei loro interessi in contrapposizione di altri Stati, che in quel conteso risultano più deboli o attaccabili. A livello di Unione, in particolare per la forma che non ha — l'Unione non è una federazione e neppure una confederazione — gli interessi dei singoli membri sono ben lontani dall'essere assorbiti nell'interesse generale della struttura unitaria<sup>141</sup>.

Al suo interno, anzi, la competizione fra gli Stati non è mai venuta meno. Per fare un solo significativo esempio è il differenziale dei tassi di interesse fra i titoli di Stato di alcuni Stati che determina vantaggi competitivi per le imprese di uno Stato a scapito dell'altro i cui tassi di interesse incrementano il livello di indebitamento e abbassano la disponibilità delle risorse da utilizzare a beneficio immediato della collettività.

<sup>140</sup> *Ibidem*

<sup>141</sup> M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione conclusiva presentata al 58° Convegno di studi amministrativi dal tema "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità", Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2012.

RIPARTO DELLE COMPETENZE E FINANZIAMENTO  
DELLE FUNZIONI TRA STATO E REGIONI  
NELLA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE:  
DALL'EMERGENZA ALLA STABILIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Diritti e risorse al tempo della pandemia, tra crisi economica e crisi sanitaria. – 2. Il ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria. – 3. *Segue*. La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021: la profilassi internazionale come materia in senso oggettivo o come titolo di competenza "trasversale"? – 4. Il "nodo" dei livelli essenziali di assistenza sanitaria. – 5. La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e i suoi riflessi sul finanziamento delle prestazioni sanitarie. – 6. I livelli essenziali di assistenza come parametro di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria: il contributo della giurisprudenza costituzionale. – 7. Considerazioni conclusive: "stabilizzazione" delle competenze, "certezza" delle risorse finanziarie ed esigenze collaborative tra Stato e Regioni nella cura del diritto alla salute.

1. *Diritti e risorse al tempo della pandemia, tra crisi economica e crisi sanitaria*

La crisi pandemica ha notevolmente incrementato lo squilibrio tra le esigenze primarie inerenti alla soddisfazione del diritto costituzionale alla salute, da un lato, e le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili, dall'altro lato. Gli eventi dell'ultimo anno e mezzo hanno messo drammaticamente in rilievo come la scarsità di risorse, anzitutto di personale, medico e infermieristico, abbia investito il complesso della

\* Il presente contributo costituisce la versione rielaborata e ampliata della relazione al Convegno Nazionale di Contabilità pubblica «Dalla emergenza sanitaria alla stabilizzazione finanziaria della sanità pubblica», promosso dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Pisa, dal Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia, dalla Banca d'Italia e dalla Ragioneria Generale dello Stato e tenutosi il 17/19 dicembre 2020.

dimensione organizzativa e dei mezzi di provvista necessari al soddisfacimento del diritto<sup>1</sup>.

Al contempo, l'emergenza sanitaria ha accelerato processi già in atto sin dal deflagrare della crisi economico-finanziaria dei debiti sovrani del 2011, determinando ulteriori e incisivi riflessi sul finanziamento delle prestazioni e sulla garanzia dei livelli essenziali di assistenza (d'ora in poi: LEA)<sup>2</sup>.

Peraltro, come messo in rilievo dai costituzionalisti italiani in tempi "non sospetti", ben lontani, cioè, dalle crisi, economiche e pandemiche, deve essere anzitutto ricordato che tutti i diritti costano<sup>3</sup>, nel senso che essi sono condizionati nell'attuazione legislativa dall'organizzazione e dai mezzi di provvista, secondo quella che è stata definita la «riserva del possibile e del ragionevole»<sup>4</sup>.

Il legislatore e la giurisprudenza costituzionale, quindi, si sono dovuti da tempo misurare con il piano della disponibilità dei mezzi finanziari di cui occorre tenere conto in sede di bilanciamento<sup>5</sup>. In tema di

<sup>1</sup> Come dimostra, tra gli atti di particolare rilievo nell'emergenza pandemica, il dibattito sul documento della Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (Siaarti) dal titolo «*Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*»: su cui, cfr., tra gli altri, A. D'ALOIA, *Emergenza sanitaria e ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 1, 20 ss.; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive tra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, ivi, 441 ss.; S. ROSSI, *Società del rischio e scelte tragiche al tempo del coronavirus*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 250 ss.

<sup>2</sup> Come sottolineato, da ultimo, anche dalla Corte dei conti nel Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica, approvato dalle Sezioni Riunite in sede di controllo il 24 maggio 2021, in cui si lamenta: la riduzione progressiva della spesa pubblica per la sanità in atto da circa un decennio e la contrazione delle strutture di ricovero ospedaliere e di quelle di assistenza territoriale: tutti fattori, acuiti dall'emergenza pandemica, che incidono negativamente sull'erogazione dei LEA: cfr. CORTE DEI CONTI, *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica*, Sezioni Riunite in sede di controllo, Roma, 2021, 268 ss.

<sup>3</sup> Sin dagli anni Sessanta del secolo scorso: cfr. M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 805 s.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti Sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 29 s.; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, vol. II, Padova 1995, 121; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 11 ss., spec. 14; e, soltanto successivamente, S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999, trad. it. di E. Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna 2000.

<sup>4</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 30 ss.

<sup>5</sup> Cfr., tra le tante, sentt. n. 455 del 1990; n. 240 del 1994; n. 245 del 1997; n. 203 del 2016, punto n. 8 del "Considerato in diritto"; n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del "Considerato in diritto".



tutela del diritto alla salute, ad esempio, basti richiamare alla mente il passaggio dalla sentenza n. 992 del 1988, secondo la quale è illegittima l'esclusione di qualsiasi prestazione sanitaria, trattandosi di valore costituzionale primario e fondamentale che impone piena ed esaustiva tutela, alla sentenza n. 455 del 1990 ove la Corte afferma che il diritto a essere curato, «basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere», si configura come diritto a prestazione «condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento», fermo restando il controllo della Corte stessa sul bilanciamento realizzato dal legislatore<sup>6</sup>.

In altre parole, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza costituzionale, sussiste un inscindibile nesso tra accesso alle prestazioni e scelte organizzative di provvista preposte alla loro erogazione poiché le risorse finanziarie sono rivolte a garantire il nucleo essenziale del diritto a prestazione e il diritto a sua volta ne condiziona l'impiego<sup>7</sup>. La disponibilità delle risorse, quindi, pur non essendo in sé bilanciabile con i diritti costituzionali, trattandosi di entità eterogenee<sup>8</sup>, condiziona le scelte legislative che devono essere graduate in relazione al bilanciamento tra valori costituzionali, tenendo conto delle compatibilità finanziarie<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Sent. n. 455 del 1990, punto n. 3 del “Considerato in diritto”.

<sup>7</sup> Cfr. sent. n. 383 del 1998, spec. punti n. 4.1.1 e n. 4.1.2 del “Considerato in diritto”, in materia di diritto all'istruzione; nonché, tra le tante, in materia di diritto alla salute, sentt. n. 309 del 1999, punto n. 3 del “Considerato in diritto”, ove la Corte afferma che «la tutela costituzionale del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», precisando, però, che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»; n. 248 del 2011, punto n. 6.1 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che «l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie».

<sup>8</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 250.

<sup>9</sup> Al riguardo, di recente, sia pure con diversità di approccio, cfr. M. LUCIANI, *Bilancio, forma di governo, forma di Stato*, in *Costituzione e bilancio*, a cura di C. Bergonzini, Milano 2019, 44 s.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, 576.

Da quanto premesso segue che, privati di una cospicua disponibilità di risorse, i pubblici poteri non possono svolgere il compito a cui sono chiamati dalla Costituzione: garantire l'effettività dei diritti.

Tali processi sono stati acuiti dalla crisi pandemica sia negli ordinamenti dotati di una clausola costituzionale di emergenza, sia in quelli che ne sono privi (come il nostro), con l'effetto di porre l'esigenza immediata di reperire *adeguate* risorse per assicurare il finanziamento dei diritti nella crisi pandemica.

Nel caso italiano, alla dichiarazione dello stato di emergenza deliberata dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (*Codice della protezione civile*)<sup>10</sup>, ha fatto seguito il massiccio utilizzo della decretazione d'urgenza e il largo ricorso ai d.P.C.M. e ai poteri di ordinanza<sup>11</sup>.

L'emergenza epidemiologica ha quindi acuito l'emergenza economica: l'una e l'altra sono strettamente connesse rispetto alle scelte a cui sono stati chiamati Governo e Parlamento.

In ordine al riparto di competenze e al finanziamento delle funzioni in materia sanitaria, occorre però distinguere le tendenze che erano già in atto da quelle che si sono prodotte con l'emergenza pandemica.

Quanto alle prime, quale riflesso della perdurante crisi economico-finanziaria, ormai da un decennio la scarsità di risorse ha negativamente inciso sul finanziamento delle funzioni e delle prestazioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo, nel comparto sanitario così come negli altri ambiti materiali di competenza sub-statale.

La crisi economica aveva quindi già indotto da tempo gli Stati membri ad accentrare la gestione delle risorse proprio perché in tal modo è più facile assicurare il controllo della finanza pubblica. All'irrigidimento del vincolo di bilancio, effetto della legge costituzionale n. 1 del 2012 sul c.d. pareggio, e alla conseguente necessità di assicurare il riparto degli oneri finanziari tra gli enti sub-statali, è perciò seguito un robusto accentramento non soltanto delle competenze, ma anche delle decisioni finanziarie e fiscali<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» pubblicata in *G.U.*, Serie gen., 1° febbraio 2020, n. 26.

<sup>11</sup> Per un'analisi delle fonti che si sono susseguite nel tempo, cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 109 ss., spec. 116 ss.; U. DE STERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 300 ss., spec. 303 ss.

<sup>12</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e*

Sebbene adottato da larga parte degli Stati membri dell'Unione europea, tale orientamento non era imposto in termini di politica economica. Se si condivide il presupposto per il quale la soluzione della crisi richiede di unire al rigore finanziario l'introduzione di misure volte a favorire la crescita economica, stabilire vincoli di bilancio troppo rigidi per gli enti territoriali significa impedire che l'attività di investimento sia gestita dalle autonomie, mentre proprio a livello locale è più facile attrarre investimenti e favorire la ripresa. Ciò spiega perché – diversamente da quanto accaduto nella fase storica più recente – in passato gli Stati composti abbiano spesso apprestato strumenti di reazione alle grandi crisi economico-finanziarie volti sì ad accentrare competenze legislative, ma anche a garantire finanziamenti alla periferia<sup>13</sup>, al fine di sostenere programmi di spesa per favorire lo sviluppo e tutelare l'erogazione delle prestazioni mediante gli enti sub-statali<sup>14</sup>.

Invece, nell'ultimo decennio, la scelta di accentrare le competenze legislative e, assieme, le decisioni finanziarie e fiscali, senza garantire risorse "certe" alle Regioni, acuisce uno degli aspetti più rilevanti della crisi dello Stato sociale, plasticamente rappresentata, nel nostro ordinamento, dai contraddittori orientamenti assunti dalla c.d. legislazione della crisi. Alla difficoltà di erogare prestazioni da parte statale per la scarsità delle risorse disponibili ha fatto seguito l'accentramento delle decisioni tributarie e finanziarie, effetto delle politiche di inasprimento fiscale e di contenimento della spesa. Ciò ha determinato, da un lato, la tendenza dello Stato ad "appropriarsi" del gettito dei tributi regionali e locali e, dall'altro lato, la riduzione della spesa sociale per i "tagli" ai servizi erogati da Regioni ed enti locali nella fase immediatamente precedente alla crisi pandemica<sup>15</sup>. Tali processi, se sono comuni ad altri ordinamenti, nel caso italiano hanno inciso doppiamente sull'autonomia perché, in mancanza di una

*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, 353 ss., spec. 360 ss.

<sup>13</sup> In questo senso, cfr. G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, a cura di A.M. Petroni, Bologna 2001, 65; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia finanziaria delle Regioni*, in *Il federalismo fiscale in Europa*, a cura di S. Gambino, Milano 2014, 69 s.

<sup>14</sup> Al riguardo, le pregnanti considerazioni di S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli 2015, 124 ss.

<sup>15</sup> In questo senso, ad esempio, S. MANGIAMELI, *Le Regioni italiane tra crisi globale e*

Camera delle Regioni, sono stati soltanto parzialmente assistiti dal principio collaborativo realizzato dal sistema delle Conferenze.

Rispetto a queste tendenze da tempo in atto circa l'accentramento delle competenze, l'emergenza pandemica ha costituito ulteriore e decisivo fattore di accentramento dei poteri nel Governo sia nei confronti del Parlamento, sia nei confronti delle autonomie territoriali quale duplice effetto della dichiarazione dello stato di emergenza<sup>16</sup>.

Quanto all'impiego delle risorse, invece, la pandemia ha causato la sospensione delle regole europee sul patto di stabilità imponendo, all'opposto, il larghissimo ricorso all'indebitamento mediante il sistematico scostamento dal principio dall'equilibrio, secondo quanto consentito dall'art. 81, secondo comma, Cost. «al verificarsi di eventi eccezionali» e mediante votazione delle Camere a maggioranza assoluta.

In altre parole: di fronte alla pandemia lo squilibrio di bilancio è “nei fatti” prima ancora che nelle scelte di governo dei conti pubblici perché l'enorme sproporzione tra le esigenze primarie – non bilanciabili – di tutela della salute, da un lato, e la scarsità delle risorse, dall'altro lato, non può che produrre disavanzo e debito pubblico. Basti pensare che ben sei dei quindici scostamenti complessivamente votati da quando trova applicazione la legge costituzionale n. 1 del 2012 sono stati deliberati negli ultimi mesi: per la precisione dall'11 marzo 2020 al 20 gennaio 2021, allo scopo di assicurare il finanziamento dei decreti-legge di sostegno all'economia e approvare la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza e le relative risoluzioni parlamentari<sup>17</sup>.

*neocentralismo*, Milano 2013, 159 ss.; L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 7.

<sup>16</sup> Per un approfondimento di questa prospettiva, sia consentito rinviare a G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri e controllo parlamentare ai tempi del coronavirus* (1° dicembre 2020), in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 6/2020, 62 ss.

<sup>17</sup> Cfr. il decreto-legge 28 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*), il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*) e il decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (*Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*). Alle leggi di conversione di tali decreti-legge, approvate dal Parlamento autorizzando scostamenti dall'equilibrio di bilancio, devono aggiungersi gli ulteriori scostamenti deliberati con le risoluzioni del 14 ottobre e del 26 novembre 2020, di approvazione della Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza per il 2020 (Nadef 2020), nonché con la risoluzione del 20 gennaio 2021 ai fini dell'autorizzazione dell'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine (OMT) rispetto a quanto indicato nella Nadef 2020.

Vero è che negli ultimi anni l'interpretazione delle richiamate norme costituzionali e legislative, adottata da Governo e Parlamento con l'avallo dalle istituzioni europee, aveva ampiamente consentito di predisporre e approvare intere manovre finanziarie entro gli scostamenti previsti riferiti non soltanto ai «periodi di grave recessione economica» e agli «eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato», secondo quanto testualmente previsto dall'art. 6, comma 2, lett. a) e b), 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*), ma anche agli interventi "ordinari" adottati in relazione alle diverse fasi del ciclo economico e alle crisi, a partire dai "salvataggi" dei settori bancari e dalle misure di rilancio dell'economia<sup>18</sup>.

Oggi, tuttavia, tali processi hanno subito una brusca accelerazione. La pandemia ha ben presto acuito la crisi economica, così aprendo una nuova fase nel governo delle finanze pubbliche a causa dell'esigenza di assicurare le misure necessarie a fronteggiare gli eventi emergenziali votate sistematicamente in *extra-deficit* dal Parlamento nazionale, con l'effetto di determinare un incisivo ampliamento del disavanzo<sup>19</sup>.

In questo contesto, si inseriscono gli indispensabili programmi di sostegno europei previsti su più linee di intervento: *Next Generation Europe* (NGEU), più noto in Italia con il nome della sua componente principale, il *Recovery Fund*, già previsto a fine maggio 2020 dalla Commissione, sostenuto dal Parlamento europeo, che costituisce il primo programma di intervento capace di creare debito europeo di dimensioni inedite senza previa garanzia degli Stati, in larga parte destinato a erogazioni a fondo perduto, rivolto a finanziare «Programmi nazionali per la ripresa e la re-

<sup>18</sup> Se si considera che la legge costituzionale n. 1 del 2012 per sua espressa previsione si applica a decorrere dal 1° gennaio 2014, si avrà la misura dell'incidenza "ordinaria" dell'applicazione della suddetta procedura nell'approvazione degli atti collegati alla legge di bilancio (Documento di economia e finanza; Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza; disegni di legge di conversione di decreti-legge in materia economico-finanziaria) pari ad una media di più di due scostamenti all'anno nei sei anni in cui ha trovato applicazione il rinnovato art. 81 Cost.

<sup>19</sup> Infatti, prendendo in esame la sequenza dei sopra richiamati provvedimenti approvati dal Parlamento nazionale (11 marzo 2020, 29 aprile 2020, 29 luglio 2020, 13 ottobre 2020, 26 novembre 2020 e 20 gennaio 2021), l'andamento dei conti pubblici mostra un evidente disallineamento tra indebitamento e saldo da finanziare. Mentre nel primo scostamento (11 marzo 2020) l'indebitamento netto (25 miliardi) era pari al saldo netto da finanziare (25 miliardi), dal secondo scostamento (29 aprile 2020) la forbice si è allargata in maniera esponenziale poiché il saldo netto da finanziare (155 miliardi) è aumentato più del triplo di quanto è aumentato l'indebitamento netto (50 miliardi).

silenza», integrati nella programmazione di bilancio europea (Quadro di finanziamento pluriennale 2021-2027)<sup>20</sup>.

Al riguardo, occorre precisare che tra i principali requisiti richiesti sia per ottenere sia per mantenere il finanziamento dei programmi nazionali sono espressamente richiamate le specifiche raccomandazioni annualmente rivolte agli Stati membri nell'ambito del Semestre europeo, sicché dagli interventi europei dipende in buona parte la "tenuta" delle misure di sostegno all'economia già approvate dal Parlamento nazionale<sup>21</sup>.

## 2. *Il ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria*

Se questo è il quadro di riferimento, di fronte all'emergenza pandemica occorre quindi chiedersi come garantire il riparto di competenze e le risorse necessarie al finanziamento delle funzioni e delle prestazioni tra Stato, Regioni ed enti locali.

Sul punto, sembra particolarmente significativo che l'apposita risoluzione approvata dal Senato il 2 novembre 2020 si richiami all'esigenza di assicurare la contestuale partecipazione del Parlamento e degli *enti sub-statali*<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Per un efficace inquadramento sul piano del Diritto costituzionale dei programmi del *Next Generation Europe*, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 2020, 761 ss., spec. 768 ss.

<sup>21</sup> Per un approfondimento, cfr. G. RIVOSECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos*, n. 3/2020, 22 ss.

<sup>22</sup> Cfr. la risoluzione n. 6-00146 (Calderoli) approvata dall'Assemblea del Senato il 2 novembre 2020: «Il Senato, a fronte della necessità di varare ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza Covid-19, impegna il Governo:

- a proseguire nel *coinvolgimento reale e tempestivo del Parlamento e degli enti autonomi di cui all'articolo 114 della Costituzione*;

- a proseguire nel confronto fattivo con tutte le forze politiche rappresentate nelle due Camere, da svolgersi in Parlamento nel rispetto dei principi della Costituzione e dei Regolamenti parlamentari;

- a privilegiare lo strumento del decreto-legge laddove si tratti di introdurre limiti ai diritti fondamentali e comunque a comunicare tempestivamente al Parlamento ogni tipo di azione intrapresa a tutela della salute pubblica, in ossequio alla centralità dell'Assemblea elettiva e nell'ottica di promuovere un suo costante coinvolgimento; ad illustrare preventivamente alle Camere il contenuto dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, a riferire alle Camere ai sensi dell'articolo 2, comma 5, del decreto-legge n. 19 del 2020;

- a garantire il rispetto dell'articolo 72 e dell'articolo 67 della Carta costituzionale» (cors. ns.).

È infatti fondamentale il coinvolgimento delle Regioni non soltanto per una questione di riparto delle competenze e di esigenze di differenziazione nell'applicazione delle misure necessariamente decise dal centro per il contenimento dell'epidemia in relazione all'andamento dei contagi nelle diverse aree del territorio, ma soprattutto perché gli enti sub-statali, ancor più nell'emergenza, possono costituire elemento di bilanciamento e di garanzia rispetto all'accentramento dei poteri nel Governo.

Quanto al riparto di competenze tra Stato e Regioni, è ben vero che la Corte costituzionale ha affermato con la recente sentenza n. 37 del 2021 che *ogni* disposizione di legge rivolta a contrastare la pandemia, per quanto di efficacia limitata all'ambito locale, determina «un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla»<sup>23</sup>, con ciò precludendo qualsiasi intervento in materia da parte del legislatore regionale, «quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale»<sup>24</sup>, ed affermando conseguentemente che *tutti* i decreti-legge che si sono susseguiti, in *ogni* loro contenuto, sono riconducibili *in via esclusiva* al titolo di competenza statale «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lett. q), Cost.). Nondimeno, il richiamato titolo di competenza statale *non sembra esaurire* tutti gli ambiti materiali intercettati dai decreti-legge stessi intervenuti in un complesso intreccio di competenze statali e regionali (protezione civile, tutela della salute, commercio, turismo). Infatti, sino alla richiamata pronuncia della Corte, la «profilassi internazionale» valeva a fondare la competenza legislativa statale nei limiti dell'esigenza di assicurare l'uniforme attuazione in ambito nazionale di specifiche fonti sovranazionali. In questo senso, come peraltro riconosciuto dalla stessa sentenza n. 37 del 2021<sup>25</sup>, si era ripetutamente orientata la giurisprudenza costituzionale, affermando che al titolo di competenza in parola fossero riconducibili *soltanto* norme rivolte a garantire l'uniforme attuazione in ambito nazionale di programmi elaborati in sede internazionale previsti da *specifiche fonti* internazionali o del diritto dell'Unione europea<sup>26</sup>. Nel

<sup>23</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>24</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 12.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>25</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del “Considerato in diritto”.

<sup>26</sup> L'esigenza di assicurare l'uniforme applicazione di direttive comunitarie da parte della legislazione statale veterinaria e zootecnica è posta a fondamento delle sentt. n. 12 del 2004, punto n. 5 del “Considerato in diritto”; n. 406 del 2005, punto n. 3 del “Considerato in diritto”; n. 173 del 2014, punto n. 3.3. del “Considerato in diritto”. Analogamente, nel conflitto tra enti deciso in senso sfavorevole alla Provincia autonoma di Bolzano con la sent. n. 270 del 2016, la Corte ha ricostruito le competenze statali in materia



caso della pandemia, tali precedenti sembrerebbero fondare una competenza esclusiva statale in ordine ai riflessi sul territorio nazionale derivanti dagli obblighi e dai rapporti internazionali (basti pensare al controllo delle frontiere e all'acquisizione e distribuzione dei vaccini), nonché ad *alcuni* dei diversi profili interni della gestione dell'emergenza pandemica (si pensi alle misure comuni di prevenzione e contrasto alla diffusione del *virus*).

Maggiormente controversa appare invece la questione se il titolo di competenza in parola, alla stregua delle precedenti decisioni della Corte in materia<sup>27</sup>, possa *integralmente* assorbire tutti gli ambiti materiali incisi dai ripetuti interventi del legislatore statale realizzati, peraltro, mediante il massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza.

Si può al riguardo osservare che, stando alla ricostruzione storico-normativa della materia «profilassi internazionale», a partire dall'art. 6, lett. *a*) e *b*), della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*) emerge una chiara distinzione tra funzioni amministrative concernenti «i rapporti internazionali e la profilassi internazionale [...] nei limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali», e le funzioni di «profilassi delle malattie infettive e diffuse, per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie» (cors. ns.), prevedendo, il legislatore, che queste ultime siano delegate alle Regioni (art. 7). Ciò sembrerebbe indicare che un conto sono le funzioni relative ai «*rapporti internazionali e la profilassi internazionale*» e altro conto quelle relative alla «*profilassi delle malattie infettive e diffuse*»: tale distinzione avrebbe potuto consentire un supplemento di riflessione in ordine alla ricostruzione storico-normativa del titolo di competenza esclusiva statale qui in esame.

di polizia veterinaria in forza di regolamenti e decisioni del diritto dell'Unione europea. Assai limitato, invece, il richiamo al parametro costituzionale in parola da parte della sent. n. 5 del 2018, in materia di prevenzione vaccinale, che, al punto n. 7.2.3 del "Considerato in diritto", si limita ad affermare che potrebbe venire «anche in rilievo la competenza di "profilassi internazionale" di cui all'art. 117, secondo comma, lettera q, Cost., nella misura in cui le norme in questione servono [...] a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale».

<sup>27</sup> Sulla sostanziale inconferenza dei precedenti sopra richiamati (v. nota 26) alla questione decisa dalla sent. n. 37 del 2021, cfr. M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali* (26 aprile 2021), in *Consulta Online*, n. 1/2021, 332 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 12 s.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 116.

In tale contesto, occorre sottolineare che molto opportunamente l'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 maggio 2020, n. 35, prevede istituti di collaborazione con le Regioni: ovviamente non "forti" (le intese), che paralizzerebbero l'adozione dei provvedimenti di contrasto alla pandemia e la loro efficacia, bensì "deboli" (i pareri) che consentono di contemperare il coinvolgimento del livello regionale – soprattutto in materia di organizzazione del servizio sanitario – con l'urgenza del provvedere a cui deve necessariamente seguire la centralizzazione delle decisioni. Al riguardo, si può incidentalmente osservare che, stando alle conclusioni a cui è giunta la Corte costituzionale nella sentenza n. 37 del 2021, tale istituto di collaborazione "debole", capace di esprimere un ragionevole punto di bilanciamento tra istanze statali e istanze regionali, avrebbe invece potuto essere pretermesso poiché il Giudice delle leggi ha ricondotto *ogni* intervento rivolto a fronteggiare l'emergenza pandemica al titolo di competenza esclusiva statale «profilassi internazionale», ricostruito come materia *in senso oggettivo* che quindi non esige alcuna collaborazione tra Stato e Regioni, con evidenti torsioni nel senso dell'accentramento.

D'altra parte, è appena il caso di osservare che le stesse Regioni si sono ben guardate dall'impugnare davanti alla Corte costituzionale i provvedimenti d'urgenza statali, assumendo, piuttosto, un atteggiamento ora rivolto ad avallare quanto deciso dal Governo, ora alla rivendicazione "informale" delle loro attribuzioni costituzionali.

Pur non essendosi mai pronunciata – sino alla richiamata sentenza n. 37 del 2021 – su emergenze simili a quella che stiamo vivendo, deve essere ricordato che, di fronte a provvedimenti legislativi adottati per fronteggiare calamità naturali e gravi emergenze ambientali o economiche, la Corte costituzionale, già nell'originario quadro costituzionale di forte accentramento, permeato dall'interesse nazionale, ha costantemente affermato che lo stato di emergenza non può determinare il sacrificio illimitato e permanente dell'autonomia regionale e che l'esercizio dei poteri di ordinanza non può compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali<sup>28</sup>, poiché la Costituzione esclude che lo stato di necessità possa legittimare la sospensione permanente delle garanzie costituzionali di

<sup>28</sup> Cfr. sentt. n. 127 del 1995, punto n. 2 del "Considerato in diritto" e, successivamente, n. 327 del 2003, spec. punto n. 2 del "Considerato in diritto".

autonomia degli enti sub-statali<sup>29</sup>. Ancora di recente, sia pure nell'ambito degli interventi di emergenza in materia di protezione civile, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito il necessario coinvolgimento del livello regionale anche di fronte alla dichiarazione dello stato di emergenza<sup>30</sup>. Ne consegue che, pur senza compromettere la celerità e l'efficacia degli interventi statali, l'adozione delle misure emergenziali richiede una forma di collaborazione con le Regioni interessate.

A ben vedere, quella realizzata dai decreti-legge intervenuti può considerarsi da un lato legittima determinazione di inderogabili principi fondamentali della legislazione statale opponibili alle Regioni e, dall'altro lato, ragionevole accentramento di funzioni regionali a livello statale, con riguardo, tra l'altro, ai poteri di ordinanza che in questa emergenza senza precedenti sono assunti dallo Stato. In altre parole, soltanto i richiamati decreti-legge possono rispondere alle esigenze di tempestività e di funzionalità degli interventi necessari a fronteggiare l'emergenza anche per la mancanza di una legge contenente i principi fondamentali della materia «tutela della salute» che, al fine di evitare soluzioni derogatorie dell'ordine costituzionale delle competenze, dovrebbe dettare «norme precise sul *modus operandi* delle autorità statali, regionali e locali in caso di epidemie e altre emergenze sanitarie»<sup>31</sup>.

In questa prospettiva, anche a prescindere dal ricorso ai poteri sostitutivi ai sensi dell'art. 120 Cost., di cui lo Stato potrebbe sempre avvalersi nell'emergenza di fronte all'inadempienza regionale nel garantire i livelli essenziali (si pensi, ad esempio, all'incompleta istituzione in alcune aree territoriali delle Unità Speciali di Continuità Assistenziale, c.d. USCA), quanto realizzato dai decreti-legge rende superfluo il dibattito, *de iure condendo*, sulla costituzionalizzazione di una clausola di supremazia in favore dello Stato, sorretta dalla reintroduzione dell'interesse nazionale<sup>32</sup>. All'opposto, come proprio la crisi pandemica ha dimostrato,

<sup>29</sup> Cfr. sentt. n. 148 del 2012, punto n. 3 del “Considerato in diritto”; n. 151 del 2012, punto n. 4 del “Considerato in diritto”; n. 99 del 2014, punto n. 4 del “Considerato in diritto”.

<sup>30</sup> Cfr. sentt. n. 8 del 2016, spec. punto n. 8.1.1 del “Considerato in diritto” e n. 246 del 2019, punti n. 5 e n. 6 del “Considerato in diritto”.

<sup>31</sup> Secondo quella che, in via ordinaria, dovrebbe essere la soluzione preferibile come suggerito da G. SILVESTRI, *COVID-19 e Costituzione*, in *Unicost. Unità per la Costituzione*, aprile 2020 (cui appartengono le espressioni virgolettate).

<sup>32</sup> Non convincono, quindi, i disegni di legge costituzionale XVIII legislatura – A.S. n. 1825 (di iniziativa Parrini e Pinotti, PD) e XVIII legislatura – A.C. n. 2244 (di iniziativa Ceccanti ed altri, PD), attualmente all'esame delle Commissioni Affari costituzionali di

i poteri centrali risultano già sufficientemente garantiti dagli strumenti di cui dispongono a diritto costituzionale vigente, ulteriormente rafforzati dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale: basti pensare alle c.d. competenze trasversali e finalistiche, alla "chiamata in sussidiarietà" di funzioni, all'esercizio dei poteri sostitutivi, al potere di sospendere in via cautelare la legge regionale (ord. n. 4 del 2021).

In altre parole, il vigente riparto costituzionale delle competenze viene a dotare lo Stato dei poteri necessari ad adottare le misure di contrasto alle emergenze sanitarie, anche quando esse non siano riconducibili alla materia della profilassi internazionale<sup>33</sup>.

### 3. Segue. *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021: la profilassi internazionale come materia in senso oggettivo o come titolo di competenza "trasversale"?*

Per concludere sul ruolo delle Regioni nell'emergenza sanitaria, occorre tornare sulla recente sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021, che sembra avviare un ripensamento della ricostruzione duale Stato-Regioni del riparto di competenze in materia di tutela del diritto alla salute, anche qui sopra proposta e (sinora) ripetutamente avvalorata dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>34</sup>. Come si è detto, la Corte ha infatti ricondotto al titolo di competenza esclusiva statale «profilassi internazionale», giusto il disposto dell'art. 117, secondo comma, lett.

Senato e Camera, rivolti a combinare l'introduzione in Costituzione di un richiamo meramente formale al ruolo delle Conferenze con la previsione di una clausola di supremazia attivabile su proposta del Governo a tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o dell'*interesse nazionale*. L'idea di reintrodurre tale parametro quale limite generale all'esercizio delle competenze legislative regionali evocabile *ad libitum* dal solo Governo, senza alcun coinvolgimento del Parlamento, determinerebbe il rischio di alimentare l'ulteriore «erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni», come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 303 del 2003, punto n. 2.2 del "Considerato in diritto".

<sup>33</sup> In questo senso, le significative considerazioni di A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers On Federalism*, Rivista giuridica on line ISSiRFA – CNR, n. 1/2021, spec. 3 ss.

<sup>34</sup> Cfr., di recente, sentt. n. 62, n. 130 e n. 157 del 2020: sull'impianto duale sinora avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale sembra convergere anche la dottrina maggiormente critica e conseguentemente adesiva alla sent. n. 37 del 2021: cfr. A. MORRONE, *La "visione trascendente" dei Lea e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della corte costituzionale*, in *Corti Supreme e salute*, n. 1/2020, 9 ss.

q), Cost., «ogni misura atta a contrastare la pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»<sup>35</sup>, avvalorando, per lo meno apparentemente, una ricostruzione della materia non già in termini finalistici, poiché la Corte ha espressamente affermato che la competenza in parola è priva di «tratti di trasversalità»<sup>36</sup>, bensì come materia in senso oggettivo, capace di «assorbire ogni profilo della decisione»<sup>37</sup>.

La pronuncia potrebbe segnare un punto di svolta particolarmente significativo nelle relazioni tra Stato e Regioni in ordine al riparto delle competenze, ben oltre i profili strettamente attinenti all'emergenza sanitaria<sup>38</sup>.

Si è già detto che la Corte prescinde dalla ricostruzione storico-normativa della materia «profilassi internazionale», che avrebbe potuto ricondurre tale ambito competenziale ai «limiti ed alle condizioni previste da impegni internazionali»<sup>39</sup>, come recita il già richiamato art. 6, lett. a), della legge n. 833 del 1978, distinguendo le funzioni amministrative inerenti ai «rapporti internazionali e la profilassi internazionale» (art. 6, lett. a)) da quelle relative alla «profilassi delle malattie infettive e diffuse» (art. 6, lett. b)), e delegando alle Regioni «l'esercizio delle funzioni amministrative concernenti la profilassi delle malattie infettive e diffuse» (art. 7) proprio sulla base della suddetta distinzione.

In verità, tale non implausibile linea ricostruttiva, scartata dalla sentenza n. 37 del 2021, sembrerebbe essere invece corroborata anche dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978, che afferma la potestà legislativa regionale in materia di «sanità pubblica» e attribuisce il potere di adotta-

<sup>35</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto».

<sup>36</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto».

<sup>37</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del «Considerato in diritto». Di «inedito assorbimento funzionale» posto a fondamento della *ratio decidendi* della pronuncia discorrono, con toni critici, D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale?*, cit., 17 s.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., 114 s..

<sup>38</sup> Al riguardo, particolarmente significativi l'inquadramento e la terminologia utilizzati da B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali* (21 aprile 2021), in *Federalismi.it – paper*, 1 ss. (che però fornisce una prospettiva di analisi sostanzialmente adesiva alle conclusioni a cui giunge la Corte).

<sup>39</sup> In questa prospettiva, ad esempio, G. PICCIRILLI, *Dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale (art. 117.2.q)*, in *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001. Analisi sistematica della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze fra Stato e Regioni 2001-2014*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, Napoli 2015, 210, il quale rileva che la giurisprudenza costituzionale in materia si riferisce a «decisioni comunitarie».

re ordinanze urgenti in materia di sanità pubblica al Ministro della sanità, al Presidente della Giunta regionale e al Sindaco, in relazione all'ambito territoriale interessato e, soprattutto, dagli artt. 112, comma 3, lett. g), e 113 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*), che confermano tale criterio di riparto chiarendo che le funzioni di prevenzione delle malattie infettive e diffuse devono essere ricondotte alla tutela della salute<sup>40</sup>.

Il quadro normativo sinteticamente richiamato sembrerebbe indicare che, anche di fronte all'emergenza pandemica, gli interventi del legislatore statale sono prevalentemente riconducibili al titolo di competenza concorrente «tutela della salute»<sup>41</sup>.

Già con l'ordinanza n. 4 del 2021, che dispone *per la prima volta* la sospensione cautelare dell'efficacia di una legge regionale, la Corte tendeva invece ad inquadrare l'ambito materiale della materia nella «profilassi internazionale», affermando che «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato». Ciò ai fini del riconoscimento della sussistenza tanto del *fumus boni iuris*, quanto del *periculum in mora*, «poiché la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità», salvo poi affermare, in maniera più ambigua, che «la materia da essa trattata sarebbe da ricondurre alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), oltre che a principi fondamentali della materia *tutela della salute*» (cors. ns.).

Con la successiva sentenza n. 37 del 2021, la Corte, in maniera più netta, non ha seguito la distinzione, assai risalente nella legislazione vigente, tra «profilassi internazionale» e «profilassi delle malattie infettive

<sup>40</sup> Analogamente, si vedano anche l'art. 117 dello stesso decreto legislativo n. 112 del 1998 che, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica, affida il potere di ordinanza ai vertici degli esecutivi locali, regionali o statali, a seconda degli ambiti territoriali interessati e l'art. 50, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) che conferma tale impostazione in ordine alle competenze del sindaco e del Presidente della provincia.

<sup>41</sup> In questa prospettiva, ad esempio, G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, n. 4/2020, 755 ss.

e diffusive», che avrebbe potuto fondare un diverso riconoscimento delle competenze regionali, affermando, all'opposto, che la «profilassi internazionale» costituisce materia *in senso oggettivo* e non già di carattere «trasversale»<sup>42</sup>, poiché essa «ha un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»<sup>43</sup>. Le raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della sanità, quindi, sembrano quasi fondare la competenza, unitamente al rilievo “in fatto” internazionale della pandemia. La Corte ritiene tale profilo di per sé idoneo a ricondurre alla «sfera della competenza legislativa esclusiva dello Stato la cura degli interessi che emergono innanzi ad una malattia pandemica di larga distribuzione geografica, ovvero tale da dover essere reputata “internazionale”, sulla base della diffusività che la connota»<sup>44</sup>. Nondimeno, la stessa sentenza n. 37 del 2021 in più passaggi della motivazione sembra fare riferimento all'evidente incidenza su materie regionali della disciplina statale relativa all'emergenza sanitaria, da cui finisce per discendere, in realtà, una ricostruzione della materia in senso trasversale<sup>45</sup>. È d'altra parte da tempo assodato che, alla stregua della stessa giurisprudenza costituzionale, occorre ragionare sempre meno in termini di “materie” e “funzioni” e sempre più in termini di realizzazione di “obiettivi” e “politiche comuni” nell'intreccio di competenze nella cura dei diritti<sup>46</sup>. E non si vede perché tali consolidati orientamenti non possano essere mantenuti anche nella gestione dell'emergenza pandemica.

Nella questione decisa dalla sentenza n. 37 del 2021, invece, il sillogismo della Corte sembra reggersi sui seguenti passaggi argomentativi: a)

<sup>42</sup> La definizione di «materie trasversali», più volte ripresa, è di G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 5.

<sup>43</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del “Considerato in diritto”.

<sup>44</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7 del “Considerato in diritto”.

<sup>45</sup> Cfr. sent. n. 37 del 2021, ad esempio, punto n. 8 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni «per i casi in cui si manifesti un'emergenza pandemica, ha trovato tradizionalmente riscontro nella legislazione, quando si tratta di *intrecciare* i profili attinenti alla tutela della salute con quelli innescati dalla repentinità ed imprevedibilità della crisi» (cors. ns.) e punto n. 16 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che «la definizione di quali siano gli organi competenti, nell'ambito dell'ordinamento regionale, sia a prestare la collaborazione demandata allo Stato, sia ad esercitare le attribuzioni demandate alla Regione, non può spettare, in linea di principio, che alla Regione stessa».

<sup>46</sup> Al riguardo, cfr. già R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria Livio Paladin*, vol. I, Napoli 2004, 318 s.



il COVID-19 è *virus* diffuso in tutto il mondo come risulta “in fatto” e come è confermato dai programmi e alle raccomandazioni internazionali dell’Organizzazione mondiale della sanità rivolti agli Stati; b) la pandemia è di carattere internazionale; c) soltanto lo Stato è idoneo ad adottare *tutte* le misure legislative di contrasto alla diffusione del *virus* in forza dello specifico titolo di competenza legislativa esclusiva «profilassi internazionale»<sup>47</sup>.

Quest’ultimo passaggio argomentativo avrebbe richiesto, forse, un’ulteriore valutazione sulla possibilità di ammettere la prova contraria: la Corte avrebbe potuto affermare che la Regione può dimostrare, nel giudizio di costituzionalità, che le misure legislative da essa adottate non interferiscono con le misure di contrasto statali che devono valere su tutto il territorio nazionale. Si sarebbe, ad esempio, potuto adottare una soluzione simile a quella che consente alle Regioni, di fronte dell’incisiva legislazione statale di coordinamento della finanza pubblica, di fornire la prova della violazione dell’art. 119 Cost. sotto il profilo della corrispondenza tra funzioni e risorse. Infatti, pur avendo la Corte affermato il divieto di alterare il «rapporto tra complessivi bisogni regionali e mezzi finanziari per farvi fronte»<sup>48</sup>, per consolidata giurisprudenza costituzionale ricade sulla Regione stessa l’onere di provare con adeguata documentazione l’assoluta impossibilità, conseguente all’applicazione delle misure finanziarie, di svolgere le funzioni ad essa attribuite dalla Costituzione<sup>49</sup>. Analogamente, nel caso deciso dalla sentenza n. 37 del 2021, la Corte avrebbe potuto ammettere la possibilità per la Regione di fornire la prova della mancanza assoluta di interferenza delle proprie disposizioni di legge con le misure di contrasto alla pandemia previste dal legislatore statale. O, ancora, si sarebbe potuto perseguire un ragionevole punto di equilibrio come quello realizzato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di «tutela dell’ambiente» che consente alle Regioni, nel rispetto delle loro competenze e degli *standard* previsti dallo Stato, di innalzare il livello di tutela<sup>50</sup>, pur tenendo fermi i limiti posti dalle riserve di legge in

<sup>47</sup> Al riguardo, di «giustificazione eminentemente circolare» parla, ad esempio, G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., 114.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, sent. n. 307 del 1983, punto n. 5 del “Considerato in diritto”; nonché sentt. n. 337 del 2001; n. 29 e n. 381 del 2004; n. 75 e n. 155 del 2006; n. 442 del 2008.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Quello conseguito dalla Corte in materia di ambiente si è rivelato un approdo particolarmente significativo. Non è certamente un caso che la «tutela dell’ambiente»,

materia di diritti fondamentali che possono essere soddisfatte soltanto da una fonte primaria statale<sup>51</sup>.

Il principio di diritto più critico ricavabile dalla sentenza n. 37 del 2021 è però quello che la Corte fa discendere dal suddetto inquadramento dell'ambito materiale, laddove afferma che non soltanto la disciplina, ma anche l'allocatione delle funzioni amministrative è di esclusiva spettanza statale. La pronuncia sul punto è chiarissima: «Non vi può essere in definitiva alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa»<sup>52</sup>.

Il passaggio argomentativo è delicato poiché la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che, se sussiste una «forte incidenza» sull'esercizio delle funzioni amministrative regionali, la legge statale che aspiri a superare il vaglio di costituzionalità deve prevedere forme di collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni statali di rango sub-legislativo<sup>53</sup>. Il principio di diritto richiamato è stato espressamente affermato dalla Corte (anche) in materia sanitaria, in forza dell'incidenza del processo di determinazione dei LEA sulle competenze regionali<sup>54</sup>.

Tali esigenze collaborative, peraltro, in forza del principio cardine

pur essendo materia statale trasversale, non abbia inciso così pesantemente sulle materie regionali residuali come accaduto, ad esempio, con l'«ordinamento civile» o la «tutela della concorrenza»: cfr., ad esempio, sentt. n. 272 e n. 315 del 2009; n. 44 e n.151 del 2011; n. 244 del 2012; n. 93 e n. 300 del 2013; n. 86 del 2014.

<sup>51</sup> È appena il caso di ricordare che la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sent. n. 4 del 1956, ha ripetutamente affermato che le norme costituzionali, quando rinviano alla legge per la disciplina di una determinata materia, si riferiscono soltanto alla legge dello Stato (v. anche sent. n. 21 del 1957), pur ammettendo qualche significativa apertura nei confronti della legge regionale circa l'idoneità, ad esempio, a soddisfare la riserva di legge posta dall'art. 23 Cost. al fine di non neutralizzare la potestà legislativa in materia tributaria delle Regioni (sent. n. 64 del 1965, punto n. 6 del «Considerato in diritto»). Per una recente ricostruzione, cfr. S. ARU, *La continuità del regionalismo italiano*, Napoli 2020, 32 ss.

<sup>52</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 12 del «Considerato in diritto».

<sup>53</sup> Cfr. sentt. n. 88 del 2003; n. 136 del 2006; n. 250, n. 251 e n. 232 del 2009; n. 54 del 2012. In dottrina, sul paradigma della c.d. «forte incidenza», cfr. S. PAJNO, *La sussidiarietà e la collaborazione interistituzionale*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di Diritto dell'ambiente*, vol. II., *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano 2014, 431 ss.

<sup>54</sup> Cfr. sentt. n. 88 del 2003 e n. 136 del 2006. Sul punto, cfr. ASTRID, *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna 2011, 27 s.

dello Stato costituzionale relativo al nesso tra potere e responsabilità, sembrerebbero tanto più imporsi quanto più le Regioni sono chiamate a scelte politiche difficili e impegnative, come quelle relative alla gestione della crisi pandemica, capaci di incidere in maniera irreversibile sui diritti fondamentali dei cittadini.

In questa prospettiva, nonostante il tentativo di affermare la «profilassi internazionale» quale materia in senso oggettivo, il titolo di competenza in parola rischia di diventare oggi la vera materia “trasversale”, ben oltre quelle note ormai da vent’anni alla giurisprudenza costituzionale, idonea ad imporre l’omogeneità della disciplina di *tutte* le misure previste, anche nel relativo esercizio delle *funzioni amministrative*, come ben precisato dalla Corte che vi ha ricondotto «non soltanto le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l’approccio terapeutico; i criteri e le modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione; le modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; l’approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi, e così via»<sup>55</sup>.

Ora, anche a prescindere dalla pur decisiva circostanza che in alcuni di questi sotto-ambiti materiali è noto che la differenziazione è già in atto perché le Regioni stanno gestendo in maniera diversa, ad esempio, alcuni profili della campagna vaccinale (sino a scegliere, di fatto, in maniera diversa le categorie a cui somministrare i vaccini), è lecito chiedersi quanto queste affermazioni possano favorire l’indispensabile collaborazione tra il livello statale e quello regionale, dal momento che tutte le competenze, anche di carattere gestionale ed amministrativo, sono ricondotte allo Stato<sup>56</sup>.

In alternativa, di fronte alla questione sottoposta al suo esame, avente ad oggetto – deve essere ricordato – una legge regionale della Val d’Aosta che aveva la pretesa di sostituirsi illegittimamente alla disciplina statale, la Corte avrebbe potuto scrutinare le singole linee di intervento della normativa impugnata, distinguendo più di quanto abbia fatto ciò che per le

<sup>55</sup> Sent. n. 37 del 2021, punto n. 7.1 del “Considerato in diritto”.

<sup>56</sup> In senso non dissimile, F. GALLO, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico* (7 aprile 2021), in *Federalismi.it*, n. 10/2021, v s, secondo il quale «il fatto che lo Stato abbia questa competenza [profilassi internazionale] non dovrebbe, comunque, bastare a risolvere il ben più ampio problema della disciplina della tutela della salute e, ancora meno, il problema della gestione del settore sanitario durante la pandemia: un conto è fissare regole, un altro conto è amministrare».

Regioni è lecito da ciò che non lo è nell'emergenza pandemica e favorendo comunque l'imprescindibile prospettiva collaborativa nella gestione dell'emergenza<sup>57</sup>.

#### 4. *Il "nodo" dei livelli essenziali di assistenza sanitaria*

Come si è detto, la crisi pandemica ha sottoposto a forte tensione l'ordinario riparto di competenze e il finanziamento delle funzioni nella cura del diritto alla salute, largamente affidato alle Regioni per scelte risalenti ai decreti di riordino del 1992-1993<sup>58</sup>.

In questo contesto, ai fini della determinazione delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale assume particolare rilievo il "nodo" dei LEA che non esauriscono il soddisfacimento del diritto a prestazioni garantito dall'art. 32 Cost. e non coincidono con il nucleo essenziale del diritto, ma che esprimono l'inscindibile nesso tra la dimensione quantitativa e qualitativa delle prestazioni e il godimento del diritto stesso a cui esse sono funzionali. L'esigibilità di ogni diritto a prestazione riconosciuto dalle norme costituzionali – e, conseguentemente, la sua effettività – dipende anche dal grado di definizione del contenuto dello stesso che si traduce nella determinazione delle prestazioni concretamente disponibili, e, quindi, azionabili da parte dei beneficiari<sup>59</sup>. Non è certamente un caso che i LEA sanitari abbiamo costituito il "modello", già realizzato dalla legislazione allora vigente, da cui hanno avuto origine i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (LEP), costituzionalizzati nel 2001 dalla riforma del Titolo V<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Anziché promuovere «un ritorno al "regionalismo della separazione"»: cfr. G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze*, cit., 103 ss.

<sup>58</sup> Al riguardo, cfr. ASTRID, *La sanità in Italia*, cit., 23 ss.; nonché R. BALDUZZI, *Un inusitato intreccio di competenze. Livelli essenziali e non essenziali*, in *Verso il decentramento delle politiche di Welfare. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale*, a cura di L. Violini, Milano 2011, 81 s.; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007, 73 ss.; E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007, 80 ss. Sulle esigenze di «decentramento sul territorio», anche con riguardo alla materia sanitaria, per garantire «Welfare appropriato» cfr. P. CARROZZA, *Riforme istituzionali e sistemi di Welfare*, in *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e prestazioni sociali*, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino, Bologna 2010, 215.

<sup>59</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano 2001, 18 ss., spec. 33.

<sup>60</sup> Cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle*

Tanto più in periodo crisi, i livelli essenziali costituiscono uno dei pochi presidi per garantire il finanziamento dei diritti dei cittadini. Essi, infatti, anzitutto indicano il grado di tutela che si traduce in prestazioni esigibili e, quindi, giustiziabili, come dimostra l'esame della giurisprudenza comune – prima ancora che costituzionale – che conferma l'azionabilità del diritto alle prestazioni sanitarie fondato sull'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.<sup>61</sup>. Ciò indica come il parametro costituzionale in parola non incide soltanto sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, ma costituisce garanzia delle situazioni giuridiche soggettive azionabili davanti al giudice come pretese nei confronti dei pubblici e privati poteri, in relazione alle scelte del legislatore sulle prestazioni esigibili<sup>62</sup>.

In secondo luogo, i livelli essenziali forniscono il punto di riferimento per le modalità di organizzazione e di finanziamento delle prestazioni che Stato ed enti territoriali devono assicurare, anche nelle fasi avverse del ciclo economico, come emerge dal cospicuo contenzioso costituzionale nella definizione del quale la Corte stessa, come si dirà, individua nei livelli essenziali la misura di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria a garanzia dei diritti.

Il parametro costituzionale in parola è stato quindi interpretato dal legislatore statale e dalla giurisprudenza costituzionale quale punto di riferimento del riparto di competenze e del finanziamento delle prestazioni nel modello dualista Stato-Regioni nella cura del diritto alla salute. Ciò vale tanto più in un contesto di perdurante crisi economica, acuita dalla sopravvenuta crisi pandemica. Lo dimostrano – come si dirà – le tecniche decisorie progressivamente affinate dalla Corte costituzionale per tentare di assicurare il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, alle quali si farà riferimento in conclusione anche per tentare di delineare un'auspicabile stabilizzazione delle competenze tra Stato e Regioni capace di garantire l'effettività del godimento del diritto alla salute.

*prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino 2008, 159 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Tar Milano, Sez. III, 23 marzo 2017, n. 697; Tar Lazio, Sez. III *quater*, 17 aprile 2018, n. 4214; Cons. St., Sez. IV, 30 gennaio 2018, n. 623; Cons. St., Sez. II, 6 aprile 2017, n. 823; Cons. St., Sez. III, 14 settembre 2017, n. 4347.

<sup>62</sup> Sui livelli essenziali, quale strumento di garanzia giurisdizionale del diritto alle prestazioni azionabili, cfr. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismo fiscale*, n. 2/2009, 135 ss.; ID., *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2011, 3371 ss.; nonché, già in specifico riferimento ai LEA, M. ANDREIS, *La tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di C.E. Gallo e B. Pezzini, Milano 1998, 194 ss.

Occorre anzitutto ricordare che i LEA hanno assunto nel tempo un valore paradigmatico nelle relazioni tra Stato e Regioni: sia sul piano quantitativo, a causa delle ingenti risorse regionali destinate alla cura del diritto alla salute, sia su quello qualitativo, a causa del condizionamento della dimensione finanziaria su quello che risulta il diritto sociale costoso per eccellenza<sup>63</sup>.

Il titolo di competenza legislativa statale in materia (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.), soprattutto nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale, consente allo Stato di determinare *standard* qualitativi e quantitativi al di sotto dei quali le Regioni non possono scendere nell'esercizio delle loro funzioni, legislative e amministrative, così garantendo un determinato livello di eguaglianza. Tutto ciò non può che implicare ricadute di particolare rilievo in una realtà, come quella italiana, attraversata da profonde fratture territoriali.

In caso di mancata determinazione da parte dello Stato dei livelli essenziali, le Regioni e gli enti locali sono privati di un punto di riferimento essenziale per il finanziamento dei diritti. In mancanza dei livelli essenziali di assistenza socio-sanitaria, ad esempio, la Regione può stabilire forme di finanziamento dei servizi aumentando il contributo richiesto agli utenti<sup>64</sup>. O, ancora, l'ente sub-statale può arrivare a non assicurare il finanziamento del servizio di assistenza e trasporto degli studenti disabili, sostenuto dalle province: in questo caso, alla mancata determinazione del livello essenziale in materia di trasporto pubblico locale tenta di porre rimedio la Corte mediante la nota sentenza n. 275 del 2016, con un'affermazione particolarmente significativa dopo anni di giurisprudenza sui diritti finanziariamente condizionati, secondo la quale «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo

<sup>63</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., 60 ss.

<sup>64</sup> In ragione della mancata o incompleta e frammentaria determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale (c.d. LIVEAS): cfr. sent. n. 296 del 2012, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di una legge della Regione Toscana istitutiva del fondo regionale per la non autosufficienza, per la quale la quota di partecipazione da parte della persona assistita ultrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto non soltanto della situazione reddituale e patrimoniale della sola persona assistita, determinata secondo il metodo ISEE (Indicatore della Situazione Economica Equivalente) – che costituisce livello essenziale ai fini dell'accesso a talune prestazioni assistenziali –, ma anche di quella del coniuge e dei parenti, sul rilievo per cui il principio di rilevanza della situazione economica del solo assistito va armonizzato con la finalità di favorire la sua permanenza presso il nucleo familiare di appartenenza.

a condizionarne la doverosa erogazione»<sup>65</sup>. Nello stesso senso, deve essere letta la sentenza n. 62 del 2020, con la quale la Corte ha affermato che «mentre di regola la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei LEA, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa», sicché «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni in tema di finanziamento dei livelli essenziali, impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario»<sup>66</sup>.

Da quanto detto segue che il riparto di competenze legislative e la distribuzione delle funzioni amministrative incidono prevalentemente, se non esclusivamente, sulla dimensione organizzativa e sugli *standard* delle prestazioni, e che su questi aspetti fondamentali di garanzia dei diritti, assumono decisivo rilievo i punti di riferimento circa la soglia di prestazioni da garantire (e quindi da finanziare) in quanto costituzionalmente necessarie.

In un sistema a finanza ancora largamente derivata, non è, ad esempio, indifferente come e quante risorse finanziarie lo Stato trasferisca alle autonomie in relazione all'assetto delle funzioni, perché ciò incide sui diritti soprattutto sotto il profilo della quantità e della qualità dei servizi erogati.

##### 5. *La perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. e i suoi riflessi sul finanziamento delle prestazioni sanitarie*

In questo contesto, ai fini dell'effettiva garanzia del diritto alla salute, assume rilievo centrale l'impiego delle risorse e l'assetto della finanza territoriale. Al riguardo, deve essere anzitutto ricordato che la Costituzione non ha accolto una determinata teoria economica<sup>67</sup>, configurando piut-

<sup>65</sup> Sent. n. 275 del 2016, punto n. 11 del “Considerato in diritto”.

<sup>66</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.5 del “Considerato in diritto”.

<sup>67</sup> Come risulta dal Rapporto della Commissione economica per l'Assemblea Costituente, presieduta da Giovanni Demaria, e dai lavori della stessa Assemblea Costituente:



tosto il nostro come un modello di finanza territoriale prevalentemente “aperto” alle scelte del legislatore<sup>68</sup>, pur nei limiti di alcuni elementi prescrittivi posti dall’art. 119 Cost., a partire dal principio del finanziamento integrale delle funzioni affidate ai diversi livelli territoriali di governo.

Da ciò segue che il grado di autonomia finanziaria, capace appunto di incidere sull’autonomia politica delle Regioni, dipende dal combinarsi di alcune variabili dalle quali si desume il tasso di autonomia o di accentrimento del sistema nello svolgimento delle funzioni:

a) la scelta di un sistema di finanza autonoma o finanza derivata: la combinazione di “quanta” finanza autonoma e “quanta” finanza derivata;

b) il rispetto o meno del principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni amministrative (art. 118 Cost.): il che implica che le funzioni siano distribuite in via preventiva rispetto al successivo e adeguato finanziamento;

c) l’esistenza o meno di vincoli di destinazione sulle risorse trasferite: sui fondi vincolati in materie di competenza regionale si è giocata una partita importante tra lo Stato e le Regioni davanti alla Corte costituzionale, perché la finanza regionale può, in ipotesi, essere anche in larga parte da trasferimento senza limitare l’autonomia, mentre è il vincolo posto dal legislatore statale sulle risorse trasferite che interferisce con l’autonomia stessa (fermo restando che, in ogni caso, una finanza di carattere derivato non è fattore di responsabilizzazione del decisore politico);

d) il grado di intensità della funzione statale di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario da cui dipende l’effettiva autonomia nell’impiego delle risorse degli enti sub-statali.

Sullo sfondo, devono essere ovviamente tenuti presenti gli obblighi costituzionali di perequazione, quale caratteristica strutturale dei sistemi di autonomia finanziaria, funzionale ad attenuare le asperità fiscali e gli squilibri territoriali<sup>69</sup>.

sul punto cfr., per tutti, S. BARTOLE, *Art. 81*, in *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, a cura di G. Branca, vol. II, Bologna-Roma 1979, 198 s.; M. BERTOLISSI, *L’autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Padova 1983, 196 ss.; M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in Corte costituzionale, *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano 2014, 20 s.; nonché G. RIVOSECCHI, *L’indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova 2007, 221 ss.

<sup>68</sup> Al riguardo, cfr. già M. BERTOLISSI, *L’autonomia finanziaria regionale*, cit., 234.

<sup>69</sup> Cfr. F. PIZZETTI, *Un federalismo per unificare il paese e rafforzare la democrazia*, in *Il federalismo fiscale*, a cura di V. Nicotra, F. Pizzetti, S. Scozzese, Roma 2009, 19 ss.

Pur con i vincoli posti dall'art. 119 Cost., è il combinarsi di queste variabili che determina l'effettivo grado di autonomia finanziaria. Si pensi, da un lato, alla mancata attuazione del federalismo fiscale e, dunque, al mantenimento di una finanza territoriale quasi integralmente derivata e, dall'altro lato, ai diversi gradi di incisività assunti dal coordinamento finanziario; o, ancora, a come il legislatore statale effettua il riparto degli oneri finanziari tra centro e periferia, nei casi in cui lo Stato chiede alle autonomie di realizzare risparmi di spesa, come spesso accaduto negli ultimi anni.

Nel corso della storia del regionalismo italiano, anche dopo la riforma del Titolo V del 2001, la combinazione di queste variabili da parte del legislatore statale nell'attuazione del modello costituzionale non ha mai favorito l'autonomia regionale<sup>70</sup>.

L'esigua consistenza dell'autofinanziamento regionale e la netta prevalenza di trasferimenti erariali, spesso con vincolo di destinazione, ora come in origine rende gli enti sub-statali, pur autonomi nell'impiego dei fondi, dipendenti dal centro, con l'effetto di produrre la dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa e appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo<sup>71</sup>.

Esemplificative, al riguardo, appaiono proprio le vicende del servizio sanitario regionale, oggetto del presente contributo. L'erogazione delle prestazioni sanitarie assorbe larghissima parte delle risorse delle Regioni a statuto ordinario (circa l'80 per cento del bilancio) tramite un sistema di finanziamento che era tradizionalmente basato sul criterio della spesa storica e sul ripiano "a piè di lista" dei disavanzi accumulati nel corso degli anni.

Pertanto, sino all'introduzione del "metodo pattizio" per il finanziamento delle prestazioni sanitarie, a cui ha fatto seguito l'istituto dei c.d.

<sup>70</sup> Osserva significativamente S. BARTOLE, *Le prospettive della legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 881, che, anche dopo la riforma del Titolo V, «siamo ancora sul terreno dell'autonomia di attribuzione: i poteri regionali non sono quelli che la Regione liberamente e autonomamente definisce, ma sono i poteri che le vengono attribuiti».

<sup>71</sup> Cfr. A. D'ATENA, *Le regioni, tra crisi e riforma*, in *Quale, dei tanti federalismi?*, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", Roma, 31 gennaio – 1 febbraio 1997, a cura di A. Pace, Padova 1997, 16, per il quale tale scissione da un lato limita la possibilità di autonoma determinazione delle politiche regionali e, dall'altro lato, determina *deficit* di responsabilità politica. Sul punto, v. anche C. PANZERA, *Autonomie speciali e federalismo fiscale, tra «solidarizzazione» della responsabilità e «responsabilizzazione» della solidarietà*, in *Federalismo fiscale*, n. 1/2011, 70.

piani di rientro dal disavanzo, sono sempre state le necessità di spesa a determinare le decisioni sulla quantità e sui mezzi di finanziamento, così determinando il rovesciamento delle prescrizioni costituzionali sulla distribuzione delle funzioni e delle risorse (artt. 118 e 119 Cost.)<sup>72</sup>, nonché il ribaltamento del necessario parallelismo tra rappresentanza e tassazione<sup>73</sup>.

Quanto detto è ben dimostrato dal finanziamento del diritto alla salute sia sul piano quantitativo (per le risorse regionali destinate alla cura di tale diritto), sia su quello qualitativo (per il rilievo delle prestazioni stesse quale diritto fondamentale).

In questa prospettiva, il finanziamento delle prestazioni legate alla garanzia del diritto alla salute costituisce indubbiamente uno dei casi maggiormente esemplificativi della naturale tensione tra uniformità dei diritti sociali e logica della differenziazione territoriale<sup>74</sup>.

Sul piano delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, esso fornisce un banco di prova particolarmente significativo per “testare” il grado effettivo di autonomia finanziaria anzitutto sul piano quantitativo, perché esso assorbe larga parte delle risorse dell’ente Regione.

In secondo luogo, sul piano qualitativo, deve essere ricordato che nelle modalità di finanziamento delle prestazioni sanitarie si esprime un particolare modello collaborativo, rivolto a favorire la partecipazione regionale all’individuazione delle prestazioni da erogare e delle relative risorse, con l’effetto di limitare l’incidenza del modello di finanza (prevalentemente) derivata e del coordinamento finanziario.

Occorre ricordare che la trasformazione del servizio sanitario nazionale degli anni Novanta del secolo scorso ha rafforzato il livello di governo regionale anche sotto il profilo della gestione per rispondere alle esigenze di differenziazione territoriale, successivamente consolidate dalla riforma del Titolo V del 2001. La regionalizzazione del *welfare* sanitario è poi bilanciata dalla determinazione dei livelli essenziali di assistenza a garanzia del contenuto del diritto alla salute.

<sup>72</sup> Per un efficace approfondimento di queste problematiche, cfr. S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell’equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 23/2014, spec. 4 ss.; ID., *Il rientro delle regioni dal disavanzo sanitario*, in *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, a cura di A. Morrone, Torino 2015, 342 ss.

<sup>73</sup> In questo senso, cfr. P. GIARDA, *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna 1995.

<sup>74</sup> Sul punto, cfr., ad esempio, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all’assistenza tra tensione all’uniformità e logica della differenziazione*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, a cura di R. Balduzzi e G. Di Gaspare, Milano 2002, 105 ss.; R. BALDUZZI, *Un inusitato intreccio di competenze*, cit., 80 s.

Le funzioni amministrative in materia sanitaria spettano in buona misura alle Regioni che devono, però, garantire i livelli essenziali fissati dallo Stato *ex art.* 117, secondo comma, lett. m), Cost., essendo tale parametro rivolto a garantire la fruizione a-territoriale dei diritti sociali<sup>75</sup>.

Le Regioni sono inoltre chiamate ad erogare le prestazioni sanitarie nell'ambito di un sistema di finanza largamente derivata. Il finanziamento della sanità regionale, infatti, ancora oggi continua ad essere assicurato da quote di finanza derivata e limitatamente compartecipata, perché le risorse provengono, in larghissima parte, dal Fondo sanitario nazionale (a cui spetta anche compensare eventuali minori entrate regionali IRAP) e dalla compartecipazione all'IVA<sup>76</sup>. Peraltro, una quota delle risorse statali è vincolata al conseguimento di determinati obiettivi, tra i quali il miglioramento dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza; vincoli che si aggiungono ai finanziamenti di scopo previsti dalle singole leggi di settore e da misure annualmente contenute nella legge di bilancio<sup>77</sup>, ormai largamente diffuse anche in materia sanitaria<sup>78</sup>. Le Regioni possono incidere in modo assai limitato soltanto sulle aliquote dell'IRAP e dell'addizionale regionale all'IRPEF (destinate in quota fissa al finanziamento della sanità). Se ciò non è sufficiente a coprire la spesa sanitaria, gli enti sub-statali

<sup>75</sup> Sul punto, cfr. A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. IV, Napoli 2004, 1743 ss.; E. LONGO, *Regioni e diritti*, cit., 21.

<sup>76</sup> Nel complesso, le fonti di finanziamento del fabbisogno sanitario sono così sintetizzabili: a) entrate proprie delle aziende sanitarie (ticket e ricavi derivanti dall'attività dei dipendenti); b) IRAP, destinata per il 90 per cento alla spesa sanitaria, e addizionale regionale all'IRPEF, che transitano nei conti di Tesoreria e sono erogate mensilmente alle Regioni: in caso di gettito effettivo inferiore a quello stimato, il differenziale è assicurato dal Fondo di garanzia previsto dall'art. 13 del decreto legislativo n. 56 del 2000 a compensazione delle minori entrate; c) contributo statale essenzialmente determinato mediante la compartecipazione all'IVA; d) contributi delle autonomie speciali, che sono tenute a concorrere in base agli accordi (in quota fissa per la Regione siciliana, per la quale l'aliquota di compartecipazione è fissata dal 2009 nella misura del 49,11 per cento del suo fabbisogno sanitario).

<sup>77</sup> Essendo stata rinviata al 2020 la soppressione dei trasferimenti statali di parte corrente alle Regioni (cfr. art. 1, comma 778, lett. c), n. 1), della legge 27 dicembre 2017, n. 205).

<sup>78</sup> Ciò oltre ai finanziamenti statali con vincolo di scopo che riguardano particolari terapie (espressamente previsti anche dal decreto legislativo n. 68 del 2011) e agli specifici programmi di spesa per determinate aree geografiche talora disposti sotto forma di risorse aggiuntive *ex art.* 119, quinto comma, Cost., consentiti anche dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, sent. n. 45 del 2008, con riguardo a programmi di diagnosi e terapia nel campo dell'oncologia e delle malattie rare).

possono incrementare le modalità di compartecipazione degli assistiti al costo delle prestazioni sanitarie<sup>79</sup>.

In tale contesto, in cui il finanziamento del diritto alla salute è determinato in maniera esogena dal centro, nel corso del processo di formazione del bilancio dello Stato, la garanzia dell'integrale finanziamento delle funzioni preordinate a soddisfare diritti, sorretta da meccanismi perequativi espressione dei valori costituzionali di unità, eguaglianza e solidarietà, richiede evidentemente un confronto leale su quanto trasferire rispetto alle prestazioni da garantire e, dunque, le Regioni devono essere coinvolte dallo Stato nella determinazione sia dei LEA, sia dell'entità delle risorse. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che la «forte incidenza» della determinazione dei livelli essenziali sulle funzioni e sulle risorse esige moduli di leale collaborazione<sup>80</sup>.

Allo scopo di assicurare la corrispondenza tra prestazioni da garantire e relativa provvista finanziaria, già la legislazione degli anni Novanta prescriveva che l'individuazione delle risorse da destinare alla cura del diritto alla salute dovesse essere determinata *contestualmente* ai livelli essenziali<sup>81</sup>. Tuttavia tale principio non è stato sempre rispettato.

Al mancato rafforzamento della finanza autonoma<sup>82</sup> ha fatto in realtà seguito un modello pattizio volto a realizzare la collaborazione tra Stato e Regioni nella determinazione dell'entità del fabbisogno sanitario nazionale, in coerenza con i vincoli di finanza pubblica e con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA, come si desume dalle intese sottoscritte in Conferenza e poi trasfuse nella legislazione finanziaria statale (nonché dai relativi piani sanitari nazionali). Ad essa segue la determinazione dei fabbisogni regionali, individuati, per ciascuna delle tre macro-aree di assistenza (collettiva, distrettuale e ospedaliera), sulla base dei costi *standard* come media della spesa *pro capite* rilevata in alcune Regioni di riferimento (idonee a garantire l'erogazione dei livelli essenziali

<sup>79</sup> Con l'aumento dei c.d. ticket o di misure alternative per raggiungere il riequilibrio finanziario (cfr. art. 17, comma 6, del decreto-legge n. 98 del 2011). Cfr. sent. n. 187 del 2012.

<sup>80</sup> V., in particolare, sentt. n. 88 del 2003; n. 136 del 2006; n. 45 del 2008; n. 169 del 2017; n. 197 del 2019.

<sup>81</sup> In questo senso, ad esempio, R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 23.

<sup>82</sup> Al riguardo, deve essere ricordato che il decreto legislativo n. 56 del 2000 aveva previsto l'incremento della quota di finanza compartecipata e delle entrate proprie regionali anche al fine di superare i trasferimenti erariali, ma la riforma non ha trovato attuazione a causa degli ingenti disavanzi di alcuni dei servizi regionali, riconducibili, tra l'altro, alla scelta di perpetuare il criterio della spesa storica per il finanziamento delle funzioni.

di assistenza in condizione di equilibrio economico, secondo determinati parametri quantitativi e qualitativi). Anche i livelli essenziali di assistenza sono definiti e aggiornati mediante moduli procedurali basati sul principio di leale collaborazione<sup>83</sup>, con il coinvolgimento delle Regioni e, in Conferenza, vengono definite le risorse che lo Stato deve trasferire e i relativi accordi di riparto<sup>84</sup>.

Mediante questi procedimenti viene assicurata, in via di prassi, la partecipazione regionale alla determinazione e al finanziamento dei LEA con l'effetto di attenuare l'influenza delle variabili del modello di autonomia finanziaria che più limitano gli enti sub-statali (finanza derivata e coordinamento finanziario) e di rafforzare l'incidenza regionale sulla determinazione delle funzioni e delle risorse, pur in ambito di competenza legislativa statale (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.). Ciò perché determinazione e finanziamento dei LEA sono demandati ad atti di rango sub-legislativo su cui soltanto, contrariamente agli atti legislativi<sup>85</sup>, può essere assicurata la leale collaborazione, come conferma anche il recente procedimento di rideterminazione dei livelli stessi<sup>86</sup>.

Nondimeno, specie negli anni più recenti, già prima del deflagrare della crisi pandemica, anche i richiamati moduli procedurali si sono rivelati insufficienti a realizzare l'effettiva garanzia dei diritti a causa della tendenza dello Stato, nei momenti di crisi economica, ad aggirare gli obblighi collaborativi, richiedendo risparmi alle Regioni in sede di manovra annuale, con l'effetto di pregiudicare quella corrispondenza tra risorse e livello di prestazioni da erogare che si era cercato di garantire in Conferenza.

Nel contempo, essendo stata sospesa dal 2016 ogni forma di manovrabilità dei tributi regionali e delle deliberazioni comunali sui tributi locali, i vincoli alla spesa regionale finiscono per produrre l'effetto di tra-

<sup>83</sup> Cfr. l'art. 1, comma 554, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, che dispone la definizione e l'aggiornamento dei LEA mediante intesa in Conferenza, sulla cui base è stato emanato il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante i c.d. "nuovi LEA".

<sup>84</sup> Cfr. l'intesa in Conferenza del 26 ottobre 2017 sul riparto delle risorse per il Servizio sanitario nazionale nell'anno 2017, in cui è prevista una quota indistinta e una quota vincolata per il finanziamento delle prestazioni.

<sup>85</sup> Con l'eccezione dei decreti legislativi determinata dalla sent. n. 251 del 2016, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni di una legge di delega nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni (o Unificata).

<sup>86</sup> Cfr. d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante i c.d. "nuovi LEA", e successive intese in Conferenza per il finanziamento delle prestazioni.

sferire parte del finanziamento direttamente sui cittadini con l'aumento dei ticket richiesti per mantenere il livello di erogazione delle prestazioni.

Si può pertanto riscontrare, tanto più di fronte alla crisi economica e sanitaria, la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa che ha contribuito ad appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo nella gestione del servizio sanitario. Le Regioni sono tuttalpiù chiamate a rispondere degli eventuali aumenti delle compartecipazioni al costo delle prestazioni sanitarie richieste agli assistiti che, però, costituiscono una sorta di necessitato strumento a cui ricorrere in caso di insufficienza delle risorse trasferite. In altre parole, l'effetto combinato della limitazione della spesa e della determinazione di vincoli di destinazione sui finanziamenti provenienti dal centro, in uno con la necessità di garantire i livelli essenziali, riduce considerevolmente il margine di autonomia delle Regioni nell'organizzazione del servizio. Nella fase immediatamente precedente alla pandemia, l'introduzione dei costi e dei fabbisogni *standard* si è risolta in strumento di razionalizzazione della spesa, ma non certo di garanzia dei diritti. E i nodi sono poi venuti drammaticamente al pettine.

La crisi pandemica dell'ultimo anno e mezzo ha acuito tali processi non tanto sotto il profilo della sostenibilità economica del servizio nel lungo periodo, perché le recenti vicende hanno messo all'opposto in rilievo la prevalenza del valore primario tutela della salute sulle compatibilità finanziarie, quanto sotto il profilo dell'esigenza di preservare l'integrale finanziamento dei livelli essenziali.

Un primo aspetto critico generale risiede nella circostanza che la progressiva riduzione delle risorse, effetto di scelte allocative statali, rischia di compromettere l'esigibilità delle prestazioni sanitarie su cui ha inciso il coordinamento finanziario.

In secondo luogo, si manifestano profondi divari tra le aree del territorio nazionale, in quanto le Regioni centro-settentrionali hanno generalmente tenuto sotto controllo il fabbisogno sanitario, accrescendo i livelli di rendimento; quelle insulari e meridionali, invece, non sono riuscite a contenere le dinamiche di spesa, senza peraltro garantire determinati *standard* qualitativi dei servizi. È pertanto lungo tale direttrice che più si rilevano notevoli differenze nella gestione finanziaria e profonde asimmetrie nella qualità delle prestazioni sanitarie (e nella stessa capacità di assicurare l'integrale finanziamento dei LEA)<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> I dati maggiormente critici si manifestano in Regioni del Mezzogiorno (Molise,



6. *I livelli essenziali di assistenza come parametro di riferimento per la determinazione della spesa costituzionalmente necessaria: il contributo della giurisprudenza costituzionale*

La complessità del sistema di finanziamento della sanità così delineato si è “scaricata” sulla giurisprudenza costituzionale.

Con riguardo alla sostenibilità finanziaria del sistema rispetto alle prestazioni da fornire, i livelli essenziali costituiscono il punto di riferimento nella definizione del contenzioso sul riparto dei costi tra Stato e Regioni.

Quanto alle leggi statali, la capacità di erogare i LEA è diventato il parametro su cui misurare la ragionevolezza dei “tagli lineari” dei finanziamenti<sup>88</sup> e delle norme di c.d. autocoordinamento, con le quali viene rimesso alle Regioni, in sede di intesa in Conferenza, il riparto degli oneri annuali conseguenti alla riduzione della spesa complessiva unilateralmente fissata dallo Stato<sup>89</sup>. Analogamente, quanto alle leggi regionali, sulla capacità di erogare i LEA si misura la proporzionalità e la ragionevolezza delle scelte allocative delle Regioni a tutela del diritto alla salute, individuando i livelli stessi il limite oltre il quale non può essere compresa la spesa costituzionalmente necessaria al soddisfacimento del diritto<sup>90</sup>.

Puglia, Sicilia, Campania e Calabria), per il triennio 2014-2016 e per quello successivo, sebbene tali disfunzioni interessino anche altre Regioni: sono soltanto otto (Basilicata, Emilia-Romagna, Liguria, Lombardia, Marche, Toscana, Umbria e Veneto) quelle perfettamente in linea con le prestazioni da erogare in tutte le macro-aree dei LEA.

<sup>88</sup> In questo precario contesto, la Corte ribadisce infatti la necessità di procedere alla determinazione e all’aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni, «un significativo criterio di orientamento nell’individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile» (sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del “Considerato in diritto”). In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l’esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l’aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni. Cfr. sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018.

<sup>89</sup> Cfr. sentt. n. 154 del 2017 e n. 103 del 2018.

<sup>90</sup> Cfr., ad esempio, sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018, ove la Corte ha affermato la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l’emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha ribadito la necessità di procedere alla determinazione e all’aggiornamento dei LEA: cfr. sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018 e n. 197 del 2019, punti n. 3.1, n. 3.2 e n. 3.3 del “Considerato in diritto”; n. 62 del 2020, punti n. 4.3, 4.4 e 4.5 del “Considerato in diritto”; n. 72 del 2020, spec. punti n. 3.1 e n. 4.1 del “Considerato in diritto”; n. 130 del

Tali orientamenti della giurisprudenza costituzionale dimostrano che, una volta determinati i livelli essenziali di assistenza, le risorse necessarie al finanziamento delle relative prestazioni devono ritenersi costituzionalmente vincolate, in quanto legate alla soglia di esigibilità del diritto da garantire in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

Ferma restando la sostenibilità dei LEA, la Corte ha affermato che la tutela del diritto alla salute è condizionata dalle risorse a disposizione<sup>91</sup>; che l'obiettivo della tutela della salute può porsi in bilanciamento con il valore della sostenibilità finanziaria, anche quale «necessario presupposto della continuità dell'intervento pubblico nel settore», poiché «il dissesto ulteriore e perdurante del sistema porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute»<sup>92</sup>. La Corte sembra cioè – sia pure con i ricordati limiti – giustificare la contrazione delle risorse in vista di obiettivi di lungo periodo<sup>93</sup>, avvalorando, tra l'altro, il ricorso a poteri sostitutivi straordinari, fondati sull'art. 120, secondo comma, Cost., ad esempio mediante i piani di rientro dal disavanzo sanitario, che si esplicano al di fuori del paradigma della sussidiarietà, nei casi in cui valori costituzionalmente protetti potrebbero essere pregiudicati, al punto tale da giustificare l'intervento statale anche *contro* l'autonomia, quando essa non è in grado di garantire i diritti a beneficio dei quali dovrebbe operare<sup>94</sup>. In questa prospettiva, si potrebbe pertanto concludere che dal punto di vista di chi subisce l'intervento sostitutivo si realizza una sorta di *trade-off* tra autonomia e diritti a prestazione: alla rinuncia all'autonomia, più o meno imposta, corrisponde l'intervento statale per ripristinare il livello essenziale di tutela pregiudicato dall'insoddisfacente cura degli interessi cui l'amministrazione regionale è preposta<sup>95</sup>.

2020, punto n. 3.4 del “Considerato in diritto”; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”.

<sup>91</sup> Dalla sent. n. 455 del 1990 sino alle sentt. n. 203 del 2016, punto n. 8 del “Considerato in diritto” e n. 192 del 2017, punto n. 9.2.4 del “Considerato in diritto”.

<sup>92</sup> Sent. n. 416 del 1995, secondo un indirizzo poi costantemente confermato, ad esempio, dalla giurisprudenza costituzionale sui piani di rientro dal disavanzo sanitario: cfr. sentt. 100 del 2010; n. 123 del 2011; 163 del 2011; n. 91 del 2012; n. 131 del 2012.

<sup>93</sup> In questa prospettiva, 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.

<sup>94</sup> Cfr. S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti nella recente esperienza. Un primo bilancio* (25 aprile 2018), in *Federalismi.it*, n. 9/2018, 9 s.

<sup>95</sup> Esemplificativa la vicenda dei piani di rientro dal disavanzo sanitario che costituisce uno dei punti massimi di espansione del coordinamento finanziario poiché consente di limitare l'autonomia politica regionale per conformare l'erogazione delle prestazioni

Sotto questo profilo, appare da ultimo di particolare interesse la recente sentenza n. 168 del 2021, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 10 novembre 2020, n. 150 (*Misure urgenti per il rilancio del servizio sanitario della regione Calabria e per il rinnovo degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario*), convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2020, n. 181, nella parte in cui non dispone adeguati mezzi di organizzazione e di provvista finanziaria per assicurare il funzionamento della struttura di supporto del commissario *ad acta* ai fini della realizzazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Con la pronuncia in parola, la Corte offre soluzioni particolarmente significative per la disciplina del potere sostitutivo straordinario nella specie del piano di rientro dal disavanzo sanitario<sup>96</sup>. Mai sino a tale pronuncia affrontata in maniera così

sanitarie alla garanzia dei livelli essenziali e alla loro sostenibilità nel futuro. Basti pensare alle numerose declaratorie di incostituzionalità di disposizioni legislative regionali che si discostano, anche su aspetti di dettaglio, da quanto previsto dal piano di rientro (*ex plurimis*, sentt. n. 78 del 2011; n. 28, n. 51, n. 79 e n. 104 del 2013) o dai programmi di consolidamento e sviluppo funzionali al conseguimento degli obiettivi del piano (sent. n. 130 del 2020, punti n. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 del "Considerato in diritto"); o a quelle pronunce che dichiarano l'illegittimità costituzionale di leggi regionali anche quando l'interferenza con l'attività svolta del commissario incaricato di attuare il piano è meramente potenziale, e, quindi, non determina un contrasto diretto con i suoi poteri (sentt. n. 104 del 2013; n. 110 del 2014; n. 227 del 2015; n. 266 del 2016; n. 14, n. 106 e n. 190 del 2017; n. 117 del 2018); o, ancora, a quelle pronunce che censurano la richiamata interferenza anche in presenza di interventi non previsti dal piano, ma che possono aggravare il disavanzo sanitario regionale (sentt. n. 131 del 2012; n. 104 del 2013; n. 117 del 2018). La giurisprudenza costituzionale ha poi ripetutamente negato che le Regioni sottoposte a piano di rientro possano prevedere livelli di assistenza aggiuntivi, perché ciò determinerebbe una palese incoerenza della legislazione regionale rispetto all'obiettivo del contenimento della spesa sanitaria: cfr., in particolare, sentt. n. 32 del 2012 e n. 104 del 2013. Tale orientamento, ad esempio, non ha consentito alle Regioni sottoposte a piano di rientro di: attivare o prorogare funzioni inerenti alla gestione del servizio di elisoccorso di carattere sanitario (sentt. n. 320 del 2008; n. 32 del 2012); istituire registri tumori e centri per le cure oncologiche (sentt. n. 267 del 2010; n. 214 del 2012; n. 79 del 2013); assicurare la copertura integrale delle prestazioni riabilitative per anziani e disabili (sent. n. 123 del 2011); istituire nuovi enti nell'ambito del servizio sanitario regionale (sent. n. 131 del 2012); o, ancora, prevedere la corresponsione, in favore dei cittadini affetti da patologie oncologiche, di rimborsi con relativa assunzione di oneri ulteriori a carico del bilancio regionale per garantire un livello di assistenza aggiuntiva (sent. n. 104 del 2013); o, infine, accreditare strutture private per garantire il fabbisogno ospedaliero e incrementare le prestazioni aggiuntive (sent. n. 117 del 2018).

<sup>96</sup> Per l'approfondimento del piano di rientro dal disavanzo sanitario quale espressione di un potere sostitutivo straordinario, si rinvia a G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 387 ss.

approfondita, quella decisa dal Giudice delle leggi costituisce questione particolarmente critica perché lo scarso ricorso ai poteri sostitutivi da parte dello Stato e il non sempre soddisfacente rendimento dell'istituto dipendono in larga parte dalle carenze delle strutture organizzative messe a disposizione dei commissari e dalle non sempre adeguate risorse finanziarie disponibili per l'attuazione dei piani<sup>97</sup>. Da questo punto di vista, la sentenza n. 168 del 2021 assume particolare rilievo perché, per la prima volta, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa statale «nella parte in cui non prevede che al prevalente fabbisogno della struttura commissariale provveda direttamente lo Stato» e «nella parte in cui, nell'imporre alla Regione di mettere a disposizione del commissario *ad acta* un contingente di venticinque unità di personale, stabilisce che tale entità costituisce un “minimo” anziché un “massimo”». Alla stregua dell'analisi dei rilevanti e annosi nodi problematici del servizio sanitario calabrese, ormai in stato di commissariamento ultradecennale, la Corte ha altresì dichiarato costituzionalmente illegittima la norma statale «nella parte in cui non prevede, in alternativa alla presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023, l'approvazione del nuovo piano di rientro presentato dalla Regione» ai fini dell'assegnazione del contributo triennale di solidarietà di 60 milioni di euro.

Lasciando qui disparte il tasso di manipolatività della pronuncia resa in un giudizio in via principale avente ad oggetto la conformità a Costituzione delle norme che disciplinano il commissariamento, avendo la Corte optato per una decisione di accoglimento in parte sostitutiva che ha l'effetto di *indirizzare puntualmente* Stato e Regione nella realizzazione degli obiettivi del piano o nell'adozione di un nuovo piano di rientro, la sentenza n. 168 del 2021 ha il merito di affrontare finalmente *la* questione centrale circa lo scarso rendimento di un istituto che dovrebbe invece costituire lo strumento di chiusura a garanzia dell'eguaglianza dei diritti: l'idoneità delle strutture necessarie per operare la sostituzione.

Come ha dimostrato proprio l'incapacità di rispondere in maniera adeguata alla crisi pandemica, se si muove dal presupposto, qui accolto, che l'intervento sostitutivo straordinario si giustifichi anche *contro* l'autonomia, quando essa non è in grado di garantire i diritti che dovrebbe soddisfare, lo Stato – afferma la Corte – non può limitarsi, in situazioni

<sup>97</sup> In linea generale, su tali difficoltà di attuazione dei poteri sostitutivi, cfr. S. PAJNO, *I poteri sostitutivi*, cit., spec. 7 ss.

estreme, al «mero avvicendamento del vertice [della struttura commissariale], senza considerare l'inefficienza dell'intera struttura sulla quale tale vertice è chiamato ad operare», rischiando «altrimenti di produrre, a causa dell'impotenza cui si destina il commissario, un effetto moltiplicatore di diseguaglianze e privazioni in una Regione che già sconta condizioni di sanità diseguale»<sup>98</sup>.

Da questo punto di vista, è lecito chiedersi, stante la limitazione particolarmente incisiva dell'autonomia regionale, se non sarebbe opportuno introdurre un vero e proprio *test* di idoneità dell'intervento sostitutivo statale rispetto agli obiettivi perseguiti, in maniera tale da valutare se e in quale misura il sacrificio dell'autonomia sia effettivamente giustificato: ciò che si verifica soltanto se gli interessi protetti dalla sostituzione siano effettivamente curati in modo adeguato anche in relazione alle strutture necessarie a "sorreggere" l'operato dei commissari straordinari.

Diversa è, invece, la prospettiva da cui muove l'organo di giustizia costituzionale nei casi in cui l'esigenza di risparmio produce discriminazioni, ad esempio nella partecipazione degli assistiti alla spesa sanitaria<sup>99</sup>, o nei casi di esclusione irragionevole degli stranieri dall'erogazione delle prestazioni<sup>100</sup>. In queste pronunce, che definiscono giudizi instaurati in via incidentale, il controllo di costituzionalità sul bilanciamento tra diritti e risorse è calibrato sull'eguaglianza rispetto all'individuazione dei beneficiari del contenuto essenziale del diritto (mentre non riguarda direttamente il livello delle prestazioni e i rapporti tra Stato e Regioni). Da questo punto di vista, la dottrina del contenuto irriducibile del diritto alla salute continua ad operare come limite al bilanciamento realizzato dal legislatore, pur con problematiche oscillazioni tra contenuto minimo e contenuto essenziale – a fronte dell'inequivoca opzione della norma costituzionale in favore della formula più ampia – e con il costante richiamo al principio di gradualità delle riforme onerose, che spesso finisce per limitare la tutela, come ormai da tempo osservato in dottrina<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Sent. n. 168 del 2021, punto n. 10.3.6.

<sup>99</sup> Cfr. sentt. n. 247 del 1992; n. 184 del 1993; n. 304 del 1994; n. 416 del 1995; n. 309 del 1999; n. 200 del 2005.

<sup>100</sup> V., ad esempio, sent. n. 252 del 2001; n. 432 del 2005, punto n. 5.1 del "Considerato in diritto"; nonché n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009.

<sup>101</sup> Cfr., ad esempio, nell'ambito di una vasta letteratura, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 122 ss.; ID., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2013. Spazio costituzionale e crisi economica*, cit., 164; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 204 ss.

Il punto non sembra tanto comprendere se il contenuto essenziale del diritto alla salute si debba identificare con la sua tutela *minima* o *sostanziale*<sup>102</sup> o, come per lungo tempo affermato dalla giurisprudenza costituzionale, *integrale*<sup>103</sup>. Lunghi dall'essere risolto in sede scientifica, a vent'anni dalla riforma del Titolo V del 2001 tale indeterminatezza continua a condizionare l'interpretazione del giudice – comune e costituzionale – avvalorando oscillazioni in tutto ciò che segue nell'organizzazione e nel finanziamento della sanità<sup>104</sup>.

Occorre invece ricordare che, negli ultimi anni, la giurisprudenza costituzionale ha fornito significative precisazioni. Di particolare rilievo, sotto questo profilo, le pronunce che affermano la doverosità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza, a cui deve corrispondere «una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale» al fine di consentire l'emersione nei bilanci delle priorità allocative per fronteggiare la spesa costituzionalmente vincolata<sup>105</sup>. In questo precario contesto, la Corte ribadisce infatti la necessità di procedere alla determinazione e all'aggiornamento dei LEA, perché ciò offrirebbe alle Regioni «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile»<sup>106</sup>. In altre parole, la mancata determinazione dei livelli essenziali non può precludere l'esercizio della funzione statale di coordinamento finanziario, ma l'aggiornamento dei livelli stessi costituirebbe prezioso punto di riferimento per il finanziamento delle prestazioni<sup>107</sup>.

Uno dei punti di ricaduta più significativo degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale è costituito dalla sentenza n. 197 del

<sup>102</sup> In questo senso, la tesi maggioritaria in dottrina: cfr., ad esempio, E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2001, 1103 ss., spec. 1105 ss.; ID., *Il nome e la cosa. Livelli essenziali dei diritti e principio di eguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, 287 ss., spec. 290 ss.

<sup>103</sup> In quest'ultimo senso, cfr. sent. n. 992 del 1988.

<sup>104</sup> Cfr., tra i tanti, F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, 10 s.

<sup>105</sup> Cfr. sentt. n. 169 del 2017 e n. 117 del 2018.

<sup>106</sup> Sent. n. 65 del 2016, punto n. 5.3.1 del "Considerato in diritto".

<sup>107</sup> Al riguardo, si vedano anche sentt. n. 154 del 2017; n. 103 del 2018; n. 62 del 2020; n. 72 del 2020, spec. punto n. 3.1 del "Considerato in diritto"; n. 130 del 2020, punto n. 3.4 del "Considerato in diritto"; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del "Considerato in diritto".

2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge della Regione siciliana n. 8 del 2018 rivolte a prescrivere alla Ragioneria regionale di includere nelle "entrate" del bilancio alcuni cespiti non sorretti da un idoneo titolo giuridico, così illegittimamente ampliando la capacità di spesa regionale. Nel corso del giudizio definito dalla sentenza in parola, la Corte ha adottato un'ordinanza istruttoria volta a richiedere informazioni al Governo e alla Regione per verificare il rispetto dell'adeguato finanziamento dei livelli essenziali di assistenza.

La tecnica decisoria inaugurata dalla sentenza richiamata consente alla Corte di garantire il principio di costituzionalità prefigurando ulteriori vizi della legge oggetto del giudizio, successivamente accertati dalla sentenza n. 62 del 2020, a seguito dell'espletamento delle attività istruttorie, disposte con un'ordinanza per la prima volta *allegata* alla precedente sentenza n. 197 del 2019. Si tratta di una soluzione particolarmente significativa sotto il profilo della *conoscibilità* dell'ordinanza istruttoria, «in quanto essa costituisce la saldatura tra l'oggetto del ricorso e quello che sarà il suo esito», capace di consentire trasparenti valutazioni dell'operato di Stato e Regione e di attivare conseguentemente forme di «responsabilità politica» per i soggetti inadempienti nel finanziamento dei livelli essenziali<sup>108</sup>. Il punto è di particolare rilievo perché il sistema policentrico italiano si è costantemente caratterizzato per la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa che ha contribuito ad appannare la responsabilità dei diversi livelli territoriali di governo soprattutto nella gestione del servizio sanitario, sicché sarebbe quanto mai necessario individuare strumenti capaci di far valere il principio generale dello Stato costituzionale circa il necessario nesso tra potere e responsabilità, declinandolo nel rapporto tra Stato e autonomie<sup>109</sup>.

In secondo luogo, il ricorso ai poteri istruttori nella sentenza n. 197 del 2019 esprime un rafforzamento del *test* di ragionevolezza e proporzionalità a cui da tempo la Corte sottopone leggi statali e regionali circa l'adeguato finanziamento dei livelli essenziali e dei diritti costituzionali.

<sup>108</sup> In questi termini, le efficaci considerazioni di G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 378 ss. (cui appartengono le espressioni virgolettate), il quale saluta con favore la tecnica introdotta dalla Corte con la sent. n. 197 del 2019 in quanto funzionale ad assicurare uno svolgimento maggiormente coerente del giudizio in via principale rispetto agli interessi ad esso sottesi.

<sup>109</sup> Per lo sviluppo di questa tesi, cfr. G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, cit., 382 ss. e 404 ss.



In altre parole, nel momento in cui assicura un'interpretazione rigorosa del precetto dell'equilibrio di bilancio, dichiarando costituzionalmente illegittime le disposizioni di legge regionale che non assicurano risorse "certe" a copertura delle spese previste, al contempo la Corte ribadisce «la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti Stato-Regioni in tema di competenza legislativa», che «impongono una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto coinvolgente l'erogazione di prestazioni», sicché il dialogo tra Stato e Regioni sul finanziamento dei livelli essenziali «dovrebbe consistere in un leale confronto sui fabbisogni e sui costi che incidono sulla spesa costituzionalmente necessaria»<sup>110</sup>.

Quanto detto – ricorda la Corte – è specificato dall'art. 20 del decreto legislativo n. 118 del 2011 sull'armonizzazione dei bilanci degli enti sub-statali, che pone le «condizioni indefettibili nella individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni»<sup>111</sup>, con la conseguenza che Stato e Regioni sono tenuti ad evidenziare i costi dei livelli essenziali di assistenza nei rispettivi bilanci e in quelli delle aziende erogatrici, «tenendo conto della disciplina e della dimensione della fiscalità territoriale nonché dell'intreccio di competenze statali e regionali in questo delicato ambito materiale»<sup>112</sup>. È quindi proprio a tutela della *spesa costituzionalmente necessaria* che la Corte, con la sentenza n. 197 del 2019, ha fatto ricorso ai poteri istruttori tanto nei confronti della Regione inadempiente quanto nei confronti dello Stato, introducendo significative novità sul piano processuale che conducono ad un *decisum* composito mediante il quale viene riservata a separate pronunce la decisione sulle *altre* questioni promosse aventi ad oggetto la legge regionale siciliana, ma vengono altresì creati i presupposti per possibili censure anche nei confronti del legislatore statale in caso di inadeguato finanziamento dei livelli essenziali.

Assumendo questa prospettiva, è possibile tentare di delineare una sorta di "statuto giuridico" delle risorse nel bilanciamento dei diritti a prestazione con il precetto dell'equilibrio onde evitare che, in periodo di crisi, i condizionamenti finanziari rischino di rendere meno chiaramente identificabile il "nucleo essenziale" del diritto alla salute. Le risorse de-

<sup>110</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato dalla sent. n. 169 del 2017.

<sup>111</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.2 del "Considerato in diritto".

<sup>112</sup> Sent. n. 197 del 2019, punto n. 3.1 del "Considerato in diritto", che riprende quanto affermato dalla sent. n. 169 del 2017.

stinate al finanziamento del contenuto essenziale del diritto devono ritenersi indisponibili al legislatore, mentre quelle destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali possono ritenersi costituzionalmente vincolate. La differenza tra le prime (destinate al finanziamento del “contenuto essenziale” del diritto) e le seconde (destinate al finanziamento delle prestazioni concernenti i livelli essenziali) può essere così riassunta: il legislatore non potrebbe non destinare le risorse costituzionalmente indisponibili alla tutela del contenuto essenziale del diritto; il legislatore potrebbe invece operare una *indiretta* riduzione delle risorse costituzionalmente vincolate, semplicemente rideterminando al ribasso i livelli essenziali, quale scelta di indirizzo politico, da cui discenderebbe una riduzione delle risorse ad essi destinate.

Tutto ciò permette di determinare la soglia di spesa costituzionalmente necessaria nel finanziamento delle prestazioni che possa consentire, pur senza ammettere alcuna gerarchia di valori costituzionali, di individuare le priorità allocative per Governo e Parlamento valevoli in tempo di crisi economica e di emergenza sanitaria.

Resta il decisivo problema di quanto tali scelte siano sindacabili in sede di controllo di costituzionalità. Nella fase più recente, la Corte costituzionale è arrivata a combinare diverse tecniche decisorie per assicurare il principio di connessione tra prestazioni e risorse ai diversi livelli territoriali di governo.

La Corte ha anzitutto utilizzato la tecnica della c.d. “doppia pronuncia”. A decisioni di inammissibilità o di infondatezza o a sentenze interpretative di rigetto hanno fatto seguito pronunce di accoglimento, al fine di assicurare l’adeguato finanziamento dei diritti. Esemplificativa, al riguardo, la vicenda dei “tagli” ai finanziamenti delle Province disposti, a invarianza delle funzioni, dalla legislazione finanziaria statale degli ultimi anni, ripetutamente fatti “salvi” dalla Corte sino alla sentenza n. 137 del 2018 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’intervento del legislatore statale nella parte in cui non disponeva la riassegnazione delle risorse alle Regioni e agli enti locali subentrati nell’esercizio di funzioni provinciali non fondamentali al fine di garantire l’erogazione delle prestazioni. In tale occasione, la Corte ha fatto ricorso a una pronuncia additiva di principio che, di fronte alla lacuna normativa, ha reso esplicito quanto era stato dedotto in via interpretativa dalle precedenti sentenze<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> Sentt. n. 205 del 2016 e n. 84 del 2018. In dottrina, cfr. V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata*

In altri casi, la Corte ha fatto ricorso a *particolarissime* additive di principio mediante la quali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di unità previsionali di base dei bilanci, nella parte in cui non stanziavano risorse sufficienti per il finanziamento dei diritti sociali, rimettendo al legislatore la determinazione del *quantum* da destinare a tali spese costituzionalmente necessarie<sup>114</sup>.

Alla stregua di quanto detto, ci si dovrebbe chiedere sino a che punto la Corte possa utilizzare tecniche decisorie di questo tipo per estendere il proprio sindacato sulle scelte allocative del legislatore nei casi di inadeguato finanziamento del nucleo incompressibile dei diritti, arrivando quindi a limitare, pur senza sostituirsi ad esse, le scelte discrezionali che si esprimono nella decisione massimamente politica costituita dall'approvazione delle leggi di bilancio.

In questa prospettiva, ad esempio, i "tagli" dei finanziamenti regionali sono stati ritenuti conformi a Costituzione soltanto nella misura in cui vengono comunque garantiti i livelli essenziali. Le tecniche decisorie richiamate consentono alla Corte di sviluppare forme di incisivo controllo sulle scelte legislative di distribuzione delle risorse in relazione alle «priorità costituzionali»<sup>115</sup>.

Deve essere nondimeno ricordato che il controllo di costituzionalità sull'impiego delle risorse rispetto alle "priorità" indicate dalla tavola dei valori costituzionali trova alcuni limiti di sistema. Tra i diritti e i valori co-

*riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 1113 ss.

<sup>114</sup> Sentt. n. 188 del 2015 e n. 10 del 2016. Alla stessa particolare categoria di *additive di principio in materia di finanza pubblica* può essere ricondotta la sentenza n. 6 del 2019, con la quale la Corte ha avviato la risoluzione della c.d. «vertenza entrate» (sent. n. 231 del 2008) tra la Regione Sardegna e lo Stato relativa ai criteri di calcolo delle compartecipazioni tributarie sulle imposte sui redditi e sull'IVA. La Regione era stata penalizzata per il mancato adeguamento del sistema delle entrate alla modifica dell'art. 8 dello Statuto speciale risalente al 2006 e la Corte, con la sent. n. 6 del 2019, ha finalmente dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione della legge statale di bilancio per il 2018 e per il triennio 2018-2020 nella parte in cui, nelle more della definizione di un apposito accordo di finanza pubblica, non riconosce alla Regione adeguate risorse per lo svolgimento delle funzioni ad essa affidate.

<sup>115</sup> Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano 2015, 398 ss., che ipotizza il ricorso al giudizio di ragionevolezza per sindacare le decisioni di spesa con sentenze additive o sostitutive al fine di tutelare le priorità indicate dalla Costituzione nella destinazione delle risorse finanziarie, «muovendo dalla distinzione tra destinazioni di fondi *doverose, consentite e vietate*», nella cui scia F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 2522 s.

stituzionali da bilanciare non può essere infatti riconosciuto alcun ordine gerarchico, poiché all'interno di ciascuna norma costituzionale sui diritti è tracciabile un nucleo essenziale, ma non è ravvisabile alcuna scala di valori costituzionali. Ne consegue che le priorità allocative delle risorse *non* possono essere individuate in base ad un predeterminato ordine gerarchico, ma soltanto rispetto al bilanciamento di volta in volta conseguito tra diritti e valori costituzionali.

7. *Considerazioni conclusive: “stabilizzazione” delle competenze, “certezza” delle risorse finanziarie ed esigenze collaborative tra Stato e Regioni nella cura del diritto alla salute*

L'analisi condotta sul piano normativo e della giurisprudenza (con particolare riguardo a quella costituzionale) dimostra come il nostro ordinamento sia saldamente ancorato a un modello duale di tutela del diritto alla salute, incentrato sul duplice livello, statale e regionale.

Tuttavia, l'autonomia “effettiva” delle Regioni nell'elaborare e attuare politiche sanitarie entro i principi fondamentali e gli indirizzi della legislazione statale dipende in larga misura dal dato finanziario-fiscale. Da un lato, sin dalla crisi dei debiti sovrani del 2011, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che il contenuto essenziale dei diritti fondamentali non può essere compromesso dalla scarsità delle risorse e, anzi, la sua garanzia effettiva deve orientare le scelte allocative di Stato e Regioni. Dall'altro lato, è innegabile che le disponibilità finanziarie delle Regioni dipendono pressoché integralmente dalle scelte dello Stato sulle risorse da trasferire in forza del carattere ancora largamente derivato della finanza territoriale.

Come si è potuto verificare, al deflagrare della crisi economico-finanziaria tutto ciò ha raramente consentito alle Regioni di dispiegare le potenzialità offerte dal modello costituzionale di tutela del diritto alla salute.

Quando lo Stato non garantisce la corrispondenza tra funzioni e risorse, principio costituzionalmente necessario (art. 119, quarto comma, Cost.) ma spesso eluso, talvolta precludendo l'adeguato finanziamento delle prestazioni sanitarie, vi è inoltre il concreto rischio che le Regioni non riescano neppure ad assicurare le prestazioni inerenti ai LEA che costituiscono la principale garanzia dei diritti tra centro e periferia. Ben distinti dal contenuto essenziale del diritto, i livelli essenziali indicano la

soglia di eguaglianza nelle prestazioni fissata con atto di indirizzo politico dallo Stato che le Regioni devono garantire. Una volta che questi sono stati determinati, le risorse necessarie a finanziare le prestazioni incluse nei livelli stessi devono ritenersi costituzionalmente vincolate per non pregiudicare quell'eguaglianza "essenziale" nel godimento dei diritti che invece si è scelto di garantire.

Come si è visto, ormai da diversi anni la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato soluzioni e strategie argomentative volte a garantire non soltanto, come già eravamo abituati, il principio collaborativo nelle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, ma anche la certezza delle risorse costituzionalmente vincolate a garanzia del diritto alla salute.

La Corte ha anzitutto tentato di preservare la necessaria stabilità delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, muovendo dal principio di connessione tra funzioni e provvista finanziaria, indispensabile ai fini delle esigenze di programmazione delle risorse. Il Giudice delle leggi ha in più pronunce affermato che la riduzione dei finanziamenti regionali, quando incide sulle prestazioni, deve essere di carattere transitorio e temporaneo<sup>116</sup>, rischiando altrimenti di compromettere la continuità e la qualità del servizio sanitario; che le proroghe dei vincoli al finanziamento regionale devono collocarsi entro le compatibilità finanziarie definite nell'ambito di un trasparente confronto tra Governo e Parlamento, censurando anche la prassi del maxi-emendamento, perché le ricadute sui servizi erogati dalle Regioni devono essere valutate in sede politica, affinché vi sia una piena consapevolezza e assunzione di responsabilità<sup>117</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha inoltre sviluppato un incisivo sindacato sulle leggi di bilancio, statali e regionali, volto ad assicurare, nel bilanciamento tra unità e autonomia, la trasparenza e la correttezza nell'impiego dei fondi a garanzia delle prestazioni, con particolare riguardo a quelle sanitarie<sup>118</sup>. Il Giudice delle leggi ha affermato, ad esempio, che lo Stato deve garantire il concorso al finanziamento dei livelli essenziali nelle fasi avverse del ciclo economico<sup>119</sup>; che il contributo degli enti territoriali agli obiettivi di finanza pubblica deve essere assicurato nel

<sup>116</sup> Significativa, in questo senso, la sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto"; nonché, tra le tante, sentt. n. 193 del 2012; n. 141 del 2016; n. 154 e n. 169 del 2017; n. 6 del 2019, punto n. 2 del "Considerato in diritto".

<sup>117</sup> Cfr. sent. n. 103 del 2018, punto n. 6.4.2 del "Considerato in diritto".

<sup>118</sup> Al riguardo, cfr., ad esempio, C. BUZZACCHI, *Le Regioni e le politiche per i diritti economici e sociali al tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 278 ss., spec. 280 ss.

<sup>119</sup> Cfr. sent. n. 235 del 2017.

rispetto dei principi di coordinamento e della legge rinforzata di attuazione dell'art. 81 Cost., senza che lo Stato possa imporre ulteriori oneri alle autonomie<sup>120</sup>; che la determinazione della regola dell'equilibrio deve preservare «spazi finanziari» per le autonomie territoriali, idonei a garantire la programmazione delle risorse per il soddisfacimento dei diritti secondo principi di proporzionalità e adeguatezza<sup>121</sup>, senza precludere, ad esempio, agli enti sub-statali di disporre dell'avanzo di amministrazione regolarmente accertato con l'approvazione del rendiconto e limitando così, la Corte, la pretesa del legislatore statale di utilizzare i bilanci regionali per conseguire obiettivi generali di finanza pubblica<sup>122</sup>.

In sintesi, secondo gli orientamenti richiamati: a) deve essere assicurato il finanziamento delle prestazioni concernenti i diritti; b) devono essere garantite risorse “certe” per lo svolgimento delle funzioni inerenti ai livelli essenziali stabiliti dallo Stato; c) è infine necessario assicurare «spazi finanziari» agli enti sub-statali per garantire un'effettiva programmazione finanziaria e per consentire la libera determinazione degli enti locali circa la partecipazione o non alle scelte regionali sull'impiego delle loro risorse eventualmente risultanti dagli esercizi finanziari precedenti.

Non molto di più può, però, essere chiesto innanzi alla Corte costituzionale.

Essendo ancora inattuati i precetti costituzionali poiché la finanza territoriale è rimasta in larga parte di carattere derivato ed essendo state interpretate nel senso dell'accentramento le variabili del modello costituzionale di autonomia sopra prese in esame, soltanto il legislatore può trasferire alle Regioni quanto necessario per realizzare politiche dei diritti ed implementare il modello di cura del diritto alla salute.

La soluzione andrebbe pertanto ricercata nella valorizzazione degli strumenti di concertazione tra Stato e Regioni, e, quindi, delle proce-

<sup>120</sup> Cfr. sentt. n. 235 e n. 237 del 2017.

<sup>121</sup> Cfr., ad esempio, sentt. n. 184 del 2016; n. 169 del 2017; n. 247 del 2017; n. 94 e n. 101 del 2018.

<sup>122</sup> Esemplificative, sotto quest'ultimo profilo, le pronunce volte a garantire che la determinazione della regola dell'equilibrio degli enti sub-statali in un unico saldo non negativo, in termini di competenza, tra entrate e spese finali, sia calcolato tenendo conto dello stato della finanza di ciascuna Regione giuridicamente accertato nei rendiconti, senza impedire l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione o di altre risorse già destinate a copertura di spese imputate a esercizi successivi secondo il meccanismo di garanzia costituito dal fondo pluriennale vincolato. In tal modo, la Corte ha precluso al legislatore statale di sottrarre risorse giuridicamente accertate nella disponibilità delle Regioni per farle rifluire nel conto consolidato delle amministrazioni pubbliche a fini di risanamento: cfr. sentt. 247 del 2017 e n. 101 del 2018.

ture e delle sedi collaborative in cui sia garantito un confronto sulle funzioni che le Regioni devono svolgere e, in seguito, sulle risorse da trasferire<sup>123</sup>.

All'opposto, le vicende del regionalismo italiano nella fase immediatamente precedente alla pandemia già mostravano uno scarto evidente tra la valorizzazione degli istituti di leale cooperazione nelle relazioni finanziarie tra centro e periferia, e la pratica effettiva di governo della finanza pubblica con la quale lo Stato, ormai da oltre un decennio, ha finito per imporre agli enti territoriali gli incisivi obiettivi del coordinamento finanziario, con effetti limitativi sulla loro autonomia politica<sup>124</sup>.

In questo contesto, occorrerebbe tornare a una "stabilizzazione" delle competenze per evitare che il regionalismo cooperativo sia ridotto a una sorta di contrattazione – se non, addirittura, confinato in una perdurante conflittualità – sulle risorse finanziarie, volta a garantire, talora senza successo, almeno i livelli essenziali. Dal canto suo, peraltro, lo Stato assai raramente esercita i poteri sostitutivi quando la garanzia dei diritti scende al di sotto di tale soglia, come la crisi pandemica ha drammaticamente dimostrato, anche per la mancanza di adeguate strutture di supporto ai commissariamenti. A ciò tenta ora di porre freno la recente sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2021 intervenuta sulle modalità di gestione del servizio sanitario calabrese.

In definitiva, la pandemia ha colto di sorpresa le Regioni, inserendosi drammaticamente in un quadro di riferimento caratterizzato un regionalismo ancora immaturo e determinando un robusto accentramento sia della finanza e dei tributi, sia delle competenze legislative. Ciò è dimostrato dalla sentenza n. 37 del 2021, che ha l'effetto di elevare la «profilassi internazionale» a una sorta di super-parametro capace di affondare come una lama nell'effettivo (ancorché negato) intreccio di materie, e, conseguentemente, di attrarre allo Stato ciò che residua del riparto di competenze.

<sup>123</sup> Al riguardo, cfr. C. BUZZACCHI, *Il ruolo del servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, 663 ss.

<sup>124</sup> In questa prospettiva, cfr., ad esempio, A. BRANCASI, *Il coordinamento finanziario in attesa della legge sul concorso delle autonomie «alla sostenibilità del debito complessivo delle pubbliche amministrazioni»*, in *Le Regioni*, 2012, 1143 s.; nonché G. RIVOSECCHI, *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, 147 ss.



Diversa la via indicata dalla stessa Corte in altre pronunce che affermano l'esigenza di preservare la stabilità-rigidità del riparto di competenze e il modello costituzionale basato sul duplice livello nella cura del diritto alla salute<sup>125</sup>. La giurisprudenza costituzionale ha infatti valorizzato gli spazi riservati al legislatore regionale in relazione alla declinazione territoriale del servizio sanitario, ripetutamente affermando che l'intreccio di competenze deve essere governato dal principio di leale cooperazione e assicurare la preminenza della persona umana quale soggetto di diritto «non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario» a cui deve essere funzionale il riparto delle competenze e l'impiego delle risorse<sup>126</sup>. La «funzione sanitaria pubblica» – ha proseguito il Giudice delle leggi – deve essere «esercitata su due livelli di governo: quello statale, il quale definisce le prestazioni che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire ai cittadini – cioè i livelli essenziali di assistenza – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale, cui pertiene il compito di organizzare sul territorio il rispettivo servizio e garantire l'erogazione delle prestazioni nel rispetto degli standard costituzionalmente conformi»<sup>127</sup>. Ciò deve tradursi nella «definizione di un sistema di regole che ne disciplini i rapporti di collaborazione, nel rispetto delle reciproche competenze» al fine di «realizzare una gestione della funzione sanitaria pubblica efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi “necessari”, inerenti alla prestazione dei LEA, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica»<sup>128</sup>.

L'orientamento da ultimo richiamato, da tempo consolidato nella giurisprudenza costituzionale sui LEA, dovrebbe indirizzare Stato e Regioni nella realizzazione del principio collaborativo circa l'esercizio delle

<sup>125</sup> Al riguardo, si vedano, ad esempio, le considerazioni di A. MATTIONI, *Salute e assistenza. Rapporti tra “livelli di governo” dopo la recente revisione costituzionale*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, cit., 52 s.

<sup>126</sup> Cfr. sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.5 del “Considerato in diritto” (da cui sono tratte le espressioni virgolettate).

<sup>127</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”.

<sup>128</sup> Sent. n. 62 del 2020, punto n. 4.3 del “Considerato in diritto”. La stessa prospettiva è stata ripetutamente valorizzata dalle successive pronunce della Corte costituzionale: cfr., ad esempio, sentt. n. 72 del 2020, spec. punti n. 3.1 e n. 4.1 del “Considerato in diritto”; n. 130 del 2020, punto n. 3.4 del “Considerato in diritto”; n. 157 del 2020, punto n. 4.2 del “Considerato in diritto”.

funzioni e l'impiego delle risorse per garantire, secondo le rispettive competenze, il migliore rendimento del servizio sanitario.

Se il regionalismo collaborativo tra Stato e Regioni non ha funzionato di fronte all'emergenza, le cause non sono da ricercare nell'inadeguatezza del Titolo V Cost., tenendo conto, tra l'altro, che la materia della sanità è stata "regionalizzata" in tempi ben lontani dalla riforma costituzionale del 2001<sup>129</sup>, bensì nella mancanza di sedi capaci di realizzare "a monte" – e cioè nel procedimento legislativo – la cooperazione tra i diversi livelli territoriali di governo interessati dai provvedimenti da adottare.

Al riguardo, si può qui soltanto ricordare che, anche in materia sanitaria, la carenza di sedi e procedimenti di realizzazione del principio di leale collaborazione si è manifestata anzitutto nella formazione delle leggi per la perdurante vigenza di un sistema bicamerale connotato dalla perfetta parità nella composizione e nelle funzioni dei due rami in cui la seconda Camera, alla stessa stregua della prima, è completamente assorbita dalla logica della rappresentanza politica, con ciò precludendo l'emersione in Parlamento della rappresentanza territoriale che, invece, dovrebbe assumere particolare rilievo nella realizzazione delle politiche sanitarie. Da ciò discende la difficoltà di vincolare il legislatore statale ad una effettiva condivisione delle scelte nella disciplina delle politiche sanitarie con le Regioni nella cura del diritto alla salute, come presupporrebbe, invece, il sopra richiamato modello dualista.

In mancanza di un'effettiva cooperazione nelle scelte legislative e di governo della sanità, capace di evitare che la legislazione statale sia prodotta in maniera eteronoma rispetto alle autentiche esigenze dei territori, la realizzazione delle istanze collaborative, indispensabili a garantire il "rendimento" del modello, si è inevitabilmente spostata "a valle" nella fase dell'attuazione della legislazione e delle decisioni assunte, nonché nell'elaborazione dei criteri di riparto delle risorse, attraverso la valorizzazione del c.d. sistema delle Conferenze. Quest'ultimo, infatti, a tutt'oggi costituisce l'unica sede disponibile alla realizzazione del principio di leale collaborazione, anche se con un minor grado di efficacia di quella che sarebbe necessaria da un lato perché esso è inidoneo a vincolare la legislazione sanitaria statale, e, dall'altro lato, a causa della carenza di trasparenza dei processi decisionali che si svolgono in quelle sedi, non sempre capaci di far emergere la responsabilità delle scelte politiche.

<sup>129</sup> In questo senso, R. BALDUZZI, *Cinque cose da fare (e da non fare) in sanità nella (lunga e faticosa) transizione verso il post-pandemia*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2020, 340 s.

In questo quadro di riferimento, di fronte all'emergenza sanitaria né le Regioni né lo Stato si sono sempre adeguatamente assunti la responsabilità politica della gestione della crisi e dei provvedimenti legislativi e amministrativi da adottare: le prime non esercitando l'autonomia che hanno chiesto per anni e di cui dispongono a diritto vigente; il secondo non ricorrendo quasi mai ai poteri sostitutivi che, invece, potrebbe sempre esercitare di fronte all'emergenza pandemica in caso di fallimento delle Regioni nella cura degli interessi ad esse affidati.

In altre parole, tanto più di fronte all'emergenza pandemica, le tendenze sopra prese in esame hanno causato disorientamenti dei poteri centrali e locali, determinando un appannamento delle responsabilità politica per la mancata tutela del diritto alla salute<sup>130</sup>. Ciò ha fatto venir meno il principio generale dello Stato costituzionale relativo al nesso tra potere e responsabilità che dovrebbe invece essere declinato anche nel rapporto tra i diversi livelli territoriali di governo, chiamando ciascun pubblico potere a rispondere dell'esercizio delle "proprie" attribuzioni<sup>131</sup>. Infatti, soltanto un quadro ben definito delle competenze e delle disponibilità finanziarie consente ai cittadini di comprendere a chi siano imputabili le scelte politiche e le relative responsabilità, così da individuare chiaramente a quale livello di governo spettino funzioni e risorse per garantire l'effettività del diritto alla salute.

<sup>130</sup> Sul punto, cfr. F. GALLO, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie*, cit., iv.

<sup>131</sup> Al riguardo, cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967, *passim*, spec. 131 ss.; nonché, per una declinazione del principio della responsabilità politica tra i diversi livelli territoriali di governo, D.J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, 1987, trad. it. *Idee e forme del federalismo*, Milano 1995, 19 e 53 ss. e 70 ss. e, più di recente, G.C. DE MARTIN e F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma 2017.



IL CAMBIAMENTO CLIMATICO E IL  
PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR):  
UN'INTRODUZIONE AL TEMA\*

SOMMARIO: 1. Alle origini del problema. – 2. Il cambiamento climatico e il diritto. –  
3. *Segue.* La “giustizia climatica” nell’interpretazione della giurisprudenza. – 4.  
Spunti conclusivi: dalla *Case Law* alle strategie del PNRR.

1. *Alle origini del problema*

Il clima – e cioè il cambiamento climatico e le politiche che mirano a contrastarlo e/o a contenerne gli effetti – è sicuramente un tema “controverso”, secondo quanto avverte la migliore dottrina<sup>1</sup>. E, anzi, è talmente controverso che ne vengono addirittura revocate in dubbio non solo la centralità ma persino la sua oggettiva sussistenza e rilevanza o, comunque, la sua riconducibilità, in quanto problema, ai comportamenti invasivi, scorretti e trasgressivi dell’uomo, ossia del “signore” dell’universo le cui sorti “magnifiche e progressive” scandiscono da sempre, dagli albori della storia umana, la vita del nostro pianeta.

È infatti del tutto evidente, che il clima è davvero un tema controverso, senza che mi sia possibile anche solo passare in rassegna le posizioni “negazioniste” (l’alternanza da sempre, a quel che parrebbe, di fasi di riscaldamento globale con fasi di raffreddamento/glaciazione)<sup>2</sup> e

\* Questo lavoro è destinato agli Studi in onore del prof. Giuseppe Franco Ferrari al quale è, pertanto, affettuosamente dedicato.

<sup>1</sup> Così R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in <https://open.luiss.it>, a commento della ordinanza del Tribunale costituzionale tedesco del 24 marzo 2021, su cui v. *infra* nel corso del lavoro.

<sup>2</sup> E, fra le posizioni negazioniste, classica e ben nota è quella di F. VON HAYEK, in molteplici scritti: ad esempio nei saggi raccolti nel volume *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna 1988, *passim*. Importanti rassegne dei differenti punti di vista “culturali” si trovano anche nelle pubblicazioni giuridiche che si occupano del clima: AA.VV., *Research*

quelle che, al contrario, mettono in luce come i cambiamenti climatici siano drammaticamente gravi in ragione dell'insorgenza di molteplici fattori climalteranti, determinati in larghissima parte dai comportamenti dell'uomo.

Se questo è vero, mi sembra anche possibile constatare che il clima è, da un lato, il “punto logico di partenza” e, dall'altro lato, il punto logico di arrivo di ogni possibile, opportuna e/o necessaria discussione che abbia ad oggetto la tutela dell'ambiente, dell'ambiente salubre come di quello sano, ossia tutte le politiche mirate alla protezione dell'*habitat* e degli ecosistemi, sia nella dimensione antropica, con al centro il diritto alla salute dell'uomo, che in quella oggettivamente ecologica, giacché è “il giardino del creato” in quanto tale ad essere prioritariamente considerato, e perciò del tutto obiettivamente protetto<sup>3</sup>.

Ovverosia: tutto sembra convergere, sul terreno della politica (delle sue opzioni strategiche e delle sue scelte di campo in tema di tutela dell'ambiente), verso un fondamentale obiettivo: quello della “neutralità climatica” per il lontano (ma in realtà prossimo) anno 2050<sup>4</sup>. Il che è confermato, fra l'altro, anche dal recente regolamento europeo sul clima (la c.d. Legge europea sul clima), reg. UE n. 2021/1119, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il raggiungimento della neutralità climatica, obiettivo finale che deve essere conseguito entro il 2050 (art. 2), prefigurandosi altresì, come passaggio ed obiettivo intermedio vincolante (art. 4), la riduzione, entro il 2030, di almeno il 55% delle emissioni di gas ad effetto serra rispetto ai valori del 1990.

*Handbook on Climate Change, Oceans and Coasts*, Cheltenham 2020 e AA.Vv., *Energy Law, Climate Change and the Environment*, Cheltenham 2021, e già, del tutto persuasivamente, G.F. FERRARI, *Stato e mercato: quali rapporti dopo la crisi*, in *DPCE*, n.1/2010, XVII-XXI. Sul punto si veda comunque il recente Rapporto del Gruppo intergovernativo di esperti in cambiamenti climatici dell'ONU (IPCC), al sito [www.ipccitalia.cmc.it](http://www.ipccitalia.cmc.it), *Cambiamenti climatici 2021- Le basi fisico-scientifiche*, alla cui luce non parrebbero possibili (e anzi ammissibili sul piano scientifico) dubbi e incertezze circa le conseguenze drammatiche determinate dal riscaldamento globale del pianeta e, soprattutto, sul ruolo giocato in questa direzione da una sommatoria di comportamenti umani scorretti e irresponsabili.

<sup>3</sup> In generale, e per tutti, H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Torino 2009, cui *adde*, se si vuole, R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano 2014, 19 ss.

<sup>4</sup> E ciò alla luce di molti documenti programmatici dell'UE, dal *Green Deal* al *Next Generation EU*, su cui v. *infra* al paragrafo seguente. A questo riguardo cfr. già, comunque, esaurientemente, P. DELL'ANNO, *Fonti rinnovabili di energia e Piano Nazionale Ripresa e Resilienza 2021*, in corso di pubblicazione.

In altre parole, sia che si parli di inquinamento atmosferico, di rifiuti, di acque e del loro inquinamento, che di controllo delle attività di impresa, di energia, e dunque di fonti non fossili, di consumo del suolo, ecc., tutto – davvero tutto – spinge verso una fondamentale direzione senza che sia possibile alcuna deviazione o scorciatoia. Il riscaldamento globale del pianeta, infatti, con l'aumento inusitato della temperatura (di quella reale come di quella soggettivamente percepita) determina, secondo una successione incredibilmente rapida, eventi tragici ed epocali quali lo scioglimento dei ghiacci, l'aumento della temperatura degli oceani e dei mari, disastri ed eventi estremi, ecc., con effetti conseguenti tanto tragici (e forse irreversibili) quanto difficilmente suscettibili d'essere "misurati" con un approccio analitico e predittivo sempre sicuro ed affidabile.

Ciò che mi sembra soprattutto evidente, e come tale meritevole d'essere immediatamente segnalato, è che l'approccio scientifico (e anche "politico") al tema "controverso" del cambiamento climatico non può essere che olistico e globale e comunque multidisciplinare, nel senso che se è senza dubbio utile scandagliare singoli e peculiari problemi (*rectius*, settori e componenti strutturali del "sistema" ambiente), occorre tuttavia evitare di perdere di vista la visione d'insieme del problema (ossia la percezione cognitiva del sistema), mancando la quale non si fanno certo molti passi avanti.

E mi permetto un duplice esempio, a questo proposito.

Non si può non concordare con tutti coloro che ci mettono in guardia circa il ruolo esiziale giocato dalla straordinaria diffusione della plastica (o, più esattamente, delle plastiche, anche di quelle c.d. biologiche)<sup>5</sup>, ma è comunque del tutto fuor di discussione che la gestione di siffatti rifiuti è solo una parte del problema, su cui è giocoforza intervenire, ma risolvendosi il quale – e soltanto esso – la partita resterebbe ad ogni modo ancora drammaticamente aperta ed attuale.

In secondo luogo, il passaggio, ipotizzato in quanto valore che deve essere perseguito anche dal PNRR, da un modello di economia c.d. lineare a quello dell'economia circolare<sup>6</sup>, coglie nel segno in quanto ci propo-

<sup>5</sup> E ciò evoca, a tutta evidenza, il tema dell'economia circolare (*infra*, al prosieguo del lavoro). Di rilievo, nel momento attuale, il problema delle c.d. plastiche monouso, su cui v. diffusamente *Plastica monouso, la UE: stop dal 3 luglio*, ecc., in *www.corriere.it/economia* del 21 giugno 2021.

<sup>6</sup> L'economia circolare sembra rappresentare ormai la frontiera più avanzata delle politiche ambientali di ultima generazione, sebbene il nostro PNRR la collochi quasi in un cono d'ombra (*infra*, alle conclusioni del lavoro). Si vedano in argomento: F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019 (e *ivi* contributi di



ne un paradigma non più meramente produttivistico e consumistico ma, in senso esattamente contrario, un sistema relazionale e istituzionale che deve essere elaborato e costruito come modello generale, capace di fungere da parametro di riferimento e di legittimazione delle società evolute del terzo millennio.

E, infatti, se i fattori climalteranti sono in larga parte di origine antropica, con gli effetti conseguenti efficacemente rappresentati da una nota formula di sintesi (la natura, già aggredita dal “signore dell’universo”, si è trasformata in aggressore!)<sup>7</sup>, è del tutto ovvio, o comunque ragionevolmente fondato e giustificabile, che siano i parametri e valori della c.d. economia lineare (la *brown Economy*) a costituire il nocciolo duro del tradizionale, e perdurante, processo di accumulazione e produzione capitalistica (del settore pubblico come di quello privato). Estrai, produci, consuma, ecco il paradigma valoriale dell’economia lineare cui si contrappone l’economia “chiusa”, “l’economia dell’astronave” che in qualche modo si ispira alla regola delle quattro R: risparmia, recupera, ricicla, riusa<sup>8</sup>.

Mi sembra del tutto pacifico e fuor di discussione, secondo quanto lasciano intendere lo stesso PNRR, sebbene in modo “debole”, e la più recente evoluzione dell’ordinamento eurounitario<sup>9</sup>, che è soltanto, o comunque principalmente, la piena adozione del modello circolare, e quindi dei comportamenti individuali e collettivi che da tale piena adozione conseguono, a poter adeguatamente contrastare i cambiamenti climatici, fino all’obiettivo finale della neutralità climatica, o quantomeno a mettere sotto controllo gli effetti più rischiosi per l’ambiente e per la salute dell’uomo.

I due esempi sui quali mi sono fuggacemente intrattenuto, confermano, ad ogni buon conto, tutti i dati preliminari dai quali sono partito, e cioè il carattere “controverso” del tema e del problema ambiente, e la sua natura in qualche modo polisemica per comprendere e intercettare la quale è d’uopo privilegiare un approccio non solo multidisciplinare

F. DE LEONARDIS, R. FERRARA, S. VILLAMENA, e Altri), E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il dir. dell’economia*, 2019, 493 ss. e M. COCCONI, *La regolazione dell’economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano 2020.

<sup>7</sup> Così M.S. GIANNINI, “Ambiente”: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 445 ss.

<sup>8</sup> Si vedano ancora i contributi riportati *supra*, alla nota n. 6, ai quali si rinvia.

<sup>9</sup> Cfr. più diffusamente *infra*, ai paragrafi che seguono.

ma egualmente generale ed olistico onde poter elaborare e delineare una convincente visione d'insieme.

A tutto ciò si deve verosimilmente far seguire, a mio avviso, un'ulteriore, non secondaria considerazione che sembra quasi costituire un elemento stabile e costante di ogni riflessione sistemica che si voglia fare sul cambiamento climatico e sulle "terapie" che debbono essere messe in campo per contrastarne l'evoluzione. Ossia, il Mercato, con tutti i suoi strumenti e con le sue collaudate procedure di tipo negoziale<sup>10</sup>, può certamente concorrere a perseguire l'obiettivo della neutralità climatica, formula – questa stessa – tanto suggestiva e seducente quanto tuttavia in qualche modo generica, ma il ruolo fondamentale in questa direzione, e per tali ambiziose finalità, sarà sicuramente giocato dalle istituzioni pubbliche, e cioè dalla rete dei soggetti pubblici che innervano il modello di *multilevel Governance*, dalle autorità internazionali fino ai soggetti delle "arene" nazionali<sup>11</sup>, secondo quanto lasciano intendere i più recenti, e persuasivi, studi in materia di economia "istituzionale"<sup>12</sup>.

## 2. Il cambiamento climatico e il diritto: alla ricerca dei principi

Se questo è vero, il clima non si manifesta soltanto come un tema "controverso", ma egualmente come un problema centrale e strategico, pervasivo e trasversale in quanto implicato con ogni politica specifica e concreta rivolta ad assicurare la protezione dell'ambiente: come una vera e propria cartina di tornasole grazie alla quale è possibile mettere a nudo quanto di reale e di effettivo ci sia davvero negli obiettivi e nelle politiche pubbliche (e private!) in materia ambientale, spesso molto enfaticamente

<sup>10</sup> Piuttosto ampia è la letteratura ove si passano in rassegna i modelli e gli strumenti del mercato in vista di una più efficace tutela dell'ambiente, a cominciare dagli scritti, prima riportati, di F. VON HAYEK (*supra*, alla nota n. 2). Fra i giuristi, esaustivamente, e in molti contributi, M. CAFAGNO, spec. *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007 nonché R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., 67 ss.

<sup>11</sup> Nel quadro di una letteratura ormai sterminata, cfr., per tutti, L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come Common Concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., 93 ss. e O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, *ivi*, 153 ss.

<sup>12</sup> Su cui si veda, recentemente, il denso volume di N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, Firenze, 2021, *passim*, ma spec. 11 ss., e *ivi* ogni più ampio riferimento al punto di vista degli economisti, e segnatamente alle riflessioni di D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994, spec. 34 ss.

declinati e proclamati, oltre quanto di (meramente) seduttivo e suggestivo ci sia comunque in ogni generale (e generica) dichiarazione di intenti.

La decarbonizzazione, la neutralità climatica, ecc. sono, a tutta evidenza, gli obiettivi che debbono essere raggiunti (fra il 2030 e il 2050), ma la vera e più importante questione è quella di verificare se e come essi possano essere davvero messi a segno secondo criteri e valori di efficacia e di efficienza ed alla luce dei generali parametri di ragionevolezza e di proporzionalità, come meglio si vedrà.

Ed è in questo senso, e per tentare di fornire un principio di risposta alla domanda appena posta, che il diritto, pur nel quadro di un approccio necessariamente multidisciplinare, è chiamato a giocare, come sempre, un ruolo maieutico e con+formativo.

Mi sembra anzi possibile constatare, in sintonia con la dottrina internazionalistica e del diritto UE<sup>13</sup>, che il clima è da sempre, da quando l'ambiente e le sue politiche hanno assunto una collocazione centrale nei mondi (spesso separati e talora reciprocamente repulsivi e indifferenti) della politica e della scienza giuridica, un oggetto oscuro, e “controverso”, di primario interesse, e cioè una sorta di *must* del quale è giocoforza occuparsi, il “punto logico di partenza” e di arrivo di ogni discorso, sia generale che di settore, che si voglia fare sul tema.

Ed è proprio su questa lunghezza d'onda che il “discorso generale sull'ambiente” iniziò a prendere le mosse, evidenziandosi con forza “i limiti dello sviluppo”, e cioè il *limes* invalicabile che non poteva essere superato, pena l'alterazione tanto drammatica quanto difficilmente reversibile delle forme di vita sul nostro pianeta, di tutte le forme di vita che si trovano sulla Madre Terra.

E pertanto, in successione tutto sommato rapida, e senza soluzione di continuità, si passa dalla Conferenza di Stoccolma alla Convenzione di Rio de Janeiro sulla biodiversità fino alla Convenzione quadro dell'ONU sul clima, ai Protocolli di Kyoto, agli Accordi di Parigi del 2016 (COP 21 fino alla COP 26, in via di preparazione), ecc., e senza nulla togliere ai più recenti documenti elaborati dall'UE, quali, fra gli altri, la Comunicazione della Commissione UE n. 640 dell'11 dicembre 2019 e la successiva Comunicazione della Commissione UE del 16 settembre 2020, in tema di *Green Deal*, e l'ormai famosa Comunicazione su *Next Generation EU*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., esaustivamente, L. PINESCHI e O. PORCHIA nei contributi appena riportati alla nota n. 11.

<sup>14</sup> I documenti, e in genere gli atti elaborati dall'UE, sono ovviamente agevolmente

Mi sono ovviamente limitato all'essenziale, e senza neppure toccare alcune importanti iniziative *in fieri*, e segnatamente il Patto globale per l'ambiente, in discussione presso l'Assemblea generale delle Nazioni Unite (cfr. spec. l'art. 3 del testo in esame)<sup>15</sup>, in quanto mi sembra importante privilegiare un approccio in qualche modo selettivo, ossia più volto a cogliere i principi generali (se ve ne sono!) che a ripercorrere in chiave esegetica i singoli (i tanti) Trattati, Convenzioni, ecc. che postulano come necessario, e non più rinviabile, il contrasto al cambiamento climatico. A cominciare, ovviamente, dall'art. 191, primo paragrafo, del TFUE ove viene formalmente enucleato come obiettivo peculiare delle politiche dell'Unione la messa in campo delle misure più opportune atte a perseguire questo scopo, ossia idonee a contrastare i cambiamenti climatici: declinazione, questa stessa, certamente suggestiva, e non irrilevante sul piano dei principi, ma prevalentemente a carattere programmatico, se non addirittura, di valore meramente ottativo.

In questo quadro, mi sembra dunque più importante, o comunque preferibile, cercare di individuare una o più regole generali, o meglio dei principi e delle costanti di sistema in ragione e in forza dei quali le politiche di contrasto al cambiamento climatico siano adeguatamente supportate da una base giuridica e materiale che ne costituisca un'adeguata *ratio* fondativa.

Credo che tali regole generali, ossia i principi e le costanti sistemiche alle quali ho appena accennato, possano essere rinvenute nei Trattati istitutivi dell'UE, in alcune norme costituzionali (soprattutto del *GG-Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca e nella *Charte de l'environnement* francese) e forse soprattutto, almeno in questo momento, in alcune importanti pronunzie giurisprudenziali.

E, infatti, senza che mi sia possibile trattare in modo approfondito (o almeno adeguato) il tema dei principi posti a presidio delle politiche internazionali, europee e nazionali in materia di ambiente<sup>16</sup>, mi sembra

reperibili ai siti istituzionali dell'Unione. Per ogni più generale informazione, cfr. nuovamente L. PINESCHI e O. PORCHIA nei saggi cit., *supra*, alla nota n. 11.

<sup>15</sup> Il Patto globale per l'ambiente nasce da un'iniziativa in Francia del *Club des juristes* ed è tuttora in fase di discussione (e confido di approvazione!) presso l'Assemblea generale dell'ONU. Per l'esame delle sue norme più qualificanti, oltre che per la ricostruzione delle vicende che hanno portato alla sua elaborazione, sia consentito il rinvio a R. FERRARA, *Ambiente e salute. Brevi note su due "concetti giuridici indeterminati" in via di determinazione: il ruolo giocato dal Patto globale per l'ambiente*, in *Dir. e società*, 2019, 281 ss.

<sup>16</sup> Relativamente ai quali si rinvia ai cit. contributi di L. PINESCHI e O. PORCHIA non-

che il principio di integrazione, di cui all'art. 11 del TFUE, sia la chiave di volta di ogni discorso e di ogni politica volti alla protezione dell'ambiente, e cioè – ancora una volta! – il “punto logico di partenza” così come quello di arrivo e di ogni finale conclusione. A condizione – naturalmente! – di voler e saper assumere in modo pieno e consapevole il messaggio che il principio stesso, così come codificato dall'art. 11 del TFUE, ci trasmette: le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente debbono essere integrate in tutte le altre politiche messe in campo dalla UE (e dagli Stati membri), politiche – queste stesse – che debbono essere riproccate in funzione della promozione di un obiettivo, certamente generale (e generico) e tuttavia non rinunciabile, ossia la promozione dello sviluppo sostenibile<sup>17</sup>.

È mia profonda convinzione, in sintonia con quanto sostenuto da un'autorevole dottrina<sup>18</sup>, che la formula “sviluppo sostenibile” sia soprattutto uno slogan fortunato, e come tale incapace di determinare, di per sé stessa, processi e percorsi virtuosi di tutela dell'ambiente; ma mi sembra anche che differenti e più interessanti scenari potrebbero essere dischiusi qualora la formula fosse in qualche modo decodificata, passandosi dallo *sviluppo* sostenibile al *futuro* sostenibile, o comunque interpretandosi lo *sviluppo* di cui alla norma del TFUE come *futuro*<sup>19</sup>.

Operazione – questa stessa – a mio avviso possibile, tutt'altro che *contra litteram* oppure spregiudicata, e anzi verosimilmente necessaria, e forse addirittura indispensabile dal punto di vista della “giustizia climatica”, in quanto si focalizza, in questo modo, quella che è, anche alla luce di un più maturo e consapevole approccio giuridico, la vera posta in gioco: l'affermazione e la codificazione della responsabilità intergenerazionale che grava sulle generazioni che vivono ed operano sulla Madre Terra nel

ché, dall'angolo visuale dell'amministrativista, a P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004.

<sup>17</sup> Vale naturalmente il riferimento ai contributi riportanti alla nota immediatamente precedente. Fra i saggi di maggior rilievo degli ultimi anni, cfr. spec. M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di diritto dell'ambiente*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2007, 467 ss. e C. FELIZIANI, *Dalla prima rivoluzione industriale all'economia circolare e al Green Deal attraverso il principio di integrazione*, in *Dir. amm.*, 2020, 843 ss. Sia anche consentito rinviare a R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 12 ss.

<sup>18</sup> Così J. MORAND-DEVILLER, *Il giusto e l'utile nel diritto dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol., cit., 3 ss.

<sup>19</sup> Sia ancora consentito rinviare a R. FERRARA, *op. ult. cit.*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici oltre che per più approfondite riflessioni sul concetto di “futuro sostenibile”.

loro tempo di vita le quali debbono proteggere e conservare il “giardino del creato” onde consegnarlo alle generazioni future quanto meno nelle stesse condizioni in cui si trovava allorché era stato loro trasmesso e affidato.

È interessante constatare che il nostro “codice” dell’ambiente non richiama espressamente il principio di integrazione nelle sue norme generali e di apertura (nell’*incipit*), sembrando sufficiente, a quel che pare, il mero rinvio dinamico ai principi del diritto “comunitario” laddove, nel PNRR, si prevede correttamente l’adozione del Piano nazionale integrato per l’energia e il clima, forse più alla luce dell’art. 194 del TFUE che del principio di integrazione di cui all’art. 11 dello stesso TFUE. E sembra addirittura superfluo, ricordare, sotto questo riguardo, che è già la nostra Costituzione ad essere avara di riferimenti espressi all’ambiente, valore e/o valore-materia di cui si fa menzione soltanto all’art. 117, in tema di riparto e distribuzione delle competenze legislative fra lo Stato e le regioni.

Comunque sia di ciò, mi sembra che il fine dello sviluppo sostenibile, alla cui realizzazione dovrebbe mirare la piena applicazione del principio di integrazione, soprattutto se il concetto di *sviluppo* evolve in quello di *futuro*, possa – e anzi debba – costituire un solido, o perlomeno accettabile, fondamento giuridico su cui impostare e costruire le politiche europee e nazionali di contrasto del cambiamento climatico.

È verosimilmente migliore la situazione dell’ordinamento francese ove la *Charte*, nel Preambolo, non solo ribadisce che compito fondamentale della Repubblica è la promozione dello sviluppo sostenibile (*durable*), ma precisa altresì che le scelte della Politica (e dunque delle istituzioni) non debbono compromettere la “*capacité des générations futures et d’autres peuples à satisfaire leurs propres besoins*”.

E con ciò si avvia, in qualche modo, un cammino che deve essere sì perfezionato ma al fondo del quale si può intravedere, almeno sbazzata e accennata, l’introduzione di un’importante affermazione di principio: la Repubblica deve operare positivamente affinché non siano compromesse le aspettative (i diritti, invero) proprie delle generazioni future così come degli altri popoli. In altre parole, è possibile leggere sotto traccia che le istituzioni repubblicane sono responsabili di una fondamentale *mission*, la quale non può essere soltanto connotata in negativo (non sia compromessa la capacità delle generazioni future!) ma anche – ed anzitutto – in positivo: si operi e si agisca fattivamente e concretamente per impedire siffatta compromissione, e anzi per migliorare la situazione ambientale della Madre Terra a vantaggio delle future generazioni.

Se ci collochiamo su questo terreno che, come appare ormai del tutto chiaro, è quello della responsabilità (giuridica) delle istituzioni pubbliche per i danni arrecati alla salute dell'uomo (ed all'ambiente) in ragione del cambiamento climatico, non efficacemente contrastato, o addirittura determinatosi in ragione dei comportamenti omissivi e commissivi dei soggetti pubblici e privati, allora è fuor di dubbio, a mio avviso, che sia l'art. 20a del GG della Repubblica federale tedesca a costituire un importante momento di svolta.

Il cit. art 20a del GG, su cui fa leva una recente, importante pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 24 marzo 2021<sup>20</sup>, dispone infatti quanto segue: "Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto".

Non sono certo che si tratti di un'affermazione di principio meno intensa e pregnante di quella di cui all'art. 11 del TFUE relativa al principio di integrazione, o se, al contrario, ci si trovi dinnanzi a una declinazione degli scopi finali che debbono essere perseguiti dalle istituzioni pubbliche del tutto equipollente, magari con una diversa ordinazione e collocazione degli stessi fattori (il carattere pervasivo e conformativo delle esigenze connesse con la protezione dell'ambiente), ma l'elemento (e anzi il valore costituzionalizzato) di evidente, straordinaria importanza è sicuramente l'assunzione da parte dello Stato della "responsabilità nei confronti delle generazioni future".

Il che lascia chiaramente intendere come e perché questo valore, ossia una sorta di garanzia prestata in funzione dell'adempimento di un'obbligazione intergenerazionale a vantaggio delle generazioni future, sia in primo luogo a carattere etico-politico<sup>21</sup>, e come e perché esso finisca con il giuridicizzarsi soprattutto grazie alla lettura e all'interpretazione che ne viene data dalle giurisdizioni. E non soltanto nell'ordinamento federale tedesco ove risulta espressamente costituzionalizzato.

<sup>20</sup> Reperibile in più siti (ad esempio, in [www.bundesverfassungsgericht.de/shared-Docs](http://www.bundesverfassungsgericht.de/shared-Docs)) e sulla quale possono essere lette le importanti riflessioni di R. BIFULCO, *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Ancora, sotto questo profilo, R. BIFULCO, *op. loc. cit.* nonché, se si vuole, R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit.



### 3. Segue. La “giustizia climatica” nell’interpretazione della giurisprudenza

Mi sembra opportuna e necessaria una prima constatazione: il discorso giurisprudenziale in merito al clima non è recente, laddove più recente sembra essere un consapevole e puntuale “aggancio” del problema clima, in ogni sua più corposa e diversificata variante, a quello della responsabilità intergenerazionale la quale viene sussunta fra gli scopi e gli obiettivi più rilevanti delle politiche pubbliche (e di quelle private, ovviamente!).

A mio modo di vedere, sebbene siano molti i temi e problemi che sono contestualmente proposti e affrontati nel *decisum*, un’importante sentenza sul clima è certamente quella, risalente ma significativa, della Corte suprema USA del 2 aprile 2007, causa 05-1120, California e altri vs *Environment Protection Agency* (EPA)<sup>22</sup>.

Il caso è ampiamente noto e attiene a molteplici aspetti, tutti rilevanti: la legittimazione attiva degli Stati della Federazione a proporre un’azione innanzi alla Corte suprema, alla luce della consolidata teoria del *parens patriae* per la quale ogni Stato agisce in nome, per conto (e soprattutto nell’interesse) della collettività nazionale rappresentata; da ciò, sulla base del *Clean Air Act*, la facoltà di (e la legittimazione a) chiedere all’EPA di occuparsi della gestione delle emissioni inquinanti prodotte dai gas di scarico delle automobili, vista la riluttanza del governo federale a recepire ed applicare i protocolli di Kyoto<sup>23</sup>.

Una sentenza sul clima di primaria importanza, dunque, con la quale viene efficacemente colto il nesso, perverso e pervertitore, fra inquinamento atmosferico (comunque prodotto) e cambiamento climatico. E non basta, c’è di più, in quanto il vero fattore di qualificazione della sentenza è costituito, a mio avviso, dalla forte affermazione di un principio: anche nel paese sicuramente più orientato ad enfatizzare il ruolo giocato dagli strumenti del mercato, in luogo del tradizionale modello dei paesi di *civil Law* (*Command and control*), sono le istituzioni pubbliche a dover comunque elaborare e mettere in campo le fondamentali regole del gioco e a curarne il rispetto e l’applicazione. Non si colgono ancora, tuttavia, accenni alla responsabilità intergenerazionale, sulla falsariga di quanto sarà in prosieguo di tempo previsto in Germania dall’art. 20a del GG.

<sup>22</sup> Sentenza pubblicata e commentata da C. SARTORETTI, *Il protocollo di Kyoto all’esame della Corte suprema USA: dalla Commerce Clause all’implementazione dei poteri degli Stati dell’Unione*, in DPCE, 2007, 1479 ss.

<sup>23</sup> Cfr. nuovamente C. SARTORETTI, *op. loc. cit.*

E, infatti, come è noto, la “madre di tutte le sentenze”, la sentenza c.d. *Urgenda*, Corte suprema dei Paesi Bassi, 20 dicembre 2019, n. 19/00135, confermando le decisioni dei primi due gradi di giudizio, afferma in modo forte la sussistenza in capo al governo olandese dell’obbligo di ridurre i gas ad effetto serra entro il 2020 di almeno il 25% rispetto ai livelli del 1990, anche sulla base degli articoli 2 e 8 della CEDU, relativi, rispettivamente, al diritto alla vita e al diritto al rispetto della vita privata e familiare. Da qui a ritenere, sulla base della stessa giurisprudenza della CEDU, che se uno Stato è consapevole dei rischi che corrono la vita e il benessere delle persone questo stesso è tenuto (*rectius*, è obbligato) a mettere in campo le misure più adeguate per la protezione di tali diritti il passo è davvero breve<sup>24</sup>.

E cioè, lo Stato olandese, in quanto *partner* della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, è giuridicamente tenuto a prevenire l’insorgenza dei fattori climalteranti, e comunque a contrastarne gli effetti, sicché non viene ritenuta giustificata la posizione del governo olandese che ha cambiato al ribasso non più tra il 25-40% rispetto ai livelli del 1990, ma soltanto al 17%, l’abbattimento delle emissioni climalteranti entro il 2020.

Di pari importanza (e forse addirittura suffragata da un ragionamento giuridico più complesso e sofisticato) è la cit. ordinanza del Tribunale costituzionale tedesco del 24 marzo 2021, alla luce dell’art. 20a del GG.

Va da sé che il percorso ricostruttivo e motivazionale messo in campo dal giudice costituzionale tedesco è (ovviamente!) più agevole e, se si vuole, più affidabile in quanto fondato su una norma costituzionale che non dà adito, a mio avviso, a possibili dubbi interpretativi.

Mi sembra del tutto condivisibile, sotto questo riguardo, quanto sostenuto in dottrina a commento della cit. decisione del Tribunale costituzionale tedesco<sup>25</sup>.

È vero infatti che nel *decisum* del Tribunale germanico in qualche modo si aggira, o meglio si supera, quel problema nel problema che, alla stregua di un invalicabile ingombro volumetrico, aveva sterilizzato

<sup>24</sup> Pubblicata in molti siti e anche (con nota di richiami e un commento) in AA.VV., *Casi di diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, 281 ss. Sul ruolo che sembra essere giocato, nel momento attuale, dalla “giustizia climatica”, cfr., esaurientemente, l’ampia rassegna e le riflessioni di S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 293 ss.

<sup>25</sup> Nuovamente R. BIFULCO, *op. loc. cit.*, alle cui riflessioni faccio rinvio.

in molti casi<sup>26</sup>, per così dire in radice, la stessa possibilità di invocare la responsabilità dello Stato nei processi aventi ad oggetto le politiche relative al cambiamento climatico: ossia la difficoltà (oggettiva) di dimostrare il nesso causale intercorrente tra le azioni (omissive e commissive) dei governi e delle imprese responsabili e il riscaldamento globale con i conseguenti effetti nefasti sull'ambiente e sulla salute dell'uomo.

È ben vero – e sembra anzi costituire un profilo di particolare interesse – che la decisione del giudice costituzionale tedesco coglie un dato problematico di vitale e centrale importanza ogniqualvolta si discuta di ambiente e diritto: e cioè il ruolo maieutico e conformativo giocato dalla Scienza e dalla tecnologia<sup>27</sup>. Da qui il “dialogo molto fitto” che il tribunale tedesco intrattiene con il mondo scientifico e, segnatamente, con l'*Intergovernmental Panel on Climate Change*, i cui dati sono assunti e utilizzati come parametri alla cui luce valutare le decisioni del legislatore tedesco per come esse sono state riversate nella legge federale del 12 dicembre 2019 sul cambiamento climatico (*Bundes-Klimaschutzgesetz-KSG*). E, soprattutto, è proprio in conseguenza di (e in sintonia virtuosa con) tale “dialogo fitto” che viene invocato ed applicato sul terreno il principio di proporzionalità.

È infatti sulla base delle informazioni acquisite attingendo ai campi disciplinari delle scienze c.d. dure che il giudice tedesco può affermare che è il principio di proporzionalità ad essere violato dal KSG, in quanto è proprio alla luce di siffatto principio che la riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub>, e in genere dei gas ad effetto serra, deve essere distribuita e graduata nel tempo fino al conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica, di cui all'art. 20a del GG, affinché non siano incisi i diritti fondamentali alla vita e alla proprietà privata, già posti, d'altro lato, almeno in parte, al centro della cit. sentenza *Urgenda*, in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU.

A ciò si aggiunge quello che è stato efficacemente definito come un effetto anticipato di interferenza<sup>28</sup> con i diritti appena ricordati, nel senso

<sup>26</sup> R. BIFULCO, *op. loc. cit.*, a commento della cit. ordinanza del giudice costituzionale tedesco.

<sup>27</sup> Ancora R. BIFULCO, *op. loc. cit.*, con osservazioni del tutto condivisibili. Va da sé che il rapporto fra scienza e diritto è, da sempre ma con un particolare risalto nella nostra epoca, un nodo problematico che non è sempre agevole sciogliere. Nel contesto di una letteratura ormai molto vasta, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a R. FERRARA, *Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 63 ss.

<sup>28</sup> R. BIFULCO, *op. loc. cit.*

che le disposizioni del KSG impugnate causerebbero il suddetto effetto anticipato di interferenza con i diritti. E cioè, essendo comunque consentita l'emissione di CO<sub>2</sub> in atmosfera sino al 2030 verrebbe ad essere ridotto il livello complessivo di gas ad effetto serra a disposizione della Repubblica federale tedesca già entro il 2030, di modo che dopo tale fatidica data (il 2030) il legislatore non potrebbe fruire del tempo indispensabile per mettere in campo le misure necessarie atte ad impedire il superamento delle soglie di inquinamento sostenibili, violando conseguentemente i diritti fondamentali dei ricorrenti.

Soprattutto, ad avviso del giudice tedesco, il legislatore si sarebbe rivelato miope e con scarsa capacità predittiva, in quanto non avrebbe stabilito né il *quando* né il *quomodo* circa le misure e i provvedimenti da mettere in campo dopo il 2030, violando palesemente l'art.20a del GG ove viene affermata, come già visto, la responsabilità dello Stato nei confronti delle future generazioni. L'ordinamento deve invece in qualche modo anticipare il futuro, ossia tracciare i percorsi virtuosi sui quali è d'uopo incamminarsi. E, su questo terreno, secondo quanto è stato acutamente constatato dalla nostra dottrina<sup>29</sup>, coglie sicuramente nel segno il giudice costituzionale tedesco allorché avverte che solo il dialogo continuo e costruttivo fra la scienza e la tecnologia, da un lato, e il diritto, dall'altro, può condurre a risultati apprezzabili, seppure molto spesso meramente relativi e provvisori.

Il che sembra essere del tutto condivisibile non solo nel momento in cui ci si occupi del cambiamento climatico, ma, a mio modo di vedere, in tutti quei casi, davvero tanti e molto rilevanti, nei quali le opzioni della Politica debbono necessariamente confrontarsi con il punto di vista della Scienza e della *Téchne*<sup>30</sup>.

In questo senso, mi sembra possibile constatare che la pronunzia del Tribunale costituzionale tedesco è sicuramente di pari importanza, al confronto della sentenza *Urgenda*, prima esaminata, anche perché elaborata e maturata sulla base di una norma costituzionale (l'art. 20a del GG) che canonizza in modo formale la responsabilità dello Stato nei riguardi delle future generazioni. E, anzi, senza che mi sia ovviamente possibile prevedere in alcun modo i futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale tedesca (e della Corte di giustizia UE), si può ragionevolmente supporre che l'ordinanza appena passata in rassegna sia suscettibile di

<sup>29</sup> R. BIFULCO, sempre a commento della cit. ordinanza del Tribunale costituzionale germanico.

<sup>30</sup> Sia ancora permesso il rinvio a R. FERRARA, *op. ult. cit.* e, *ivi*, ulteriori riferimenti.

avviare e sostenere l'evoluzione della giustizia climatica nel medio-lungo periodo e – forse – della stessa Politica, delle politiche nazionali e di quella dell'UE.

Mi soffermerò ancora su due ultime, recenti pronunzie, pur consapevole del fatto che anche in altre decisioni, magari alla stregua di meri *obiter dicta*, è possibile rinvenire accenni e frammenti di ragionamento che ci riportano al tema (controverso ma generale) del riscaldamento globale, e dunque del cambiamento climatico.

È certamente di interesse la sentenza della *Federal Court* dell'Australia del 27 maggio 2021<sup>31</sup> la quale ha ad oggetto la contestata richiesta presentata da una società mineraria di ampliare l'estensione, e dunque l'operatività, di una miniera di carbone ubicata nella zona settentrionale del Nuovo Galles del sud.

Sentenza – questa stessa – complessa e forse persino contraddittoria (almeno in parte), ma comunque significativa quanto ai principi declinati: nel caso di specie, infatti, la domanda dei ricorrenti volta ad ottenere la sospensione della concessione di ampliamento e potenziamento della miniera viene rigettata, ma viene contestualmente affermato il *Duty of Care* del governo federale onde evitare che un danno reale, o anche solo potenziale, venga perpetrato all'ambiente e alle generazioni future. Sentenza complessa e contraddittoria, come ho appena accennato, in quanto mal si accorda con le proclamate (e celebrate) politiche di de-carbonizzazione di cui tanto si parla, in vista dell'auspicata neutralità climatica entro il 2050, ma nella quale si coglie perspicuamente la palese ingiustizia intergenerazionale che si manifesta nelle opzioni di tutte quelle politiche che non siano correttamente orientate: *it will be largely be inflicted by the inaction of this generation of adults, in what might fairly be described as the greatest inter-generational injustice ever inflicted by one generation of humans upon the next*.

È solo di un giorno precedente, del 26 maggio 2021, la sentenza del Tribunale dell'Aia che si pronunzia su un'azione promossa contro la Shell, nella quale vengono affermati analoghi principi in merito alla doverosa riduzione dei livelli di emissione di Co2, onde contrastare i cambiamenti climatici, con una duplice sottolineatura che mi pare essere di una certa importanza: alla società, della quale vengono stigmatizzati i comportamenti e le politiche aziendali, è riconosciuta un'ampia discrezionalità,

<sup>31</sup> Su tale pronunzia, e su quella successiva del Tribunale dell'Aia, cfr. il commento di M. CECILI, *La tutela delle generazioni future: nuovi sviluppi dall'Olanda e dall'Australia*, in <https://open.luiss.it>.

in quanto gravata di un obbligo di risultato, essendo, per il resto (relativamente) libera circa la selezione e la messa in campo dei mezzi grazie ai quali raggiungere i risultati programmati e comunque imposti dalle normative internazionali, europee e nazionali; in secondo luogo, l'obbligo di riduzione dei livelli di inquinamento si impone all'intero gruppo societario e non semplicemente ad una sua ramificazione nazionale<sup>32</sup>.

#### 4. *Spunti conclusivi: dalla Case Law alle strategie del PNRR*

La moltiplicazione dei casi portati innanzi alle Corti di giustizia di più paesi non solo dimostra il carattere davvero “controverso”, ma soprattutto globale e generale, del tema clima, ossia la sua assoluta attualità nonché il senso tragico di una perdurante e ormai stabilizzata emergenza. A ciò si aggiungano alcuni rilievi, sul piano più strettamente tecnico-giuridico, di grande risalto, a mio modo di vedere: se non si agisce efficacemente, con operazioni e interpretazioni di tipo innovativo/ricostruttivo, sulla struttura stessa dell'illecito civile (e, segnatamente, se non si superano i problemi posti dalla ricerca del nesso causale, vera e propria *probatio diabolica* che grava sugli attori e/o sui ricorrenti), in sintonia con quanto lascia intendere la *Case Law* appena riportata, non è certo agevole uscire dalle secche delle posizioni più tradizionali e datate che hanno sempre confinato in un cono d'ombra le istanze e pretese risarcitorie, sia individuali che collettive e di “classe”<sup>33</sup>. E, su questa medesima lunghezza d'onda, il grimaldello per battere in breccia posizioni e punti di vista di una certa, anche sospetta, opacità, è verosimilmente costituito, a mio avviso, dal modello tedesco, ossia dall'art. 20a del GG, relativamente alla responsabilità dello Stato nei confronti delle future generazioni, come già visto.

Se questo è vero, e considerandosi – ancora una volta! – il carattere olistico e globale del riscaldamento climatico (il *global Warming*) è di intuitiva evidenza, come già constatato, che le soluzioni che possono

<sup>32</sup> E, su tale sentenza, oltre a M. CECILI, *op. cit.*, cfr. P. MOUGEOLLE, *La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France*, in *La revue des droits de l'homme*, fasc. n. 6/2021, 1 ss. V. anche, nel contesto della giurisprudenza francese, l'*arrêt* di *Conseil d'Etat*, 19 novembre 2020, “*Commune de Grande Synthe*”, n. 427301, al sito [www.conseil-etat.fr/actualite](http://www.conseil-etat.fr/actualite) e, con un acuto commento di J. MORAND-DEVILLER, in *Droit administratif*, Parigi 2021, 18ª edizione (in corso di pubblicazione).

<sup>33</sup> Cfr. nuovamente le persuasive argomentazioni di R. BIFULCO, *op. loc. cit.*

(*rectius*, debbono) essere messe in campo dovranno essere, per logica conseguenza, transnazionali, e dunque esse stesse globali, nel segno di un'economia istituzionale che veda coinvolti i fondamentali attori presenti sugli scenari della Politica: internazionali, europei, nazionali e locali.

E mi sembra opportuno ricordare, sotto questo riguardo, che un sicuro zoccolo di legittimazione di siffatte politiche è rappresentato, almeno nel contesto "domestico" e regionale dell'UE, dall'art. 11 del TFUE, ossia dal principio di integrazione.

Sicché è certamente positivo il più recente approccio dell'UE, con il *Next Generation EU* e la progettata elaborazione di un "Pacchetto" europeo con 12 provvedimenti caratterizzati come "*Fit per '55*"<sup>34</sup>.

Lo stesso *Recovery Fund*, e per conseguenza il nostro PNRR, traggono origine e legittimazione dal *Next Generation EU*.

E vediamo, infatti, il nostro PNRR il quale, almeno all'apparenza, sembra essere davvero orientato ad avviare la transizione ecologica di cui tanto si parla onde centrare l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, con un importante *step* intermedio rappresentato dalla progressiva riduzione dei gas ad effetto serra e, comunque, dal contenimento del riscaldamento del nostro pianeta non oltre la soglia limite dell'1,5% rispetto al 1990, in sintonia con gli accordi di Parigi, la COP 21 del 2015.

Se si passa contestualmente in rassegna il Piano francese, *France Relance*, del 3 settembre 2020, ci si accorge subito del taglio estremamente ambizioso che caratterizza l'approccio del governo transalpino: *repandre notre destin en main, construire la France de 2030*; ma si coglie anche, leggendo l'*incipit*, di pugno del primo ministro, che la Francia vive ed opera con una "*obsession en tete et une priorité absolue: la lutte contre le chômage et la préservation de l'emploi en France*"<sup>35</sup>. Discorso molto chiaro, e del tutto comprensibile, in quanto le economie europee (e mondiali) escono lacerate e ferite dalla crisi innescata dalla pandemia da coronavirus, di cui non si riesce peraltro a intravedere una pronta e definitiva conclusione.

Per il resto, tuttavia, al di là di una certa contraddizione, forse non compiutamente risolta, tra i valori proclamati (ossia fra l'obiettivo della lotta per il lavoro e la transizione ecologica) il Piano francese è certamente

<sup>34</sup> "Pacchetto" di misure e provvedimenti tuttora in discussione e in fase di elaborazione, e relativamente al quale si registra un acceso dibattito di cui vi è una vasta eco negli organi di informazione. In chiave critica, v. M. FRASSONI, *Clima e Green Deal, la Commissione accelera a metà*, in [www.sbilanciamoci.it](http://www.sbilanciamoci.it) del 23 luglio 2021.

<sup>35</sup> Documento reperibile, fra l'altro, al sito <http://www.gouvernement.fr>.



serio e argomentato e, nello specifico, la decarbonizzazione e la neutralità climatica sono correttamente posizionate al centro del progetto complessivo. E mi sia anche consentita un'annotazione se si vuole estemporanea: non si trovano accenni all'imperativa necessità della riforma amministrativa, a conferma del fatto che la Francia è contenta (fiera ed orgogliosa!), a quel che pare, del funzionamento dei suoi apparati amministrativi.

Anche l'atteggiamento e l'approccio del governo spagnolo sono piuttosto cauti su questo terreno in quanto il *Plan de recuperación, transformación y resiliencia* evidenzia la necessità di "modernizzare" la macchina amministrativa, onde poter mobilitare e mettere in campo una *administration para el siglo XXI*, rivelandosi, per il resto, come un documento piuttosto asciutto nel quale gli obiettivi della decarbonizzazione e della neutralità climatica sono coerentemente declinati come prioritari e irrinunciabili<sup>36</sup>.

Prima di passare in rassegna gli aspetti salienti del nostro PNRR, mi corre l'obbligo di precisare quanto segue: dal *Recovery Fund* fino ai singoli piani nazionali (nessuno escluso) si tratta di decidere in quale modo (con quali percentuali per le specifiche aree di intervento rispetto al volume complessivo di somme assegnate ai singoli Stati membri, con quali vincoli ed obiettivi, ecc.) e con quali tempistiche saranno portate a compimento le riforme che l'UE chiede a garanzia del corretto utilizzo dei quattrini (tanti!) che saranno a vario titolo erogati.

E in tutto ciò non vi è nulla di particolarmente romantico, a ben vedere, in quanto ad essere messa in campo è soprattutto una gigantesca operazione di ristrutturazione/ricostruzione delle economie europee devastate da una pandemia non ancora risolta. Non voglio dire che si tratti di una specie di "legge mancia", in quanto i quattrini (a titolo di sovvenzione a fondo perduto oppure a prestito) si spalmano su progetti e programmi di un certa ambizione, ma in qualche caso non è agevole sottrarsi alla suggestione (e al sospetto) che l'intento redistributivo si accordi più con le esigenze e le aspettative della politica (di una politica "miope", secondo la lettura che di queste fenomenologie ci offre il Tribunale costituzionale tedesco nell'ordinanza prima passata in rassegna)<sup>37</sup> che con la sostanza obiettiva dei problemi che debbono essere affrontati,

<sup>36</sup> Anche il Piano spagnolo è reperibile presso i siti istituzionali e, segnatamente, al sito <https://www.lamoncloa.gob.es>.

<sup>37</sup> Questo il senso, fra l'altro, della più volte cit. ordinanza del Tribunale costituzionale tedesco, su cui v. R. BIFULCO, *op. loc. cit.*

soprattutto alla luce di quelle che uno dei più grandi Maestri del secolo scorso (N. Bobbio) ha definito le “dure repliche della Storia”.

Non insisterò sul fatto, che è tuttavia di obiettivo rilievo, che senza un’adeguata riforma della macchina amministrativa – e forse ancor prima di una certa rimodulazione dei rapporti fra lo Stato centrale e il sistema dei poteri regionali e locali – ogni percorso riformatore sarà inevitabilmente in salita, ma certo è comunque, a mio avviso, che senza un convincente processo riformatore in questa duplice direzione si correrà il rischio di bloccare, o rendere meno agevole, la realizzazione dei progetti lanciati dal nostro PNRR<sup>38</sup>.

Ma procediamo per gradi: tutto sommato corretta e condivisibile è la cornice (il contesto culturale e valoriale) nel quale il PNRR viene ambientato: transizione ecologica con l’obiettivo ambizioso di pervenire in due *step* (2030 e 2050) alla piena neutralità climatica; ricorso alle energie da fonti rinnovabili in luogo di quelle fossili, con un crescente ricorso all’idrogeno; mobilità sostenibile, efficienza energetica degli edifici, interventi sul territorio e sulle acque; economia circolare.

E, in questo modo, vengono messi in campo due fattori qualificanti, un primo del tutto correttamente, ed un secondo in qualche misura deprivato della sua vitale importanza con una (forse inconsapevole) operazione di mascheramento, ignorandosi infine un terzo elemento, davvero qualificante, cui doveva essere attribuita, a mio avviso, una collocazione centrale.

Del tutto positiva è, infatti, la prevista rimodulazione del Piano nazionale integrato per l’energia e il clima, quasi a conferma del carattere pervasivo e conformativo del principio di integrazione, laddove debole, troppo debole è invece il riferimento all’economia circolare, sussunta nel PNRR come una delle quattro componenti strutturali del processo di transizione ecologica quando si tratta invece del paradigma fondamentale e conformativo di tutte le principali politiche volte alla protezione dell’ambiente. O almeno questo a me pare!

E, a questo punto, un peccato per omissione: nessun accenno alla necessità di avviare e portare a compimento le procedure di *decommissioning*

<sup>38</sup> È certamente volto a superare le difficoltà che potrebbero ostacolare la piena attuazione dei progetti previsti dal PNRR il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, sulla *governance* del Piano stesso, (decreto convertito in legge con la l. 29 luglio 2021, n. 108) con il quale si prevedono, fra l’altro, misure di rafforzamento delle strutture amministrative, la messa in campo di un sistema di coordinamento, di gestione e di attuazione, l’istituzione di una cabina di regia, ecc.

delle nostre quattro centrali nucleari in post-esercizio, vere e proprie bombe ad orologeria (quasi) a cielo aperto. Grave omissione, se mi è consentito dirlo, e sempre tuttavia che il costo di tali operazioni non sia invece destinato a gravare sui capitoli ordinari di spesa del bilancio dello Stato.

Mi è ovviamente impossibile esaminare nel dettaglio le singole misure che ci si prefigge di mettere in campo e così, egualmente, non posso dare conto dei molti angoli problematici messi in luce dagli economisti: dalla più volte evocata *carbon tax* all'attivazione di fondi di solidarietà, nel quadro di politiche multilaterali ed a vantaggio (si presume!) dei paesi più poveri onde rendere "sostenibili", anche dal punto di vista economico oltre che da quello ambientale, i comportamenti virtuosi di quelle collettività nazionali alla ricerca di una maggiore prosperità<sup>39</sup>.

È del tutto chiaro e fuor di discussione, infatti, che se il riscaldamento è globale, e dunque planetario, non sarà la transizione ecologica in un solo paese, e anzi per meglio dire nelle sue "regioni" più ricche, a consentire di raggiungere, anche nei tempi lunghi che si prevedono, l'agognata neutralità climatica; ed è del pari evidente che le politiche di decarbonizzazione hanno dei costi piuttosto ingenti per sostenere i quali occorre verosimilmente elaborare modelli relazionali ed economici certamente agili e flessibili ma anche in qualche modo stabili e duraturi, e comunque con la regia di tutti gli attori istituzionali presenti sugli scenari della politica<sup>40</sup>.

Giungo, con ciò, a toccare un ultimo profilo di interesse, che non costituisce un "problema nel problema", essendo invece, a mio modo di vedere, il problema in quanto tale, in tutta la sua poliedrica e sfaccettata

<sup>39</sup> Preziosi, sotto questo profilo, i contributi degli economisti che prospettano diversificate opzioni onde meglio aiutare i paesi in via di sviluppo, soprattutto in Africa: G. CASANO, *L'Ue e il summit sul finanziamento delle economie africane*; A. MAJOCCHI, *Per una riduzione equa e globale delle emissioni fossili*; ID., *Per una strategia europea efficace nella COP26* nonché R. PALEA, *Il rapporto dell'IPCC e i nuovi impegni dell'Unione europea*, in relazione al recente rapporto dell'ONU (*supra*, alla nota n. 2), contributi tutti reperibili al sito [www.cesfederalismo.it](http://www.cesfederalismo.it).

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, i contributi appena riportati e spec. A. MAJOCCHI, *Per una strategia europea efficace nella COP26*, cit. nonché ID., *Dal G20 alla COP26: il ruolo dell'Unione europea*, ancora al sito [www.cesfederalismo.it](http://www.cesfederalismo.it). In questo senso, senza che mi sia possibile formulare un giudizio, anche solo approssimativo, su tali eventi (su cui cfr. comunque A. MAJOCCHI, nei contributi appena riportati) debbono essere considerati il recente G20, tenutosi a Roma il 30 e 31 ottobre 2021 (cfr. [g20.org/it/il](http://g20.org/it/il)) nonché i lavori della COP26 di Glasgow, 31 ottobre-12 novembre 2021 (cfr. [ukcop26.org](http://ukcop26.org)), relativamente al quale si veda M. TOZZI, *COP26, il crac annunciato di Glasgow*, in *La Stampa*, del 14 novembre 2021.

evidenza: ma come si concilierà la transizione ecologica con l'obiettivo di riattivare il ciclo economico?

Il Piano francese è chiaro, sotto questo riguardo, come già visto, e infatti non è certamente per caso che si presenti con il titolo di *France relance*, espressione e declinazione a mio avviso più forti e caratterizzanti (in chiave programmatica e quasi "ideologica") di un Piano – il nostro – che voglia essere di "ripresa" e "resilienza".

Cercando non di rispondere alla domanda, ma più semplicemente di meglio precisarne i contorni, ci si può, a mio avviso, porre il seguente interrogativo: il nostro Piano ha in qualche modo intercettato il tema dei migranti ambientali oppure, per il fatto d'essere un documento nazionale, tutto viene rimesso, quasi in automatico, alla capacità progettuale e gestionale della UE, oltre che di altri attori istituzionali come la FAO, l'OMS, ecc.? Anche su questo terreno gli economisti si muovono molto bene e lo stesso *Green Deal*<sup>41</sup> sembra essere del tutto consapevole della complessità e del carattere globale della posta in gioco.

E non mi riferisco, ovviamente, soltanto alla problematica dei migranti ambientali, pur cruciale, strategica e di lungo periodo, ma al nodo sensibile rappresentato in generale dal rapporto, esso stesso "controverso" e sicuramente difficile e conflittuale, fra economia ed ecologia.

Si tratta, a ben vedere, di un tema emerso in tutta la sua problematicità già in occasione della COP 21 (accordi di Parigi del 2015) e per così dire immanente e costante in ogni sede, sia scientifica che politica, sicuramente destinato a costituire la cifra stilistica di ogni futuro dibattito sulle sorti del Pianeta, anche alla prossima COP 26: in che modo e in quale misura, e con quali esiti, si coniugheranno le "esigenze connesse con la tutela dell'ambiente" (art. 11 del TFUE) con quelle del ciclo economico, e segnatamente con la ripresa e la resilienza di sistemi economici interconnessi e interdipendenti collassati da una pandemia non ancora superata?

È davvero impossibile anche solo cercare di dare una risposta pur relativamente affidabile ai tanti quesiti (irrisolti) nei quali può essere spaccettata e scomposta la domanda appena formulata, anche perché sarebbe impossibile – o quasi – sottrarsi al "fascino discreto" delle ideologie, o comunque delle proprie personali convinzioni.

Mi limito pertanto a rammentare quanto già affermato, nel suo in-

<sup>41</sup> V. *supra*, alla nota n. 39 e, in generale, trattandosi di tesi e soluzioni che vengono avanzate in sintonia con i valori e i principi dell'economia "istituzionale", ossia grazie all'intervento attivo dei soggetti pubblici, N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, cit., *passim*.

tervento alla sessione conclusiva degli incontri di Parigi del 2015, da un autorevole sindacalista: “Non ci sono posti di lavoro da difendere su un Pianeta morto”<sup>42</sup>.

Il che può forse aiutarci quantomeno ad individuare le priorità, ossia gli obiettivi non più differibili e rinunciabili che debbono essere perseguiti, e sembra comunque muoversi in piena sintonia culturale con il senso profondo della più recente giurisprudenza in materia di responsabilità delle istituzioni pubbliche nei confronti delle generazioni future.

<sup>42</sup> Così, S. BURROW, segretario generale della confederazione sindacale internazionale, in Conferenza delle parti dell'UNFCCC, in *www.wikipedia.org*. Sugli accordi di Parigi cfr., esaurientemente, G. VAN CARLSTER (a cura di), *The Paris Agreement on Climate Change. A Commentary*, Cheltenham 2021. Il tema è stato anche recentemente riaffrontato al vertice di Napoli del G20 su ambiente, clima e energia di fine luglio (cfr. i commenti di *La Repubblica* del 24 luglio 2021, *Clima, accordo a metà*), in realtà un pre-vertice nel quale si è verificato un forte dissenso da parte di alcuni paesi partecipanti (Cina, India, e Altri) in merito alle politiche di decarbonizzazione, raggiungendosi un'intesa (soltanto) su 58 dei 60 articoli finali del documento in discussione. A ciò si aggiunga che, sempre alla fine di luglio, la stessa problematica è stata evocata a Roma al pre-vertice della FAO sui Sistemi alimentari – *Food Systems* – ossia sulla fame nel mondo, in quanto la drammatica emergenza alimentare del nostro tempo è stata anche ricondotta ai cambiamenti climatici ed agli effetti che ne conseguono (siccità, alluvioni, eventi estremi in generale, ecc.): cfr. i commenti su *La Stampa* del 27 luglio 2021. Nessuno di questi problemi sembra comunque aver trovato soluzione al successivo vertice di Roma del G20 nonché in occasione della COP26 di Glasgow (*supra*, alla nota n. 40).

## ATTUALITÀ

### *Sulla distinzione tra disposizione e norma e l'interpretazione creatrice*

Massimiliano Viola

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La tesi di Vezio Crisafulli. – 3. Contro il dipolo. – 4. In difesa della distinzione. – 5. Una dimostrazione. – 5.1. La differenza tra significante e significato. – 5.2. Significante e significato nella teoria peirciana. – 6. L'interpretazione-processo e la norma-prodotto. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Questo lavoro intorno alla distinzione tra disposizione e norma e all'interpretazione creatrice trae origine dalla ricerca di dottorato che sto conducendo in merito al concetto di legge. Naturalmente qui non potrò condurre le argomentazioni con la medesima sistematicità con la quale le sto svolgendo nella tesi dottorale, poiché lo spazio lo impedisce. Tuttavia, sono persuaso che la soluzione da me proposta in merito a tale questione possa essere comunque anticipata in questa sede.

Che il dibattito dottrinale sul “dogma” della distinzione sia ancora molto acceso lo testimonia bene l'attuale disputa sul *creazionismo giuridico*,<sup>1</sup> quel filone di pensiero per il quale, nella sua attività, l'operatore-interprete (specie il giudice) creerebbe le norme traendole – appunto – dalle disposizioni<sup>2</sup>. Autorevole

<sup>1</sup> L'espressione è di Luciani, che la preferisce rispetto a quella più ristretta di creazionismo *giudiziario* «perché la questione riguarda tutti gli interpreti e non solo il giudice [...]»; così. M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, fasc. III/2019, 16, nota n. 1. Parla, invece, di creazionismo giudiziario o giurisdizionale Ferrajoli in L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018 e ID., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, fasc. IV/2016, 13 ss. Sul creazionismo, v. anche G.R. CARRIÓ, *Los jueces crean derecho. Examen de una polémica jurídica*, 1961, in ID., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires 1994 (IV ed.), trad. it. in U. SCARPELLI, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano 1976. Per una definizione generale dell'interpretazione creativa, v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 36-37.

<sup>2</sup> Com'è stato osservato, si dovrebbe «ormai ritenere come pacificamente acquisito, nonostante i rigurgiti di un ricorrente formalismo, il passaggio dalla tradizionale staticità del positivismo, che individua la norma come un'oggettività conclusa, nettamente distinta dal soggetto interpretante, a quel processo ininterrotto di positivizzazione che connota la teoria ermeneutica del diritto, processo indissolubilmente legato alla concretezza degli atti che individuano, nella varietà delle situazioni storiche, la posizione della norma», così N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, fasc. IV/2016, 40, nota n. 33. Sul punto, v. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova 1990.

dottrina ha profuso molte energie nello smentire questa posizione, chiarendo come, in realtà, l'interpretazione consista in un atto cognitivo avente carattere dichiarativo, il che escluderebbe alla radice la sussistenza di un potere *nomopoietico* dell'interprete e destituirebbe di fondamento la distinzione in parola, data l'insignificanza della voce *norma* per come coniata da Vezio Crisafulli<sup>3</sup>. A questo insidioso attacco ha recentemente risposto altra parte della dottrina con due saggi raccolti in un unico volume dedicato interamente al tema, con il quale si è cercato di difendere la bontà della distinzione rispondendo, punto per punto, alla tesi avversa, la quale sconterebbe un vizio di fondo: quello di non aver realmente dimostrato che la norma non è creazione del giudice, ma di averlo solo presupposto<sup>4</sup>.

La questione ha quindi due volti che si richiamano a vicenda come le facce di una stessa medaglia: da un lato il dipolo, dall'altro l'azione interpretativa. In questo scritto intendo soffermarmi su entrambi gli argomenti, perché sono convinto che la critica dell'uno porti con sé quella dell'altro. In particolare, dopo una parte espositiva dove mostrerò brevemente il pensiero di Crisafulli e le ragioni principali della dottrina cui ho fatto cenno, procederò alla confutazione di quella distinzione e della natura poietica dell'azione interpretativa (la *pars destruens*) e presenterò, naturalmente, anche le mie conclusioni (la *pars construens*). Premetto subito che quest'ultima parte, dato il tema che vi sarà trattato, non potrà essere affrontata rimanendo entro il perimetro della scienza giuridica ma si dovranno inevitabilmente impiegare alcuni elementi di linguistica, di gnosologia e di filosofia, senza i quali non sarebbe possibile sciogliere il nodo della questione (che giudico essere a tutti gli effetti un luogo privilegiato d'incontro tra queste discipline). Infatti, come si vedrà anche dalle ragioni addotte da certi autori, quello della distinzione tra disposizione e norma e quello, a esso connesso, dell'interpretazione sono temi che hanno un'insopprimibile dimensione *meta-giuridica*, una dimensione che va quindi al di là del diritto e che, in un modo o nell'altro, ne condiziona sempre la soluzione.

2. *La tesi di Vezio Crisafulli.* – È noto che Vezio Crisafulli, nella sua celebre voce su *Disposizione (e norma)* dell'Enciclopedia del diritto, ritiene possibile «restringere, nell'uso avente specifico riguardo alle fonti del diritto oggettivo, il concetto e la parola disposizione all'ambito delle fonti-atti», per le quali soltanto «è configurabile una volontarietà nel disporre (nel duplice senso, di una volontà dell'atto e di una volontà dichiarata nell'atto)»<sup>5</sup>. Dato che a partire dal-

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano 2016; ID., *L'errore di diritto*, cit., 31-32.

<sup>4</sup> A. LONGO, F. MODUGNO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli 2021.

<sup>5</sup> Così, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, 195.



la modernità le fonti-atto hanno forma scritta, deve in particolare considerarsi appartenente alla nozione di disposizione «la previa formulazione della norma in una o più proposizioni scritte»<sup>6</sup>, ferma l'esistenza – a suo parere – anche di disposizioni non normative quali, per esempio, quelle contenute nelle cosiddette leggi meramente formali (*i.e.* le leggi di bilancio,<sup>7</sup> le leggi di approvazione degli statuti regionali, le leggi d'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, etc.). Conclude l'Autore che «per disposizione, dunque, non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la *formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma*»<sup>8</sup>: i due concetti non si identificherebbero *in toto*, poiché la disposizione «mette[rebbe] l'accento "sull'atto", nel suo contenuto prescrittivo», la norma invece «sulla conseguenza dell'atto, il quale è appunto autorizzato a costituire, di volta in volta innovandolo, il diritto oggettivo della comunità statale»<sup>9</sup>. Ne conseguirebbe che «l'interprete possa e debba ricostruire il contenuto delle disposizioni, e trarne le norme»<sup>10</sup>, operazione da condurre «in relazione con l'ordinamento normativo complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti, che, ad un momento dato, lo costituiscono»<sup>11</sup>: è questa la nota distinzione tra disposizione-norma e

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Per uno studio approfondito della teoria dualistica della legge, condotto proprio in riferimento al problema della natura della legge di bilancio nello Stato costituzionale di diritto, v. M. LAZE, *Il bilancio come problema di diritto costituzionale*, Roma, in corso di pubblicazione.

<sup>8</sup> V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 196 (corsivi miei).

<sup>9</sup> *Ivi*, 199.

<sup>10</sup> *Ivi*, 204. Nello stesso senso, v. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, 135 ss., dove l'Autore differenzia tra "enunciato precettivo" e "precetto"; F. MODUGNO, *Norma giuridica (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano 1978, 375, dove si distingue tra espressione giuridica (o normativa) e norma giuridica, la prima intesa come «il tramite o il mezzo a traverso il quale [...] dal fatto normativo si ricava la norma giuridica», la seconda come «costruzione dell'interprete, che muove dalle espressioni contenute nei fatti normativi» e alla cui determinazione «concorrono elementi di vario genere (regole logiche, regole dogmatiche, contesti socio-culturali)»; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1970, vol. I, 24, per il quale «de proposizioni normative sono semplici proposizioni linguisticamente compiute, atte ad essere utilizzate per la costruzione di norme giuridiche, ma insuscettibili di essere confuse con queste ultime» (corsivi nel testo); R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990; *Id.*, *Interpretare, costruire, argomentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. II/2015; V. VILLA, *La distinzione fra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, fasc. XVIII/2018, 225-232. Nella medesima direzione sembra esprimersi anche Cordero in F. CORDERO, *Diritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. IV, Torino 1978, 955-958, per il quale, com'è stato recentemente scritto, «un testo normativo esprime[rebbe] plurime norme, tante quanti sono i significati che esso può tollerare, e ciascuna di tali norme non preesiste[rebbe] all'opera dell'interprete – non [sarebbe] qualcosa di oggettivamente (pre)esistente che l'interprete si limita a tirare fuori dal testo», così G. PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, in *Lo Stato*, fasc. XVI/2021, 374. La stessa posizione è mantenuta, nell'ambito della teoria ermeneutica del diritto, da G. Zaccaria, secondo il quale «a partire dalla teoria della norma si può comunque osservare che il legislatore "pone" e produce soltanto i tenori letterali delle norme ma non pone vere e proprie norme. [...] In quanto fondanti le decisioni, le norme giuridiche possono essere prodotte soltanto nel caso concreto»; così, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 2016 (IX ed.), 159.

<sup>11</sup> V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 207.

norma-ordinamento, la quale altro non sarebbe che la norma “vivente” sulla quale «direttamente o indirettamente si riflette, determinandone il significato attuale, l'intero sistema normativo, nella sua astratta oggettività, ed anche, in certa misura, nella effettualità del suo concreto realizzarsi»<sup>12</sup>.

La stessa posizione è espressa da Crisafulli nelle sue *Lezioni di diritto costituzionale*, ove esorta a non «confondere le “disposizioni” con le “norme” che se ne ricavano, e che risultano per solito dal concorso integrato di più disposizioni»<sup>13</sup>, le quali altro non sarebbero che le «formulazioni linguistiche rivolte (e idonee) ad esprimere le norme che da ess[e] prenderanno vita»<sup>14</sup> e aventi, dunque, una funzione di mediazione tra la fonte (*i.e.* l'atto) e le norme stesse<sup>15</sup>. In sostanza, la disposizione non sarebbe altro che «quella formulazione *che precede e condiziona la norma*, nel suo esserci ed anche [...] nel suo significato, alla quale è attribuito valore costitutivo della norma che ne deriva: nel che propriamente consiste l'essenza delle “disposizioni” degli atti-fonte»<sup>16</sup>, con la conseguenza che le norme, «lungi dal configurarsi come un elemento dell'atto, ne stanno fuori, quali *entità staccate* ormai dalla loro fonte (dall'atto che le ha poste), con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo [...]»<sup>17</sup>, cioè sempre secondo la teoria della norma-ordinamento.

Fin qui ho voluto ricostruire sommariamente il contenuto essenziale della tesi espressa dall'Autore, che costituisce senza dubbio il fondamento teorico del creazionismo giuridico (specie quello giudiziario), come rilevato da autorevole dottrina, nonché l'oggetto principale di questo lavoro<sup>18</sup>. Si tratta ora di esporre, da un lato, le ragioni di chi – anche al fine di confutare questa corrente – mette in dubbio questa distinzione e, dall'altro, le posizioni di chi invece la difende.

3. *Contro il dipolo.* – Negli ultimi anni a negare la bontà dell'impostazione crisafulliana e a schierarsi contro la corrente creazionista si sono alzate diver-

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, F. Crisafulli (a cura di), Milano 1993 (VI ed.), II<sup>1</sup>, 31.

<sup>14</sup> *Ivi*, 39.

<sup>15</sup> Per l'Autore, infatti, «non solamente le norme non vanno confuse con l'atto, di cui si configurano come l'effetto o il prodotto, ma nemmeno sarebbe esatto identificarle (come molti fanno) con le “disposizioni”: le quali costituiscono propriamente il contenuto prescrittivo dell'atto, il “voluto” in esso manifestato, e possono vedersi, in un certo senso, come l'atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto», così *ivi*, 46.

<sup>16</sup> *Ivi*, 43 (corsivi nel testo).

<sup>17</sup> *Ivi*, 46 (corsivi miei).

<sup>18</sup> Secondo Luciani, infatti, alla base dell'opinione per la quale «la creazione della norma giuridica sfugga al legislatore, essendo invece imputabile all'interprete, e in particolare, a quell'interprete qualificato che chiamiamo “giudice”» si pone «la distinzione – elaborata, in Italia, soprattutto da Vezio Crisafulli – fra disposizione e norma [...]». Così, M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 31.

se voci in dottrina, ma è soprattutto quella di Massimo Luciani a spiccare per chiarezza espositiva e dovizia di argomenti. Per quanto interessa in questa sede, le principali ragioni addotte dall'Autore, secondo il quale «il fondamento della distinzione fra disposizione e norma appare assai fragile, anzi inconsistente»<sup>19</sup>, possono essere sinteticamente esposte come segue:

(i) non si comprende per quale motivo anche la norma, in quanto enunciato in cui si risolve la disposizione, non debba richiedere un atto d'interpretazione per venire a esistenza e perché lo stesso non debba poi avvenire con l'enunciato prodotto dalla nuova interpretazione e così via, con la conseguenza che si avrebbe un progresso all'infinito nelle interpretazioni che non permetterebbe mai alla norma di cristallizzarsi<sup>20</sup>;

(ii) il concetto di “determinazione volontaria” (di evidente derivazione privatistica), impiegato da Crisafulli per definire quello di disposizione, non tiene conto del fatto che in Costituzione il termine è spesso utilizzato come sinonimo «di “norma” quale regola di condotta»<sup>21</sup> e quindi, già nel lessico costituzionale, c'è un'omogeneità tra i due lemmi;

(iii) il fatto che la disposizione-norma sia attingibile solo in raffronto con le altre norme del sistema (secondo la teoria della norma-ordinamento) trascura che lo stesso deve accadere anche con quest'ultime, con la conseguenza che «né la conoscenza né la razionale creazione della norma per via d'interpretazione sarebbero possibili, perché chi interpreta una nuova disposizione si deve rifare alle preesistenti norme del sistema, ma le norme preesistenti, a loro volta, [...] derivano il loro “significato” attuale dalla norma nuova, che a sua volta non è attingibile in mancanza di una salda identificazione di quelle preesistenti»<sup>22</sup>;

(iv) se la norma fosse effettivamente opera del giudice, allora la sua soggezione alla legge, imposta anzitutto dall'articolo 101 Cost., si risolverebbe in una «mera autobbligazione (incompatibile con la logica e la storia dello Stato di diritto)»<sup>23</sup> e «non si capirebbe cosa mai sia (e quale efficacia ordinante dei comportamenti umani possa mai avere) la previsione normativa prima del suo intervento»<sup>24</sup>;

(v) se fosse il giudice a creare la norma, allora le sue decisioni dovrebbero rientrare entro la categoria delle fonti del diritto e «quanto è stato “creato” dovrebbe conseguentemente essere un possibile oggetto di abrogazione», cosa che invece evidentemente non è;

<sup>19</sup> *Ivi*, 32.

<sup>20</sup> V. ID., *Interpretazione conforme*, cit., 401 ss. In particolare, l'Autore fa notare che «se [...] la disposizione interpretata è concepita come complesso coordinato di segni linguistici che acquista compiuto significato solo al dispiegarsi dell'attività interpretativa, lo stesso deve valere per l'enunciato interpretante», *ivi*, 414.

<sup>21</sup> *Ivi*, 417.

<sup>22</sup> *Ivi*, 418.

<sup>23</sup> *Ivi*, 403.

<sup>24</sup> ID., *L'errore di diritto*, cit., 32.

(*vi*) il dispositivo di una sentenza, il solo luogo nel quale si rinviene la regolazione del caso di specie, «non può logicamente essere (o comunque contenere) alcuna norma, perché non è strutturato come interpretazione – né eleva alcuna pretesa interpretativa – dell'enunciato legislativo [*i.e.* la disposizione]»<sup>25</sup>.

È però sul tema dell'*error juris* che, a mio avviso, Luciani sferra l'affondo definitivo alla tesi avversa, mostrando come il dipolo crisafulliano e il creazionismo giuridico, che in quello trova il suo fondamento, obbligherebbero a riconoscere un autentico paradosso: «l'errore di diritto nell'interpretazione delle norme giuridiche non esiste»<sup>26</sup>. Sarebbe infatti «questa la conclusione cui dovrebbe logicamente pervenire la dottrina della natura creativa della giurisprudenza»<sup>27</sup> ed è proprio questo esito paradossale a offrire all'Autore l'occasione di far notare che «l'*interpretazione* è, in sé, un momento *cognitivo*, non volitivo e, tanto meno, creativo. [...] Quando si interpreta, si *conosce*. E sebbene il processo interpretativo debba svolgersi entro le coordinate segnate dalla necessaria attualizzazione e contestualizzazione del disposto normativo [...], l'interprete ha l'obbligazione di identificare l'interpretazione "più" plausibile fra le molteplici (inevitabilmente) plausibili, obbligazione che è adempiuta nel dominio della cognizione, non in quello della volizione»<sup>28</sup>. La conseguenza più pericolosa derivante dalla negazione della natura cognitiva dell'atto interpretativo è che «il diritto perderebbe ogni pretesa di verità, quindi ogni pretesa di consenso e [infine] ogni pretesa ordinante di legittimità»<sup>29</sup>, aprendo così a quella che egli giustamente non esita a definire come condizione di vera e propria *a-nomia*.

È a fronte di questo rischio che la discussione intorno all'*error juris* mostra tutta la sua importanza per il tema che qui interessa: quella dell'errore, infatti, non è soltanto una nozione giuridica avente carattere tecnico – imposta dal diritto positivo – ma è una nozione generale che «si pone in relazione diretta con il più formidabile problema che il pensiero filosofico debba affrontare, che è quello dell'oggetto (della realtà) e del suo rapporto col soggetto», il quale, negli ordinamenti moderni, «si pone essenzialmente come questione del rapporto tra il soggetto e un *testo*»<sup>30</sup>. Se però di un testo si tratta, allora si è di fronte a un «atto comunicativo e [quindi] postulare la libertà dell'interprete significa, puramente e semplicemente, postularne il rifiuto a immettersi nel processo comunicativo», non accorgendosi del fatto che l'interpretazione di un testo «null'altro è che la sua *comprensione* [e che] "comprendere uno scritto significa comprendere cosa si intende dire in esso", perché il testo è il punto d'avvio di un processo comu-

<sup>25</sup> ID., *Interpretazione conforme*, cit., 405 ss.

<sup>26</sup> ID., *L'errore di diritto*, cit., 16.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ivi*, 31 (corsivi nel testo).

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ivi*, 38 (corsivo nel testo).

nicativo»<sup>31</sup>. In definitiva, Luciani sottolinea che «il legislatore *norma per essere inteso* ed è obbligazione del destinatario della norma l'intenderla, immettendosi nel dialogo comunicativo aperto dal legislatore *proprio* con l'obiettivo di farsi intendere. Non adempiere questa obbligazione significa aprire le porte al soggettivismo anomico e mettere in discussione l'idea stessa di società politica»<sup>32</sup>. È quindi solo «una volta che ci si riconosce nel cognitivismo giuridico [che] l'errore di diritto può essere concepito, mentre la prospettiva non-cognitivista, rifiutando il "vero", non può che rifiutare il "falso", restando così muta di fronte alla previsione giuridico-positiva dell'errore di diritto e sorda di fronte alla risalente tradizione del pensiero giuridico [...]. Negare la natura pienamente cognitiva dell'atto interpretativo, pertanto, significa, puramente e semplicemente, negare l'esistenza dell'errore di diritto»<sup>33</sup>. Difficile pretendere chiarezza maggiore.

Questi argomenti attestano bene l'equivoco di fondo nel quale cade chi difende la distinzione tra disposizione e norma, dal momento che le prime «sono quel che sono anzitutto in quanto nascono legate a un codice linguistico, in quanto – cioè – sono dall'inizio immerse in un "contesto" linguistico-formale [...] che possiamo anche denominare co-testo» e «lo sono in quanto sono emesse dal legislatore in un preciso contesto fattuale, storico, assiologico, che proprio allo stesso legislatore è anzitutto cognito»<sup>34</sup>; il giudice, quindi, non ha a che fare con «un astratto enunciato, ma [con] un enunciato che ha avuto una storicamente concreta enunciazione» e che, come tale, egli «deve intendere»<sup>35</sup>.

4. *In difesa della distinzione.* – Alle critiche contro la distinzione crisafulliana e contro il creazionismo, soprattutto per come avanzate da Luciani, hanno recentemente risposto Longo e Modugno con il citato libro sulla distinzione tra disposizione e norma.

Il primo articola il suo contributo intorno a tre questioni principali, che faranno anche da linea direttrice di questo lavoro: (i) la critica alla tesi dell'insignificanza concettuale del termine norma; (ii) la critica alla natura non deontica dell'interpretazione-prodotto (*i.e.* della norma); infine, (iii) la critica alla

<sup>31</sup> *Ivi*, 38-39 (corsivo nel testo), ove l'Autore riporta anche l'espressione di Figal contenuta in G. FIGAL, *Gegenständlichkeit. Das Hermeneutische und die Philosophie*, ora in ID., *Oggettualità. Esperienza ermeneutica e filosofia*, A. CIMINO (a cura di), Milano 2012, 307. Evidenzia il legame tra interpretazione, comunicazione e comprensione anche Rescigno in G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, fasc. I/2005, 31-32, per il quale, da un lato, «[i]l diritto è anche e soprattutto comunicazione, e l'interpretazione è una parte della comunicazione», dall'altro «[l]a comunicazione chiede comprensione» ed è proprio dalla comprensione che il giudice «passa a dare comandi conseguenti che sono concreta attuazione di quanto veniva chiesto nella comunicazione».

<sup>32</sup> M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 39 (corsivi nel testo).

<sup>33</sup> *Ivi*, 41.

<sup>34</sup> *Ivi*, 41-42.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

natura dichiarativa dell'interpretazione-processo<sup>36</sup>. Preciso subito che da qui in avanti l'attenzione sarà principalmente dedicata al tema *sub i*), perché trovo sia quello a servire da premessa al resto, mentre i temi *sub ii*) e *sub iii*) saranno trattati soltanto alla fine, cioè dopo aver definito la questione della "norma".

Ebbene, per Longo la posizione di Luciani – e in generale quella di chi si rifà all'anti-creazionismo – poggia sull'asserita omogeneità di disposizione e norma ed è fondata «*sul rifiuto, o quantomeno sull'indebolimento, della distinzione tra enunciati e significati*, secondo la tesi [...] che ogni enunciato è interpretabile solo attraverso l'uso [...] di altri enunciati. Disposizione e norma sarebbero, allora, sul piano linguistico e perciò concettuale, indistinguibili. La norma infatti non sarebbe altro che l'enunciato della disposizione al quale in sede interpretativa vengono aggiunti altri enunciati, tanti quanti sono gli operatori che la maneggiano [...]», col che si avrebbe un «inesauribile gioco di potenziali interpretazioni [che] renderebbe impossibile cristallizzare un vero e proprio precetto» e si «finirebbe [così] per dissolvere la sostanza ipostatica della norma, il cui contenuto sarebbe in realtà mai fissato compiutamente»<sup>37</sup>. A suo giudizio, però, «*sul piano linguistico*, la confutazione della differenza tra enunciato e significato»<sup>38</sup> non è stata sufficientemente dimostrata dall'opposta dottrina e comunque si scontrerebbe con due argomenti forti: (i) «il primo attiene alla possibilità di avere forme grammaticalmente compiute ma prive di senso», (ii) «il secondo alla possibilità che *il medesimo significato possa essere espresso da enunciati diversi* o che, simmetricamente, un medesimo enunciato possa esprimere diversi significati»<sup>39</sup>. Da ciò discenderebbe la diversità del piano dell'espressione rispetto al piano del senso, dal momento che «se i due piani si sovrapponevano e i significati scomparissero negli enunciati, potremmo contemplare solo due alternative, reciprocamente escludenti e parimenti irrealistiche: o i significati sarebbero sempre autoevidenti [...] o, al contrario, essi non lo sarebbero mai (perché inesistenti e sostituiti dagli enunciati)» e, dunque, «non dovremmo avere mai fraintendimenti o, all'opposto, mai possi-

<sup>36</sup> Sul punto, v. A. LONGO, *L'immobile freccia*, in A. LONGO, F. MODUGNO, *Disposizione e norma*, cit., 5 ss., ove l'Autore precisa che le sue «*idee circa la natura dell'interpretazione-processo e dell'interpretazione-prodotto attengono prevalentemente all'attività del giudice comune* e non a quella della Corte costituzionale [...]» (6, corsivi nel testo).

<sup>37</sup> *Ivi*, 11-13 (corsivi nel testo).

<sup>38</sup> Quanto al lemma *enunciato*, per l'Autore vale la definizione offerta da Beccaria, secondo il quale si tratta di «una sequenza che forma un segmento reale di discorso (orale o scritto), prodotta in una determinata situazione comunicativa [...]. Enunciato è il risultato di una enunciazione [...]» e «non ha bisogno di essere una frase compiuta: deve invece essere conforme alla situazione comunicativa nella quale viene proferito [...]. Il contesto può infatti rendere comprensibile anche un monosillabo», così G.L. BECCARIA (diretto da), *Dizionario di linguistica e di filologia, metrica, retorica*, Torino 2004, 281; quanto al *significato*, invece, egli richiama diversi studi tra i quali quelli di F. de Saussure, di N. Abbagnano e di L.J.J. Wittgenstein. Sul punto, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 17, note nn. 37 e 38.

<sup>39</sup> *Ivi*, 19 (corsivi nel testo).

bile comunicazione»<sup>40</sup>. Tutto ciò militerebbe a favore della «esistenza teorica del significato» come distinta da quella del significante, restando però aperto il problema della dissoluzione della norma a causa dell'«infinito gioco di rinvii che gli enunciati attuano costantemente tra di loro»<sup>41</sup>.

È a questo punto che Longo introduce la teoria della “semiosi illimitata” di Charles S. Peirce, presentandola quale «epifenomeno teorico del meccanismo di interazione» di Segno, Oggetto e Interpretante che «si sostanzia nell'idea che la relazione di significato tra un segno e un oggetto (per il tramite dell'interpretante) sia ulteriormente spiegata grazie all'adozione di altri segni, che divengono a loro volta oggetto di altri interpretanti, dando vita ad altri segni e così via»<sup>42</sup>, in un continuo rimando che trova la sua concreta limitazione solo nella presenza di un «*Interpretante logico finale*, che definisce il *significato* dell'Oggetto proiettandolo nell'area delle azioni umane e determinando un *abito*, cioè *un agire concreto che esprime la posizione del soggetto rispetto a quell'oggetto*»<sup>43</sup>. Per l'Autore questa teoria si presterebbe particolarmente bene a essere applicata al tema che ci interessa e a quello del ruolo del giudice proprio perché, da un punto vista *verticale*, il processo di proliferazione dei significati normativi «discende lo *Stufenbau* kelseniano dal primo momento positivo fino a quello dell'applicazione [...]» per giungere alla soluzione del caso concreto, il quale, ponendosi in relazione con l'ambiguità della disposizione, permette di arrivare, «sul piano linguistico, a quella *sufficienza* che arresta, ancorché temporaneamente, il processo interpretativo»<sup>44</sup>; da un punto di vista *orizzontale*, invece, perché «la pluralità di norme che nasce da diverse posizioni che possono contemporaneamente coesistere nella giurisprudenza [...] è in primo luogo eventuale, in secondo luogo non illimitata e, in terzo luogo, destinata (certo solo tendenzialmente) ad essere composta ai gradi più alti della giurisdizione»<sup>45</sup>. È così che si evita il *progressum ad infinitum* delle interpretazioni e si giunge alla momentanea cristallizzazione della norma<sup>46</sup>.

La sostanza di questa tesi (*i.e.* di quella espressa da Longo) è stata accolta e mantenuta anche da Modugno, per il quale – ferma sempre la distinzione tra piano linguistico e piano giuridico – «contro la critica della differenza tra “disposizione”, intesa come enunciato, e “norma”, intesa come significato» è sufficiente ribadire quanto espresso proprio dal suo allievo in merito alla possibilità, da un lato, di avere forme grammaticalmente compiute ma prive di senso,

<sup>40</sup> *Ibidem.*

<sup>41</sup> *Ivi*, 20.

<sup>42</sup> *Ivi*, 21.

<sup>43</sup> *Ivi*, 23 (corsivi nel testo).

<sup>44</sup> *Ivi*, 25 (corsivi nel testo).

<sup>45</sup> *Ivi*, 26.

<sup>46</sup> A giudizio di Modugno, infatti, «essenziale è l'univocità della norma in un momento dato, e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione», così F. MODUGNO, *Contro la negazione della distinzione tra disposizione e norma*, in A. LONGO, F. MODUGNO, *Disposizione e norma*, cit., 122 (corsivi nel testo).



dall'altro che lo stesso significato possa essere espresso da enunciati diversi o che «un medesimo enunciato possa esprimere, alla luce del contesto, significati diversi»<sup>47</sup>. Ciò proverebbe, in definitiva, «la riaffermazione [...] della *differenza concettuale* tra “enunciato” (disposizione) e “significato” (norma)»<sup>48</sup> nei confronti della presunta omogeneità sostenuta dalla tesi avversa, la quale – come già anticipato – scontrerebbe un vizio di fondo: non aver provato che la norma non è prodotta dal giudice.

Quanto al tema della natura dell'interpretazione-processo e dell'interpretazione-prodotto, mi limito invece a far notare come per i due Autori la tesi di Luciani, secondo la quale la motivazione della sentenza, sede dell'interpretazione dell'enunciato legislativo, esprimerebbe un enunciato dichiarativo e quindi *non prescrittivo*, mentre il dispositivo conterrebbe un enunciato *prescrittivo* che deve essere coerente con quello, si scontrerebbe con la cosiddetta “legge di Hume”, la quale impedisce «la derivazione di enunciazioni deontiche (che sarebbero contenute solo nel dispositivo) da enunciazioni cognitive (che sarebbero quelle della motivazione)»<sup>49</sup>. Per evitare questa conclusione si dovrebbe, in realtà, dire che «*non solo l'interpretazione-prodotto è una norma, ma persino l'interpretazione processo, al proprio interno, nella scelta degli argomenti da applicare, diviene costituita da sotto-norme strumentali a quella finale, come anelli di una catena argomentativa*», ciò che impedisce di «*affermare che l'intera catena abbia natura descrittivo-apofantica*»<sup>50</sup>. E a ciò bisognerebbe aggiungere che il dispositivo non applica la motivazione quale interpretazione-processo ma la norma quale interpretazione-prodotto, cosicché tra i due s'instaura una relazione di coerenza nell'ambito del dover essere che non contraddice la regola humeana<sup>51</sup>.

Questa posizione, d'altronde, era stata già implicitamente ammessa da Modugno nel suo saggio dedicato all'interpretazione giuridica, ove si legge che «la tesi che l'interpretazione non sia un'attività prescrittiva è frutto della fallace opinione che le parole abbiano un significato proprio, *vero*, indipendente dal loro uso», quando «[l]e parole hanno invece il significato che loro viene attribuito da chi le usa e quindi [...] da chi le interpreta»<sup>52</sup>, affermazione che mostra bene come, dal punto di vista di chi sostiene la corrente del creazionismo giuridico, la questione dell'interpretazione sia direttamente connessa a quella linguistica.

È però in merito all'errore di diritto, affrontato per rispondere agli attacchi dell'opposta dottrina, che le conseguenze derivanti dall'impostazione dei due Autori emergono più chiaramente. A loro avviso, infatti, la distinzione tra disposizione e norma lascerebbe affiorare una realtà ordinamentale che vive di

<sup>47</sup> *Ivi*, 98.

<sup>48</sup> *Ivi*, 99 (corsivi miei).

<sup>49</sup> *Ivi*, 102.

<sup>50</sup> A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 73 (corsivi nel testo).

<sup>51</sup> Sul punto, *ibidem*.

<sup>52</sup> Così, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2015, I, 14 (corsivo nel testo).

«quel conflitto di interpretazioni, tutte potenzialmente lecite e tutte attualmente giustificabili, [che] evoca l'adamantina consapevolezza, che al giurista non può mancare, dell'introiezione nel mondo del diritto dei giudizi di valore come primo motore dell'interpretazione»<sup>53</sup>. Una tale acquisizione, invero, «non ci deve spingere a concludere per la dissoluzione del sistema ma per un suo necessario ripensamento, secondo canoni che non possono esaurirsi nella dicotomia vero/falso»<sup>54</sup>, perché «se i nessi logici non ammettono contraddizione, così non è per le connessioni assiologiche»<sup>55</sup>, alla luce delle quali l'ordinamento deve essere letto. Lungi dall'essere ciò che dice Luciani, ancorato a una visione anacronistica del diritto, l'errore quindi altro non sarebbe che: (i) «incoerenza con lo stato attuale dell'ordinamento (*rectius* di uno dei microsistemi ordinamentali), [...] stato [che] a sua volta è prodotto anche, e forse soprattutto, dall'attività degli interpreti, delle loro scelte di valore, dei loro disaccordi»<sup>56</sup>; (ii) «proiezione dell'intero sistema giuridico» o, se si preferisce, «la parte che, *per negationem*, definisce il tutto e, poiché questo tutto è totalità dinamica, totalità di significati [i.e. di norme], con quella totalità l'errore vive e si modifica, testimoniando, hegelianamente, la propria razionalità, non tramite la sua astratta cristallizzazione, bensì attraverso una continua adesione al reale»<sup>57</sup>. In sostanza, anche l'errore di diritto «come la norma esiste a valle dell'interpretazione e come la norma esiste e muta al mutare dell'ordinamento», esso è quindi «sempre *errore-ordinamento*»<sup>58</sup>.

5. *Una dimostrazione.* – Il lettore mi perdonerà se nei paragrafi precedenti ho riportato direttamente ampi passaggi degli Autori, ma ciò è stato fatto al fine di assicurare un'esposizione dei loro argomenti che, per quanto concisa, fosse la più chiara possibile e di offrire al contempo un inquadramento generale dello *status quaestionis*.

Se per negare la distinzione crisafulliana bisogna provare che la norma non è creata o prodotta dal giudice (dipendendo quel dipolo in modo diretto dal creazionismo giuridico come un effetto dalla sua causa), ora non resta che assumere l'onere della prova, ciò che intendo fare con le restanti parti di questo lavoro affrontando prima il problema teorico del rapporto tra significante e significato, poi quello pratico dell'interpretazione. Mi adeguerò, pertanto, all'impostazione seguita da Longo e da Modugno e condurrò la dimostrazione dividendola in questi due momenti, tenendo conto sia del piano linguistico (e semiotico) sia di quello ermeneutico. La ragione di ciò è la medesima già riportata sopra: sono

<sup>53</sup> A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 83.

<sup>54</sup> *Ibidem* (corsivi nel testo).

<sup>55</sup> *Ivi*, 84 (corsivi nel testo).

<sup>56</sup> *Ivi*, 85.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*. Sullo stesso argomento, v. F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 121-122.

quei piani a costituire il fondamento dell'argomento tecnico-giuridico, fermo restando che «l'ordinamento non è un gioco linguistico, o una somma di giochi linguistici» poiché «[l]a semantica delle norme rinvia alla realtà e pone il problema del vero *sub specie juris*: discorso forse doloroso, ma inevitabile e urgente, se si vuole uscire dalle aporie dell'autofondazione dell'ordinamento, che verrebbe in tal modo ridotto a essere la veste normativa della mera forza»<sup>59</sup>.

5.1. *La differenza tra significante e significato.* – Per procedere con la prova vera e propria si deve senz'altro partire dalla realtà della quale nessuno dubita e sulla quale si è quindi d'accordo: la legge quale *fonte del diritto positivo* e, in particolare, fonte *atto* perché fonte *scritta*. Scomponendola nei suoi elementi minimi indefettibili ci si accorge che essa è materialmente costituita da segni grafici (per lo più parole) che formano uno o più enunciati, i quali, nella struttura tipica che li distingue dagli altri tipi, ne costituiscono la cosiddetta lettera (*littera legis*). Ed è di tutta evidenza che un enunciato, essendo composto di parole e altri segni tra loro in connessione, significhi originariamente e necessariamente qualcosa<sup>60</sup>, perché è proprio di ogni parola il comunicare e il rendere noto<sup>61</sup>. Asserire la sua in-significanza prima di un atto interpretativo equivale a dire: (i) che le parole non significano; (ii) che gli enunciati sono – in quanto tali – semplici formule vuote; (iii) che essi (parole ed enunciati) assumono significato solo posteriormente, il che è palesemente assurdo poiché minerebbe alla radice la funzione naturale del linguaggio e, nel nostro caso, della legge e del Parlamento quale soggetto istituzionale preposto alla sua adozione<sup>62</sup>.

Questa breve premessa consente di circoscrivere meglio il problema della natura della dicotomia in parola, che è quello «dei rapporti tra testo e norma, tra la “*disposizione*”, nel primo contenuta e formulata, e la “*norma*” che essa sta

<sup>59</sup> Così, F. ARZILLO, *Interpretazione, legislazione, giudizio: brevi riflessioni a partire da un saggio recente*, in *Lo Stato*, fasc. VII/2016, 340.

<sup>60</sup> Con ciò voglio dire che un enunciato privo di senso non è propriamente un enunciato, proprio perché è incapace di esprimere un senso determinato in un contesto altrettanto determinato. Longo, nel suo saggio, riprende l'esempio di Tarello: «Marzapane sommato a pecore dà il colore verde», che evidentemente non è un enunciato, ma una frase che, presa nella sua unità, è del tutto in-significante, non esprimendo alcunché di compiuto (anche se le singole parole hanno sicuramente un preciso significato ed è grazie a questo che possiamo giudicare la frase come priva di senso); v. A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 19, nota n. 39 e G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 149.

<sup>61</sup> Molto interessante, specie per il tema che qui si affronta, quanto scrive san Tommaso d'Aquino in merito alla parola detta (ma valevole anche per quella scritta): «poiché l'uomo è *per natura un animale politico e sociale*, necessariamente ciò che un uomo [o, evidentemente, un gruppo di uomini] aveva concepito doveva essere reso noto ad altri, il che avviene per mezzo della voce, e così fu necessario che ci fossero delle voci dotate di significato perché gli uomini potessero vivere insieme». Così, T. D'AQUINO, *Commento al libro di Aristotele Peri Hermeneias*, G. BERTUZZI e S. PARENTI (a cura di), Bologna 1997, 67 (corsivi miei).

<sup>62</sup> Luciani, in un modo estremamente chiaro e diretto, scrive che «immaginare le disposizioni come semplici segni grafici irrelati è un puro non senso», così M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 41.

a significare»<sup>63</sup>. Dal punto di vista della struttura semantica, com'è stato giustamente osservato,<sup>64</sup> tale distinzione si basa sulla scissione tra significante e significato per come si è affermata negli studi linguistici soprattutto a partire da quelli di Ferdinand de Saussure, secondo il quale il primo sarebbe il mezzo impiegato per esprimere il secondo e questo altro non sarebbe che il concetto espresso<sup>65</sup>. E a ben vedere è proprio su questa base che s'innesta anche la teoria di Peirce richiamata da Longo, posto che la necessità di un (segno) *interpretante* per cogliere la relazione di significato tra segno e oggetto riposa, almeno implicitamente, sulla teoria saussuriana del segno come unità di significante e significato<sup>66</sup>, nonostante l'uno guardi al segno più nella sua generica funzione rappresentativa, mentre l'altro più nella sua specifica funzione linguistica. Per l'autore americano, infatti, il segno è «qualcosa che sta a qualcuno per qualcosa sotto qualche rispetto o capacità. Si rivolge a qualcuno, cioè crea nella mente di quella persona un segno equivalente»<sup>67</sup>; per il linguista svizzero, invece, è «un'entità psichica a due facce», costituita – per l'appunto – da un significante e un significato (che sono, rispettivamente, ciò che egli definisce “immagine acustica” e “concetto”) uniti tra loro da un legame arbitrario, arbitrarietà che però «non deve dare l'idea che il significante dipenda dalla libera scelta del soggetto parlante» ma che deve, più semplicemente, essere intesa come una mancanza di motivazione, dal momento che l'uno e l'altro non hanno «nella realtà alcun aggancio naturale»<sup>68</sup>. È proprio l'arbitrarietà del segno a consentire di «capire meglio perché soltanto il fatto sociale può creare un sistema linguistico» e a permettere anche di notare «che è una grande illusione considerare un termine soltanto come l'unione d'un certo suono con un certo concetto», perché definirlo in questo modo «sarebbe isolarlo dal sistema di cui fa parte; sarebbe credere che si possa cominciare con

<sup>63</sup> Così, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., II, 401.

<sup>64</sup> Sul punto, v. A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 10.

<sup>65</sup> Nella teoria dell'Autore svizzero significante e significato sarebbero le due facce del segno, il quale «unisce non una cosa e un nome, ma un concetto e un'immagine acustica»; v. F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari 2020, 83-84. Quello che per de Saussure è il binomio significante-significato, per Hjelmslev è *espressione e contenuto*; v. L. T. HJELMSLEV, *I fondamenti della teoria del linguaggio*, Torino 1968, 56 ss. A questo proposito, v. A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 17, nota n. 38. Degna di attenzione è anche la posizione di G. Frege, per il quale in un dato segno (quale possono essere un semplice nome o un gruppo di parole) risultano, da un lato, l'oggetto che esso designa e che egli considera il “significato” vero e proprio (*Bedeutung*), dall'altro il “senso” (*Sinn*), quale modo in cui l'oggetto viene dato o presentato dal segno, infine la “rappresentazione” (*Vorstellung*) che il soggetto forma dentro di sé: per l'Autore tanto il senso, quanto il significato sono oggettivi e soltanto essi costituiscono il contenuto della comunicazione umana, a differenza delle rappresentazioni che, invece, sono variabili e circoscritte all'anima di chi appunto le forma. Sul punto, v. G. FREGE, *Senso e significato*, in G. FREGE, *Logica e aritmetica*, C. MANGIONE (a cura di), Torino 1977, 374 ss.

<sup>66</sup> Come si vedrà, infatti, secondo Peirce nel segno abbiamo il *representamen* (o *espressione*) e, come sua contropartita, l'*oggetto immediato* (che è l'oggetto extra-mentale per come è rappresentato nel segno).

<sup>67</sup> C.S. PEIRCE, *Semiotica*, in ID., *Opere*, M. BONFANTINI (a cura di), Milano 2011, 147.

<sup>68</sup> F. DE SAUSSURE, op. cit., 87.

i termini e costruire il sistema facendone la somma, mentre, al contrario, è dalla totalità solidale che occorre partire per ottenere, mercé l'analisi, gli elementi che contiene»<sup>69</sup>: in sintesi, secondo de Saussure «la lingua è un sistema di cui tutti i termini sono solidali ed in cui il valore dell'uno non risulta che dalla presenza simultanea degli altri [...]»<sup>70</sup>.

È facile osservare come applicando la teoria saussuriana nel campo della teoria generale del diritto e del diritto costituzionale si possa apparentemente ottenere proprio la tesi di Crisafulli: al posto della lingua come sistema abbiamo, infatti, l'*ordinamento* (e anche la teoria della norma-ordinamento, data anche in questo caso la natura solidale degli elementi che lo compongono), i segni sono le *parole*, il significante è la *disposizione* e il significato è la *norma*. E se il significante è distinto dal significato, allora anche la disposizione deve esserlo dalla norma, la quale però si potrebbe *de facto* ottenere solo formulando un altro enunciato, che a sua volta sarebbe espresso con un ulteriore enunciato e via di seguito, col rischio di rimandare così all'infinito la definitiva cristallizzazione del significato normativo, cosa che spiega la necessità del ricorso alla dottrina di Peirce<sup>71</sup>. A giudizio di Longo questi argomenti giustificerebbero la tesi di Crisafulli, perché proverebbero che «*altro è il piano dell'espressione, altro quello del senso*»<sup>72</sup> ed è qui che si pone, a mio giudizio, il nodo cruciale della questione.

Senza addentrarmi nel complesso campo della linguistica, ritengo che a questo proposito vi sia un interrogativo sul quale si deve attentamente riflettere perché, a mio avviso, è dalla sua risposta che dipende la soluzione dell'intricata questione: qual è la natura della distinzione in parola? La distinzione tra significato e significante nel segno è una *distinctio realis* o una *distinctio rationis*? In sostanza, come va intesa l'alterità tra il piano dell'espressione e quello del senso cui Longo si riferisce? Sono domande centrali perché se la distinzione è soltanto formale o di semplice ragione<sup>73</sup>, allora la differenza tra norma e disposizione, per come coniata dal Crisafulli e difesa dalla sua scuola, non potrà più essere sostenuta.

Ebbene, se manteniamo ferme le due forme di distinzione – il cui statuto è stato sviluppato soprattutto dalla filosofia medioevale – notiamo sia che la prima non è la seconda, sia che da una distinzione di ragione mai può derivarne

<sup>69</sup> *Ivi*, 138.

<sup>70</sup> *Ivi*, 139.

<sup>71</sup> Sul punto, v. A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 21.

<sup>72</sup> *Ivi*, 19.

<sup>73</sup> Faccio notare che soltanto da una prospettiva scotista una distinzione *formale* non è una distinzione *di ragione* (*distinctio rationis*), essendo la prima metafisica e la seconda semplicemente logica (la prima sarebbe, quindi, una distinzione precedente l'attività intellettuale). Nella dottrina del filosofo e teologo scozzese, infatti, nell'individuo vi sarebbero due entità (o formalità) distinte, la natura specifica e la cosiddetta differenza individuale, le quali sono, a suo giudizio, realmente identiche, non potendosi dare l'una senza l'altra, ma anche *formalmente distinte* poiché possono essere definite autonomamente. Non è certo questo il luogo dove prendere posizione sulla questione, ma preciso che qui, al contrario, quelle distinzioni saranno considerate assolutamente equivalenti nell'accezione logica.

una reale. Dunque, riconoscere – come per esempio fatto da Modugno – che la differenza tra disposizione-significante e norma-significato è una «differenza concettuale»<sup>74</sup> (cosa senz'altro vera) non implica necessariamente che la prima sia *aliud* dalla seconda, perché ciò che possiamo distinguere razionalmente non è detto che sia distinto anche realmente, né – come visto – possiamo far sì che una distinzione di ragione ne produca una reale: questo potrebbe essere sostenuto soltanto adottando una prospettiva marcatamente hegeliana (che, in effetti, gli Autori assumono)<sup>75</sup> che confonda l'essere vero con l'essere soltan-

<sup>74</sup> V. F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 99 (corsivo mio). Nello stesso senso, come visto *supra* al par. 4, Longo parla di «esistenza teorica del significato», in A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 20 (corsivi miei).

<sup>75</sup> La visione hegeliana emerge in diversi passaggi del libro. Basti pensare, per esempio, che per Modugno l'ordinamento complessivo va «inteso come *totalità in divenire*» (corsivi nel testo) e che, data la sua «dimensione temporale [...] nel suo incessante sviluppo storico, *essenziale è la univocità della norma in momento dato, e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione*» (corsivi nel testo); così, F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 121-122. Si dice, inoltre, che «a fronte dell'innegabile storicità e del carattere allocroico del diritto, l'unico baluardo rispetto al soggettivismo radicale non può [...] certo essere un rarefatto intellettualismo dogmatico preda di categorie astratte, identitarie e incatenate alla logica binaria del principio di non contraddizione» e che «a tale assunto deve invece sostituirsi quello di una razionalità più ampia e comprensiva, che hegelianamente accolga le complessità del reale, *assumendo, e non negando*, l'alterità (*Anderheit*) rispetto alla coscienza giudicante, per giungere all'unica sintesi possibile tra reale e razionale» (corsivi nel testo); così, *ivi*, 146-147. Un esempio della stessa impostazione filosofica in Longo lo troviamo, invece, a proposito dell'*error juris*, il quale, come visto *supra*, sarebbe «proiezione dell'intero sistema giuridico, è la parte che, *per negationem*, definisce il tutto e, poiché questo tutto è totalità dinamica, totalità di significati, con quella totalità l'errore vive e si modifica, testimoniando, hegelianamente, la propria razionalità, non tramite la sua astratta cristallizzazione, bensì attraverso una continua adesione al reale»: dunque, esso è «parte dinamica di un tutto dinamico, esso come la norma esiste a valle dell'interpretazione e come la norma esiste e muta al mature dell'ordinamento. In sintesi, l'errore di diritto è sempre errore-ordinamento»; così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 85.

Non è senz'altro questa la sede opportuna per studiare i presupposti e le conseguenze di una simile visione del diritto, ma non posso esimermi dal far notare come, in una valida prospettiva filosofica, il principio di non contraddizione non è solo un principio logico, ma è anzitutto quel principio dell'essere vero (cioè quello non semplicemente logico) che non fa altro che esplicitare l'impossibilità della negazione del principio d'identità sul quale, in effetti, è fondato; a sua volta, il principio di identità, «lunghi dall'autorizzare una concezione chiusa e ripetitiva dell'essere e della vita – come talvolta con scarso fondamento si ritiene – è il *garante dell'universale molteplicità* e il custode più genuino della relazionalità», perché «se una cosa è identica a se stessa, significa che è diversa da tutte le altre con le quali può entrare in rapporto [...]. Esso perciò fonda l'apertura ontologica, la differenza e la relazione con l'alterità, per cui l'altro non può mai essere ridotto all'identico, e l'*ipse al même*», così V. POSSENTI, *Ritorno all'essere. Addio alla metafisica moderna*, Roma 2019, 126-127. Per una confutazione dell'impostazione hegeliana e per una difesa dello statuto dei principi primi, v. *ivi*, 222 ss., *Id.*, *Il realismo e la fine della filosofia moderna*, Roma 2016, 141-158 e *Id.* *Nichilismo e metafisica. Terza navigazione*, Roma 2004, 127 ss.; sul significato dei principi in senso realista, v. soprattutto ARISTOTELE, *Metafisica*, G. REALE (a cura di), Milano 1993, Libro Delta, 189-190; T. D'AQUINO, *Commento alla Metafisica di Aristotele*, L. PEROTTO (a cura di), Bologna 2004, vol. 2, Libro V, lect. 1, 11 ss., dove, sulla scorta dello Stagirita, egli distingue tra principi dell'essere, dell'agire e del conoscere, che corrispondono rispettivamente ai principi della metafisica, della morale e della logica. Quanto, invece, al carattere storico e allocroico del diritto, mi limito a far notare che simili caratteri appartengono soltanto al diritto *positivo* e non al diritto in quanto diritto, comprensivo dunque anche di quello naturale (inteso nel senso della *participatio* tomista e non in quello razionalista del giusnaturalismo



to logico e pretenda di ricavare il reale a partire dal concetto (trasformando così arbitrariamente l'adagio *ab esse ad nosse valet consequentia* in *a nosse ad esse valet consequentia* e realizzando una pericolosa inversione del nostro procedimento conoscitivo, che invece di prendere le mosse dall'ente, partirebbe dall'essere astratto o comunque dal soggetto)<sup>76</sup>, ciò che per l'uomo è evidentemente impossibile. Una simile conclusione può essere raggiunta perché si crede non solo che *ciò che è reale è razionale* (affermazione sulla quale anche san Tommaso d'Aquino, il filosofo più lontano da Hegel in virtù della sua opposta filosofia dell'essere, sarebbe d'accordo), ma anche perché si ritiene che *ciò che è razionale è reale*<sup>77</sup>, essendo proprio nella *sintesi* di reale e razionale «che riposa la possibilità della coscienza giudicante di comprendere il mondo»<sup>78</sup>.

Di certo non è questo il luogo dove affrontare una questione filosofica tanto delicata e dalle conseguenze così dirompenti, ma a me sembra che sia proprio per il loro hegelismo che gli Autori possano presentare l'alterità tra significante e significato nel segno come una *differenza concettuale* capace di produrre la *differenza reale* tra l'enunciato precettivo e il precetto, tra la disposizione e la norma, attribuendo natura ipostatica a quest'ultima, destinata – per esplicita ammissione dello stesso Crisafulli – a «prendere vita» dalla disposizione e a porsi

filosofico, il quale è immutabile – per sottrazione – quanto ai primi principi e ai precetti secondari che da questi derivano come conclusioni prossime e appropriate; sul punto, v. T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II<sup>ae</sup>, q. 94, a. 5, resp.), di quello divino e di quello eterno; per un'esposizione della dottrina della legge e del diritto in questo senso, v. M.M. LABOURDETTE O.P., *La Loi*, Les Plans sur Bex 2019; sulla distinzione dei diversi tipi di legge, v. T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II<sup>ae</sup>, q. 91-108 e v. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, C. MAZZARELLI (a cura di), Milano 2017, 209 ss., il quale acutamente pone la distinzione, *interna al diritto politico* (cioè a quello della *πόλις*), tra diritto naturale e diritto legale (*i.e.* positivo): il primo *fondato sulla natura* delle cose (ovviamente da leggere alla luce della sua filosofia della sostanza) e, per questo, immutabile e avente ovunque la stessa validità, non dipendendo «dal fatto che venga o non venga riconosciuto»; il secondo, invece, che ha a oggetto il campo dell'*indifferente* (*i.e.* ciò che può essere in un modo o in un altro), «ma che non è indifferente una volta che sia stato stabilito». In questa sede, posso solo precisare che dalla prospettiva del realismo moderato aristotelico e tomista il diritto naturale e il diritto positivo coabitano entro la sfera del diritto politico in un rapporto gerarchico che riconosce all'uno il primato sull'altro in virtù del fatto che il primo è fondato sulla *sostanza*, mentre il secondo sull'accidente della *relazione*; sul significato di queste, v. soprattutto ARISTOTELE, *Metafisica*, cit., Libro Delta, 215 ss. e 235 ss.; ID., *Categorie*, in ID., *Organon*, G. COLLI (a cura di), Milano 2011, 8 ss. e 21 ss.; per una concezione del diritto naturale in senso classico, v. soprattutto L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale*, Roma 1855; I. GRANERIS, *Philosophia iuris. De notione iuris*, Torino-Roma 1943.

<sup>76</sup> Sul tema, v. E. GILSON, *Le réalisme méthodique*, Paris 1935, trad. it. A. LIVI (a cura di), in E. GILSON, *Il realismo, metodo della filosofia*, Roma 2016. Sul procedimento conoscitivo, v. soprattutto V. POSSENTI, *Il realismo*, cit., 25 ss. e ID., *Ritorno all'essere*, cit., 95 ss.; R. VERNEAUX, *Psicologia. Filosofia dell'uomo*, BENEDETTINE DEL MONASTERO DI SANTA SCOLASTICA (a cura delle), Brescia 1966; ARISTOTELE, *L'anima*, trad. it. G. MOVIA (a cura di), Milano 2018; T. D'AQUINO, *Quaestio disputata de anima*, in ID., *Le questioni disputate. L'anima umana*, G. SAVAGNONE (a cura di), Bologna 2001, vol. 4.

<sup>77</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari 1978, 16 e ID., *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, Milano 2015, 101 ss.

<sup>78</sup> Così, F. MODUGNO, A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, in *Sociologia*, fasc. II/2009, 9, frase riportata anche in F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 147.



come «entità staccata»<sup>79</sup>. Al contrario, mantenendo ben distinti l'ordine dell'essere logico e quello dell'essere reale, ciò che si dovrebbe dire è che la differenza è formale (*i.e.* concettuale) *quoad nos*, ma che *quoad se* la disposizione è la norma e l'enunciato è il precetto<sup>80</sup>, dal momento che il significato – *in quanto espresso* – non si può separare da ciò che lo rende noto: solo l'oggetto extra-mentale e il concetto come sua similitudine o, se si preferisce, come lo stesso oggetto *in quanto pensato* (cioè la cosa significata) sono realmente distinti dal segno linguistico, mentre questo è semplicemente il mezzo per il quale (*id quo*) avviene la comunicazione dell'uno (il concetto) e, secondariamente, dell'altro (l'oggetto, la *res*), per riprendere la sostanza della posizione espressa dalla filosofia greca classica e approfondita da quella medioevale.

D'altronde, per rendersene conto è sufficiente notare che, nel segno, non è possibile afferrare il significante indipendentemente dal significato: e allora il fatto che possano darsi, sul piano linguistico, «forme grammaticalmente compiute, ma prive di senso» (e che, per questo, non possono a rigore essere qualificate come enunciati) e la possibilità «che lo stesso significato possa esprimersi con enunciati diversi» o «che un medesimo enunciato possa esprimere, alla luce del contesto, significati diversi»<sup>81</sup> testimoniano soltanto che uno stesso concetto può essere comunicato in più modi e che a essere distinte dal segno sono le cose in quanto formalmente presenti nell'intelletto e in quanto esistenti al di fuori del soggetto, le quali sono sempre ciò che ne determina il senso. In fondo, è lo stesso de Saussure ad assicurarci di ciò: se infatti consideriamo il circuito delle parole da un soggetto *A* verso un soggetto *B*, notiamo sia che il «movimento» dell'uno è inverso a quello dell'altro, sia che il punto di partenza è costituito «dai fatti di coscienza [del soggetto *A*], che noi chiamiamo concetti, [...] *che si trovano associati alle rappresentazioni dei segni linguistici o immagine acustiche che servono alla loro espressione*»<sup>82</sup>; così, «tra tutti gli individui [...] collegati dal linguaggio, si stabilisce una sorta di media: tutti riprodurranno [...] *gli stessi segni uniti agli stessi concetti*»<sup>83</sup>. I segni dunque *esprimono* i concetti, i quali – nei soggetti coinvolti nella comunicazione – si trovano a essere semplicemente *significati*

<sup>79</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>80</sup> In tal caso la differenza proposta da Crisafulli tra disposizioni normative e non normative verrebbe ovviamente meno, trattandosi di una classificazione che si regge soltanto assumendo la prospettiva dell'Autore. Come già visto, egli ritiene infatti che solo nel caso delle disposizioni normative l'atto sia «autorizzato a costituire, di volta in volta innovandolo, il diritto oggettivo» e che, pertanto, la competenza possa effettivamente dirsi *normativa* solo in questo caso. Sul punto, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 199 ss. Diversa è, invece, l'ipotesi delle cosiddette *leggi non normative* «il cui contenuto non può in alcun modo considerarsi come la dichiarazione di una norma di diritto [...], ma che hanno piuttosto un contenuto di natura amministrativa o, in genere, di altra differente natura», così S. FODERARO, *Il concetto di legge*, Milano 1948, 126, dal momento che qui siamo di fronte ad *atti non normativi* e non a *disposizioni non normative*.

<sup>81</sup> F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 98-99.

<sup>82</sup> F. DE SAUSSURE, op. cit., 21 (corsivi miei).

<sup>83</sup> *Ivi*, 23 (corsivi miei).

dalle parole cui sono associati senza essere realmente *in esse*, ciò che testimonia indirettamente anche l'impossibilità di considerarli prodotti dal destinatario del segno.

A questo proposito trovo molto illuminante quanto scritto dall'Aquinate in merito al tema del *verbum*, approfondito in occasione delle sue dense riflessioni in ambito trinitario. In particolare, nelle *Quaestiones disputatae de veritate* egli dimostra l'esistenza di tre tipi di *verba*: (i) quello «concepito mediante l'intelletto, per significare il quale è proferito il verbo esteriore» (si tratta del *verbum cordis* o *verbum rei*); (ii) «l'esemplare del verbo esteriore: e questo è detto verbo interiore» (il *verbum interius*); (iii) «il verbo proferito esteriormente, che è detto verbo della voce» (il *verbum vocis*)<sup>84</sup>. Se si medita con la dovuta attenzione la lezione del Dottore angelico si può notare che il *significato* del "verbo" esteriore non è il *verbum interius*, ma è il *concetto* della cosa conosciuta che, in quanto tale, antecede la lingua perché «è la cosa stessa o la sua natura in quanto pensata ossia esistente nella mente ad opera di una *emanatio intellectualis* che non è un atto riflessivo ma produzione dell'intelletto nell'atto stesso in cui pensa un oggetto»<sup>85</sup>. Dunque, la comunicazione che si compie attraverso quei particolari segni che sono le parole (dette o scritte) avviene proprio su questa base: chi parla (o scrive) rende noto uno o più concetti (semplici, se non c'è un giudizio che ne unisce o ne separa più di uno; complessi, se invece un giudizio c'è) presenti nella sua mente attraverso le parole e gli enunciati significanti, i quali, una volta ascoltati (o letti), comunicano al destinatario lo stesso concetto significato e, mediante esso, la realtà corrispondente. Per questo diciamo che nel segno non c'è un significato ma che esso *ha* un significato<sup>86</sup>, ragione per la quale può provenire soltanto dal suo autore: il linguaggio infatti serve a comunicare *id quod auctor intendit*,<sup>87</sup> è questa la sua natura. È quanto aveva già colto Aristotele nel

<sup>84</sup> V. T. D'AQUINO, *Sulla verità*, F. FIORENTINO (a cura di), Milano 2008, q. 4, a. 1, resp., 361 ss., Id., *Summa theologiae*, I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 93, a. 1, ad. 2 e Id., *La Somma contro i Gentili*, P.T.S. CENTI O.P. (a cura di), Bologna 2001, vol. III, 71.

<sup>85</sup> Così, V. POSSENTI, *Nichilismo e metafisica*, cit., 48-49. L'Autore prosegue osservando che in questa emanazione intellettuale «non vi è riflessività perché *il concetto non esprime lo spirito ma le cose*. La lingua appare alla nostra esperienza più costante come *strumento* imperfetto e sempre perfezionabile per esprimere ciò che conosciamo» (corsivi miei). Questa affermazione non fa che esplicitare il fatto che «ogni conoscenza si attua per mezzo dell'assimilazione del soggetto conoscente alla cosa conosciuta, così che l'assimilazione è detta *causa della conoscenza* [...]», così T. D'AQUINO, *Sulla verità*, cit., q. 1, a. 1, resp., 121 (corsivi nel testo).

<sup>86</sup> Ciò non è in contrasto con quanto scritto *supra* ovvero con il fatto che l'enunciato-disposizione è la norma, come invece ritenuto da Tarello in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, cit., 394. Invero, la contraddizione si avrebbe solo considerando la norma come significato della disposizione, ma una volta dimostrato che non lo è, si può affermare, nel medesimo tempo e sotto lo stesso rispetto, che essa è la disposizione e che essa *ha* un significato.

<sup>87</sup> Sul punto, v. T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, q. 1, art. 10, co. Anche sant'Agostino spiega che «data vero signa sunt, quae sibi quaeque viventia invicem dant ad demonstrandos, quantum possunt, motus animi sui, vel sensa, aut intellecta quaelibet. Nec ulla causa est nobis significandi, id est signi dandi, nisi ad depromendum et trajiciendum in alterius animum id quod animo gerit

suo Περί ἑρμηνείας, per il quale il significato è tanto l'impressione mentale (*i.e.* il concetto), quanto la *res extra-mentale*,<sup>88</sup> secondo una relazione bilaterale che è condizione indispensabile per assicurare al segno – e cioè al mezzo attraverso cui si compie la comunicazione – quell'*oggettività* che esso non ha in sé a causa della sua convenzionalità. E tutto ciò non è sicuramente estraneo al nostro ordinamento, anzi mi pare trovare piena conferma nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile dedicato, come noto, ai criteri dell'interpretazione, dove si afferma sia l'esistenza di un significato proprio delle parole contenute nella legge, sia la loro naturale funzione di mezzo attraverso il quale l'autore (*i.e.* il legislatore) esterna le sue intenzioni, fulgido esempio di norma giuridica positiva che costituisce l'espressione o, meglio, la *formula razionale* di una relazione avente fondamento *in re*: la relazione che esiste tra un testo e il suo significato, nonché quella che esiste tra l'autore di quel testo e il suo destinatario-interprete<sup>89</sup>. Stando così le cose, se volessimo tenere ferma l'equivalenza norma-significato proposta da Crisafulli, dovremmo allora concludere che chi la adotta è senz'altro il legislatore in quanto autore del segno e non certo il giudice; inoltre, se la norma di legge fosse il significato della disposizione dovremmo riconoscere che come il concetto-significato è prima del "verbo esteriore", così essa non segue ma precede l'enunciato della disposizione e, quindi, non può certamente essere prodotta dal giudice, ciò che si voleva (e doveva) appunto dimostrare.

5.2. *Significante e significato nella teoria peirciana*. – Passando ora dal campo della linguistica a quello della semiotica, ripercorrendo quindi la via tracciata da Longo, vediamo se le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente trovano conferma anche nella dottrina di Peirce, la quale parrebbe in realtà smentire quanto scritto e giustificare l'esistenza in capo al giudice-interprete di un effettivo potere di produzione delle norme(-significati). Infatti, la necessità di definire il significato, quale relazione (potenzialmente illimitata) tra un segno e un oggetto, attraverso la determinazione finale di un *habitus* ovvero di «un agire

is qui signum dat» e che «verba enim prorsus inter homines obtinuerunt principatum significandi quaecumque animo concipiuntur, si ea quisque prodere velit», così AGOSTINO, *De doctrina christiana Libri Quatuor*, Lib. II, cap. 2, par. 3 e cap. 3, par. 4 in *documentacatholicaomnia.eu*.

<sup>88</sup> A tal proposito, Capozzi parla rispettivamente di "significato ideale" e di "significato reale", in G. CAPOZZI, *Giudizio, prova, verità. I principi della scienza nell'Analitica di Aristotele*, Napoli 1974, 38.

<sup>89</sup> È qui sotteso il complesso tema del rapporto tra *ratio* e *voluntas*, tra *Sein* e *Sollen* in ambito giuridico e, in via più generale, dello spazio che la ragione nella sua funzione pratica (l'altra è quella teorica o speculativa) dovrebbe avere nella formulazione del diritto. Per un'analisi concisa di questi problemi, ricca comunque d'interessanti spunti, v. V. POSSENTI, *Irrazionalità del diritto? La «destructio» dell'Idea di ragion pratica in Kelsen*, in *JUS*, fasc. II/1985, 111 ss., per il quale «[T]utto l'immenso ambito della filosofia pratica (morale, politica, giuridica, etc.) poggia sul concetto centrale di ragion pratica, e sta o cade con esso. Se questa nozione non è correttamente elaborata, la politica, l'etica, il diritto rischiano di cadere sotto l'influsso di teorie irrazionalistiche o tecnocratiche, che in definitiva sbarrano all'uomo la possibilità dell'umanizzazione della prassi».

concreto che esprim[a] la posizione del soggetto rispetto a quell'oggetto»<sup>90</sup> sembra testimoniare un ruolo attivo dell'interprete nella concreta definizione di quella relazione.

Ebbene, a suo giudizio, «per essere un Segno, una cosa deve [...] “rappresentare” qualcos'altro, detto il suo *Oggetto*»<sup>91</sup>, potendo solo «parlare di esso»<sup>92</sup>. L'oggetto, a sua volta, deve però essere distinto in *immediato* e *dinamico*, poiché un conto è «l'Oggetto come il Segno lo rappresenta» (*i.e.* l'oggetto in quanto conosciuto nel segno), altro è l'oggetto «realmente efficiente, ma non immediatamente presente»<sup>93</sup> (*i.e.* l'oggetto in quanto esistente fuori dal segno e dal soggetto): c'è quindi una profonda differenza tra ciò che è rappresentato *in quanto è rappresentato* e ciò che determina efficientemente la rappresentazione. Rappresentare, infatti, altro non vuol dire secondo l'Autore che «stare per, cioè essere in una tale relazione con un'altra entità da essere trattato da qualche intelletto per certi scopi come se si fosse l'altra entità»: quando s'intende distinguere tra l'ente rappresentante e l'atto o la relazione di rappresentare, il primo può essere detto “*representamen*”, il secondo “rappresentazione”<sup>94</sup>. Pertanto, un *Representamen* altro non è che «un Primo che sta in una relazione triadica genuina con un Secondo, chiamato il suo *Oggetto*, da essere capace di determinare un Terzo, chiamato il suo *Interpretante*, ad assumere la stessa relazione triadica con l'Oggetto nella quale si trova il Segno o *Representamen* stesso con lo stesso *Oggetto*»<sup>95</sup>. Analogamente, anche l'*Interpretante* dovrà essere distinto in *immediato* e *dinamico*, intendendosi con il primo quello «rappresentato o significato nel Segno»<sup>96</sup> o, ancor meglio, quello che è «rivelato nella corretta comprensione del Segno stesso, ed ordinariamente chiamato il *significato* del segno»<sup>97</sup>, con il secondo l'«effetto realmente prodotto dal Segno sulla mente»<sup>98</sup> o, se si preferisce, «l'effetto attuale che il Segno, in quanto Segno, realmente determina»<sup>99</sup>. A questi, per interrompere la semiosi illimitata data dal fatto che anche l'*Interpretante* è un segno che produce a sua volta un successivo *Interpretante*, Peirce aggiunge l'*Interpretante finale* che «si riferisce al modo in cui il Segno tende a rappresen-

<sup>90</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 23 (corsivi nel testo).

<sup>91</sup> C.S. PEIRCE, op. cit., 148. In particolare, secondo l'Autore gli oggetti possono essere «o una singola cosa conosciuta come esistente, o una singola cosa che un tempo si credeva che fosse esistita o ci si aspettava che esistesse, o una collezione di tali cose, o una qualità conosciuta, o una relazione, o un fatto [...]», così *ivi*, 150.

<sup>92</sup> *Ivi*, 149. Nello stesso senso, *ivi*, 147-148, dove Peirce definisce il segno come ciò che «sta per qualcosa: il suo oggetto».

<sup>93</sup> *Ivi*, 194.

<sup>94</sup> *Ivi*, 163.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ivi*, 195 (corsivo mio).

<sup>97</sup> *Ivi*, 219 (corsivo nel testo).

<sup>98</sup> *Ivi*, 195 (corsivo mio).

<sup>99</sup> *Ivi*, 219.

tare se stesso come rapportato al suo Oggetto»<sup>100</sup> e che consiste, di fatto, in una «modificazione della tendenza di una persona verso l'azione» (i.e. quello che egli chiama «mutamento di abito»)<sup>101</sup>. Solo a questo punto è possibile comprendere in che senso quella relazione triadica può dirsi genuina: lo è «in quanto collega insieme i suoi tre membri in un modo che non consiste in alcun complesso di relazioni diadiche. Questa è la ragione per cui l'Interpretante [...] non può stare in una mera relazione diadica con l'Oggetto, ma deve stare con esso Oggetto nella medesima relazione in cui vi sia il Representamen stesso»<sup>102</sup>. Dunque, l'Interpretante non può separarsi dal Representamen ed entrambi non possono slegarsi dall'Oggetto, dovendo tutti condividere il medesimo rapporto. Si tratta del cosiddetto triangolo semiotico, rappresentato dal seguente schema:



Da quanto scritto, da un lato, risulta che il *Segno* è sempre implicitamente «unità di espressione e contenuto» poiché «solo in tale accezione [...] può mediare tra oggetto e interpretante», come sostenuto da Massimo Bonfantini<sup>103</sup>: ciò significa che nel *Segno* l'*Oggetto immediato* è la contropartita del *Representamen* esattamente come per de Saussure il significato lo è del significante e, quindi, come questo non può distinguersi realmente da quello, così il *Representamen* (che è l'espressione del *Segno*) non può esserlo dal suo contenuto; dall'altro lato, anticipando quanto sarà oggetto dei paragrafi successivi, emerge che se l'*Interpretante immediato* è il significato del *Segno* che si rivela nella sua «corretta comprensione», mentre quello *dinamico* è più semplicemente l'effetto che si realizza nella mente dell'interprete, allora l'azione di quest'ultimo è anzitutto un'azione *cognitiva*: e dal momento che è sempre l'oggetto in quanto conosciuto a causare finalisticamente la volontà, mi sembra non si possa dubitare del fatto che sia proprio la conoscenza del *Segno* e, mediante questo, dell'*Oggetto* a suscitare nel soggetto il mutamento d'abito del quale parla l'Autore, non altro. Per questi motivi trovo che nemmeno nell'ottica di Peirce il dipolo disposizione-norma, per come coniato da Crisafulli e difeso dalla sua scuola, abbia fondamento e che

<sup>100</sup> *Ibidem.*

<sup>101</sup> *Ivi*, 264.

<sup>102</sup> *Ivi*, 163-164 (corsivi miei).

<sup>103</sup> Così, M. BONFANTINI, *La semiotica cognitiva di Peirce*, in C.S. PEIRCE, *Opere*, cit., 22.

la teoria della “semiosi illimitata”, presupponendo quanto appena esposto, non sia d’aiuto nella giustificazione di quella distinzione. Dopotutto, non credo sia un caso che Longo eviti di rintracciarne il fondamento teorico nel pensiero di questo filosofo, scorrendo in esso soltanto l’argomento col quale rispondere alla critica di Luciani sull’insignificanza della norma sul piano empirico-progressivo.

6. *L’interpretazione-processo e la norma-prodotto*. – Nei paragrafi precedenti ho voluto dimostrare, dalla prospettiva linguistica e da quella della semiotica peirciana, adottate da Longo e condivise da Modugno, che se il significato di un segno, in quanto significato, non può distinguersi realmente da ciò che lo esprime e se non è posto dal suo destinatario-interprete ma dal suo autore, allora la norma non è opera del giudice.

Mantenendo fermo quanto dimostrato, si tratta adesso di passare alla seconda fase della prova e di vedere da vicino i modi in cui l’interpretazione giuridica può essere declinata assumendo le vesti di chi, di fatto, sostiene la distinzione reale tra disposizione e norma e, dunque, di chi ritiene che l’interpretazione «consist[a] essenzialmente nell’attribuzione di significato ad enunciati giuridici e normativi»<sup>104</sup>: in sostanza, l’obiettivo è dar conto dell’infondatezza di quel dipolo smentendo anche la natura creatrice dell’azione interpretativa, dal momento che – come scritto nell’introduzione – il riconoscimento in capo al giudice del potere di formulare la norma e l’affermazione della sua distinzione dall’enunciato precettivo sono posizioni che dipendono dal modo in cui si ricostruisce questa azione. Ciò testimonia come la questione vada oltre il piano linguistico e si estenda inevitabilmente anche al campo dell’ermeneutica, intesa in senso ampio quale «determinazione del ruolo e del significato dell’interpretazione»<sup>105</sup>.

Ora, al di là delle sfumature presenti nelle varie teorie sviluppate in ambito giuridico,<sup>106</sup> a me sembra che i suddetti modi siano riducibili a due: (*i*) o si vuole

<sup>104</sup> Così, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 144.

<sup>105</sup> C. GUERRIERI, *Introduzione*, in G. MURA, *Ermeneutica e verità. Storia e problemi della filosofia dell’interpretazione*, Città del Vaticano 2016, 13. Nello stesso luogo, l’Autore prosegue riconoscendo che, ai nostri tempi, «l’interpretazione sembra potersi identificare con un[a] “espressione” del soggetto e della sua visione della realtà, la quale non viene compresa nella sua oggettività, ma piuttosto intesa come semplice dato linguistico comunicabile da individuo ad individuo», formula che ripropone sinteticamente la distinzione tra l’ermeneutica veritativa e quella del “pensiero debole”; sul punto, v. U. GALIMBERTI, *Parole nomadi*, Milano 2006 (II ed.), 62. A giudizio di Guerrieri, che si riallaccia agli importanti studi di Gaspare Mura, solo l’ermeneutica veritativa consente di uscire dall’*impasse* tipicamente moderna «del contrapporsi di soggettivo ed oggettivo e della riduzione dell’oggettivo al soggettivo» e che, nella scienza ermeneutica debole, porta alla riduzione dell’interpretazione «a mero dato soggettivo».

<sup>106</sup> Diciotti, per esempio, distingue tra una posizione cognitivista estrema, una posizione cognitivista moderata, una posizione scettica estrema e una posizione scettica moderata, in E. DICIOTTI, *L’ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, in *Collana Working papers*, Siena 2003; Hart parla, invece, di formalismo e scetticismo sulle norme in H.L.A. HART, *The concept of law*, Londra 1961, trad. it. in ID., *Il concetto di diritto*, M.A. CATTANEO (a cura di), Torino 2002, 146



dire che le norme, mediante l'azione interpretativa, vengono create dal giudice e immesse in un "contenitore" vuoto (*i.e.* la disposizione); (*ii*) o si vuole dire che la disposizione è solo relativamente in-significante perché le norme vi sono in qualche modo presenti e sarebbe compito del giudice estrapolarle o, meglio, produrle attraverso l'esercizio di quella stessa azione<sup>107</sup>. Come si può facilmente intuire, in entrambi i casi vi è comunque l'idea che spetti all'interprete il compito di stabilire i significati e che l'interpretazione si identifichi in un'operazione *attiva* del soggetto. Le due ipotesi riflettono la differenziazione ammessa da Longo tra una versione radicale della distinzione significante-significato, per la quale «la disposizione sarebbe "in sé muta" e l'attività giurisdizionale [...] avrebbe sempre come scopo la produzione di una norma»<sup>108</sup>, e una versione moderata che invece intende «la creazione della norma come meramente eventuale, con una frequenza che varia, secondo un andamento direttamente proporzionale, in relazione al tasso di ambiguità della disposizione»<sup>109</sup>. Nella seconda, in particolare, l'ambito di manovra riconosciuto all'interprete sarebbe circoscritto al novero dei significati possibili e il passaggio alla loro attualità avverrebbe in virtù della sua azione su quella *res* (a lui esterna) che è la disposizione, dalla quale non può prescindere perché è essa che delimita sempre il perimetro di senso entro il quale egli può agire. In ragione di questa differenza, diversamente dalla dottrina che

ss.; M. Dogliani fa riferimento a teorie cognitivistiche, scettiche ed elettiche in M. DOGLIANI, *Interpretazione (ad vocem)*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano 2006, vol. IV, 3181 ss.; Modugno, dal canto suo, ne ricorda cinque: quella restrittiva o limitativa, quella conoscitiva o cognitiva, quella valutativa o decisionale, quella mediana o alternativa e, infine, quella creativa o performativa, in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 41 ss. Per un'esposizione dei principali indirizzi storici in merito all'interpretazione giuridica, v. F. VIOLA, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Palermo 1975; per uno studio approfondito del tema, v. anche A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, F. PEDRINI e L. VESPIGNANI (a cura di), Modena 2018.

<sup>107</sup> Crisafulli, in merito alla distinzione tra disposizioni normative e non normative, parla soltanto di un «funzione "potenzialmente" normativa» della fonte-atto, potendosi dare, a suo giudizio, fonti(-atti) prive di contenuto normativo, come nel caso delle leggi meramente formali o delle leggi provvedimento; sul punto, V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 199 e *supra* nota n. 80.

<sup>108</sup> A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 10.

<sup>109</sup> *Ibidem*. La stessa differenziazione è descritta da Luciani per il quale, da un lato, v'è un *creazionismo integrale*, che «muove dal postulato che creatore della norma non sia il legislatore, ma l'interprete [...]», dall'altro v'è un *creazionismo moderato*, il quale «non va oltre l'affermazione che nell'azione interpretativa si ravviserebbero inevitabilmente dei momenti creativi, imputando questo fenomeno ora alla complessità dell'ordinamento, ora all'ambiguità del linguaggio naturale»; così, M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 16. Sul punto, v. anche L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., 22, dove l'Autore distingue tra un creazionismo «in senso proprio o forte» e un creazionismo «in senso improprio o debole». Sulla stessa scia, si veda anche la distinzione, nella teoria dell'interpretazione, tra la corrente dello "scetticismo estremo" e quella dello "scetticismo moderato": nel primo caso si «sostiene che non vi è alcun limite ai poteri semiotici dell'interprete», poiché «non esiste alcun criterio di correttezza delle interpretazioni, non si possono contrapporre interpretazioni giuste a interpretazioni sbagliate, se non sulla base di un criterio di valutazione puramente extragiuridico (cioè sulla base di un giudizio di valore etico-politico, ideologico)»; nel secondo, invece, si «sostiene che sì, un testo normativo esprime sempre una pluralità di significati diversi, [...] tuttavia questi significati possibili non sono infiniti: esiste piuttosto una "cornice" di possibilità, delimitata dal testo da interpretare», così G. PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, cit., 375.



finora si è occupata del tema, che usa i termini in modo indistinto, suggerisco di parlare di *creazionismo* per indicare l'azione *sub ì*) e di *nomopoiesi* per indicare quella *sub ii*), trattandosi di azioni tra loro differenti: se infatti *creare* significa propriamente portare all'essere ciò che, in modo assoluto, non è, il verbo greco ποιεῖν, nel suo significato principale, rimanda più al *produrre* e quindi al far essere qualcosa a partire da qualcos'altro, motivo per il quale ritengo che le operazioni debbano essere distinte.

Ebbene, è certo che la lettura estrema vada esclusa in ragione del fatto che, come visto, un enunciato almeno un contenuto lo ha, stante l'essenza stessa delle parole quali segni atti a comunicare e a rendere noti a terzi i concetti presenti nell'intelletto di chi (parla o) scrive e costituenti le similitudini delle realtà extra-mentali in quanto conosciute<sup>110</sup>. Ne discende che al giudice – e a qualsiasi altro interprete – sicuramente non spetti il potere di *creare* né di *produrre* in via originaria (come se il testo fosse qualcosa d'indeterminato o, meglio, di in-sensato bisognoso di acquisire senso dall'esterno) la norma quale significato di una disposizione che ne sarebbe priva, perché questa, in quanto enunciato, ne ha necessariamente uno ed è quindi già norma nel senso inteso da Crisafulli<sup>111</sup>. Dopotutto, come già accennato, è lo stesso articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile a confermarlo, assegnando il primato all'interpretazione letterale e riconoscendo che il senso della legge è anzitutto quello «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»<sup>112</sup>, contrariamente all'idea di chi invece pensa che sia falsa l'opinione che le parole abbiano un significato proprio e che questo, in realtà, dipenda sempre da chi le interpreta<sup>113</sup>. Simili affermazioni andrebbero forse impiegate con più cautela perché se è vero che «lo strumento essenziale per la manipolazione della realtà è la manipolazione delle parole»<sup>114</sup>, per riprendere una nota affermazione di Philip Dick, misconoscere che queste significhino propriamente *qual-cosa*, senza precisare che ciò vale solo nel senso che non hanno un significato per natura ma per semplice

<sup>110</sup> A tal proposito si noti quanto spiegato da Aristotele e approfondito dall'Aquinate in merito al procedimento conoscitivo: tanto le similitudini quanto le realtà sono, per natura, le stesse per tutti (le prime, però, solo come forme universali astratte dagli enti individuali), in ciò distinguendosi dalle parole che sono invece segni che hanno un significato per semplice istituzione.

<sup>111</sup> Chi afferma il contrario dovrebbe dimostrare che la semplice lettura di un testo – che non è ancora interpretazione, altrimenti le due operazioni non si distinguerebbero – non dica nulla al soggetto che lo legge, cosa evidentemente insostenibile e contraria all'esperienza: dopotutto, che lettura e interpretazione siano operazioni diverse lo prova anche il fatto che per interpretare un testo bisogna prima leggerlo. In particolare, posto che – come si dirà nel prosieguo – entrambe le azioni realizzano una forma di conoscenza, a me pare che la loro differenza sia da ricercarsi in questo: l'interpretazione, spesso a motivo dell'oscurità o della complessità di un testo, richiede uno speciale sforzo intellettuale per l'individuazione dei significati, che è invece assente nella lettura.

<sup>112</sup> Sulla disciplina positiva dell'interpretazione, v. soprattutto A. VIGNUPELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino 2011, 178 ss.

<sup>113</sup> Per questa posizione, v. *supra* par. 4 e nota n. 52.

<sup>114</sup> P.K. DICK, *Come costruire un universo che non cada a pezzi dopo due giorni (1978, 1985)*, in ID., *Se vi pare che questo mondo sia brutto*, G. PANNOFINO (a cura di), Milano 2000, 103-104.

istituzione umana (e che, dunque, entrando a far parte di una lingua acquistano un significato *proprio*, perché comunicano una certa cosa, reale o di fantasia, che nella sua quiddità è sempre la stessa per tutti), può effettivamente essere un passo decisivo per giungere a negare non solo la comunicabilità e la conoscibilità della realtà ma anche la sua stessa oggettività, nella quale e sulla quale anche il fenomeno giuridico dovrebbe poggiarsi invece di essere costruito su un debole e assai dubbio soggettivismo volontaristico, del quale la dottrina creazionista, in fondo, mi sembra non essere altro che una particolare espressione<sup>115</sup>.

Scartata questa prima ipotesi, resta in piedi soltanto la possibilità della creazione o della produzione di *altre* norme ovvero di *altri* significati rispetto a quello fatto palese dalle parole, opzione che sorgerebbe in ragione della concreta formulazione della disposizione e quindi a causa della polisemia del linguaggio impiegato o dell'indeterminatezza (*Unbestimmtheit*)<sup>116</sup> del testo, secondo la tesi sposata sia da Longo che da Modugno. Per il primo, in particolare, la norma come creazione giurisprudenziale altro non rappresenterebbe, infatti, che «un complesso di significati ulteriori rispetto a quelli immediatamente percepibili nella disposizione; complesso di significati che ha [appunto] lo scopo di colmare un determinato grado di ambiguità la cui persistenza renderebbe inapplicabile la disposizione stessa»<sup>117</sup>. Quest'operazione d'individuazione di un enunciato «che copre un'area semantica diversa dall'enunciato-disposizione», sciogliendone l'ambivalenza, avrebbe un effetto *thetico* dal momento che sarebbe il giudice a porre il suo contenuto precettivo, scegliendolo tra i vari significati che è possibile attribuire a quella disposizione<sup>118</sup>. Sarebbe, quindi, per questo motivo che

<sup>115</sup> Faccio presente che oggi a causare la messa in discussione di quell'oggettività è, però, soprattutto la (pressoché totale) perdita di consapevolezza dell'importanza e della gravità di ciò che la fonda e la spiega: *la forma degli enti*, così come intesa nell'ambito del realismo moderato proprio della filosofia della sostanza di matrice aristotelica, il cui abbandono ha comportato e continua a comportare non poche conseguenze tanto sul piano filosofico ed epistemologico, quanto sul piano etico e giuridico (si pensi, per esempio, alle intricate e discusse questioni di bioetica, la cui soluzione potrebbe essere illuminata dalle nozioni fondamentali della filosofia della sostanza). A questo riguardo credo che il pensiero del Dottore di Aquino – per il quale, giova ribadirlo, anzitutto *jus est ipsa res justa* (v. T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 57 e Id., *Sententia libri Ethicorum*, Lib. V, lect. XII, n. 1016) – possa mostrare, ancora una volta, la sua ricchezza sia al filosofo del diritto, sia al giurista di professione, perché «come in metafisica egli non [ha] costruito né sull'*io*, né sulla *volontà*, né sul *pensiero*, ma sull'*ente*, così egli [ha basato] la sua concezione giuridica, non sull'*io* del soggetto che afferma la sua *potestà*, né sulla *volontà* o sul pensiero *del legislatore*, concretati nella *legge*, ma sull'*oggettivo ordinamento delle cose*», così G. GRANERIS, *L'amoralità del diritto di fronte alla dottrina di s. Tomaso*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, vol. XXXII, n. 2/3, Milano 1940, 142.

<sup>116</sup> Sul punto, v. soprattutto H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. M.G. LOSANO (a cura di), Torino 1990, 382. In merito al tema dell'interpretazione in Kelsen, v. F. COTTONE, *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in *Analisi e diritto*, P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), 2006, 91 ss.

<sup>117</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 35.

<sup>118</sup> Sul punto, *ivi*, 39 ss. e F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 104 ss. Sulla distinzione tra enunciazioni *thetiche* e non, v. A.G. CONTE, *Regole del linguaggio e linguaggio delle regole*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino 2001, III, 933 ss.

egli non può essere qualificato semplicemente come l'autore di un enunciato «dichiarativo su un dover essere ma [come l'autore di] una proposizione deontica emessa in funzione regolativa», la cui novità consisterebbe essenzialmente nella sua «"alterità" rispetto al contenuto di significato immediatamente percepibile dalla disposizione»<sup>119</sup>. Questa stessa posizione è sostenuta anche da Modugno, il quale precisa che «la norma da applicare (*rectius*, l'enunciato che la rappresenta linguisticamente) costituisce una sorta di "cornice" (*Rahmen*) – nella cui rileva-zione consiste il momento conoscitivo-interpretativo – all'interno della quale è presente un novero di significati possibili [...]» tra i quali il giudice «effettua la propria scelta: ponendo infatti, *a traverso un proprio atto di volontà*, la condizione di validità che rende applicabile l'enunciazione-disposizione originaria, egli estrapola il significato ritenuto meglio rispondente alle sfaccettature del caso concreto, con ciò altro non facendo se non *creare una norma*»<sup>120</sup>.

Ora, mantenendo ferma la distinzione tra creazionismo e nomopoiesi così come l'ho proposta, per capire se la tesi merita accoglimento è anzitutto importante non cadere nell'errore di confondere la *potenza* con il *non-essere*, come invece mi sembra fare chi difende la tesi della natura creatrice e produttrice dell'interpretazione. La potenza infatti – se si guarda con la dovuta attenzione agli studi e alla definizione del suo scopritore, Aristotele – non è il nulla (che è un semplice ente di ragione e, quindi, che non sussiste), ma è quello stato *reale* dell'ente soggetto al divenire che consiste nella sua capacità di agire (potenza attiva) o di ricevere una perfezione (potenza passiva), passando all'atto o per l'intervento di una causa esterna o da sé in quanto altro<sup>121</sup>. Se così e se si suppone la natura attiva dell'azione interpretativa, allora è proprio il riferimento alla possibilità e, quindi, alla nozione di potenza ad attestare che anche gli ulteriori significati sicuramente non sono *creati*, perché quando l'interprete causa il passaggio dal primo significato – che, si badi bene, è *già in atto* nell'istante in cui il soggetto semplicemente legge l'enunciato<sup>122</sup> – agli altri possibili, portandoli volta per volta ad attualità, lo fa sempre a partire dal testo e dalle corrispondenti realtà significate<sup>123</sup>. Voglio dire che la circostanza che spetti al giudice muoversi

<sup>119</sup> A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 42 (corsivi nel testo).

<sup>120</sup> F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 108 ss., dove l'Autore prosegue scrivendo che «all'interno di quel *Rahmen*, costituente il limite esterno del testo, è la posizione di una regola anankastica che permette di sciogliere le ambiguità, ascrivibili alla loro fisiologica *Unbestimmtheit*, delle enunciazioni deontiche rappresentate dalle disposizioni».

<sup>121</sup> Sul punto, ARISTOTELE, *Metafisica*, cit., Libro Theta, 395 ss.; per uno studio introduttivo sull'argomento, C. FERRARO, *Le nozioni di potenza e atto in Aristotele. Breve Prologo*, Roma 2017.

<sup>122</sup> V. *supra* nota n. 111.

<sup>123</sup> Per evitare fraintendimenti preciso che la possibilità è da intendersi come maniera della potenza e che quella dei significati si pone sì sul piano logico, se considerata in riferimento al testo, ma la loro concepibilità è del tutto dipendente dalle *res* significate, le quali – come si vedrà *infra* – sono ciò che, in definitiva, attualizza volta per volta la nostra facoltà conoscitiva: a mio avviso, è questa considerazione ad attestare come, nell'ambito della relazione che lega, per mezzo del testo, il soggetto conoscente all'oggetto conosciuto, entri effettivamente in gioco il rapporto atto-potenza

tra i diversi significati di una disposizione non implica affatto che egli ne sia il creatore, anzi lo esclude proprio perché essi sono sempre *del* testo – nel senso che gli appartengono in proprio – e tratti *dal* testo, fondamento e misura di ogni interpretazione<sup>124</sup>: la sua volontà quindi non li *crea* originariamente poiché per farlo dovrebbe prima creare l'enunciato della disposizione, cosa che giustamente nessuno ammette e che, inoltre, sarebbe in aperto contrasto con l'assetto dei poteri e con la divisione delle funzioni previsti dal nostro diritto costituzionale positivo.

Ciò mi sembra lasci emergere una contraddizione nell'affermazione di Modugno sopra riportata, poiché non si capisce come sia possibile, allo stesso tempo e sotto il medesimo rispetto, considerare i significati presenti nella "cornice", dire che il giudice «estrapol[i] il significato ritenuto meglio rispondente alle sfaccettature del caso concreto» e concludere che sia egli stesso a porlo creando la norma<sup>125</sup>: la *posizione* e la *creazione*, infatti, implicano l'assenza della norma-si-

e a spiegare come la semplice possibilità trovi la sua ragione nell'ente significato, preso nell'universalità del suo principio eidetico (che è la forma – εἶδος – della cosa in quanto esistente nel soggetto, *principium cognitionis* della cosa stessa). In sostanza, voglio dire che è la possibilità logica a fondarsi sulla realtà (extra-mentale) e non la realtà sulla possibilità logica: e come l'oggetto conoscibile diventa conosciuto in atto nel momento in cui cade, in virtù della sua attualità, sotto l'apprensione del nostro intelletto, così il significato possibile – che è quello virtualmente contenuto nel testo – diventa significato attuale quando la *species* della realtà significata illumina la nostra facoltà (specie che, a ben vedere, è presente in noi in quanto già *appresa*, non essendo possibile *comprendere* i significati di un testo senza avere prima conosciuto le realtà corrispondenti).

<sup>124</sup> Purtroppo non è questa la sede opportuna per farlo, ma per comprendere la centralità del testo nell'attività interpretativa sarebbe interessante soffermarsi, *mutatis mutandis*, sul primato della lettera nell'ambito dell'esegesi biblica. La regola fondamentale per cogliere i diversi sensi della Sacra Scrittura – *littera gesta docet, quid credas allegoria, moralis quid agas, quo tendas anagogia* – fa ben comprendere, infatti, come il senso allegorico, quello morale (o tropologico) e quello anagogico, che insieme costituiscono i sensi spirituali, riposino tutti sul significato letterale. In particolare, secondo il Dottore comune «illa ergo prima significatio, *qua voces significant res*, pertinet ad primum sensum, qui est sensus historicus vel litteralis. Illa vero significatio qua res significatae per voces, iterum res alias significant, dicitur sensus spiritualis; *qui super litteralem fundatur, et eum supponit*» (corsivi miei), così T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, I, q. 1, a. 10 co. La stessa Pontificia commissione biblica, intervenendo sul tema, ha precisato che «il senso spirituale non può mai essere privato dei rapporti con il senso letterale che ne rimane la base indispensabile», così PONT. COMM. BIBLICA, *L'interpretazione della Bibbia nella Chiesa*, 1993, II, § B.2. Sull'importanza dell'interpretazione letterale in ambito giuridico, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 434-435, per il quale «il testo, [...] in quanto suo oggetto, definisce ogni possibile perimetro dell'attività ermeneutica, sicché il metodo di interpretazione letterale, lungi dall'essere "primitivo", come azzardato dalla nostra Corte costituzionale, è "primario", nel senso che – come opportunamente prescrive l'art. 12 disp. prel. indicando una scala che non è affatto "rovesciabile" – viene logicamente prima degli altri e ne condiziona l'operatività», ivi compresa quella della stessa interpretazione conforme a Costituzione in quanto, com'è stato giustamente osservato, quel criterio costituisce, «nell'ottica del giudice rimettente, l'elemento che legittimamente e in maniera decisiva concorre a svelare la plausibilità dell'interpretazione che si espone, e che pure si vuole eliminare dall'ordinamento, unitamente alla norma che la impone, mediante il necessario intervento della Corte», così G. ZAMPETTI, *Interpretazione conforme a Costituzione sostenuta dal «diritto vivente» e tipologia decisoria della Corte: questioni irrisolte nel giudizio incidentale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. III/2020, 1387-1388.

<sup>125</sup> V. F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 108 ss.

gnificato, mentre l'*estrapolazione* – cui l'Autore fa riferimento – ne implica la presenza. È qui che, a mio avviso, si nota meglio la confusione tra la *potenza* e il *non-essere*, perché solo considerando la prima come *niente* si può logicamente concludere per la natura *creativa* dell'interpretazione. In sostanza, delle due l'una: o i significati *sono presenti ed estrapolati* e quindi *non sono posti né creati*, o *non sono presenti né estrapolati* e quindi *sono posti e creati*, ma quel che è certo è che non possano essere insieme presenti e assenti, estrapolati e creati. Allo stesso modo non si comprende neppure la ragione per la quale solo il momento della rilevazione del *Rahmen* debba consistere in un atto conoscitivo-interpretativo, mentre quello relativo al suo contenuto (*i.e.* i significati) debba risolversi in un puro e originario atto di volontà, se tanto quella quanto questo sono "presenti": se lo sono, in effetti, non possono che preesistere *entrambi* all'interprete e, quindi, essere *entrambi* oggetto della sua conoscenza. Tutto ciò mi sembra attestato con sufficiente chiarezza che, lungi dall'essere esclusa da chi sostiene la natura cognitiva dell'interpretazione, la *Willesfunktion* – per riprendere l'espressione di Adolf Merkl impiegata dallo stesso Modugno<sup>126</sup> – non vada riferita alla posizione del contenuto da parte del giudice, come vorrebbe l'Autore, ma solamente all'elezione del significato da seguire tra i vari plausibili.

Sgombrata così dal campo la possibilità di una vera e propria *creazione* degli ulteriori significati (*recte*, norme) da parte dell'interprete, resta da vedere se questi possano essere da lui almeno *prodotti* (ecco la *nomo-poiesis*). Si tratta, in fondo, dell'altra "faccia" dell'argomento appena visto, cioè quello per il quale si è detto che le norme sono già nella disposizione a titolo potenziale, perché dove c'è un rapporto di atto e potenza c'è una qualche forma di produzione. In particolare, si deve tenere presente che ogni tipo di produzione – anche quella che avviene per arte (*τέχνη*) e non per natura – richiede: (*i*) qualcosa che funga da principio, l'*id ex quo*; (*ii*) qualcuno che produca; (*iii*) il prodotto, cioè il fine dell'azione. Nel nostro caso si potrebbe, quindi, sostenere che la disposizione sia l'*id ex quo*, che il giudice sia il soggetto interprete e che la norma, come significato, sia ciò che viene ottenuto mediante l'interpretazione: così il giudice, agendo sul principio materiale dell'enunciato precettivo, produrrebbe il precetto e ciò varrebbe a confermare la bontà della distinzione crisafulliana almeno sotto questo profilo.

Tuttavia, a me sembra che nemmeno in questo caso la dicotomia possa essere accolta perché, da un lato, la ricostruzione si scontra con l'argomento in base al quale si è detto che (tutti) i significati, in quanto oggetto formale della comunicazione che avviene per mezzo delle parole, precedono e non seguono la formulazione del testo,<sup>127</sup> dall'altro obbliga a sostenere: (*i*) o che la disposizione e

<sup>126</sup> V. *ivi*, 109 e A. MERKL, *Zum Interpretationsproblem*, 1916, ora in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, C. GERACI (a cura di), Milano 1987, 266 ss.

<sup>127</sup> In questo senso, v. *supra* par. 5.1.

la norma possano esistere come entità separate, che è la tesi sposata da Crisafulli<sup>128</sup>; (ii) o che la disposizione, una volta interpretata, cessi di essere tale e diventi la norma. Nella prima eventualità la norma-prodotto dovrebbe oggettivarsi, ma ciò si è visto essere impedito sia dal fatto che la distinzione tra significante e significato nel segno è di semplice ragione e da una simile distinzione mai può derivarne una reale, sia dal fatto che nessun significato può cogliersi indipendentemente dal significante: è quindi per questi motivi che nessuna norma può essere prodotta in tal senso. Nella seconda ipotesi, invece, non si riuscirebbe a spiegare come sia possibile che la norma torni a essere ciò che era prima, posto che per essere applicata in un altro giudizio dovrebbe offrirsi all'interpretazione di un altro giudice e, quindi, tornare a essere disposizione. In virtù di cosa, infatti, si avrebbe il mutamento inverso? In virtù della stessa norma? È impossibile, perché nessun effetto può produrre la sua causa. Allora in virtù dello stesso giudice? Anche questo non è possibile perché: (i) mancherebbe l'atto nel quale rinvenire il passaggio dalla norma alla disposizione; (ii) per farlo si dovrebbe interpretare la norma-prodotto e questo genererebbe non una disposizione ma un'ulteriore norma(-prodotto), rendendo con ciò definitivo il primo mutamento. In sostanza, l'unico modo in cui la disposizione può continuare a darsi come tale è che la norma si oggettivi e se ne separi, cosa che abbiamo appena visto però non essere ammissibile.

Si conferma in questo modo quanto scritto in precedenza: tutti i significati di un enunciato sono posti dal soggetto autore di quell'enunciato e certamente non da colui al quale è destinato, che nel caso del giudice è solamente chiamato ad applicarlo per quello che comunica. Con ciò ritengo di aver dimostrato che in nessun modo – né come creazione, né come produzione – l'interpretazione può essere intesa quale attività di posizione del significato da parte dell'interprete<sup>129</sup> e che, anche per questi motivi, la norma per come intesa da Crisafulli non è opera del giudice.

7. *Conclusioni.* – Questo lavoro non sarebbe completo se fosse limitato alla confutazione delle posizioni espresse da parte di una certa dottrina, motivo per il quale bisogna ora vedere quali sono le soluzioni che s'impongono. Devo inoltre ricordare che è rimasta aperta la questione del rapporto tra la motivazione e il dispositivo nella sentenza per come posta soprattutto da Longo, sulla quale potrò però soffermarmi solo dopo aver chiarito il mio pensiero circa i temi fondamentali trattati fin qui.

<sup>128</sup> Sul punto, v. *supra* par. 2.

<sup>129</sup> Come giustamente osservato, gli enunciati che compongono la legge «sono [quindi] norme in virtù del fatto che sono contenuti nella legge e, di conseguenza, non può essere l'interpretazione a renderle tali. Tanto che, se non fossero contenute nella legge, non sarebbero mai norme, neanche dopo l'interpretazione, da chiunque effettuata», così M. LAZE, *op. cit.*, 85 del dattiloscritto.



Ebbene, a proposito della distinzione tra disposizione e norma credo di essermi già sufficientemente spiegato nel corso dei paragrafi precedenti, sostenendo che quella distinzione è concettuale *quoad nos* ma che *quoad se* la disposizione è la norma. Quanto all'azione interpretativa, invece, a mio parere la risposta è che essa – sul piano teorico<sup>130</sup> – non consista in un'azione *ad extra* ma in un'azione *ad intra*: infatti, non terminando in un prodotto esterno, non esplicandosi in un *facere* in senso materiale, non essendo transitiva, l'interpretazione non può che essere un'azione immanente, interna al soggetto e quindi *tutta intellettuale*, che si esercita sui significati del testo che li esprime. Rispetto a quest'operazione la volontà interviene solo a monte e a valle, cioè quando, dopo aver letto il testo, il soggetto *decide* d'interpretare il segno e quando, dopo le diverse interpretazioni, *elegge* – nel caso del giudice, secondo l'ordine dei criteri stabiliti dall'ordinamento – il significato da seguire tra quelli conosciuti, senza che ciò voglia dire riconoscere effetto *thetico* all'azione da lui compiuta perché la scelta del significato da seguire – che certamente è un atto che appartiene alla facoltà volitiva – presuppone la conoscenza dei suoi termini (*i.e.* dei significati del testo) e quindi mai potrà essere «*posizione del contenuto*»<sup>131</sup> da parte dell'interprete. A mio avviso, sul piano più strettamente dottrinale (vale a dire prescrittivo)<sup>132</sup>, è in questo senso che la distinzione di Guastini tra interpretazione *cognitiva* e interpretazione *decisoria standard* può essere mantenuta ferma, mentre andrebbe esclusa l'interpretazione *decisoria creativa*<sup>133</sup> proprio perché la natura dell'interpretazione non consiste nella *posizione* del significato ma nella sua *conoscenza* e il suo fine non è il significato *in quanto posto* ma il significato *in quanto conosciuto*<sup>134</sup>; anzi, è esattamente quando il giudice-interprete trasforma l'operazione conoscitiva in un'operazione *lato sensu* produttrice, invadendo con la volontà un

<sup>130</sup> Secondo Dogliani «va precisato che i modi di concepire l'interpretazione [...] possono essere teorie o dottrine (o dottrine travestite da teorie). Sono teorie se mirano a *descrivere* ciò che l'interpretazione è, e dunque ciò che gli interpreti fanno. Sono dottrine se mirano a *prescrivere* ciò che l'interpretazione dovrebbe essere, e dunque ciò che gli interpreti dovrebbero fare. Sono dottrine travestite da teorie se fingono di descrivere ciò che l'interpretazione è, e ciò che gli interpreti fanno, ma in realtà prescrivono ciò che l'interpretazione dovrebbe essere, e ciò che gli interpreti dovrebbero fare», così M. DOGLIANI, *Interpretazione (ad vocem)*, cit., 3182 (corsivi miei).

<sup>131</sup> Così, F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 105.

<sup>132</sup> V. *supra* nota n. 130.

<sup>133</sup> Sulla distinzione di Guastini, v. R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., 5 ss. Sul medesimo argomento, v. G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, fasc. I/2013, 77 ss. In effetti, è lo stesso Modugno a riconoscere che la distinzione tra disposizione e norma, «fatalmente, verrebbe meno ritenendo l'interpretazione un'attività conoscitiva», in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 76.

<sup>134</sup> A tal proposito faccio notare che, secondo una certa ricostruzione, la stessa etimologia della parola *interprete* rimanderebbe alla conoscenza, essendo composta dalla particella *inter* e dalla radice *\*prat/pret*, che ha appunto il significato di *far conoscere*: l'interprete, quindi, altri non sarebbe che colui il quale, ponendosi come medio tra (*inter*) il testo e le realtà da esso indicate, svela, dopo averli appresi, i diversi significati. Secondo un'altra tesi, invece, si tratterebbe della radice *\*pra*, che ha sia il senso di *negoziare*, sia quello più ampio di *mediare*, restando dunque impregiudicata la funzione di mediatore propria dell'interprete. Sul punto, v. O. PIANIGIANI, *Interprete (ad vocem)*, in *Vocabolario*



campo che è riservato all'intelletto, che si ottiene un'interpretazione sbagliata, la quale infatti altro non è che *la posizione di un significato che in realtà non c'è*.

Ma dal momento che si tratta di una forma di apprendimento dei significati di un testo (ulteriori, come detto, a quello immediato colto con la lettura), di un'azione pertanto *passiva*, come spiegare il passaggio dalla possibilità di voler dire qualcosa all'attualità del significato? Ebbene, poiché la lettera è soltanto *ciò per mezzo di cui* si rendono noti e si colgono i significati, mi pare che la spiegazione di quel passaggio non possa essere rintracciata sul piano del testo, come se fosse questo a mutare di senso in virtù di se stesso o di se stesso in quanto altro: da un lato perché niente può essere al contempo e sotto il medesimo rispetto in atto e in potenza, dall'altro perché niente nel testo può determinare una cosa simile. La spiegazione deve essere ricercata quindi su un piano diverso, quale potrebbe essere quello dei concetti (significati) e – di riflesso – delle *res* che essi rappresentano, anche perché, in effetti, è *l'id quod* (cioè il concetto) e non *l'id quo* a essere ciò che muove e che attualizza la nostra facoltà intellettiva nell'interpretazione dopo la percezione sensibile del testo. L'azione interpretativa si risolve, infatti, in un patire, in un subire l'azione di quanto contenuto virtualmente nel segno: quando interpretiamo non poniamo attivamente alcunché, ma riceviamo in noi i concetti significati e dato che è il testo a dire *qualcosa* a chi interpreta e non il contrario, è la *qual-cosa* a determinarne il senso, essa che è tanto l'oggetto formale della comunicazione da parte dell'autore quanto quello della conoscenza da parte dell'interprete. Tutto ciò però, a ben vedere, non consente di spiegare la ragione del suddetto passaggio per il fatto che tra i concetti, le cose di cui essi sono la similitudine mentale e il testo non s'instaura alcun tipo di "contatto" reale che possa causare quel movimento.

Se così, cioè se il passaggio dal "*può voler dire*" al "*vuole dire*" non si realizza mediante un mutamento del testo impresso dall'interprete, né da se stesso o da se stesso in quanto altro, né dai concetti o dalle cose, allora la sua spiegazione non può che essere ricercata sul piano della nostra potenza conoscitiva, la quale bisogna ricordare che per sua natura si compie nel divenire. Ed ecco, a mio parere, offrirsi la risposta: quel passaggio si dà semplicemente perché le cose significate si offrono a noi singolarmente e in momenti successivi, causando volta per volta l'azione della nostra facoltà e facendo subire all'intelletto tanti movimenti quanti sono i significati plausibili. In altre parole, il movimento dalla possibilità all'attualità del significato è semplicemente legato alla temporalità del nostro conoscere nel senso che un testo *può voler dire* qualcosa quando il concetto espresso non è presente nella nostra mente ma lo è nel segno come suo significato, mentre *vuol dire* qualcosa quando è presente nell'una e nell'altro ovvero quando si realizza l'*apprehensio* del significato nell'identità di conoscente e

conosciuto, secondo l'importante intuizione aristotelica<sup>135</sup>. In pratica, è come se fossimo davanti a un quadro più o meno ricco di informazioni: la vista d'insieme (che possiamo paragonare alla semplice lettura del testo) ci offre certamente un significato generale, ma è solo focalizzando lo sguardo su ogni singola parte che riusciamo sempre più a penetrare nel dipinto e a scoprirne i sensi più reconditi, riuscendo infine a ricostruire quanto il pittore ha voluto comunicare. E come lo studio di un quadro si realizza tramite una serie d'impressioni successive delle immagini viste con gli occhi e di apprensione dei significati che queste comunicano, così analogamente l'analisi di un testo si compie mediante la sua percezione sensibile e le diverse modificazioni dell'intelletto dovute a tutti i possibili concetti che le parole esprimono. Questo mio ragionamento, in fondo, non fa altro che riflettere il carattere *intenzionale* della conoscenza, la quale rinvia necessariamente a qualcosa di distinto da sé cui è sempre relativa, nel nostro caso alla norma di legge e ai suoi significati: «*intentio, sicut ipsum nomen sonat, significat in aliquid tendere*»<sup>136</sup>.

È solo in un secondo momento che l'azione del giudice – che non è più quella interpretativa, ma quella del giudizio – si realizza verso l'esterno e trova il suo compimento nella decisione quale prodotto finale, atto del quale egli è certamente l'autore. In effetti, la natura razionale del nostro intelletto esige che dopo l'azione conoscitiva dei significati di un testo, una volta eletto quello da seguire, intervenga un *giudizio* che (ri)componga in unità ciò che con la semplice apprensione era stato (solo) concettualmente diviso: il significato e il testo, cioè la realtà conosciuta. Ed è in quest'ultimo atto, il quale nel nostro caso trova nella motivazione della sentenza la sua manifestazione esterna,<sup>137</sup> che si presenta il problema della *correttezza* dell'interpretazione, correttezza che potrà aversi soltanto nell'*adeguazione dell'intelletto alla cosa* da esso espressa, ciò in cui consiste appunto la verità o, meglio, ciò in cui «*si realizza formalmente la natura del vero*»<sup>138</sup>. Solo se l'interprete, individuando il significato proprio delle parole, anche alla luce dell'intenzione del loro autore, comporrà ciò che nella realtà è unito (*i.e.* la norma col suo significato) o dividerà, nel caso in cui escluda una certa interpretazione, ciò che nella realtà è separato (*i.e.* la norma da un significato che non le appartiene), il suo giudizio sarà vero e la sua interpretazione corretta. Se, invece, *darà al testo un significato che non ha e che non corrisponde alle intenzioni dell'autore*,<sup>139</sup> allora egli comporrà ciò che nella realtà è dis-unito

<sup>135</sup> Sull'identità tra la conoscenza in atto e l'oggetto in Aristotele, v. soprattutto ARISTOTELE, *L'anima*, cit., 219 e 223.

<sup>136</sup> T. D'AQUINO, *Summa theologiae*, I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 12, a. 1, resp. (corsivi miei).

<sup>137</sup> Come giustamente scritto da Luciani, «*“sentenza” non viene certo da “sentimento” [...], ma da se “sentio”*. E “*sentio*” sta a indicare sia il percepire che il pensare che l'intendere. Attività che non implicano la messa in campo della tavolozza dei valori nei quali personalmente ci si riconosce», così M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 23.

<sup>138</sup> Così, T. D'AQUINO, *Sulla verità*, cit., q. 1, a. 1, resp., 121.

<sup>139</sup> Impiego “*intenzione*” nel senso forte della parola latina *intentio*, che nell'ambito della filo-

(e dividerà implicitamente o esplicitamente ciò che nella realtà è unito, *i.e.* la norma dal suo significato) e così il suo giudizio sarà falso, perché *non adeguato* alla realtà, la sua interpretazione sbagliata. È in questo che consta l'*adaequatio rei et intellectus* in ambito ermeneutico e non certo nella «*verità come corrispondenza ai fatti*»<sup>140</sup>, come forse un po' troppo frettolosamente ritenuto da Longo. Stando così le cose, nell'interpretazione (specie in quella giuridica) non dovrebbe esserci alcuno spazio per i *giudizi di valore*,<sup>141</sup> i quali, quando vi si insinuano, non fanno altro che realizzare quella pericolosa trasformazione della quale ho parlato, soprattutto se posti come «*primo motore*»<sup>142</sup>: l'azione interpretativa del giudice, infatti, si eserciterebbe *ad extra* perché il soggetto non muoverebbe più dalla realtà dell'oggetto (conosciuto) ma dalla sua volontà, realizzando con ciò una vera e propria *torsione del diritto oggettivo verso l'immanenza*.

Sulla base di quanto scritto, diventa ora finalmente possibile affrontare anche il delicato problema del rapporto tra la motivazione e il dispositivo nella sentenza (*recte*, il rapporto tra le loro rispettive nature), per come sollevato da Longo e da Modugno in ragione dell'asserita valenza *thetica* dell'interpre-

sofia medioevale ha un significato sia sul piano della facoltà intellettuale, sia sul piano della facoltà volitiva. In particolare, nel primo caso essa è detta *intentio intellecta* ed è «*id quod intellectus in seipso concipit de re intellecta*» ovvero «*quaedam similitudo concepta in intellectu de re intellecta, quam voces exteriores significant; unde et ipsa intentio "verbum interius" nominatur*», così ID., *La Somma contro i Gentili*, cit., 68 (corsivi miei); sul punto, v. anche *supra* nota n. 84. Nel secondo caso, invece, «*intentio nominat actum voluntatis, praesupposita ordinatione rationis ordinantis aliquid in finem*» ed è, quindi, «*actus voluntatis respectu finis*», *fine considerato* «*secundum quod est terminus alicuius quod in ipsum ordinatur*», così ID., *Summa theologiae*, I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 12, a. 1, ad. 3 e ad. 4. Mantene-  
ndo questa duplice accezione, è possibile allora riferirsi alle intenzioni del legislatore per indicare tanto i concetti significati ed espressi dalla legge, quanto il rapporto della legge al fine.

<sup>140</sup> A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 64. La *res* della nota formula dell'*adaequatio rei et intellectus* non è certamente il semplice *factum*, ma qualcosa di ben più profondo: si tratta di uno dei trascendentali della filosofia dell'essere classica e medioevale. In particolare, «*l'expression recouvre un transcendental ou propriété de l'étant qui signifie que cet étant est une réalité, un hoc aliquid, une réalité dont on peut affirmer qu'elle est telle par son essence selon laquelle un étant est dit exister. [...] Res explicite dans l'ens l'aspect par lequel il a une essence ou proportion d'esse*», così P.M. MARGELIDON, Y. FLOUCAT, *Res (ad vocem)*, in *Dictionnaire de philosophie et de théologie thomistes*, Les Plans sur Bex 2016 (X ed.), 448. Sul punto, v. soprattutto T. D'AQUINO, *Sulla verità*, cit., q. 1, a. 1, resp., dove si coglie bene il significato di *res* rispetto alla verità; ID., *Scriptum super Sententias*, II, d. 37, q. 1, a. 1 e ID., *Summa theologiae*, I, q. 39, a. 3, ad. 3.

<sup>141</sup> Il motto *quot capita tot sententiae*, contrariamente a quanto ritenuto da Longo, non andrebbe quindi letto in chiave assiologica, trattandosi piuttosto di quel principio tecnico-giuridico per il quale: (i) le sentenze nei processi cumulati sono formalmente uniche ma sostanzialmente plurime; (ii) ogni autonomo *capo* di sentenza costituisce una decisione ai fini delle impugnazioni. V. A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 33. Con ciò si vuole sostanzialmente dire che «*[n]on spetta in ogni caso al giudice formulare valutazioni di "politica del diritto" o fare in modo che queste si impongano autonomamente; il giudice deve guardarsi da questo tipo di libertà valutativa quale sua occasio proxima, poiché parte da qualcosa che è già stabilito, anche se viene fatto oggetto di interpretazione*», così C. SCHMITT, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, E. CASTRUCCI (a cura di), Milano 2016, 129-131.

<sup>142</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 83.

tazione-processo e dell'interpretazione-prodotto<sup>143</sup>. Il difetto della loro critica alla posizione espressa da Luciani e in generale da chi considera la motivazione come meramente descrittiva sta, a mio parere, nel non aver prestato la dovuta attenzione al fatto che il rapporto tra parte dispositiva e parte motiva nell'unità dell'atto che le contiene non deve essere spiegato mediante la causalità reale, come se l'una fosse l'*effetto* dell'altra, ma mediante quella logica, cioè come se l'una fosse la *conseguenza* di quanto descritto nell'altra (anche in questo caso, come in quello tra *significante* e *significato*, mi sembra quindi esserci una certa confusione tra i due piani). In effetti, dal riconoscimento della natura cognitiva dell'interpretazione e di quella dichiarativa della motivazione non discende automaticamente la messa in discussione della deonticità del dispositivo, poiché non vi è alcun contrasto con la "legge di Hume" nel dire che la sentenza ha una parte dichiarativa e una parte prescrittiva *se non si pone tra loro un rapporto reale di causa ed effetto*. E che questo tipo di rapporto debba essere negato lo prova il fatto che nella motivazione il giudice non pone alcuna regola, ma si limita a descrivere e a spiegare quanto *ritenuto in fatto e in diritto* ed è prodromico alla statuizione finale (non a caso introdotta dalla formula "per questi motivi – P. Q.M."): in pratica, dalla prospettiva cognitivista quella è il luogo della sentenza nel quale si dà esteriormente conto di quanto è stato oggetto di conoscenza e di giudizio (qui inteso come operazione dell'intelletto che compone e divide) ed è questa funzione espositiva a escluderne il carattere deontico, non potendosi in effetti dare «*applicazione a un enunciato descrittivo*»<sup>144</sup>. È quindi l'assenza di questo carattere a imporre di scartare la possibilità che sia la motivazione a causare il dispositivo, perché la natura di un effetto dipende sempre dalla natura della sua causa e se questa non è deontica allora neppure quello potrà esserlo (se lo fosse, la sua deonticità sarebbe incausata e ciò non è sostenibile). Ma dato che un legame tra le due parti indubbiamente esiste, l'unica via percorribile è presentare la motivazione come la premessa argomentativa o la «base giustificativa»<sup>145</sup> di quel particolare segno attraverso cui il giudice palesa la propria decisione quale atto definitivo della sua volontà: il dispositivo, cosa che rende possibile tenere ferma la diversità delle rispettive nature. Se così però, cioè se il rapporto tra le due parti all'interno della sentenza è soltanto logico, da dove proviene la deonticità della parte dispositiva? Può venire unicamente dal rapporto che essa instaura con il diritto oggettivo e in particolare con la norma di legge di cui è l'applicazione particolare: quando infatti Tizio viene condannato a risarcire Mevio per il danno da questi subito a causa di un inadempimento dell'obbligo contrattuale che li legava è *perché la norma di legge lo stabilisce*; quando Caio viene condannato alla reclusione per aver commesso un delitto è sempre *perché la norma di legge*

<sup>143</sup> Sul punto, v. *supra* par. 4.

<sup>144</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 73 (corsivi nel testo).

<sup>145</sup> *Ibidem*.

lo prevede. Dunque, chi afferma la natura descrittiva della motivazione non per forza fa discendere la natura deontica del dispositivo da ciò che deontico non è, violando con ciò la regola humeana, ma la ricava da quella certamente deontica della norma generale e astratta posta dal legislatore e contenuta nella legge, della quale esso è la materiale individuazione e “concretizzazione”<sup>146</sup>: solo in questo senso diventa vero dire che il dispositivo non applica la motivazione, ma la norma<sup>147</sup>. Dopotutto, è Longo a riconoscere che la dottrina avversa «risponderebbe, probabilmente, che il dispositivo applica la disposizione», ma secondo l'Autore questo «appare insostenibile se si assume che la norma di creazione giurisprudenziale rappresenta un complesso di enunciati significativamente ulteriori e funzionalmente risolutivi rispetto alla indeterminatezza contenuta nella disposizione»<sup>148</sup>. Ed effettivamente, se si assume questa posizione, la conclusione è senz'altro coerente, ma se si prova – come spero di aver fatto – che tra norma e disposizione non c'è differenza e quindi si nega il potere nomopoietico del giudice, allora non solo quella conclusione si dimostra sbagliata ma diventa vero dire che il dispositivo applica la disposizione e, in forza di questo, che i due condividano la stessa natura deontica.

In conclusione, ritengo siano queste le ragioni per le quali erra chi sostiene che sia il giudice a creare o a produrre la norma ed è nel vero chi, invece, afferma che gli preesiste, che l'interpretazione è un'operazione di natura prettamente cognitiva e, di riflesso, che la nozione di *errore di diritto*, ben lungi dall'essere solo «il frutto di una sorta di astrazione illuministica nel concepire il diritto»,

<sup>146</sup> La parola “concretizzazione” è presa da S. Foderaro, per il quale «attraverso un processo di astrazione la norma si generalizza; mentre, attraverso un procedimento inverso (che potrebbe appunto dirsi di *concretizzazione*) la norma generale *si attua nei singoli casi*» (corsivi miei); v. S. FODERARO, op. cit., 146. Lo stesso concetto può essere espresso anche dicendo che la deonticità della parte dispositiva della sentenza si spiega nei termini di una *partecipazione* alla natura deontica della norma universale contenuta nella legge e della quale costituisce l'applicazione particolare. Viene qui in soccorso la dottrina di san Tommaso d'Aquino, il quale ha fatto della partecipazione uno dei cardini della sua filosofia. In particolare, la *participatio* è il nome che l'Angelico dà al principio di causalità: il partecipato infatti è la causa, mentre il partecipante è l'effetto. Ma la nozione va più in profondità rispetto al concetto di causalità inteso in senso aristotelico, perché essa illumina sia la similitudine qualitativa dell'effetto con la sua causa, sia la loro differenza dovuta al fatto che l'effetto può possedere solo una parte della realtà della causa («quando qualcosa riceve in modo particolare ciò che ad un altro appartiene universalmente, si dice appunto che partecipa a quello», così T. D'AQUINO, *Comento al De Ebdomadibus*, C. PANDOLFI (a cura di), Bologna 1997, 268). Applicando questa nozione alla questione che ci interessa è possibile scorgere come sia proprio la *partecipazione* a far capire in che senso la *qualità* deontica della norma sia posseduta anche dal dispositivo della sentenza e perché questo ne possieda solo una parte: come la norma di legge è regola giuridica universale con valenza *erga omnes* (ecco il partecipato), così il dispositivo è regola giuridica particolare con valenza *inter partes* (ecco il partecipante). Dopotutto, questa lettura mi sembra trovi implicito riscontro lì dove l'Aquinate definisce le sentenze come “*applicationem legum communium ad aliqua particularia facta*” e dove spiega che la legge è un giudizio astratto (quindi universale) del legislatore riguardante cose future, mentre la sentenza è un giudizio concreto (quindi particolare) del giudice riguardante cose presenti; v. Id., *Summa theologiae*, I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 1, ad. 2 e q. 96, a. 1, ad. 1 (corsivi miei).

<sup>147</sup> Sul punto, v. *supra* par. 4.

<sup>148</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 73 (corsivi nel testo).

dall'essere «ancorata a dogmi vetero-positivistici»<sup>149</sup>, dall'essere semplice «incoerenza con lo stato attuale dell'ordinamento» e «proiezione dell'intero sistema giuridico»<sup>150</sup>, è un vizio della facoltà intellettuale che si realizza nell'atto di conoscere e giudicare uno specifico oggetto extra-mentale: la norma. A quest'ultimo proposito va detto che la riduzione dell'errore di diritto a semplice incoerenza con l'ordinamento attuale non è affatto casuale, ma dipende proprio dall'idea che sia il giudice a porre il precetto oltreché dalla visione filosofica sposata dagli Autori. Infatti, quanto al primo aspetto, accettare che la norma di diritto non esista prima della sua attività e che, al contrario, costituisca il risultato dell'azione interpretativa, obbliga a concludere che l'*error juris* nell'interpretazione non si dia per il contrasto tra la sentenza e il diritto *in quanto posto dal legislatore*, ma per il contrasto tra la sentenza e il diritto *in quanto posto dal giudice* e quindi, in definitiva, per il contrasto con l'ordinamento non per come stabilito dall'organo rappresentativo, ma per come prodotto dalla giurisprudenza. Sul piano più strettamente teorico, ciò accade perché – veniamo così al secondo aspetto – si ritiene che l'ordinamento sia hegelianamente un unico “sistema”<sup>151</sup>, un'unica realtà in costante divenire, una “totalità dinamica” che si attua dialetticamente fino alla sentenza quale ultimo momento di produzione del diritto, secondo la ben nota teoria di Hans Kelsen<sup>152</sup>. Ma proprio perché ogni momento contribuisce

<sup>149</sup> F. MODUGNO, *Contro la negazione*, cit., 121. Dopotutto, che l'errore di diritto non sia ciò che dice l'Autore lo dimostra la presenza della nozione già nel diritto romano e nel diritto canonico, diversa da quella dell'*error facti*, come giustamente osservato da Luciani; sul punto, v. M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., 21.

<sup>150</sup> Così, A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 85; sul punto, v. anche *supra* par. 4.

<sup>151</sup> Parla di *sistema* anche Longo in A. LONGO, *L'immobile freccia*, cit., 58 e 85. A questo proposito, mi limito a far notare come oggi sia ampiamente invalso l'uso di presentare l'ordinamento come un *sistema*, termine – tipicamente hegeliano – capace di esaltare la dimensione logico-formale del diritto e di oscurare il problema del suo contenuto. Una delle definizioni più interessanti sull'ordinamento come “sistema normativo” è sicuramente quella di J.M.P. Bermejo, il quale definisce «“sistema” un insieme specifico (*diferenciado*) di elementi correlati tra loro mediante una serie di relazioni logiche che forniscono all'insieme un ordine e una struttura. Riguardo ai sistemi normativi, questa definizione può specificarsi secondo il tipo di elementi da cui essi sono composti: un sistema normativo è un insieme specifico di norme correlate tra loro mediante una serie di relazioni logiche e strutturali», in J.M.P. BERMEJO, *Alcune osservazioni sul valore della coerenza nei sistemi giuridici*, in *Diritto e questioni pubbliche*, fasc. VII/2007, 44. V'è da dire, però, che l'impiego di questo termine sarebbe fortemente ridimensionato se si guardasse all'ordinamento e al fenomeno giuridico nel suo complesso dalla prospettiva del realismo moderato proprio di una filosofia del diritto saldamente ancorata sull'ente e sulle sue proprietà (e che nulla ha da spartire con le varie correnti che rientrano nel cosiddetto “realismo giuridico”; sugli interessanti rapporti tra questo tipo di realismo, la distinzione tra disposizione e norma e il problema dell'interpretazione, v. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962; R. GUASTINI, *Il realismo giuridico ridefinito*, in *Revus*, fasc. XIX/2013, 97 ss.; G. TERRANOVA, *Il ragionamento giuridico*, Milano 2021). Per una simile prospettiva, v. soprattutto I. GRANERIS, *Philosophia iuris*, cit., per il quale «[s]ub nomine realismi ponimus doctrinas quae *fundamentum et centrum ordinis iuridici quaerunt in ipsa re*, de qua nunc locuti sumus» (85, corsivi miei).

<sup>152</sup> Si tenga presente che per Kelsen l'interpretazione è quel «procedimento spirituale che accompagna il *processo di produzione del diritto* nel nuovo sviluppo da un grado superiore ad uno inferiore regolato da quello superiore», così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, R. TREVES (a cura di), Torino 1956, 92 (corsivi miei).



alla vita del tutto costituendo applicazione di quello precedente e produzione di quello successivo, le parti di questo tutto che è l'ordinamento non possono essere giudicate tra loro secondo un criterio veritativo quando il parametro col quale giudicare il prodotto è il prodotto stesso, cioè quando *misura e misurato* coincidono nelle loro nature. Come potrebbe darsi nelle sentenze errore di diritto nell'interpretazione se sono le sentenze a porre il diritto mediante l'interpretazione? C'è solo un modo ed è quello indicato da Longo: è possibile soltanto in termini di *in-coerenza* tra il diritto per come prodotto dalla singola sentenza – che entra a far parte del tutto – e lo stato attuale dell'ordinamento complessivo per come prodotto dalla giurisprudenza. È questa l'unica via di fuga, se non si vuole cadere nel paradosso fatto notare da Luciani e ammettere che l'errore di diritto nell'interpretazione non c'è. Basta, però, dimostrare che l'interpretazione ha natura conoscitiva, che in questo caso il diritto è la disposizione e che *la disposizione è la norma* per far crollare il “castello” e ridare piena consistenza all'*error juris*, cosa che con il presente lavoro mi auguro di aver compiuto: in definitiva, solo mantenendo uno scarto *reale* (e non semplicemente logico) tra il momento della *produzione* e quello dell'*applicazione* del diritto<sup>153</sup>, riconoscendo che sono operazioni separate appartenenti a soggetti (istituzionalmente) diversi, è possibile parlare di errore di diritto nell'interpretazione come vero e proprio difetto d'intellezione.

D'altronde, che la norma non sia opera dell'interprete lo aveva già detto Salvatore Foderaro nel suo studio sul concetto di legge, da un lato definendola come quella «prescrizione, munita di sanzione esterna, che regola *in forma generale* rapporti giuridici intersubiettivi (c.d. norme sostantive) ovvero la struttura dell'ordinamento (c.d. norme strumentali o organizzative)»<sup>154</sup> che proviene dall'organo legislativo, dall'altro riconoscendo apertamente che «la legge – come i regolamenti, i trattati internazionali ecc. e (tra le fonti non scritte) la consuetudine – è fonte di norme giuridiche, onde *pone la norma giuridica*, la produce, la genera [...]»<sup>155</sup>, dal che non può che discendere l'esclusione del potere nomopoietico in capo al giudice, la cui attività tipica consiste “solo” nella *iuris-dictio* e, quindi, «nell'emettere giudizi – *attuando la legge* – attraverso la sentenza»<sup>156</sup>: questo non è semplicemente un “nobile sogno”, per riprendere l'espressione di Hart,<sup>157</sup> ma è la realtà alla quale ogni giudice dovrebbe adeguarsi se vuole restare fedele alla sua funzione.

<sup>153</sup> Sulla giurisdizione come applicazione della legge, v. soprattutto M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. I/2013.

<sup>154</sup> S. FODERARO, op. cit., 132 (corsivi nel testo).

<sup>155</sup> *Ivi*, 133 (corsivi miei).

<sup>156</sup> *Ivi*, 129 (corsivi nel testo).

<sup>157</sup> V. H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 1977, in *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, 132.





## ABSTRACT

**Paolo Carnevale**, *Figlio di un dio minore? Qualche considerazione sparsa sul vizio formale di legge e sulla sua sindacabilità nel nostro sistema costituzionale*

Lo scritto intende svolgere qualche considerazione sull'attualità del valore del sindacato sul vizio formale di legge.

Dopo averne sinteticamente ripercorso la parabola storica nella nostra cultura giuridica, sia in epoca statutaria che in quella repubblicana, il saggio si sofferma sul processo di progressiva svalutazione del vizio di forma, che ha trovato una delle sue più articolate espressioni nel tentativo di dequalificarne lo statuto teorico, mercé il depotenziamento del significato dell'ossequio delle forme della produzione rispetto alla salvaguardia degli interessi sostanziali cui è, invece, indirizzato il controllo sul vizio materiale.

Segue una critica alla teorica in questione, nel solco di un'operazione tutta rivolta a recuperare il senso profondo ed il valore sistemico dell'esigenza dell'osservanza della norma sulla normazione legislativa.

*Son of a Minor God? A Few Scattered Considerations on the Formal Defect of the Law and its Questionability in our Constitutional System*

This article aims to make some considerations on the topicality of the value of reviewing formal defects in the law.

After briefly retracing its historical course in our legal culture, both in the age of the Statute and in the republican period, the essay focuses on the process of progressive devaluation of the defect of form. It has found one of its most articulate expressions in the attempt to de-qualify its theoretical statute, through the de-emphasis of the meaning of observance of the forms of production with respect to the safeguarding of the substantial interests to which the control on the material defect is, instead, addressed.

What follows is a critique of the theory in question, in the wake of an operation aimed at recovering the profound sense and systemic value of the requirement of respect for the norm of legislative regulation.

**Andrea Crismani**, *La dinamica relazionale tra collettività e attività finanziaria*

Lo scritto si propone l'obiettivo di dimostrare l'attualità della teoria sulle garanzie obiettive dell'effettiva e integrale destinazione dei mezzi pubblici ai fini pubblici e della correttezza dei criteri di gestione, la quale nella dottrina pubblicistica non ha sortito successi. La dimensione dell'interesse era oscurata per il fatto che il diritto di azione è riservato al soggetto organizzato, che è il solo a poterlo tutelare con effettività.

È da dire, invece, che le garanzie obiettive dalle quali si ricavano gli interessi finanziari possono esplicarsi in altri ambiti diversi dalla funzione giurisdizionale in particolare, al di fuori della giurisdizione soggettiva e pertanto la ricerca della loro causa giustificativa non va circoscritta all'ambito giurisdizionale ma in sede di tutela oggettiva.

Con riferimento agli interessi finanziari si possono, infatti, individuare norme che prevedono i soggetti preposti alla loro tutela e forme di legittimazione procedimentale che rafforzano il riconoscimento giuridico della loro esistenza.

*The Relational Dynamics among Collectivity and Financial Activity*

The purpose of the paper is to demonstrate the topicality of the theory on objective guarantees regarding the effective and full destination of public money for public purposes and the correctness of management criteria.

For a long time this theory remained obscured due to the fact that the right of action is considered to be reserved to an organized subject, who is the only one who can effectively protect it.

It must be considered, however, that the objective guarantees from which the financial interests of the collectivity are derived, can be expressed in other areas other than the jurisdictional function in particular, outside the subjective jurisdiction and therefore they should not be limited to the jurisdictional area but in the broader context of objective protection.

**Guido Rivosecchi**, *Riparto delle competenze e finanziamento delle funzioni tra Stato e Regioni nella tutela del diritto alla salute: dall'emergenza alla stabilizzazione*

Il contributo prende in esame il riparto di competenze tra Stato e Regioni e il sistema di finanziamento del diritto alla salute con particolare riguardo alla crisi pandemica per sostenere che quella realizzata dai decreti-legge dell'emergenza costituisce legittima determinazione di inderogabili principi fondamentali della legislazione statale, senza che sia necessario ricorrere a soluzioni di ulteriore accentramento nella legislazione e nell'amministrazione in esito al ritaglio particolarmente ampio della materia «profilassi internazionale» (sent. n. 37 del 2021) rispetto alle linee interne sinora seguite dalla stessa giurisprudenza costi-

tuzionale e rivolte a garantire il modello dualista Stato-Regioni. Andrebbe invece assicurata da un lato l'attuazione dell'art. 119 Cost. per garantire risorse "certe" alle Regioni, chiamate dallo Stato all'esercizio di funzioni amministrative anche in periodo di crisi; e, dall'altro lato, la realizzazione del principio collaborativo e, in caso di fallimento regionale, l'effettività dei poteri sostitutivi statali (sent. n. 168 del 2021) al fine di garantire il principio della responsabilità politica nella cura del diritto alla salute.

*Division of Competences and Financing of Functions between State and Regions for the Protection of the Right to Health: from Emergency to Stabilization*

The contribution analyses the division of competences between State and Regions and the system for the financing of the right to health, in particular with regard to the pandemic crisis. It argues that what the decree-laws adopted in the aftermath of the emergency prescribes is the legitimate determination of the mandatory and fundamental principle of the State legislation, without the need to resort to hypotheses of further centralization in the law-making and administration as a consequence of the broad understanding of the subject matter «international prophylaxis» (judgment no. 37/2021) compared to path followed by the constitutional case-law so far and meant to ensure the dualist model between State and Regions. By contrast, it would be appropriate to guarantee, on the one hand, the enforcement of Art. 119 Const. to provide Regions with reliable resources as they have been asked to perform administrative functions also during the crisis; on the other hand, the fulfillment of the principle of loyal cooperation and, in the event of failure by a Region, the effectiveness of the State's substitutive powers (judgment no. 168/2021) to ensure the principle of political responsibility in the protection of the right to health.

**Rosario Ferrara**, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): un'introduzione al tema*

Il lavoro cerca di mettere in luce, dal punto di vista del diritto, l'importanza e l'attualità del dibattito in corso sul tema del cambiamento climatico, anche alla luce dei più recenti documenti dell'UE: *Next Generation Eu*, *Recovery Fund*, ecc. ai quali si aggiungono i piani nazionali di ripresa e resilienza dei singoli Stati membri dell'UE.

A questo fine si passano sinteticamente in rassegna il PNRR italiano e quello della Francia e della Spagna.

Particolare rilievo viene tuttavia riservato al ruolo giocato dalla giurisprudenza in alcuni casi recenti, sembrando di particolare importanza un'ordinanza del Tribunale costituzionale tedesco sul cambiamento climatico e sulla responsabilità dello Stato, alla luce dell'art. 20a del *Grundgesetz*, quando non vengano messe in campo le opportune politiche volte a mettere sotto controllo il riscaldamento della terra.

In questo senso, tutte le politiche possono, e anzi debbono, essere riproccate in vista di un fondamentale obiettivo, ossia il contrasto al cambiamento climatico, e il principio giuridico che spinge in questa direzione è quello di integrazione di cui all'art. 11 del TFUE.

*The Climate Change and the Italian Recovery Plan: an Introduction*

The Paper tries to show, from a legal point of view, the guidelines of the current discussion about the climate change, as enormous problem of our time.

Very important are, at this time, the documents and the policies of the EU: Next Generation EU, Recovery Fund and so on.

At the same time the paper also tries to give an overview of the Italian PNRR and of the similar Plans of France and Spain.

Anyway what seems to be the most important step of this moment is the approach of the case law and, in this context, specially a judgement of the German constitutional Tribunal on the climate change and – first of all – on the State liability, in harmony with the art. 20a of the German Constitution.

Finally, looking for a general and basic principle, it seems necessary – better, compulsory- to found all policies, European and national, on the integration principle, art. 11 TFUE.

**Massimiliano Viola**, *Sulla distinzione tra disposizione e norma e l'interpretazione creatrice*

Il lavoro ha per oggetto la *vexata quaestio* della distinzione tra disposizione e norma, specialmente per come sostenuta da chi difende la dimensione poietica dell'interpretazione giuridica. In particolare, dopo una breve esposizione del significato di quel dipolo nel pensiero di Vezio Crisafulli e delle recenti posizioni espresse sull'argomento dalla dottrina più autorevole, si intende, da un lato, confutare la tesi secondo la quale la norma non andrebbe confusa con la disposizione trattandosi di entità realmente distinte, dall'altro negare il carattere *thetico* della prima smentendo la natura produttrice dell'azione interpretativa e dimostrando che questa consiste in un atto necessariamente cognitivo.

*On the Distinction between Law Provision and Legal Rule and the Creative Interpretation*

This paper focuses on the distinction between law provision and legal rule, as supported by those defending legal interpretation's poietic dimension. After briefly illustrating dipole's meaning in Vezio Crisafulli's works and most influential legal scholars' latest positions on this matter, the article intends to query the thesis according to which legal rule should not be confused with law provision, since they are two separate entities, and to deny legal rule's *thetic* trait by refuting interpretation's productive nature and proving it is necessarily cognitive instead.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

PAOLO CARNEVALE, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

ANDREA CRISMANI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Trieste

GUIDO RIVOSACCHI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Padova

ROSARIO FERRARA, Professore emerito di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Torino

MASSIMILIANO VIOLA, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale, "Sapienza" Università di Roma

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

### *Estratto dal Regolamento della Rivista*

#### ARTICOLO 2

##### (Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a piè' di pagina.

#### ARTICOLO 3

##### (Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.



5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

---

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: [dirittoesocieta@gmail.com](mailto:dirittoesocieta@gmail.com)

e-mail del Comitato di Redazione: [dirittoesocieta.red@gmail.com](mailto:dirittoesocieta.red@gmail.com)

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

[www.editorialescientifica.com](http://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](mailto: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 2021  
da *La Buona Stampa* – Napoli