

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XIX - Nuova serie
N. 3/2010 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- LUIS FEDERICO ARIAS
La justicia argentina frente a la transformación social 595
- FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
El Estado Autonómico en el contexto de la integración europea. Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio 615
- MARIA DE BENEDETTO
Qualche appunto sui rapporti tra morale, economia e diritto in una prospettiva giuspubblicistica 649
- ORNELLA SPATARO
La disciplina sulle energie rinnovabili nella dinamica delle fonti del diritto. La legislazione regionale nella morsa della sussidiarietà? 697
- MARIA TERESA DENARO
Soggetti deboli, soggetti indeboliti e diritti fondamentali: spunti e riflessioni 727

GIURISPRUDENZA

- SENTENZA 18 ottobre 2010 n. 299 – Pres. Amirante – Red. Tesauro – Pres. 763
Cons. Ministri – Regione Puglia
con nota di ANTONELLA SCIORTINO, «*Volevamo braccia, sono arrivati uomini*». *Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 299 del 2010*
- GUIDO CORSO 771
L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia
- MARIA IMMORDINO 775
Qualche riflessione sul C.G.A. a margine del libro di Salvatore Raimondi
- ANTONIO SAITTA 783
Riflessioni sul libro di Salvatore Raimondi
- FABIO SAITTA 787
Divagazioni sul sistema di giustizia amministrativa siciliano e sul giusto processo (rileggendo un recente libro di Salvatore Raimondi)

RASSEGNE

- Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato Speciale in tema di danno da ritardo* 797
di SALVATORE DETTORI
- Rassegna della recente giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (settembre-dicembre 2010)* 811
di PAOLA SAVONA
- Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali Speciale in tema di danno da ritardo* 823
di SARA FORASASSI

OSSERVATORIO PARLAMENTARE REGIONALE 837

- SALVATORE DI GREGORIO 853
Il contenzioso costituzionale sui criteri di riparto tra Stato e Regione del gettito dei tributi erariali

Dottrina

La justicia argentina frente a la transformación social

di Luis Federico Arias

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. La transformación social de la Argentina. – 3. Las transformaciones del poder judicial. – 4. Un nuevo paradigma decisorio. – 5. Colofón.

“Muchos jueces son absolutamente incorruptibles; nadie puede inducirles a hacer justicia”.

BERTOLD BRECHT

1. *Introducción*

Muchas de las transformaciones sociales que han modelado el nuevo contorno de las sociedades occidentales en las últimas décadas, no se han visto reflejadas en las decisiones jurisdiccionales, por diversos motivos que atañen, a la cultura organizacional del Poder Judicial¹, al plexo axiológico que condiciona la actividad decisoria de los magistrados – desde donde se postula la “prudencia” como un valor central –, y otras cuestiones metodológicas, entre las cuales, es posible destacar la fuerza vinculante del precedente judicial. Este dispositivo metodológico suele generar situaciones dilemáticas en algunos magistrados judiciales, por la fuerte tensión que provoca la vocación de brindar soluciones a los conflictos que plantea esta nueva realidad, frente a la reproducción metodológica y sistemática de la tradición jurisprudencial², que trasunta una postulación ideológica favorable al mantenimiento del orden establecido, en detrimento del cambio decisorio. La fuerza transformadora de la innovación jurisprudencial de las primeras instancias, suele quedar debilitada por la casación de las superiores³, sujetas a férreas doctrinas, preservadas como sagradas reliquias

¹ Ampliar en DE SOUSA SANTOS B., “Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho”, Madrid/Colombia, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 105.

² Véase PERELMAN CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, ed. Civitas, 1979, p. 230.

³ Es bien conocida la concepción de la Asamblea Nacional de Francia, que, al crear el tribunal de Casación, quiso hacer de él un cuerpo de “inspectores de la justicia” o de controladores que vigilaran la observancia de la ley por los tribunales (PERELMAN CH., *op. cit.*, p. 56). Sobre las connotaciones

en los repertorios jurisprudenciales, que dispensan tributo a la “seguridad jurídica”, como un valor supremo del derecho contemporáneo; todo ello, con la aquiescencia de los poderes públicos o privados instituidos que resultan beneficiados con la gravitación negativa que estos principios provocan en el campo jurídico⁴.

Por las citadas razones, y atento al modelo jerárquico, que con distintas variantes, presentan las estructuras judiciales, resulta decisivo el cambio de las doctrinas, cuando éstas se transforman desde los estamentos más altos del Poder Judicial. En nuestro medio era necesario lograr una transformación “desde arriba”, y ese cambio se ha visto reflejado (con claroscuros) en la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de la nueva integración del Tribunal, (año 2003)⁵, que no solo ha modificado ciertas doctrinas judiciales, sino que ha exhibido nuevas estrategias comunicacionales hacia el interior y fuera del ámbito del Poder Judicial, como así también, atinadas respuestas jurisdiccionales a los principales problemas y debates socio-políticos de nuestra realidad nacional.

Sin embargo, este nuevo modelo, que incide en las funciones principales (instrumentales, políticas y simbólicas) del Poder Judicial, no ha adquirido la proyección esperada hacia el interior de esta organización que, en gran medida, no ha logrado despojarse de viejos atavismos, autocensuras y limitaciones que restan efectividad y legitimidad al ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Muchos han sido los análisis vinculados a esta innovación jurisprudencial de la Corte Suprema, no obstante lo cual, un aspecto esencial que aún merece ser profundizado, es el análisis socio-político e ideológico⁶ de sus pronunciamientos, vinculado a sus principales funciones⁷. Porque uno de los condicionamientos

ideológicas de la exégesis y otros métodos de interpretación, véase CÁRCOVA C.M., *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Buenos Aires, 1ª ed. Lexis Nexis, 2007, p. 94; entre otras obras del mismo autor.

⁴ Véase PETRAS J. y VELTMEYER H., “Juicio a las Multinacionales, Inversión Extranjera e Imperialismo”, México D.F., Lumen, 2007, p. 201.

⁵ Véase BIANCHI A., “El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007”, LL 2008-B, 717; SABSAY D., “El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina”, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional Nº. 8, 2004, p. 493-519, disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_008_493.pdf.

⁶ Véase KENNEDY D., *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 89; COURTIS C., *Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho*, en: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* del mismo autor (editor), Madrid, ed. Trotta, 2006, p. 349.

⁷ Algunas aproximaciones a dicho análisis pueden encontrarse en D'ARGENIO I., “*Trascendencia institucional del litigio de derecho público*”, disponible en http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material_interes/TRASCENDENCIA_INSTITUCIONAL_DEL_LITIGIO_DE_DERECHO_PUBLICO_INES_D_ARGENIO.pdf; BIANCHI A., *op. cit.*; GELLI M., “*Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)*”, LL 19/10/2009; BAZAN V., “*La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008, Editor Konrad- Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2008, pág. 25.

más importantes del conocimiento jurídico, es precisamente, la disección “quirúrgica” y pseudo científica, que se suele practicar entre los pronunciamientos judiciales, y el posicionamiento ideológico de los magistrados frente al contexto social en el que se inscriben, tal vez como un legado aún vigente del positivismo jurídico, y una cultura jurídica que ha solapado la dimensión pragmática y política del derecho, escindiéndolo de estos aspectos indisolublemente ligados a la función judicial⁸. Ciertamente, no es posible lograr dicho desarrollo de tamaño dimensión en este breve trabajo, que solo procura poner de relieve – desde la perspectiva ideológica de quien escribe⁹ – algunos aspectos centrales de aquellos fallos, frente a la magnitud de las mutaciones padecidas en la Argentina de los últimos decenios.

2. *La transformación social de la Argentina*

Los jueces frente al poder

Teniendo en cuenta lo expresado, en lo que aquí interesa, es posible señalar un paralelismo entre la anterior integración de la CSJN, reconocida como aquella de la “mayoría automática”, y las políticas neoliberales que adquirieron su máxima expresión en la década de 1990; con esta otra integración que ha preferido reasumir un nuevo rol institucional, afirmando una mayor independencia frente al poder político, con decisiones que procuran poner en debate y subsanar, algunos de los efectos colaterales de aquellas políticas regresivas, que en la Argentina, han adquirido un carácter radicalizado, impactando negativamente sobre una estructura social que – a diferencia de otros países periféricos – se caracterizaba, durante la mayor parte del siglo XX, por la existencia de amplios sectores medios y una distribución de la riqueza, relativamente igualitaria¹⁰.

La retirada del Estado de Bienestar, signado por una economía global y un orden mundial neoliberal basado en un conjunto de estándares económicos y financieros conocido como el “Consenso de Washington”, consolidado en la década del noventa, trajo aparejada una serie de “reformas estructurales”, como

⁸ “La incapacidad para concebir la complejidad de la realidad antro-po-social, en su micro-dimensión (el ser individual) y en su macro-dimensión (el conjunto planetario de la humanidad), ha conducido a infinitas tragedias” (MORIN E., Introducción al pensamiento complejo, 9na. reimp., Barcelona, Gedisa, 2007, p. 31).

⁹ Al respecto, véase “De la corrupción, el derecho y otras miserias”, de mi autoría, en D’ARGENIO I. (Directora), *Ejercicio de la Función Pública. Ética y transparencia*, La Plata, LEP, 2007, p. 281.

¹⁰ Conf. CERRUTI M. y GRIMSON A., “Buenos Aires, neoliberalismo y después”, en: PORTES A.-ROBERTS B. y GRIMSON A. (editores), “Ciudades latinoamericanas. Un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo”, Buenos Aires, Prometeo, 2005, p. 75.

la privatización de empresas y activos públicos, desregulación del mercado y la liberalización tanto del comercio, como de los flujos financieros¹¹.

Dichas transformaciones regresivas, no podían lograrse, sin un Poder Judicial complaciente que resolviera las tensiones entre la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y las citadas medidas gubernamentales, a favor de estas últimas, legitimándolas formalmente, a la vez que se deslegitimaba socialmente¹², sumido en el descreimiento, la ineffectividad y la falta de independencia política de sus integrantes¹³.

La década de la mercantilización

A partir de las citadas políticas, se mercantizaron las relaciones humanas hasta límites inimaginables, junto a las instituciones fundamentales de la sociedad (salud, trabajo, educación, etc.), sujetas a partir de entonces por las leyes del mercado, al influjo de los *dóxofo*s que –en el ámbito de nuestra disciplina– pregonaron la vigencia del “principio de subsidiariedad”, como un precepto cardinal, que a la postre contribuyó a la paralización la acción integradora del Estado, como factor de integración/nivelación social; derrumbó los cimientos del Estado de Bienestar, y determinó la ineficacia de las normas protectorias que fueron el resultado de una progresiva y ardua consagración.

El resultado de aquellas políticas fue el derrumbe económico del año 2002, que provocó la más grave crisis política y económica en generaciones, con alarmantes índices de pobreza y de desigualdad¹⁴, que han superado los elevados niveles ya registrados a partir de la década del noventa¹⁵. Pocos países han experimentado hechos tan catastróficos desde el punto de vista económico: en el cuatrienio que va desde 1999 a 2002 el PIB retrocedió más del 20% ciento y 11 millones de personas quedaron sumidas en la pobreza.

¹¹ PETRAS J. y VELTMEYER H., *op. cit.*, p. 66.

¹² Sobre este aspecto véase COURTIS C., “*La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía*”, en Nexos, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

¹³ Véase la evolución del Índice de Confianza en la Justicia (ICJ) elaborado desde 2004 por la Universidad Torcuato Di Tella, Fores y la Fundación Libertad, disponible en <http://www.foresjusticia.org.ar/documento-detalle.asp?IdDocumento=279>.

¹⁴ Conforme al informe realizado por el Banco Mundial, en septiembre de 2005, denominado “Argentina. A la búsqueda de un crecimiento sostenido con equidad social. Observaciones sobre el crecimiento, la desigualdad y la pobreza”, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTARGENTINAINSPANISH/Resources/ArgentinaAlabusquedadeuncrecimientosostenidoconequidadsocial.pdf>.

¹⁵ La tasa de desempleo creció en un 267% entre 1991 y 2001, y la “flexibilización” de las normas de contratación y despido de trabajadores, ha registrado una notable precarización del trabajo Conf. CERRUTI M. y GRIMSON A., *op. cit.*, p. 81.

La pobreza estructural

La recuperación económica verificada a partir de 2003, redujo considerablemente el número de pobres en unos 3,3 millones de personas, no obstante lo cual, y pese a ciertos esfuerzos de las políticas gubernamentales, esa fase positiva del ciclo económico no pudo remediar los efectos negativos de la crisis, puesto que, en la actualidad, más de la mitad de la población de los grandes centros urbanos del país no ha logrado todavía alcanzar un nivel esperable de desarrollo material basado en los mínimos normativos exigibles¹⁶.

La marginalidad globalizada

Sin embargo, la situación no parece ser distinta en otros lugares del mundo: las condiciones sociales y las posibilidades de vida en los barrios de relegación en Europa y los Estados Unidos no han sido afectadas en nada por los años de prosperidad de la década de 1980 y de la segunda mitad de la de 1990, sino que han empeorado sensiblemente con las fases de descenso y recesión¹⁷.

La desigualdad y la segregación territorial

La polarización social registrada en las últimas décadas – siguiendo también la tendencia de otras regiones del mundo – ha generado el crecimiento incesante de los barrios marginales, como yacimientos activos y duraderos de mano de obra poco calificada, como simples depósitos para poblaciones supernumerarias que ya no tienen utilidad económica o política identificable en el nuevo capitalismo polarizado; o como contenedores espaciales para el ostracismo de categorías sociales y de actividades indeseables¹⁸. En Argentina, alrededor de 1.300.000 personas del área metropolitana, residen en asentamientos informales (un 8% aproximadamente de la población de las grandes ciudades). Pero la población en villas y asentamientos crece mucho más aceleradamente que la población total: entre 1981 y 2006 aumentó, en términos relativos, un 220% frente a un 35% de incremento poblacional del conurbano¹⁹.

¹⁶ “Barómetro de la deuda social argentina”, desarrollado por el Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Número 6. Año 2010, p. 38.

¹⁷ WACQUANT L., “Los condenados de la ciudad”, Buenos Aires, ed. Siglo XXI, 2007, p. 273.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ “Aportes para el desarrollo humano en Argentina/2009. Segregación residencial en Argentina”, publicado por Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 11, disponible en http://www.undp.org.ar/docs/Libros_y_Publicaciones/PNUD_segregacion_nov17-screen.pdf.

El reverso de este fenómeno, es la aparición de nuevas formas de segregación espacial a través de las urbanizaciones privadas (countries, barrios cerrados y clubes de campo) protagonizadas por los sectores altos y medios superiores de la sociedad, que procuran lograr un status social superior, la posibilidad de estar en contacto con aquellos a los que se quiere parecer, poner distancia con los perdedores de aquel devastador proceso, y de lograr cierta homogeneidad social dentro del barrio²⁰. Al igual que las villas y los asentamientos, las urbanizaciones privadas fueron creciendo notablemente: en el área del gran Buenos Aires, a principios de los años 90, había alrededor de 90 emprendimientos; en 2001, sumaban cerca de 285, y seis años más tarde, eran ya alrededor de 541²¹.

La dislocación social se ve reflejada en el espacio territorial con murallas físicas y sociales, trazadas también en los espacios abiertos de las ciudades, donde habitan sectores medios que pretenden diferenciarse de los parias urbanos, que son frecuentemente expulsados por la fuerza, aún cuando no cometan delitos – como el caso de los cartoneros que fueron echados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2008²² – o segregados, con muros simbólicos, cuando no, con verdaderas murallas físicas como la que se intentó construir durante 2009 en la ciudad de San Isidro para separarse de un barrio humilde de San Fernando²³.

La estigmatización

Por su parte, ha de tenerse presente el impacto del estigma territorial que pesa sobre los sectores sociales más desfavorecidos. Explica Wacquant que el sentimiento personal de indignidad que acarrea esta dimensión importante de la vida cotidiana afecta negativamente las relaciones interpersonales y amputa gravemente las posibilidades de éxito escolar y profesional. En segundo lugar, se percibe una fuerte correlación entre la degradación simbólica y el deterioro

²⁰ SVAMPA M., “Los que ganaron: la vida en los countries y barrios privados”, 2da. ed., Buenos Aires, Biblos, 2008, p. 15.

²¹ “Aportes ...”, op. cit., p. 16.

²² “El Gobierno porteño admitió ayer que ordenó el desalojo del asentamiento cartonero de Pampa y la vía, en Belgrano, y justificó la medida porque la gente ‘estaba en condiciones de total inseguridad’. Mientras, los cartoneros echados marcharon por el barrio para pedir que vuelvan a poner el tren blanco, protestar por la violencia policial y para que les devuelvan sus carritos” (Clarín, “El Gobierno porteño justificó el desalojo de cartoneros en Belgrano”, 24 de febrero de 2008, disponible en <http://edant.clarin.com/diario/2008/02/24/laciudad/h-05601.htm>).

²³ El intendente Gustavo Posse ordenó construir una pared en el límite de ambos partidos. Su argumento es que mejoraría la seguridad de esa zona de su distrito. Los operarios que levantaban el muro fueron echados por los vecinos. (“Página 12”, Miércoles, 8 de abril de 2009, “La muralla contra los pobres”, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-122845-2009-04-08.html>).

físico de los barrios populares: las zonas consideradas como “depósitos de pobres”, desviados y desajustados son evitadas por las personas del exterior; los responsables políticos se pueden desinteresar de ellos sin mayores costos – salvo, justamente, cuando se convierten en teatros de problemas y enfrentamientos públicos –. La estigmatización territorial estimula también, en los habitantes, estrategias sociófugas de evitamiento mutuo y puesta a distancia que exacerbaban los procesos de fisión social, alimentan la desconfianza interpersonal y minan el sentido de destino necesario de la comunidad para emprender acciones colectivas²⁴.

De ciudadano a consumidor

Frente a lo expresado es preciso agregar la maldición de ser pobre dentro de una sociedad en la cual la participación en la esfera del consumo se ha convertido en la condición *sine qua non* del acceso a la dignidad social, es decir, el pasaporte a la ciudadanía (sobre todo entre los mas desposeídos, que nada tienen para demostrar su pertenencia).

La figura del *consumidor*, sin duda alguna, ha sustituido a la de *ciudadano*, como soporte subjetivo del Estado. La ley, considerada como la expresión de un pueblo de ciudadanos soberanos, hoy más que nunca constituye una ficción. Los pobres son extranjeros en este mundo de cosmopolitas, y ser extranjero del mundo es caer fuera de la humanidad. Los no consumidores pierden la condición humana²⁵.

Como se puede ver en la multiplicación de las agresiones callejeras, la violencia y la criminalidad son, a menudo, los únicos medios de que disponen los jóvenes de origen proletario sin perspectivas de empleo para adquirir el dinero y los bienes de consumo indispensables para acceder a una existencia socialmente reconocida²⁶.

La pobreza, entonces, deja de ser tema de política social para convertirse en asunto de justicia penal y criminal. Los pobres ya no son los marginados de la sociedad de consumo, derrotados en la competencia feroz; son lo enemigos declarados de la sociedad. Para ciertos sectores solo una delgadísima línea, muy fácil de cruzar, separa a los beneficiarios de los planes sociales de los traficantes de drogas, ladrones y asesinos. Quienes viven de los beneficios sociales son el campo de reclutamiento de las bandas criminales: financiarlos es ampliar las reservas que alimentarán el delito²⁷.

²⁴ WACQUANT L., *op. cit.*, p. 47.

²⁵ LEWKOWICZ I., “Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez”, 1ra. Ed., 2da. reimp., Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 19.

²⁶ WACQUANT L., *op. cit.*, p. 47.

²⁷ BAUMAN Z., “Trabajo, consumismo y nuevos pobres”, 1ra. Ed., 2da. reimp., Barcelona, Gedisa, 2005, p. 119.

El crecimiento del delito

Aunque el delito es un problema relativo, comparado con los descriptos²⁸, su crecimiento es insoslayable. Históricamente la Ciudad de Buenos Aires se ha caracterizado por sus bajas tasas de delito, pero esa situación cambió radicalmente durante la década del 1990, con el deterioro político y social. Entre los años 1991 y 2001, los delitos se duplicaron en el país, y en la CABA – la ciudad más rica del Estado argentino –, el ilícito creció cuatro veces. Los delitos contra la propiedad, que representan aproximadamente dos tercios del total de los delitos, crecieron un 113% en todo el país, un 340% en la CABA y un 160% en la Provincia de Buenos Aires²⁹.

*La criminología de la intolerancia*³⁰

En la medida que la marginalidad tiende a concentrarse en territorios aislados y claramente circunscriptos, son percibidos desde afuera y desde adentro, como lugares de perdición, como esos infiernos urbanos en los que el peligro, el vicio y el desorden están a la orden del día, todo lo cual, incita a las autoridades a poner bajo presión policial a los barrios populares, situación que se ha vuelto muy popular entre los gobernantes, porque hacerlo permite a las altas jerarquías del Estado disfrutar del sentimiento reconfortante de que responden a las expectativas del “pueblo”, desprendiéndose de la responsabilidad histórica que les corresponde en la fabricación de los parias urbanos del nuevo siglo³¹.

En este contexto, se han exacerbado diversas técnicas de control para delimitar los cada vez más definidos espacios territoriales de la exclusión/inclusión, mediante políticas de tolerancia cero, o mano dura, que tienen como finalidad, la expulsión de los “indeseables”, generando con ello, no pocos episodios de violencia institucional³².

²⁸ Ampliar en LEA J. y YOUNG J., *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, 1ra. ed., 2da. reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2008, p. 85.

²⁹ CERRUTI M. y GRIMSON A., *op. cit.*, p. 97.

³⁰ Conf. YOUNG J., “La sociedad ‘excluyente’. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía”, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 191.

³¹ WACQUANT L., *op. cit.*, p. 274.

³² Recientemente, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su sesión 2708^a (CCPR/C/SR.2708), celebrada el 23 de marzo de 2010, entre otras observaciones, señaló -con relación a nuestro país- que “*El Comité se muestra preocupado por las informaciones recibidas relativas a muertes ocasionadas como consecuencia de actuaciones violentas de la policía, en algunas de las cuales las víctimas fueron menores. El Estado Parte debe tomar medidas para que hechos como los descritos no tengan lugar y para asegurar que los responsables de los mismos sean debidamente enjuiciados y castigados*”.

Los prisioneros de la exclusión

Si la humanidad – explica Lewkowicz – se define por la capacidad de consumo en el mercado, los cuerpos que no consumen según la pauta de mercado quedan por fuera del lazo, porque la humanidad instituida no los reconoce como miembros. Y cuando los no consumidores forzados a permanecer en los espacios territoriales de la exclusión, asaltan los muros de la ciudadela, las prisiones constituyen un buen lugar donde acumular esos cuerpos.

Pero las cárceles no constituyen un lugar de rehabilitación, sino de segregación, de exclusión vitalicia. La cárcel no constituye pues “un lugar”, sino un “depósito”. No son institutos *correccionales*, pues no procuran corregir disciplinariamente, sino expulsar radicalmente³³. Las cárceles nacionales se poblaban antes de ciudadanos desviados; los depósitos posmodernos, de escoria insignificante. De ahí la consigna penitencial canónica: que se pudran en la cárcel. En los depósitos no están los transgresores, sino los impotentes. *Que se pudran* no es lo mismo de *que aprendan*. Así, los depósitos están más cerca de la perrera que de los establecimientos correccionales³⁴.

La educación como un factor de desigualdad y desintegración social

A comienzos del siglo XX, el 35% de la población argentina era analfabeta mientras que en España lo era el 59%, en Italia, el 48% y, en la mayoría de las naciones de América del Sur, entre el 60 y el 80%. Asimismo, en 1935 la Argentina destinaba el 31% de su presupuesto nacional a la educación, periodo en el que Canadá invertía el 29%, Alemania, el 27%, Chile, el 17% e Italia, el 9%³⁵. El

³³ “En su *Informe 2008: el estado de los derechos humanos en el mundo*”, Amnistía Internacional denunció a Argentina como uno de los 81 países en los que se seguía practicando la tortura y los malos tratos en las cárceles del país, vinculados al hacinamiento, las malas condiciones de seguridad, el deficiente acceso a la salud y la falta de nutrición, vestimenta y condiciones sanitarias adecuadas en los centros de detención van, en muchos casos, en contra de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. *“Bajo el pretexto de querer combatir la ‘inseguridad’ y frente a una actitud, cuando menos, indiferente de una gran parte de la sociedad, se intenta justificar lo injustificable: el uso de la tortura y los malos tratos. En Argentina, es necesaria una acción efectiva por parte del Estado para prevenir y erradicar la tortura y los malos tratos en los centros de detención.”* (Amnistía Internacional: *“Una mirada abierta recomendaciones de Amnistía Internacional para la implementación en Argentina del Protocolo facultativo contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*), disponible en http://www.amnesty.org.ar/sites/default/files/una_mirada_abierta.pdf.

³⁴ LEWKOWICZ I., *op. cit.*, p. 125.

³⁵ JAIM ETCHEVERRY G., *“La educación en la Argentina de fin de siglo”*, en Contextos de educación, Año 4, N° 5, 2001, p. 47, disponible en <http://www.unrc.edu.ar/publicar/cde/05/Etcheverry.htm>.

capital educativo argentino sufrió un gran deterioro, causado por múltiples factores³⁶, sobre todo a partir de los últimos tres decenios, donde la educación fue alcanzada por la transformación privatizadora del 90, fundada en el excesivo gasto que suponía la intervención pública y la burocratización de sus estructuras. En la década del 90, los gobiernos latinoamericanos sancionaron leyes educativas que procuraban cumplir los propósitos de los organismos financieros internacionales, convirtiendo a la educación en una mercancía: solo se educan quienes poseen los recursos necesarios para lograrlo, y la “oferta” educativa, varía – como todos los productos de consumo – según el estatus social del consumidor. Así, la escuela pública, dejó de ser un factor de inversión e integración social, para convertirse, en un espacio de segregación y exclusión, donde se educa para el analfabetismo funcional.

3. *Las transformaciones del poder judicial*

La mutación social que se verifica en diversas partes del mundo, ha derivado, en términos generales, en una transformación de la justicia. Explica Santos³⁷ que en las últimas décadas se verificó un aumento en la visibilidad social y política del sistema judicial en todo el mundo, con un protagonismo creciente de los tribunales, jueces y fiscales en la vida pública y en los medios de comunicación, todo lo cual indica que estamos entrando en una época de expansión global del poder judicial. En Europa se destaca la batalla plena de los jueces italianos contra la corrupción que se iniciara en Milán en abril de 1992, el activismo de los tribunales constitucionales en Alemania, Francia, Italia, España y Portugal, una incipiente asertividad de los tribunales ordinarios y de lo contencioso-administrativo contra el abuso del poder en las instituciones del Estado, y el papel muy destacado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por su parte, Estados Unidos ha sido el eje del activismo judicial que se ha proyectado en todo el mundo, aunque en los últimos tiempos se ha cuestionado la actividad de los tribunales para producir cambios sociales progresistas, aunque estas críticas han sido menos intensas que aquellas dirigidas al poder político representativo.

El creciente protagonismo de la justicia, es el síntoma de una doble falencia del Estado, vinculada a la deficiencia del régimen democrático y del Estado de bienestar. El activismo judicial contra la corrupción política y el control más amplio de la separación de poderes y competencias estatales, son respuestas a

³⁶ Véase JAIM ETCHEVERRY G., *La tragedia educativa argentina*, 1ra. ed., 18va. reimpr., Buenos Aires, FCE, 2009.

³⁷ DE SOUZA SANTOS B., *op. cit.*, p. 460.

la primera situación; mientras que el aumento de los litigios en el ámbito del derecho administrativo, los derechos sociales y económicos, la protección al consumidor y al medio ambiente, la salud y la seguridad laboral, constituyen una consecuencia directa de la crisis del Estado de bienestar.

Esa doble falla de los elementos de democracia y bienestar del Estado, que se ha achacado al poder legislativo y al ejecutivo, ha inducido un desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, desde el poder legislativo y el ejecutivo, hacia el poder judicial. El alcance de este desplazamiento y su capacidad para impedir una crisis de legitimidad del Estado en su conjunto es un interrogante abierto. Pero el hecho mismo de que se haya dado tal desplazamiento es, por sí mismo, extraordinario e intrigante. Después de todo, el sistema judicial es parte del Estado y, como tal, debería ser considerado como parte del problema y no como parte de la solución. Por otra parte, el creciente protagonismo de la justicia también ha llamado la atención respecto de su propia ineficiencia, especialmente en aquellas áreas en las cuales hay una alta demanda potencial por parte de los ciudadanos. Los tribunales pueden ponerse a la defensiva fácilmente, y las promesas que hacen, son capaces de sobrepasar con mucho lo que en realidad pueden ofrecer, lo cual añade otro elemento de perplejidad al actual desplazamiento de legitimidad. Sin embargo, el elemento más perturbador, quizás, es el hecho de que gracias a este desplazamiento es posible que la legitimidad democrática, en lo sucesivo, resida en la única rama del Estado que no es elegida a través del sufragio³⁸.

En América Latina, con posterioridad a la complacencia de los tribunales durante las dictaduras militares y algunos activismos judiciales conservadores³⁹, el Poder Judicial comenzó progresivamente a hacerse cada vez más visible, siguiendo la tendencia de los países centrales.

En Argentina, el cambio en la integración de la CS, a partir del año 2003, ha convertido a dicho Tribunal, en el vórtice de la transformación judicial, que aún no penetrado en la estructura de un poder judicial que aún se muestra esquivo en el desarrollo este nuevo rol institucional.

A través del poder simbólico de sus decisiones, la CS logrado colocar en la agenda del poder político, diversas cuestiones que, por muy variadas razones, nuestros representantes intentaron soslayar, tales como la emblemática limpieza del Riachuelo, la movilidad previsional, la problemática de los pueblos originarios – por citar solo algunas –; alcanzando altos objetivos institucionales, en materias donde los restantes poderes no han logrado brindar respuestas satisfactorias a la sociedad (vgr. situación carcelaria, juzgamiento de genocidas, protección de menores, etc.).

³⁸ *Ibidem*, p. 483.

³⁹ Como el de Chile contra las medidas socialdemócratas de Salvador Allende a comienzos de los años setenta, que se asemejó estrechamente al activismo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos contra el *New Deal*.

Existe una nutrida cantidad de precedentes que corroboran lo expresado⁴⁰, pero solo intentaré sintetizar aquellos que resultan más relevantes para el desarrollo de una justicia administrativa, que dista aún de ejercer un verdadero control del poder político, sobre todo, en cuanto respecta al incumplimiento omisivo de sus deberes constitucionales, para la protección de los derechos fundamentales.

4. *Un nuevo paradigma decisorio*

La efectividad de los derechos fundamentales.

La CS, en su nueva integración, a través de diversos precedentes⁴¹ ha valorado especialmente la crisis verificada a partir del año 2002, y ha exhibido en sus fallos – en particular, los cautelares –, una significativa apertura de la jurisdicción, para obligar a los restantes poderes a atender las necesidades de los grupos más

⁴⁰ Entre otros, los relativos a la protección de la discapacidad (L. 1153. XXXVIII, Fallos 327:2413, “Lifschitz” del 15-VI-2004; I. 248. XLI., Fallos 331:2135, “I., C. F.” del 30-IX-2008); de la niñez (G. 147. XLIV., Fallos 331:2691, “García Méndez” del 02-XII-2008), de la salud (S. 730. XL., Fallos 327:1444, “Sánchez”, del 11-V-2004; R. 638. XL., Fallos 329:638, “Reynoso” del 16-V-2006; F. 838. XLI., Fallos 329:2552, “Floreancig” del 11-VII-2006); de la vivienda (R. 320. XLII., Fallos 330:855, “Rinaldi” del 15-03-2007); y otros dictados en materia previsional (I. 349. XXXIX., Fallos 328:566, “Itzcovich”, del 29-III-2005 – en particular cons. 13 y 14 de los votos de los Dres. Maqueda y Zaffaroni referidos a la discriminación-; S. 2758. XXXVIII., Fallos 328:1602, “Sánchez”, del 17-V-2005 –en especial el cons. 4. del voto de los Dres. Zaffaroni y Argibay, referidos a la democracia; y el cons. 3. del voto del Dr. Maqueda, referido al principio de justicia social- ; W. 25. XLI., Fallos 328:3097, “Wittall” del 16-VIII-2005; A. 465. XL., “Alvez”, Fallos 329:2158, del 30-V-2006; B. 675. XLI, Fallos 329:3089 y 330:4866, “Badaro”, del 08-VIII-2006 y 26-XI-2007, respectivamente), de empleo público (M. 1488. XXXVI, Fallos 330:1989, “Madorrán”, del 03-V-2007 –cons. 5. y 8. referidos a la aplicación de los principios “*in dubio pro justitia socialis*” y “*pro homine*”, respectivamente-; R. 354. XLIV. “Ramos” y S. 2225. XLI, “Sanchez”, ambos del 06-IV-2010), laboral y sindical (C. 2605. XXXVIII. Fallos 327:3610, “Castillo” del 07-IX-2004; A. 2652. XXXVIII. Fallos 327:3753, “Aquino” 21-IX-2004; M. 3724. XXXVIII. Fallos 327:4607, “Milone” del 26-X-2004; A. 201. XL. Fallos 331:2499, “Asociación Trabajadores del Estado” del 11-XI-2008 –democracia cons. 7. y 9.-), medio ambiente (M. 1569. XL. “Mendoza”), sin desdeñar otros importantes precedentes en materia de derechos humanos (S. 1767. XXXVIII. Fallos 328:2056, “Simón” del 14 de junio de 2005), cuestiones políticas no justiciables (B. 903. XL. Fallos 330:3160 “Bussi” del 13 de julio de 2007; P. 1763. XLII. Fallos 331:548, “Patti” del 8 de abril de 2008), legitimación procesal (H. 270. XLII. Fallos 332:111, “Halabi” del 24 de febrero de 2009, con retrocesos en T. 117. XLVI. “Thomas” del 15 de junio de 2010), límites del Poder Ejecutivo (C. 923. XLIII. “Consumidores Argentinos” del 9-V-2010) y libertad personal (A. 891. XLIV. Fallos 332:1963, “Arriola” del 25-VIII-2009). Véase asimismo los exhaustivos trabajos citados en la nota 7.

⁴¹ Causas B. 139. XXXIX. (Fallos 327:4495, “Bustos” del 26-X-2004, cons. 13); G. 2181. XXXIX. (Fallos 328:690, “Galli” del 5-IV-2005), M. 2771. XLI; REX (Fallos 329:5913, “Massa” del 27-XII-2006). En “Halabi”. Incluso se ha referido “*al contexto actual del nuevo orden mundial, determinado por la revolución y tecnología y la globalización*” (H. 270. XLII, Fallos 332:111, del 24-II-2009, cons. 8 del voto del Dr. Fayt).

vulnerables, sorteando los impedimentos procesales que fueron y son aún utilizados por jueces de otras instancias, de un modo recurrente y sistemático, para solapar un posicionamiento adverso al reconocimiento de tales derechos, o para evitar las saludables fricciones que se producen con los restantes poderes del Estado.

El día 7 de marzo de 2006 la justicia descendió de su pedestal, se quitó la venda, y hundió su calzado en el barro del barrio La Matera de Quilmes, para asistir a los niños desnutridos de ese sector carenciado del conurbano bonaerense. Fue en las causas R. 1148. XLI. (Fallos 329:553, “Rodríguez, Karina” del 7-III-2006), E. 348. XLI, (Fallos 329:548, “Esquivel” del 07-III-2006) y otras, que la CS, aún siendo incompetente⁴², emitió un pronunciamiento mediante el cual, obligó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes, a que provea a los menores representados en los referidos procesos, los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas, y se realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días, haciendo prevalecer la protección de los derechos fundamentales, frente a las reglas procesales de competencia. Ulteriormente, con cita de la CIDH (caso “Niños de la calle”) ha considerado el derecho a la vida, en un sentido amplio, no sólo como el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también como el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna, poniendo en cabeza del Estado, la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico (R. 350. XLI; Fallos 330:3853, “R.A.D.”, del 04-IX-2007).

En la causa C. 2124. XLI. (Fallos 331:2119, “Comunidad Indígena Eben Ezer” del 30-IX-2008), donde se debatía del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras correspondientes a una reserva natural, desafectada para su ulterior comercialización, la CS fue aún más enfática, al señalar que cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional, la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada.

Y antes del citado pronunciamiento, al igual que en “Rodríguez, Karina”, la CS se pronunció en la causa L. 733. XLII. (Fallos 330:111, “Lavado” del 13-II-2007), relativo a la situación carcelaria de la Provincia de Mendoza, donde impuso urgentes medidas, sobre la base de las decisiones provisionales adoptadas por la CIDH. En dicha oportunidad, señaló que “*la gravedad*” y reiteración de los

⁴² En la causa P. 1425. XL., (Fallos 327:5556 “Poggi”), la CS, había adoptado una decisión similar, con relación a una menor de 14 años, cuyo representante reclamaba una prestación farmacológica.

hechos denunciados, *“exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento”*.

Dicha doctrina, fue reiterada en la causa D. 251. XLIII (Fallos 330:1915, “Defensor del Pueblo” del 24-IV-2007), donde valorando *“la gravedad de la situación”* condenó a la Provincia de Buenos Aires a suministrar una droga oncológica sin considerar siquiera su competencia, como lo había hecho en “Lavado”.

“La gravedad y la urgencia” también determinaron que la justicia pudiera llegar con premura a los olvidados habitantes de remotas tierras del Chaco – en su gran mayoría pertenecientes a la etnia Toba – que viven en situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas, como consecuencia de la inacción del Estado Nacional y provincial, que fueron condenados cautelarmente por la CS, a suministrar agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan la región, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios (causa D. 587. XLIII, “Defensor del Pueblo”, del 18-IX-2007, en Fallos 330:4134).

Es preciso agregar que en la causa “Lavado”, antes citada, la CS había adoptado – también por razones de urgencia – una decisión anterior, dejando expresamente establecido que lo hacía aún cuando no existía una petición expresa – toda una herejía para los cultores à *outrance* del principio procesal de la congruencia – y sin haber definido su competencia⁴³.

Y cuando las normas procesales no se adaptaban a la pretensión de las partes, la CS creó “reglas excepcionales” para su adecuación (Causa M. 1569. XL. Fallos 330:3663, “Mendoza” del 22-VIII-2007).

Asimismo, cuando la defensa técnica de un justiciable, presentaba graves deficiencias, no hizo pesar sobre el mismo las consecuencias adversas de ese trabajo profesional deficitario, sino que apartó a su letrada para que designe un nuevo abogado de confianza, bajo apercibimiento de designar a la defensora oficial, a fin de *“salvaguardar, en esta instancia, la integridad del derecho de defensa y la voluntad recursiva del imputado”* (causa S. 62. XL. Fallos 329:4248, “Schenone”, del 03-X-2006).

En cuanto a la eficacia y ejecución de sus pronunciamientos en la causa P. 95.

⁴³ Causa L. 733. XLII., “Lavado” del 6-IX-2006.

XXXIX. (Fallos 328:175, “Ponce”, del 24-II-2005, cons. 11) advirtió que la CS *“debe tomar las decisiones apropiadas para lograr el riguroso cumplimiento de sus fallos, desmantelando las consecuencias derivadas de todo acto por el cual -sin importar la autoridad local que lo hubiera dictado, en qué condiciones ni bajo qué nomen iuris- se haya intentado neutralizar, paralizar o desconocer, en todo o en parte, los mandatos contenidos en una o más decisiones dictadas por este Tribunal en esta instancia originaria y exclusiva”*, todo lo cual, sirvió de fundamento para que en la causa “Mendoza” antes citada, autorizara la imposición de *“multas diarias”* derivadas del incumplimiento, con la suficiente entidad como para que tengan valor disuasivo de las conductas reticentes, y se ordenara *“la investigación de los delitos que deriven del incumplimiento de los mandatos judiciales”*.

En igual sentido, a fin de asegurar el cumplimiento de su condena, en la causa C. 261. XXXIII (Fallos 331:391, “Chaves” del 04-III-2008); ordenó la traba de un embargo sobre los fondos coparticipables de la Provincia de Tucumán, atento a la situación de *“desamparo”* e *“indigencia”* del interesado, y el tiempo transcurrido desde la condena.

En la causa “Badaro”⁴⁴, en función de los antecedentes de la causa, desestimó la defensa de la administración previsional, referentes a la crisis de las cuentas públicas, por considerar que tales manifestaciones no conciben, por lo demás, con la mejora en las cifras de la recaudación y balance fiscal que son de público conocimiento.

En otro pronunciamiento, la CS definió directamente ciertas cuestiones de competencia y advirtió sobre la afectación del derecho a la jurisdicción provocado por los frecuentes conflictos de competencia, que *“comprometen directamente la pronta terminación de los procesos requerida por la más eficaz administración de justicia y por la adecuada tutela de las garantías constitucionales de los justiciables (Fallos: 303:688), además de desconocer el principio instrumental de economía al ocasionar un dispendio en la actividad y en los gastos del órgano judicial y de las partes”*⁴⁵.

Los límites del poder judicial y la supuesta judicialización de la política

En todas aquellas decisiones, fundadas en la gravedad de los hechos, la CS aclaró que *“No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados”*, con remisión a la causa V. 856. XXXVIII. (Fallos: 328:1146, “Verbitsky”, del 3-V-2005), donde explicara *“Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente*

⁴⁴ B. 675. XLI, Fallos 330:4866, “Badaro”, 26-XI-2007, cons. 18.

⁴⁵ M. 1569. XL. “Mendoza” del 10-XI-2009.

no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados (...). Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. (...) es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial.” (cons. 27).

Leyes económicas vs. normas jurídicas

Frente a la recíproca interferencia y colisión entre las normas jurídicas y las leyes del mercado, la CS puso a resguardo los derechos vinculados a ciertas esferas vitales de las actividades del hombre. En Vizzoti⁴⁶ aclaró que no desconoce que los efectos del fallo “*podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general. Esta hipotética censura, sin embargo, (...) resulta manifiestamente desechable (...). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las ‘leyes’ de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas ‘leyes’), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.*” Como corolario de lo expuesto, ha destacado “*que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos*” y que “*no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano ‘no constituye una mercancía’ (Fallos: 290:116, 118, considerando 4°).*”

⁴⁶ Causa V. 967. XXXVIII. Fallos “Vizzoti”, del 14-IX-2004.

5. *Colofón*

La celebración mundial tras la caída del muro de Berlín, fue tan fugaz como incierta. El ocaso del orden global, signado por el equilibrio de las dos potencias que se apropiaron de una buena parte del mundo durante el siglo pasado, generó sentimientos libertarios en todos los rincones del planeta. Pero ese hito fundamental, significó la apertura de una nueva caja de Pandora: los *poderes salvajes*⁴⁷ e incontrolados del capital se apropiaron de aquel espacio de dominación de las superpotencias, erosionado al Estado nacional contemporáneo, que desde entonces no pudo hacer frente a la fuerza irrefrenable del neo capitalismo, y ha dado lugar al surgimiento de un nuevo fascismo, que no constituye un régimen político, sino que constituye un *fascismo social* que en lugar de sacrificar la democracia ante las exigencias del capitalismo, la trivializa a tal punto que ya resulta innecesario e inconveniente sacrificar ese régimen político para promocionar el capitalismo. Es un fascismo producido por la sociedad en lugar del Estado, que se ha convertido en un testigo complaciente, cuando no, en un culpable activo⁴⁸. Ese fascismo – según Santos – exhibe cuatro modalidades: el *apartheid social*, es decir, la segregación social de los excluidos a través de la división de las ciudades en zonas civilizadas y zonas salvajes donde el Estado actúa de una manera fascista, como un Estado predador, sin ningún respeto, ni siquiera en apariencia, por el Estado de derecho; el *fascismo paraestatal* que se refiere a la usurpación de las prerrogativas del Estado por parte de actores sociales muy poderosos que, con la complacencia del mismo Estado, asumen funciones de regulación social; el *fascismo de la inseguridad* que se traduce en la explotación del miedo de grupos vulnerables, quienes reducen radicalmente sus derechos y expectativas para minimizar el riesgo y el *fascismo financiero*, que controla la economía de mercado, (por ejemplo, el que surge de las calificadoras de riesgo)⁴⁹.

Frente a la vocación universal de este nuevo modelo social, el poder judicial requerido cada vez con mayor intensidad por las víctimas del nuevo paradigma exclusivo, tiene la posibilidad de ejercer un rol emancipatorio para restablecer la dignidad del hombre y generar un nuevo espacio de legitimidad social. Dentro del menú de racionalidades discursivas posibles, los operadores jurídicos debemos explotar las tensiones internas del campo jurídico, y escoger soluciones que se avengan con la necesaria protección de los grupos vulnerables, ahondando la huella del sendero trazado por la CS. En nuestra caja de herramientas, contamos con un estatuto universal de los derechos humanos, y tenemos la fuerza vinculante de los fallos de nuestro Máximo Tribunal, solo nos falta la voluntad para poder aplicarlos. Tenemos que hacerlo: millones de personas se encuentran en peligro.

⁴⁷ Sobre dicha expresión véase FERRAJOLI L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 120.

⁴⁸ DE SOUZA SANTOS B., *op. cit.*, p. 560.

⁴⁹ *Ibidem*.

ARGENTINIAN JUSTICE FACING SOCIAL TRANSFORMATION

by Luis Federico Arias

Abstract

This paper presents an analysis of the changes verified in the Argentine justice decisions facing social transformation of the country in recent last decades. It highlights the jurisprudence progress made by the National Supreme Court for protecting the fundamental rights and the cessation of certain formal rigorism, in order to promote justice access for the most vulnerable part of the Argentine society.

Dr. Luis Federico Arias resumé:

- Attorney and Administrative Law Specialist, graduated from the National University of La Plata, where he also completed his doctoral studies.
- He served as consultant in several areas of the National, Provincial and Municipal administration.
- He is currently the Administrative Judge in La Plata's Judicial Department and Vice-president of Buenos Aires' Administrative Law Association.
- He serves as constitutional law and sociology professor in courses and post-graduate careers in the Law Faculty, National University of La Plata.
- Author of several publications and has given various lectures in Argentina and abroad.

LA JUSTICIA ARGENTINA FRENTE A LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL

by Luis Federico Arias

Abstract

El presente trabajo presenta un análisis acerca de los cambios verificados en las decisiones del Poder Judicial argentino frente a la transformación social de ese país en las últimas décadas. En particular, se destacan los avances jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la protección de los derechos fundamentales y el abandono de ciertos rigorismos formales, por parte de ese Tribunal, para favorecer el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables.

Antecedentes del Dr. Luis Federico Arias:

- Abogado y Especialista en Derecho Administrativo, egresado de la Universidad Nacional de La Plata, donde también cursó sus estudios de Doctorado.
- Ejerció como asesor en diversos ámbitos de la Administración Nacional, Provincial y Municipal.
- Actualmente es Juez en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial La Plata y Vicepresidente de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo.
- Se desempeña como docente en cursos y carreras de post-grado de derecho constitucional y sociología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata.
- Es autor de diversas publicaciones, y ha brindado diversas conferencias en Argentina y en el exterior.

El Estado Autonómico en el contexto de la integración europea.
Un comentario a la STC 31/2010, de 28 de junio

di Francisco Balaguer Callejón

SOMMARIO: 1. Introducción. Descentralización política e integración supranacional. – 2. Valoración global de la STC 31/2010, de 28 de junio. – 2.1 Unión Europea y Acción Exterior de la Comunidad. – 2.2. Cuestiones competenciales. – 2.3. Relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma. – 2.4. Cuestiones institucionales. – 2.5. Derechos estatutarios. – 2.6. Financiación autonómica. – 2.7. Cuestiones identitarias. – 3. La posición del legislador autonómico en el ordenamiento constitucional y estatutario. – 4. El modelo de Estado y la posición de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español. – 5. Conclusiones.

1. *Introducción. Descentralización política e integración supranacional*

La tan esperada STC 31/2010 de 28 de junio no ha introducido cambios significativos en el diseño del mapa autonómico que se había completado a través de las seis últimas reformas estatutarias. Desde el punto de vista jurídico aporta pocas novedades porque valida sustancialmente el conjunto de las reformas estatutarias inspiradas en el Estatut pese a que declare la inconstitucionalidad de algunos preceptos que no son excesivamente relevantes teniendo en cuenta la dimensión global de esas reformas y a que establezca una doctrina más que discutible y bastante regresiva en algunos aspectos.

Podría aventurarse incluso que los daños que la sentencia pueda ocasionar al Estado autonómico consolidado a través de las reformas estatutarias no se encuentran tanto en las declaraciones de inconstitucionalidad de algunos preceptos cuanto en la fundamentación de tono regresivo en la que se basan las declaraciones de constitucionalidad de otros.

De hecho, esta fundamentación regresiva es la que ha provocado mayores críticas en la doctrina. La radical división de opiniones que existía en relación con el *Estatut* contrasta extraordinariamente con la práctica unanimidad que en todos los sectores existe en relación con el alcance de la sentencia. Con contadas excepciones¹,

¹ Es el caso de J. DE ESTEBAN, «Reflexiones en torno al voto particular de Javier Delgado», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, p. 13: «Los votos

tanto los que defendían la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña como los que la cuestionaban están sustancialmente de acuerdo en la idea de que la sentencia “desactiva” las líneas básicas de la reforma estatutaria catalana².

Al mismo tiempo, existe igualmente unanimidad en la crítica a la sentencia por el uso reiterado de fórmulas interpretativas. Para unos, se trata de algo incoherente porque se incorpora una fundamentación de la que podría deducirse la inconstitucionalidad de los preceptos enjuiciados pero termina por acordarse la declaración de constitucionalidad forzando el texto del Estatuto³. Otros autores

particulares de los cuatro disidentes de la sentencia se muestran así como el verdadero poder contra-mayoritario, en la terminología de Bickel, ya que sus votos particulares van contra la doble mayoría de las Cortes Generales y del propio Tribunal Constitucional. Igualmente, en la misma revista y número, A. GARCÍA-MONCÓ «Paisaje después de una sentencia: la penúltima reforma de la financiación autonómica», p. 89: «con la Sentencia 31/2010 se ha producido una reforma encubierta de la Constitución y en lo que se refiere a la financiación autonómica – como hemos tratado de probar – la aparición dentro de las comunidades de régimen común, de un modelo distinto y diferencial de las restantes que es el consagrado en el Estatuto de Cataluña y que la sentencia objeto de este comentario ha venido a confirmar».

² Así, J. TORNOS MAS, «El Estatuto de Autonomía de Cataluña, y el Estado Autonómico, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, p. 24: «la sentencia ha desactivado los principales objetivos que se perseguían con la redacción del nuevo texto estatutario, a pesar de que la mayoría de los preceptos sean declarados conformes a la Constitución. Hay que avisar a quienes deban aplicar el Estatuto que su fuerza normativa no reside de modo exclusivo en lo que dicen sus artículos pues para conocer su exacto valor es obligado atender a la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional que pasa a ser un “manual de instrucciones” que va desactivando el contenido de muchos de sus preceptos, a los que sin embargo deja continuar formando parte del texto aprobado. El Estatuto de 2006, por tanto, no ha supuesto un avance significativo en el nivel de autogobierno de Cataluña. Tampoco ningún retroceso». En la misma revista y el mismo número, M. CARRILLO, «Después de la sentencia, un Estatuto desactivado», p. 29, indica: «el criterio adoptado por el Tribunal, aunque formalmente excluye la inconstitucionalidad del artículo 110 y su proyección sobre todo el Capítulo II, materialmente desactiva sus objetivos de preservación de las competencias». También en la misma revista y número, GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES «Las competencias de Cataluña tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut», p. 48: «Intento fallido, que deja las cosas como estaban. No otro ha sido el desenlace final de la apuesta por reconfigurar las competencias autonómicas y con ello las estatales». Igualmente, M. REBOLLO PUIG, «Elogio de los Jueces», p. 98: «El Estatut que queda es claramente distinto, no diré del que se aprobó, pero sí del que una buena parte de los que lo impulsaron y aprobaron pretendían que fuera y del que muchos, no sólo los recurrentes, temían que fuera». Del mismo modo, S. MUÑOZ MACHADO, «Dentro de los términos de la presente Constitución», p. 9, para quien «Después del retroceso impuesto por el Tribunal Constitucional y las aclaraciones que ha llevado a cabo en su Sentencia, el Estatuto de 2006 no tiene un contenido sustantivo mucho más importante que el que ya tenía pacíficamente reconocido el Estatuto de 1979. Sostengo, por tanto, que Cataluña no tiene más poderes reales, después del Estatuto de 2006, que los que tenía desde que se aprobaron la Constitución y el Estatuto de 1979. La diferencia entre ambos Estatutos es solamente aparental». Cfr. también, en idéntica revista y número, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «El modelo competencial en la STC 31/2010, de 28 de junio», p. 79.

³ En ese sentido se pronuncia S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 6, para quien aunque el sentido de la sentencia del TC era predecible, «lo único impredecible era cuántas veces iba el Tribunal

cuestionan, desde una perspectiva diferente, el afán del Tribunal por monopolizar la interpretación constitucional⁴, privando al Estatuto de la función complementaria que constitucionalmente le corresponde⁵. A este respecto, se destaca el cambio

Constitucional a salvar la norma de declaraciones de nulidad radical, acudiendo a la "interpretación conforme" y, desde esa perspectiva, indica el autor que «La STC 31/2010 lo ha hecho con enorme amplitud y de modo, a mi juicio, manifiestamente abusivo, forzando la literalidad de algunos preceptos, la voluntad del legislador, el espíritu y la sistemática de la norma y sustituyéndola por su propio arbitrio. No interpretando la norma, sino más bien creándola al margen del espíritu y de la letra de los preceptos mencionados». En suma, «La Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve formulando hipótesis sobre la significación de los conceptos, que no es la que realmente tienen ni la que se les pretendió dar, sino inventándose otro más concorde con la Constitución, para evitar declarar incompatible el enunciado» (p. 7). En el mismo sentido, J. DE ESTEBAN, *op. cit.* p. 16, afirma que «la Sentencia utiliza la técnica de las interpretaciones conforme, como forma de eludir la clara inconstitucionalidad de muchos artículos». También R. BLANCO VALDÉS, «El Estatuto Catalán y la sentencia de nunca acabar» en *Claves de la Razón Práctica*, n. 205, 2010, p. 10: «No hay que ser, desde luego, muy sagaz, para descubrir la *fórmula magistral* que ha encontrado la mayoría del TCE para sanar la inconstitucionalidad de lo que de otro modo lo sería: la consistente en hacer decir al Estatuto lo contrario de lo que manifiestamente afirma, para poder proclamar luego que tal interpretación es perfectamente constitucional», de tal manera que el TC no sólo ha hecho lo *posible* para respetar la voluntad del estatuyente sino también lo *imposible* (p. 17) con lo que muchas de sus interpretaciones «son literalmente contradictorias con el indudable sentido del texto» (p. 18). Igualmente, GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pp. 48-9: «Cuestión distinta es que para evitar en la medida de lo posible la declaración formal de inconstitucionalidad, la Sentencia recurra sistemáticamente a interpretaciones conforme a la Constitución, aunque ello suponga, sin duda alguna, un exceso manifiesto. En realidad, esas interpretaciones consisten en la mayoría de los casos en hacer decir a los preceptos estatutarios impugnados lo que evidentemente no dicen o, simplemente, en vaciarlos de contenido al privarles de todo efecto jurídico». Para el autor, se trata de «Una opción que quizá puede encontrar justificación en que, de esa forma, se ha evitado la declaración de nulidad de prácticamente todo el Título IV del Estatut, lo que no habría dejado de plantear otros problemas jurídicos. Baste recordar que por la simple derogación de una ley (lo mismo cabe decir en el caso de declaración de nulidad, determinante de la pérdida de vigencia) no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado. Pero, además, tampoco puede olvidarse que no han sido impugnados preceptos de otros Estatutos de Autonomía muy similares o, incluso, coincidentes con los de Estatut, sin que, obviamente, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de éstos pudiera haberles afectado en cuanto al mantenimiento de su plena vigencia y eficacia. De este modo, al acogerse el Tribunal a la vía de la interpretación conforme a la Constitución, se ha evitado llegar a la anómala situación de que, expulsados formalmente del ordenamiento unos determinados preceptos, otros idénticos permanecerían vigentes en tanto no fuesen derogados. Soslayada así la anomalía, el resultado final ha de ser que el significado de tales preceptos no impugnados, de todos ellos sin excepción, quede reajustado a la doctrina del Tribunal sobre los idénticos o similares que sí lo han sido. El valor y vinculación de esa doctrina para todos los poderes públicos (artículos 38.1 y 40.2 LOTC y 5 LOPJ) necesariamente lo impone» (p. 49).

⁴ En palabras de J. VERNET, «Drets històrics», en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, «el Tribunal Constitucional reescriu la Constitució i l'Estatut amb un activisme interpretador desmesurat, especialment criticable perquè no argumenta prou i, per tant, no convenc».

⁵ E. ALBERTÍ, «El Estado de las Autonomías después de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, p. 96: «en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se autoatribuye la función de

que supone la doctrina establecida por el TC en esta sentencia respecto de la STC 247/2007, de 12 de diciembre⁶.

configurar la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA a partir directa y exclusivamente de la Constitución, olvidando que en el sistema autonómico, esta función corresponde al bloque de la constitucionalidad, integrado por la Constitución más los Estatutos de Autonomía, y que el Tribunal Constitucional está sujeto a dicho bloque, como establece expresamente su propia Ley Orgánica (art. 28.1. LOTC). La función interpretativa que, en exclusiva corresponde al Tribunal debe proyectarse sobre los títulos competenciales derivados o configurados por dicho bloque, en cuya construcción, no hay que olvidar, ha intervenido decisivamente el Estado». Igualmente, para J. TORNOS MAS, *op. cit.*, p. 23, «La sentencia niega al Estatuto, como norma del poder constituido, la capacidad para definir conceptos constitucionales como las bases, ya que la función de interpretar estos conceptos se reserva en exclusiva al propio Tribunal Constitucional. De ese modo se limita de modo sustancial al función complementaria de la Constitución que pretendía asumir el Estatuto con el fin de aumentar y garantizar el autogobierno de Cataluña». Por su parte, M. Carrillo, *op. cit.*, p. 35, habla de «una lógica interpretativa coherente en toda la sentencia, que no ha sido otra que la infravaloración del rango de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma».

⁶ C. VIVER, «Los efectos jurídicos de la Sentencia sobre el Estatuto» en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, indica que la sentencia «alterando su jurisprudencia anterior declara que los Estatutos no pueden contribuir a delimitar el contenido y alcance de las competencias, ni estatales ni autonómicas: esto corresponde en exclusiva a la Constitución y al propio Tribunal Constitucional. La Sentencia, en relación a esa jurisprudencia precedente, degrada la función constitucional de los Estatutos como norma integradas en el bloque de constitucionalidad. Sobre esta cuestión los teóricos vamos a seguir discutiendo largamente, aunque es cierto que ya ha hablado el Tribunal que tiene la última palabra. Con todo, conviene advertir que esta última palabra es mutable como lo demuestra el hecho de que la “ingeniería constitucional” relativa a las competencias, que ahora tanto se critica del Estatuto, fue admitida pacíficamente en 2007 por la Sentencia sobre el Estatuto valenciano; algo debe haber ocurrido en el Tribunal entre estas dos fechas». Para J. TORNOS MAS, *op. cit.*, p. 24, «estamos ante una sentencia poco innovadora, que reitera la doctrina del propio Tribunal sin hacer ningún esfuerzo por avanzar en el desarrollo del Estado de las Autonomías con el fin de incrementar los niveles de autogobierno de las Comunidades Autónomas y que, desde esta perspectiva, supone un retroceso con respecto a los apuntes que se habían hecho en la Sentencia 247/2007 sobre la posición constitucional de los Estatutos de Autonomía». Por su parte, E. ALBERTÍ, *op. cit.*, pp. 95-6, considera que mientras que la STC 247/2007 de 12 diciembre «reconocía la función constitucional de los Estatutos de Autonomía», en comparación con la STC 31/2010, «el recorrido entre las dos ha ido en la dirección de disminuir la función de los Estatutos de Autonomía hasta convertirlos prácticamente en irrelevantes» ya que la sentencia 31/2010 «reduce hasta la casi irrelevancia la función constitucional de los Estatutos de Autonomía y niega prácticamente cualquier posición especial de los mismos en el ordenamiento español, especialmente respecto de las leyes estatales, y singularmente las orgánicas». E. FOSSAS, «El estatuto como norma y su función constitucional. comentario a la STC 31/2010» en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, compara las dos sentencias para concluir que «Las afirmaciones contenidas en estos dos fundamentos (FFJJ 57 y 58) quedan lejos de las que el mismo Tribunal realizó en los FFJJ 7 a 10 de la STC 247/2007, donde se hizo una valoración muy diferente de la función interpretativa de la Constitución que puede legítimamente realizar el Estatuto de Autonomía, con los límites que afectan a todo legislador, derivados de la STC 76/1983, puntualizando sin embargo que “la Constitución no impide al legislador ordinario su interpretación, pues ningún precepto de aquélla así lo declara ni este Tribunal ha admitido la existencia de reservas implícitas a favor del constituyente” (FJ 8)». Cfr. igualmente, J.M. CASTELLÀ ANDREU, «La funció constitucional de l'Estatut en la Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya», en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*.

Dos aspectos resultan especialmente reseñables en relación con el carácter interpretativo de la sentencia. Por un lado, se ha destacado en parte de la doctrina que el Tribunal manipula el texto estatutario haciéndole decir lo que no se deduce de manera natural de la lectura de sus preceptos⁷. Pero también se ha dicho, con acierto, que el Tribunal se acerca al Estatuto desde una posición de desconfianza que rompe un principio esencial de presunción de constitucionalidad pues esa posición de desconfianza hace que el Tribunal se plantee como hipótesis posibles vulneraciones de nuestro sistema constitucional que no se derivan de la literalidad de los preceptos estatutarios⁸.

Pese a las valoraciones negativas de la doctrina, que se pueden compartir en sustancia, lo cierto es que la sentencia por sí misma no altera la profunda actualización del Estado Autonómico que se ha producido con el Estatuto de Cataluña – y los otros que han sido reformados, en distinta medida – en ámbitos muy diferentes que van desde el reconocimiento de derechos estatutarios – a algunos de los cuales la sentencia les reconoce la condición de derechos subjetivos⁹ – hasta la incorporación de un gran número de preceptos relativos a la Unión Europea, pasando por fórmulas de financiación autonómica posteriormente consolidadas mediante las oportunas reformas del sistema, entre otros muchos aspectos.

⁷ Así, J. GARCÍA ROCA, «De las competencias en el Estatuto de Cataluña según la STC 31/2010, de 28 de junio: una primera lectura integradora», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, p. 58: «El Tribunal realiza en este punto (FJ 61) una interpretación correctora que lleva al fallo y manipula el sentido del precepto haciéndole decir lo que no decía la propuesta, al menos inicialmente, para salvar su validez, pero con apoyo en una parte del texto». Igualmente, J. TORNOS MAS, *op. cit.*, p. 22. para quien «en algunos casos la sentencia puede incluso calificarse de manipulativa, como cuando por ejemplo hace decir al Estatuto que trata de crear un Consejo de Justicia como órgano de la Generalidad, cuando el Estatuto lo concibe como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial».

⁸ E. ALBERTÍ, *op. cit.*, p. 93: «no son raros los casos en los que el Tribunal Constitucional plantea hipotéticamente una situación que considera contraria a la Constitución, para a continuación, y aún reconociendo que el texto estatutario impugnado no la implica directamente ni deriva necesariamente hacia la misma, establecer una interpretación que, preventivamente, la evite», de tal modo que «este tipo de razonamiento implica atribuir al Estatuto unas intenciones ocultas, en contradicción con la Constitución, frente a las cuales el Tribunal se siente obligado a reaccionar para evitar que se puedan materializar, denotando con ello una aproximación al texto estatutario desde una profunda desconfianza», de ahí el reproche del autor a la sentencia de «falta de deferencia hacia el Estatuto, en el sentido elemental de respeto del principio de presunción de constitucionalidad, al que cabría sumar aún otros, como el recurso en ocasiones de la nulidad, cuando con la declaración de ineficacia inmediata, condicionada a una ley posterior, hubiera bastado para resolver la cuestión» (p. 93).

⁹ «En el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo, según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como «principios rectores», ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar», FJ 16.

Por otro lado, en la mayor parte de los aspectos en los que la doctrina del TC ha desvirtuado o “desactivado” preceptos estatutarios relevantes – o en los que directamente ha declarado su inconstitucionalidad – no ha hecho con ello otra cosa que remitir a procesos políticos posteriores la solución de problemas que se pretendían resolver desde el ámbito jurídico en el propio Estatuto de Autonomía. Obviamente esto no es lo deseable, pero tampoco supone un impedimento material en relación con futuras soluciones descentralizadoras a los problemas del Estado Autonómico.

Con todo, la sentencia contiene una doctrina cuestionable en diversos puntos que expresa una visión del Estado escasamente compatible con la realidad actual, derivada de los procesos de integración supranacional y descentralización experimentados desde el momento en que entró en vigor la Constitución de 1978¹⁰. Algo que no es privativo del TC español si tenemos en cuenta la todavía reciente “sentencia Lisboa” del TCFA en la que se observa una visión del Estado y del Derecho constitucional anclada en una teoría más propia del constitucionalismo de finales del XIX y principios del XX que del siglo XXI¹¹.

En el trasfondo de todos estos movimientos doctrinales está la idea de que el Derecho constitucional debe ir unido necesariamente al Estado, motivo por el cual se repudia su extensión a los ámbitos infra y supraestatal, al considerar que esa extensión puede propiciar el debilitamiento del Estado y el fomento de mayor estatalidad, por así decirlo, en esos niveles. Ese temor a que determinadas Comunidades Autónomas o a que la Unión Europea se conviertan en Estado parte de una comprensión muy limitada de la realidad actual del Estado autonómico y del proceso de integración europea.

En efecto, la estatalidad es un rasgo inherente a la condición de poder público europeo¹² o autonómico¹³. Los poderes que ejercitan ahora las CCAA y la Unión Europea fueron antes poderes estatales, sometidos a condiciones constitucionales. La extensión del Derecho constitucional al nivel europeo o autonómico no tiene como finalidad aumentar el poder político de esos niveles, sino limitarlo, someterlo a condiciones más estrictas de ejercicio y convertirlo en un poder más democrático desde el punto de vista constitucional.

¹⁰ Cfr. al respecto mi trabajo «Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 15, octubre de 2010, pp. 50 y ss.

¹¹ PETER HÄBERLE, «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, Julio-Diciembre de 2009.

¹² Cfr. mi trabajo «El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008. Existe versión italiana en *Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 5, pp. 13-52, 2009.

¹³ Una dimensión estatal que la propia Constitución y el TC han reconocido, incluso en la STC 31/2010, cuando en su FJ 13 indica que: «el art. 3.1 EAC, en definitiva, adquiere sentido cabal como precepto referido a las relaciones entre dos partes del Estado español: la Generalitat de Cataluña y las instituciones centrales del Estado».

El aumento de la densidad constitucional del espacio público autonómico que se ha producido a través de las reformas estatutarias se inscribe dentro de la tradición del constitucionalismo democrático de establecer límites al poder político, ya sea mediante la incorporación de contenidos materiales (derechos estatutarios) ya sea mediante el establecimiento de controles a los poderes públicos. El carácter dinámico del proceso autonómico ha conducido a unas CCAA que ejercitan hoy un poder público muy superior al de sus comienzos, por el aumento de sus competencias, de su financiación y de su entramado institucional. Desde esa perspectiva, debería considerarse normal la incorporación de Derecho constitucional a los Estatutos y la revaluación de la función constitucional de este tipo de normas en nuestro sistema constitucional. Como veremos, el TC ha optado por la orientación contraria en la fundamentación de su sentencia, pese a que formalmente ésta no tenga una incidencia tan negativa en el Estado autonómico si tenemos en cuenta el limitado alcance del Fallo.

2. *Valoración global de la STC 31/2010, de 28 de junio*

Por lo que al alcance del Fallo se refiere, la Sentencia del TC 31/2010 de 28 de junio, ha declarado inconstitucional sólo un artículo completo del Estatuto de Cataluña (sobre el Consejo de Justicia) junto con otros 13 apartados específicos de artículos o incisos concretos que no afectan a cuestiones jurídicas relevantes de la reforma (pese a la dimensión política negativa que la sentencia ha tenido por afectar innecesariamente a cuestiones simbólicas y por las circunstancias en las que se ha producido).

En cada una de las líneas esenciales de la reforma podemos constatar la validación que la sentencia realiza de los preceptos estatutarios y, por tanto, de las reformas estatutarias culminadas hasta ahora. Ciertamente, esa validación va acompañada en ocasiones de una argumentación más que discutible, a veces innecesaria y, en determinados casos, regresiva. No obstante, los preceptos estatutarios no afectados por la declaración de inconstitucionalidad siguen vigentes y seguirán desarrollando sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Acerca de su alcance real podremos seguir hablando en el futuro sobre la base de una doctrina constitucional que no se inicia en esta sentencia ni se acabará tampoco con ella.

2.1. *Unión Europea y Acción Exterior de la Comunidad*

En cuanto a los preceptos relativos a la inserción de la Comunidad Autónoma en la Unión Europea, se puede decir que han sido plenamente avalados por la STC 31/2010, que en sus FFJJ 118-124 desestima todas las impugnaciones presentadas en relación con las disposiciones relativas a las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea.

El aspecto quizás más problemático, era el relativo a las competencias de desarrollo legislativo de las normas básicas estatales, que permite el desarrollo directo de las normas europeas en el caso de que la Unión Europea establezca una regulación que sustituya a la normativa básica del Estado. De ese modo se intenta evitar que las normas básicas estatales terminen por reducir a la nada la competencia autonómica en estos supuestos, al ocupar, mediante la ordenación básica, todo el campo normativo interno.

En relación con esta cuestión, el TC indica en el FJ 123 de la Sentencia 31/2010 que “no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases”.

Por lo que se refiere a la Acción Exterior, el Estatuto de Cataluña parte de una comprensión más precisa del título competencial sobre relaciones internacionales, establecida por la jurisprudencia constitucional, que le permite a la Comunidad Autónoma desarrollar esta materia en el ámbito de sus competencias. También en este apartado la STC 31/2010 ha avalado plenamente la regulación estatutaria¹⁴.

2.2. Cuestiones competenciales

En materia competencial el Estatuto de Cataluña intenta clarificar las categorías competenciales mediante la incorporación de tipologías específicas en el propio

¹⁴ En palabras de X. PONS, «La acción exterior de la Generalitat en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña» en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, «aunque no sea de la mejor manera posible, la STC avala la constitucionalidad de la acción exterior de la Generalitat – y por extensión, de las Comunidades Autónomas –, respecto de la cual el EAC lleva a cabo, a mi entender, una triple operación relevante: de consolidación de una práctica generalizada, de reconocimiento legal a nivel estatutario y de apertura de nuevas posibilidades y opciones que, por la propia naturaleza de las cosas y de la práctica política, podrán evolucionar, en términos de cooperación y coordinación con el Estado, y deberán llevarse a cabo bajo el respeto del principio básico de la lealtad institucional mutua, que garantice, al mismo tiempo, la unidad de la acción exterior del Estado y el respeto de las competencias de las Comunidades Autónomas».

Estatuto. La STC 31/2010 viene a avalar esta nueva metodología por lo que se refiere a la inserción de categorías competenciales en los Estatutos al indicar en su FJ 58 que “a los fines de la exposición ordenada y sistemática del conjunto de las potestades, facultades y funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, integran el contenido funcional de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en su norma institucional básica, pueden los Estatutos de Autonomía relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas” y que “tal es, en definitiva, el sentido que les cabe a las previsiones incluidas en los arts. 110, 111 y 112 EAC, constitucionalmente aceptables en la medida en que, con la referida voluntad de descripción y de sistema, se acomoden a la construcción normativa y dogmática que cabe deducir de nuestra jurisprudencia en cada momento histórico, es decir, sin que su formalización como expresión de la voluntad del legislador orgánico estatutario suponga un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción. Esto es, sin que en modo alguno se sustraiga a este Tribunal la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados”.

Esta formulación del TC ha sido interpretada mayoritariamente como una desautorización de los correspondientes preceptos estatutarios al indicar que los Estatutos pueden “relacionar sin definir”. De ese modo, se entiende habitualmente que la sentencia ha desvirtuado los preceptos estatutarios en los que se contemplaban la ordenación competencial, incluyendo también el “blindaje competencial”¹⁵. Mi planteamiento es diferente porque lo que resulta indiscutible

¹⁵ Así, J. TORNOS MAS, *op. cit.*, pp. 23-4, para quien «se afirma que los preceptos estatutarios pueden “describir” los conceptos constitucionales (los conceptos relativos al alcance funcional y material de las competencias) pero que carecen de contenido normativo prescriptivo que vincule al Tribunal. Con esta afirmación todo este importante Título se declara constitucional pero se vacía completamente de sentido. No queda nada del pretendido “blindaje” competencial”. Igualmente, M. CARRILLO, *op. cit.*, p. 31, «Los efectos que la sentencia ha producido sobre las pretensiones del Estatuto de asegurar una mayor integridad de las competencias son demoledores, dejando de hecho las cosas tal como estaban y se han ido produciendo desde 1979 hasta ahora». También, J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 60, afirma que «La filosofía del blindaje competencial – basada en la defensa y la desconfianza – ha resultado imposible, porque el Tribunal interpreta certeramente que nuestro modelo de bloque de constitucionalidad, de singular Constitución abierta, está estructuralmente abierto a los Estatutos y al principio dispositivo o de voluntariedad, pero también a las leyes del Estado que delimitan competencias». G. FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, p. 49, concluye que «la famosa idea del “blindaje” ha caído estrepitosamente». M.A. APARICIO por su parte, critica la doctrina del TC indicando que «se ha de llegar ineluctablemente a la conclusión de que una delimitación competencial

es que el Tribunal ha avalado estas definiciones aunque las conceptúe como meras “relaciones” o descripciones. Esos preceptos siguen vigentes, en lo no declarado específicamente inconstitucional, y seguirán desplegando su eficacia en el ordenamiento con independencia de que el Tribunal mantenga, como es obvio, la facultad de “modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados”. Por cierto, que esa modificación podrá ser tanto para reducirla como para ampliarla. Por ejemplo, nada impide que el TC considere en el futuro de manera clara – y más congruente con su doctrina previa que en esta sentencia – que los reglamentos ejecutivos son posibles tal y como están formulados en el Estatuto de Cataluña siempre que no impidan una regulación unitaria de la materia. El Tribunal parece no haberse dado cuenta del cambio que se dio a la formulación estatutaria para hacerla compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁶.

Por lo que a las competencias exclusivas se refiere, parece claro que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el sentido del término “exclusivas” por referencia a la calificación de las competencias estatutarias sigue teniendo plena aplicación después de la sentencia y que, por tanto, la caracterización de las competencias como “exclusivas”, aun siendo constitucionalmente válida, es susceptible de ser sometida a una interpretación constitucional que defina, en cada caso, su verdadero alcance en relación con las posibilidades de intervención del Estado sobre la materia derivadas de los propios preceptos estatutarios o de los constitucionales de tal manera que, como ya habíamos advertido, la

que llegue no ya al detalle en el contenido sino a la mera descripción explicativa de la misma invade el permanente campo de actuación del Tribunal Constitucional, bien como poder constituyente prorrogado o bien como voz parlante de una Constitución silente», en «Alguna consideración sobre la STC 31/2007 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional», *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*. Finalmente, E. Fossas, *op. cit.*, entiende que «el Tribunal ha modificado sustancialmente su doctrina sobre las características del Estatuto como norma singular dentro del Ordenamiento jurídico, basada hasta hoy en algunas ideas mayoritariamente compartidas y sostenidas en su anterior jurisprudencia, para reducir drásticamente la función constitucional del Estatuto. Especialmente llamativo resulta el cambio de criterio operado en relación con una de las principales funciones constitucionales que desempeñan los Estatutos, la de atribución competencial, que el Tribunal deja prácticamente anulada al despojar de toda virtualidad al Estatuto dentro del bloque de la constitucionalidad, y basar la delimitación de competencias en las categorías constitucionales, expresión de la voluntad constituyente, que sólo el propio Tribunal es competente para su definición auténtica e indiscutible».

¹⁶ Cfr. al respecto de esta interpretación, mi trabajo «Competencias de ejecución. Legislación-ejecución», en Francisco Balaguer Callejón (Director), Luís Ortega, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, (Coordinadores), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007. La crítica previa se puede encontrar en mi trabajo «Las reformas estatutarias desde la perspectiva de la ordenación competencial. Un análisis de las líneas generales del título V de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, GOBERNA, Documento de Trabajo nº 24, Madrid, 2005.

caracterización como exclusiva de una competencia no cerraría el paso a intervenciones estatales en el marco de las competencias que constitucionalmente le corresponden al Estado¹⁷.

Así lo ha venido a reconocer el TC en el FJ 59 de la sentencia 31/2010: “el art. 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto que aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate de materias de competencia compartida, cualquiera que sea la utilización de los términos “competencia exclusiva” o “competencias exclusivas” en los restantes preceptos del Estatuto, sin que tampoco la expresión “en todo caso”, reiterada en el Estatuto respecto de ámbitos competenciales autonómicos, tenga otra virtualidad que la meramente descriptiva ni impida, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales”.

Donde si puede decirse que la doctrina establecida por el TC en la Sentencia 31/2010 ha limitado el avance estatutario es en las competencias compartidas y en las ejecutivas. Por un lado, respecto de las compartidas se establecían en el Estatuto determinadas condiciones a la legislación básica estatal¹⁸, de tal manera que el Estado debería fijar las bases en normas con rango de ley, salvo en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y en el propio Estatuto. Se trata de una precisión que se corresponde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia en cuanto a la preferencia de ley, que debe ser seguida por el Estado, salvo en los supuestos en que constitucional y estatutariamente puedan adoptarse medidas de otro tipo. Igualmente, en el Estatuto se establecía que las bases consistirán en principios o en un mínimo común normativo, referencia que es también congruente con la jurisprudencia constitucional.

El TC ha entendido, sin embargo, en la Sentencia 31/2010, por referencia a estas previsiones contenidas en el Estatuto de Cataluña, que “el precepto no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los “principios o mínimo común normativo” fijados por el

¹⁷ Cfr. al respecto mi trabajo «Comentario a La Reforma de los Estatutos de Autonomía», en Carles Viver i Pi Sunyer, Francisco Balaguer Callejón y Javier Tajadura Tejada, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 37-55.

¹⁸ Advierte, sin embargo, C. VIVER, *op. cit.*, que «El Estatuto pretendía también acotar el alcance de las bases. La Sentencia suscita aquí alguna perplejidad. En primer lugar reitera la doctrina de que las bases estatales pueden contenerse no sólo en leyes, sino también en reglamentos e incluso en actos meramente ejecutivos – autorizaciones, licencias... – y pueden tener el detalle que el legislador estatal considere conveniente. En aplicación de esta doctrina declara inconstitucionales dos incisos del precepto estatutario correspondiente; sin embargo, lo que queda del artículo tras esta amputación permite deducir que las bases deben contenerse en disposiciones, no en actos de ejecución, y que esas disposiciones deben ser únicamente un marco que debe permitir concreciones y desarrollo, es decir no pueden ser de detalle. Veremos como se resuelve en la práctica esta contradicción».

Estado “en normas con rango de ley”, cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada”.

De acuerdo con esos criterios, para el TC “es inconstitucional, y por tanto nulo, el inciso “como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”. Con su supresión, el art. 111 EAC se limita a describir correctamente las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de unas bases estatales cuyo contenido y alcance serán siempre, y sólo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal”.

Por lo que se refiere a las competencias ejecutivas, la nueva redacción que se formulaba en el Estatuto de Cataluña hacía posible que esta Comunidad Autónoma pudiera dictar reglamentos de ejecución de la normativa estatal. De acuerdo con esa formulación, los reglamentos ejecutivos del Estado podrían ser completados con los reglamentos ejecutivos de la Comunidad Autónoma. La Comunidad Autónoma tendría así potestad para aprobar disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa estatal, lo que no resulta incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 5) siempre que no impida una regulación unitaria de la materia por parte del Estado, que podría ser completada por la Comunidad Autónoma mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, complementaria de la estatal. Cuestión distinta sería, si se hubiera pretendido – como ocurría con las primeras formulaciones del Estatuto – ocupar todo el espacio normativo del desarrollo reglamentario de las leyes impidiendo que el Estado pudiera ejercer sus competencias de desarrollo por medio de reglamentos ejecutivos y contradiciendo la concepción material de la competencia de legislación establecida por la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, la Comunidad Autónoma podría dictar reglamentos de ejecución no ya “de las leyes” estatales sino “de la normativa” estatal, de manera que los reglamentos ejecutivos del Estado podrían ser completados con los reglamentos ejecutivos de Cataluña. Estos últimos no podrían, como es lógico, contradecir lo establecido en la normativa estatal.

Ahora bien, la interpretación que ha realizado el TC en su Sentencia 31/2010 de 28 de junio, no parece aceptar esta posibilidad en toda su dimensión, aunque tampoco la niega totalmente. El TC no la declara inconstitucional, pero la interpreta en el sentido siguiente, en su FJ 61: “El precepto examinado no contraría, en el inciso recurrido, la doctrina constitucional que tradicionalmente ha incluido en el concepto “legislación”, cuando se predica del Estado, la potestad reglamentaria ejecutiva (STC 196/1997, de 13 de noviembre), pues en la referencia a “la normativa del Estado” se comprenden con naturalidad las normas estatales adoptadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, además de las que son resultado de la potestad legislativa del Estado. Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de “la normativa (legal y reglamentaria) del Estado”, no sólo como función ejecutiva *stricto sensu*, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa, aun cuando es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4). Sólo entendida en esa concreta dimensión, la potestad reglamentaria a que se refiere el art. 112 EAC, limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica, no perjudica a la constitucionalidad del art. 112 EAC”. Así pues, todo dependerá de cómo se interprete en el futuro el alcance de una “competencia normativa de carácter funcional” relacionada con el “conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal” aunque, de momento, las primeras impresiones doctrinales son pesimistas respecto de la extensión de las potestades autonómicas¹⁹. Todo ello, con independencia de que, como hemos indicado anteriormente, el propio Tribunal deja abierta la posibilidad de un cambio – como no podía ser de otra manera – en su interpretación futura.

¹⁹ Para C. VIVER, *op. cit.*, «Aunque la Sentencia emplea expresiones ciertamente abiertas al referirse a esta cuestión, lo cierto es que va a ser difícil argumentar que en ellas caben los reglamentos dotados de efectos “externos”. Es verdad que en algún pasaje de la Sentencia se incluye en la competencia de ejecución de la Generalidad “actos de ejecución... de carácter normativo” como la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga, pero también lo es que en otros fundamentos jurídicos llega a afirmarse que en supuestos en los que el Estado tiene reservada la legislación y la Generalitat la ejecución el legislador estatal puede reservarse los actos de ejecución que crea pertinentes: es difícil hallar un mejor ejemplo de la facultad que el Tribunal Constitucional concede al legislador estatal ordinario de modificar a su antojo el sistema constitucional de distribución de competencias». Para M. CARRILLO, *op. cit.*, p. 31, con esta doctrina «queda imposibilitada la concurrencia de la potestad reglamentaria con efectos *ad extra* entre el Estado y la Generalitat».

Un último aspecto a considerar en lo que se refiere a las cuestiones competenciales es el relativo a la nueva metodología con la que se abordan estas cuestiones en el Estatuto de Cataluña, basada en la incorporación de submaterias o perfiles competenciales que precisan y detallan los títulos competenciales. Esta idea está vinculada a la de transformación del bloque de constitucionalidad mediante la reformulación de la redacción estatutaria previa. Podríamos decir que la finalidad perseguida es de doble naturaleza. Al incorporar perfiles competenciales en el Estatuto se deshace cualquier posible duda acerca de si la competencia concreta corresponde al Estado o a la Comunidad Autónoma. Comoquiera que, de acuerdo con el artículo 149.3 CE “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”, es posible incluir en los Estatutos, con el grado de concreción que se desee, todas aquellas materias que la Constitución no atribuya expresamente al Estado. Mediante esa operación se “blinda” la competencia – siempre que constitucionalmente le pueda corresponder a la Comunidad Autónoma – pues al estar incluida en el Estatuto ya no puede ser objeto de regulación estatal, impidiendo así que la ausencia de previsión estatutaria pudiera conducir a atribuir la competencia al Estado.

Pero, al mismo tiempo, la mayor concreción de los títulos competenciales a través de esta técnica de submaterias o de perfiles competenciales hace posible también establecer diferenciaciones en relación con los límites conformados por los títulos estatales, que antes eran definidos con carácter general en los Estatutos de Autonomía. De ese modo, ya no es necesario establecer limitaciones generales a los títulos autonómicos que, en cuanto tienen ese carácter general, pueden estar afectando indebidamente a aspectos concretos de la competencia autonómica. Ahora es posible distinguir entre aquellos aspectos que sí están sometidos a límites en virtud de los títulos que la Constitución reserva al Estado y aquellos otros que no deben ser, en principio, objeto de intervención estatal.

Esta última operación es posible porque al modificarse el Estatuto se modifica también el bloque de constitucionalidad y el parámetro con el que el Tribunal Constitucional debe delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante, no todo vale en lo que a la modificación del bloque de constitucionalidad se refiere. Es necesario tener en cuenta la jurisprudencia constitucional y, a partir de ella, eliminar tan sólo las limitaciones que la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado señaladas (o las similares que no han sido objeto de pronunciamiento) y que han justificado una restricción de las competencias autonómicas sobre la base de la redacción concreta de los Estatutos. No así aquellas otras limitaciones que se derivan de competencias que al Estado le corresponden constitucionalmente, con independencia de cual sea la formulación específica de los Estatutos.

La STC 31/2010 ha aceptado también la legitimidad constitucional de esta técnica. En su FJ 64 indica que “nada en el art. 147.2.d) CE se opone a que un

Estatuto de Autonomía, con la misma voluntad de descripción y sistema antes referida a los arts. 110, 111 y 112 EAC, utilice una técnica descriptiva de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias siempre, obviamente, en el marco de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 CE". Naturalmente, esto no quiere decir que la definición concreta que realiza el Estatuto no pueda ser revisada por el TC.

Es preciso advertir sin embargo que, nuevamente en este punto, la interpretación prácticamente unánime en los comentarios doctrinales de la sentencia es la de que el Tribunal desactiva o rechaza el blindaje competencial²⁰. En mi opinión, sin embargo, lo cierto es que el Tribunal ha validado todas esas "descripciones" realizadas por el Estatuto, que se consolidan así en el ordenamiento jurídico. Para ser desvirtuadas en el futuro será necesario un cambio de la doctrina material del Tribunal sobre cada una de ellas, lo que no parece probable. Por otro lado, no podemos olvidar que esta técnica tiene virtualidades adicionales, como hemos indicado, al hacer posible la inhabilitación de una parte de los límites basados en las competencias estatales, que antes se planteaban con carácter genérico para el conjunto de las materias²¹.

Por otro lado, por lo que se refiere al uso de la expresión "en todo caso" para hacer referencia a las submaterias que se incorporan a la competencia autonómica, el TC aborda esta cuestión en los FFJJ 59 y 64 de la sentencia 31/2010. En concreto en el FJ 64 indica que "En cuanto a la técnica seguida en ocasiones por el Estatuto de atribuir competencias materiales a la Generalitat que se proyectan "en todo caso" sobre las submaterias correspondientes, ya hemos afirmado (fundamento jurídico 59) que dicha expresión ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio

²⁰ C. VIVER, *op. cit.*, entiende al respecto, que «las drásticas limitaciones impuestas por la Sentencia a las "definiciones" de las competencias tienen repercusión directa en los sesenta artículos que regulan las competencias concretas de la Generalitat. En suma, puede concluirse que la Sentencia desactiva prácticamente todas las novedades que pretendía introducir el Estatuto en este ámbito. La situación después de la Sentencia será la misma que existía antes de aprobarse el texto estatutario (salvando algunas competencias nuevas y las potestades de participación en ciertas decisiones estatales). Es decir, la delimitación de las competencias continuará quedando en la práctica a la libre disposición del legislador estatal ordinario con el único control del Tribunal que ejercerá utilizando como único parámetro para enjuiciar las decisiones estatales el texto sumamente abierto de la Constitución».

²¹ Cfr. al respecto mi trabajo «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía», en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1, Madrid, 2006, pp. 39-53.

por esa atribución estatutaria “en todo caso” de competencias específicas a la Generalitat. Éste es el sentido en que habrá de ser entendida dicha expresión que figura en determinados preceptos impugnados (arts. 117.1; 118.1 y 2; 120.1, 2 y 3; 121.1 y 2; 123; 125.1 y 4; 127.1 y 2; 131.3; 132.1; 133.1 y 4; 135.1; 139.1; 140.5 y 7; 147.1; 149.3; 151; 152.4; 154.2; 155.1; 166.1, 2 y 3; 170.1 y 172.2), lo que nos evitará volver sobre este extremo al enjuiciar cada uno de ellos”.

De nuevo nos encontramos ante una formulación que, para quienes han comentado la sentencia hasta ahora, supone “desactivar” la técnica estatutaria. Sin embargo, el hecho de que se indique por el Tribunal que la expresión “en todo caso” tiene un sentido “meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate” no permite una valoración tan negativa porque es claro que el Tribunal acepta que esas submaterias forman parte del contenido de las competencias estatutarias, por lo que está validando la formulación estatutaria. Que esa formulación se considere descriptiva, con todo respeto a quienes critican esta expresión, puede interpretarse también – aunque el Tribunal no lo haya pretendido – como un reforzamiento implícito de la competencia autonómica, pues la submateria se considera así como parte inherente a la competencia autonómica que el Estatuto describe (que esta caracterización del TC sea o no acertada es otra cuestión). Tampoco supone un obstáculo la salvedad que hace el Tribunal respecto de que esa formulación estatutaria no puede impedir el ejercicio de las competencias que constitucionalmente le correspondan al Estado. Si esa salvedad se inserta dentro de la doctrina previa del Tribunal Constitucional, resulta evidente que una nueva formulación estatutaria de las competencias debe moverse dentro del marco constitucional aunque redefina el bloque de constitucionalidad.

El Tribunal ha leído el texto estatutario con algún prejuicio en determinados ámbitos, pero también podría decirse que algunas formulaciones generales del Tribunal, claramente regresivas pueden haber inducido a una lectura igualmente condicionada del resto de la sentencia que le hace decir más de lo que su texto indica. En principio, salvar las competencias estatales respecto de las competencias estatutarias es una expresión neutra respecto de las técnicas utilizadas por el Estatuto. Lo importante es que el Tribunal ha aceptado la formulación estatutaria y que ha avalado las “descripciones” o “indicaciones” del Estatuto.

Tampoco parece que de la sentencia del TC se derive un reproche de inconstitucionalidad a la modificación del bloque de constitucionalidad a través de la reforma del Estatuto. De hecho, las reformas estatutarias que se habían realizado previamente en las Comunidades de autonomía diferida habían cambiado el bloque de constitucionalidad al incorporar nuevas competencias. Nuevamente el límite no es formal sino material: ese cambio debe realizarse en congruencia con la Constitución y respetando, por tanto, las competencias que la Constitución reserva al Estado, como indica el TC en la sentencia 31/2010, FFJJ 59 y 64. La cuestión es que el TC ha tenido la oportunidad de declarar

inconstitucional la incorporación de submaterias o perfiles competenciales concretos al Estatuto y, al no hacerlo, los ha validado y los ha consolidado como una parte integrante del bloque de constitucionalidad. Buena prueba de ello es que, allí donde el Tribunal ha constatado la existencia de una lesión efectiva de las competencias estatales, ha procedido a declarar la inconstitucionalidad del precepto estatutario, como ha ocurrido por ejemplo con lo dispuesto en el artículo 120.2 o en el 126.2 EC.

2.3. Relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma

Las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma han estado marcadas, como es conocido, por la polémica en torno al establecimiento de mecanismos bilaterales en el Estatuto junto con la participación en los multilaterales. En la STC 31/2010 el Tribunal Constitucional ha aceptado con carácter general el principio de bilateralidad y sus manifestaciones en el Estatuto de Cataluña. Así, en el FJ 13 de esa sentencia, indica que “es constitucionalmente pacífico que el art. 3.1 EAC disponga que la Generalitat se relaciona con el Estado central sobre la base, entre otros, del principio de bilateralidad, pues con ello sólo se significa que, siendo una y otro “Estado español”, su posición respectiva vendrá impuesta en cada caso por lo que resulte del sistema constitucional de distribución de competencias”.

El Tribunal desestima la impugnación del art. 3.1 del Estatuto de Cataluña indicando en relación con la relación bilateral que “dicha relación, amén de no ser excluyente de la multilateralidad, como el propio precepto impugnado reconoce, no cabe entenderla como expresiva de una relación entre entes políticos en situación de igualdad, capaces de negociar entre sí en tal condición, pues, como este Tribunal ha constatado desde sus primeros pronunciamientos, el Estado siempre ostenta una posición de superioridad respecto de las Comunidades Autónomas (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). De acuerdo con ello el principio de bilateralidad sólo puede proyectarse en el ámbito de las relaciones entre órganos como una manifestación del principio general de cooperación, implícito en nuestra organización territorial del Estado (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 9)”.

Por otro lado, el Tribunal reconoce expresamente “la falta de vinculación jurídica de las decisiones que se adopten en los mecanismos multilaterales” (FJ 112) y avala también la manifestación orgánica de las relaciones bilaterales a través de la Comisión Bilateral (FJ 115): “la calificación que el art. 183.1 EAC efectúa de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado como “marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat” y del Estado, no es contraria a la Constitución interpretada en el sentido de que no excluye otros marcos de relación, ni otorga a dicha Comisión función distinta de la de cooperación voluntaria en el ámbito de las competencias de ambos Gobiernos,

que son indisponibles. En consecuencia, el alcance de la participación y de la colaboración en el ejercicio de las competencias estatales, previstas en el apartado 1 a) del art. 183 EAC, no vulnera la Constitución, ya que no impide ni menoscaba el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias”.

El TC considera también aceptable, por último, la exigencia de motivación al Estado que el Estatuto de Cataluña contempla en los casos de discrepancia con la “posición determinante” de la Generalitat: “El deber de motivación o exteriorización por el Gobierno del Estado de la discrepancia con la posición determinante de la Generalitat en los casos dichos en que expresamente aparece así calificada puede configurarse en principio, dados los genéricos términos de la disposición impugnada, como un mecanismo de colaboración en supuestos en los que resultan o pueden resultar especialmente afectados los intereses de la Comunidad Autónoma, sin que en modo alguno el Estado resulte vinculado en la decisión que deba adoptar en el ejercicio de sus competencias”.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, la previsión estatutaria de participación de la Comunidad Autónoma en la designación de miembros de determinados órganos estatales, como es el caso de los órganos de dirección del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional de Energía, la Agencia Española de Protección de Datos o el Consejo de Radio y Televisión, entre otros. Por lo que se refiere a la previsión genérica de participación en órganos estatales, el Tribunal entiende (FJ 111) que “el art. 174.3 EAC ha de interpretarse en el sentido de que prevé una participación orgánica y procedimental de la Generalitat que habrá de ser regulada por la legislación estatal y que no puede sustanciarse respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o menoscabar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales”.

También contempla el Estatuto la posibilidad de participación en los procesos de designación de determinados órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial) en los términos que disponga la normativa estatal²². La STC 31/2010, FJ 113, ha avalado el precepto estatutario entendiendo que “el art. 180 EAC no infringe la Constitución interpretado en el sentido de que la participación de la Generalitat se condiciona, en su existencia y procedimientos, a lo que dispongan, dentro del margen que la Constitución les permite, las leyes orgánicas correspondientes”.

²² A este respecto, la reforma de la LOTC operada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introdujo un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 16, del siguiente tenor: «Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara». La STC 49/2008, de 9 de abril, ha resuelto la plena congruencia con la Constitución de esta reforma y, en similar sentido, la STC 101/2008, de 24 de julio, ha validado la correspondiente reforma del Reglamento del Senado.

2.4. *Cuestiones institucionales*

La STC 31/2010 ha validado también las reformas institucionales, pese a que el único artículo íntegramente declarado inconstitucional del Estatuto de Cataluña es justamente el relativo al Consejo de Justicia. No obstante, el TC no considera inconstitucional el Consejo de Justicia, sino que cuestiona –de manera ciertamente incomprensible, ya que el Estatuto lo contempla simplemente como un órgano desconcentrado del CGPJ- tan sólo la formulación específica del Estatuto de Cataluña: “Ahora bien, la impropiedad constitucional de un órgano autonómico cualificado en los términos del art. 97 EAC no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa cualificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables. El art. 97 EAC es, por tanto, inconstitucional en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como “órgano de gobierno del poder judicial” que “[a]lctúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial”. La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional conceptualización, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el art. 98 EAC”. (FJ 47).

En el enjuiciamiento de ese artículo 98, el Tribunal declara que “El art. 98.1 EAC asigna al Consejo de Justicia de Cataluña las atribuciones establecidas en “el presente Estatuto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes que apruebe el Parlamento y las que, si procede, le delegue el Consejo General del Poder Judicial”. No es de advertir en lo anterior inconstitucionalidad alguna, pues el precepto se limita a enumerar genéricamente las fuentes de atribución de las competencias del Consejo de Justicia, incluyéndose entre ellas la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero sin condicionar en absoluto la libertad del legislador orgánico; tampoco la del Consejo General del Poder Judicial, cuya posible delegación de atribuciones en el Consejo de Justicia no resulta en absoluto obligada. La cuestión determinante será, por tanto, cuáles son, en cada caso, las competencias atribuidas directamente en el propio Estatuto, siendo evidente que respecto de las que se puedan contemplar en su momento en “las leyes que apruebe el Parlamento” nada podemos anticipar ahora” (FJ 48).

A partir de esa formulación, el Tribunal declara inconstitucionales las funciones que están relacionadas con la concepción del Consejo como órgano de gobierno del Poder Judicial, mientras que considera plenamente acordes con las Constitución las restantes: “se acomodan a la Constitución las atribuciones contempladas en los apartados f) [“precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del (CGPJ)”, g) [información sobre propuestas en materia de organización y demarcaciones], h) [presentación de una memoria

al Parlamento] e i) [reiterativo del art. 98.1 EAC]. En la medida en que dichas atribuciones se compadecen sin dificultad con el ámbito de las competencias asumibles por la Comunidad Autónoma en relación con la “administración de la Administración de Justicia”, su ejercicio por un órgano autonómico específico como es el Consejo de Justicia de Cataluña no plantea ningún reparo constitucional a la existencia de este último, en el bien entendido de que no puede ser cualificado en los términos utilizados por el art. 97 EAC”²³.

El TC ha avalado igualmente la legitimidad constitucional del Consejo de Garantías Estatutarias salvo por lo que se refiere al carácter vinculante de sus dictámenes con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el Estatuto (FJ 32). También ha desestimado diversas impugnaciones presentadas en relación con la regulación estatutaria de la Sindicatura de Cuentas (FJ 34), el Consejo Audiovisual (FJ 35) o la Agencia Tributaria (FJ 132).

2.5. *Derechos estatutarios*

Como es sabido, la legitimidad constitucional de los derechos estatutarios quedó establecida en la STC 247/2007. De acuerdo con el FJ 15 de esa sentencia, “nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan”.

La STC 31/2010, de 28 de junio ha venido a ratificar esta doctrina anterior en lo que se refiere a la legitimidad constitucional de los derechos estatutarios. En su FJ 16, indica que “en el nuevo Estatuto catalán se prodiga sobre todo,

²³ Como indica M.A. CABELLOS, «Poder Judicial y modelo de Estado en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, «El Tribunal, pues, más que declarar inconstitucional la existencia del Consejo de Justicia, opera en él una mutación, mediante declaraciones de inconstitucionalidad concretas (una suerte de voladura controlada del órgano) para dejar en pie un órgano distinto e inesperado (semejante al tipo de consejo de justicia que prevén los estatutos aragonés, valenciano, balear o castellanoleonés, tipo netamente diferente en su naturaleza al de los estatutos andaluz y catalán). Por si fuera poco, se vislumbra la posibilidad de una dualidad de consejos en cada comunidad, pues el TC, en el FJ 47, acepta expresamente que el consejo entendido como órgano desconcentrado, fenecido en su previsión estatutaria, pueda volver de mano de la LOPJ si ésta así lo dispone».

según veremos, sin que falten proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*, el segundo tipo de derechos, es decir, mandatos de actuación a los poderes públicos, ya estén expresamente denominados como “principios rectores”, ya estén enunciados literalmente como derechos que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar. Lo decisivo para pronunciarse sobre su legitimidad constitucional será, en cada caso, si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias”.

Como se puede ver, el Tribunal reconoce que en el Estatuto no faltan “proclamaciones de derechos subjetivos *stricto sensu*” aunque la mayor parte de los derechos estatutarios sean mandatos al legislador. No se reitera en la sentencia, sin embargo, la distinción establecida previamente por la STC 247/2007 entre la vertiente institucional y la competencial a efectos de diferenciar entre derechos subjetivos y mandatos al legislador²⁴. Sin embargo, el Tribunal parece partir de esa distinción cuando se refiere a la STC 247/2007 para validar la legitimidad constitucional de los derechos estatutarios en cuanto límites que condicionan las potestades normativas del legislador autonómico: «este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos sino mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13 a 15), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. De lo que resulta, naturalmente, un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con ella sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2 a)] en tanto que implícita en la

²⁴ Como indica M.A. CABELLOS, «Derechos y garantías jurisdiccionales en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña» en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, el Tribunal «va a abandonar el binomio derechos ligados a instituciones/derechos ligados a competencias, cuya función de fundamento a la operación de conversión de los derechos estatutarios en principios carecía de toda base, hasta el punto de que el Tribunal no aportaba explicación alguna en torno a la misma, exigiendo de sus destinatarios poco menos que un acto de fe en su existencia». En el mismo sentido, G. PISARELLO «Derechos y garantías jurisdiccionales en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña», en la misma revista y número: «Respecto de los derechos propiamente estatutarios (que a diferencia de los fundamentales, sólo resultarían vinculantes para el legislador autonómico) la STC 31/2010 continúa insistiendo en la necesidad de distinguir, más allá de la denominación concreta utilizada por el Estatuto, entre aquéllos que consagran derechos subjetivos *stricto sensu* y los que sencillamente estipulan mandatos al legislador. Con todo, introduce algunos matices de interés en relación con la de 2007. Por un lado, desconecta dicha distinción del binomio derechos institucionales/derechos competenciales, admitiendo en principio la posible existencia en el EAC de derechos subjetivos también ligados a las competencias. Por otro lado, reconoce explícitamente que incluso los derechos estatutarios que entrañan mandatos son derechos, y que pueden operar como pautas jurídicas no sólo directivas sino también prescriptivas para el ejercicio de las competencias autonómicas (FJ nº 16)».

pluralidad de ordenamientos que, fundamentados y reducidos a unidad en la Constitución, operan sobre ámbitos competenciales diversos en los que se actúan potestades legislativas y gubernamentales propias cuyo ejercicio puede legítimamente condicionarse desde la misma norma que define, en concurso con la Constitución, cada uno de esos ámbitos privativos»

La validación de los derechos estatutarios no obsta para que el Tribunal dedique una parte de su esfuerzo argumentativo a negarles la condición de derechos fundamentales. Un esfuerzo inútil si tenemos en cuenta no sólo su correspondencia parcial con derechos constitucionales de esa naturaleza sino también que hoy existe ya una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que otorga rango de Derecho Fundamental a algunos de esos derechos²⁵. El Tribunal sin embargo, sigue mirando fijamente al texto de la Constitución del 78 como si nada hubiera ocurrido en nuestro país y en nuestro ordenamiento jurídico desde ese año. Por otro lado, el Tribunal establece una diferenciación incomprensible entre las potestades normativas del Estatuto en materia de derechos y las del legislador autonómico en el FJ 17 de la sentencia: «la divisoria ley orgánica/ley ordinaria en materia de derechos fundamentales (desarrollo/regulación: arts. 81.1 y 53.1 CE) supone que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, tampoco puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatuyente. De ahí que no haya paradoja alguna en el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se hace cosa distinta, como corresponde en el juego de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia»²⁶.

²⁵ Cfr. por ejemplo, el artículo 23.3 del Estatuto de Cataluña y el 3.2.a de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁶ Para M. CARRILLO, *op. cit.*, p. 34: a partir de esta doctrina, la posición que se configura para el Estatuto en el ordenamiento jurídico «no es otra que la degradación del valor normativo del Estatuto – en ese caso – frente al propio legislador autonómico». No es de extrañar que se hayan producido críticas a la formulación de esta sentencia, como la que realiza E. EXPÓSITO, «Derechos y garantías», en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut* «En definitiva, se acepta, en líneas generales, la constitucionalidad de la declaración de derechos estatutarios. Sin embargo, a partir de ahí se inicia un proceso argumentativo que aboca en una suerte de devaluación de esta parte del Estatuto. Implícitamente el Tribunal concibe la mayoría de las disposiciones del título I, incluso las que sí formulan derechos de una forma clara y concisa, como un conjunto de normas que más que atribuir a sus titulares facultades jurídicamente exigibles, quedan convertidas en meras directrices del ejercicio de las competencias por parte de los poderes públicos autonómicos en virtud de lo que disponen las leyes de desarrollo – muchas veces, las estatales – a la que gran parte de estos preceptos se remiten».

Nuevamente, en contra de los comentarios más pesimistas sobre esta diferenciación, tenemos que advertir que el hecho objetivo es que el Tribunal no ha declarado inconstitucional ninguna de las formulaciones estatutarias relativas a derechos, por lo que esta atípica disquisición carece de relevancia.

Lo mismo cabe decir de la interpretación de que el Estatuto sólo puede reiterar el contenido constitucional de los derechos fundamentales (FJ 17): «el Estatuto de Autonomía, como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios, lo que no se compadece con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución, de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible si fuera reiterativa; esto es, si se limitara a hacer lo que ya se ha hecho en la Constitución, en la que se agota la función normativa necesaria en ese primer nivel de abstracción, al que sólo puede seguir ya la función de desarrollo, proceso de concreción que no corresponde al Estatuto».

Al parecer eso es lo que se ha limitado a hacer el Estatuto de Cataluña toda vez que el Tribunal Constitucional no ha encontrado objeciones específicas de inconstitucionalidad en los derechos estatutarios. En suma, una decisión correcta basada en una doctrina equivocada y un tanto errática, pero decisión correcta al fin y al cabo.

2.6. *Financiación autonómica*

Una de las pretensiones de la reforma del sistema de financiación prefigurado estatutariamente consistía en potenciar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas haciendo posible su intervención sobre un espacio fiscal propio. Para ello se contemplaron diversas medidas, algunas de ellas pendientes de acuerdos posteriores, por lo que se han incorporado posteriormente a los Estatutos sin necesidad de reformarlos²⁷. Es el caso del aumento de los porcentajes de participación en los tributos cedidos por el Estado: la cesión parcial del IRPF se incrementa del 33 al 50 por 100, la del IVA del 35 al 50 por 100 y del 40 por 100 al 58 por 100 la de los impuestos especiales sobre el

²⁷ El nuevo sistema de financiación fue adoptado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera por medio del Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. El sistema se implantó normativamente, con efectos de 1 de enero de 2009, a través de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas así como por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Alcohol y las Bebidas Alcohólicas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco. En relación con estas previsiones de aumento de los porcentajes de cesión de tributos, la STC 31/2010 las ha considerado legítimas. En el FJ 137 de esa sentencia se indica que “únicamente puede traducirse en el compromiso de la Generalitat y el Gobierno a acordar en Comisión Mixta – con sujeción a lo dispuesto en el marco de la cooperación multilateral y al ejercicio de las facultades de coordinación que competen al Estado en materia financiera – la elaboración y el contenido de un proyecto de ley ordinaria cuya sustanciación como expresión de la voluntad legislativa depende de la plena libertad de las Cortes Generales”.

El Estatuto de Cataluña contiene otras medidas destinadas a favorecer la autonomía financiera y que están relacionadas con la gestión de los tributos como es el caso, entre otras, de la creación de una Agencia Tributaria propia (art. 204 y DF2.^a EC). La constitucionalidad de esta Agencia ha sido avalada por la STC 31/2010 de 28 de junio.

Por lo que se refiere a la previsión estatutaria de que “La inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un periodo de siete años”, el FJ 138 de la sentencia 31/2010 la declara constitucional siempre que se interprete en el sentido de que “no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones”²⁸.

Por lo demás, el sistema de financiación autonómico no se ha visto afectado por la STC 31/2010²⁹. En cualquier caso, la única incidencia que la sentencia

²⁸ Como indican N. BOSCH y M. VILALTA, «Efectes de la Sentència del TC sobre el model de finançament de la Generalitat de Catalunya», en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, aunque esta doctrina suponga una pérdida de la garantía estatutaria, «No obstant això, el TC també afirma que l'Estat no ha de dotar de partides pressupostàries concretes una comunitat autònoma si no s'ha arribat a un acord entre l'Estat i aquesta comunitat autònoma en el sí de la comissió mixta corresponent. Per tant, atès que la Comissió Bilateral Generalitat-Estat ja ha aprovat la metodologia d'aplicació de la disposició adicional tercera, aquest fet obliga l'Estat en els pressupostos generals de l'Estat a dotar Catalunya de les inversions corresponents al seu pes en el PIB fins l'any 2013. Per tant, en aquest cas, la interpretació del TC no té efectes sobre l'aplicació del precepte estatutari».

²⁹ No obstante, como indica C. VIVER, *op. cit.*, en relación con esta parte del Estatuto, «La Sentencia declara respecto de una buena parte de sus preceptos (desde los que establecen los porcentajes que corresponden a la Generalitat en cada uno de los impuestos cedidos hasta las inversiones que deben hacerse en infraestructuras) que su contenido no vincula al legislador estatal. Serían algo así como meros compromisos políticos. Ciertamente en este caso la mayoría de las leyes que deben desarrollar estos compromisos se han dictado ya o están en tramitación con lo que, más allá del debate de si en ellos se recoge fielmente lo previsto en el Estatuto, podría afirmarse que van a ser escasos los efectos prácticos inmediatos de la interpretación dada por el Tribunal a los mencionados preceptos. Sin embargo, se ha perdido la garantía que ofrecía frente al legislador estatal su incorporación al Estatuto y éste queda de hecho supeditado a la LOFCA y a otras leyes estatales».

podía tener era indirecta ya que el sistema como tal no era objeto de enjuiciamiento constitucional en ese proceso³⁰. La sentencia avala esencialmente las disposiciones estatutarias sobre financiación autonómica, partiendo de criterios generales que resultan congruentes con el espíritu y la lógica de esas disposiciones. Así, en el FJ 131 de la sentencia se indica que “El art. 138.2 CE cuando proclama que las diferencias entre los Estatutos de Autonomía “no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales” no está imponiendo una homogeneidad absoluta en dichos ámbitos, pues ello iría contra el criterio del apartado 1 del mismo artículo, que configura al principio de solidaridad como instrumento para alcanzar un “equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español”. Por tanto, lo que la Constitución proscribe son las diferencias que carezcan de justificación objetiva y razonable, conllevando beneficios que otras Comunidades Autónomas, en las mismas circunstancias, no podrían obtener”. Desde esa perspectiva, el Tribunal entiende que “no es ilegítimo que el primer inciso del art. 201.4 EAC enuncie el principio de que la financiación de la Generalitat no suponga efectos discriminatorios para Cataluña, puesto que el mismo responde directamente, a contrario, a lo establecido en el art. 138.2 CE que, como hemos visto, rechaza los privilegios económicos o sociales entre Comunidades Autónomas”. El Tribunal declara también en el FJ 134 de la sentencia que “el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un “equilibrio económico, adecuado y justo” entre las Comunidades Autónomas que no perjudique a las más prósperas más allá de lo razonablemente necesario para el fin de la promoción de las menos favorecidas”.

Junto a la aceptación general de la regulación estatutaria, se declara inconstitucional el inciso “siempre y cuando [las demás CCAA] lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar” por referencia a los recursos aportados para los mecanismos de nivelación y solidaridad, del art. 206.3 del Estatuto de Cataluña. En el FJ 134 se indica al respecto que “la determinación de cuál sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto. Se trata, en suma, de una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas, pues al hacerlo así se vulneran, a la vez, las señaladas competencias del Estado y el principio de autonomía financiera de aquéllas”.

³⁰ Para N. BOSCH y M. VILALTA, *op. cit.*, «actualment, la interpretació del TC no afecta el model de finançament perquè la LOFCA, aprovada per les Corts Generals el 2009, ja preveu els dits percentatges. A més a més, s'està tramitant a les Corts el Projecte de Llei de cessió de tributs a la Generalitat, que també recull els mateixos percentatges. Ara bé, amb la Sentència es perd la garantia estatutària, atès que la interpretació que fa el TC podria suposar que en un futur els percentatges de cessió es modifiquessin».

Por lo que se refiere a la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Financieros, el FJ 135 de la sentencia entiende que la existencia de “la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Financieros como órgano bilateral de cooperación entre el Estado y la Generalitat en “el ámbito de la financiación autonómica”, no resulta inconstitucional siempre que se interprete en el sentido de que no excluye ni limita la capacidad de los mecanismos multilaterales en materia de financiación autonómica ni quebranta la reserva de ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE y las consiguientes competencias estatales”.

Por último, por lo que se refiere a la regulación de las Haciendas Locales, la sentencia parte de un principio favorable a las competencias autonómicas en la materia, al declarar en su FJ 139 que “pese al carácter exclusivo de la competencia del Estado en cuanto a la Hacienda general, en la medida en que en materia de Administración local coinciden competencias estatales y autonómicas, en el ejercicio de aquélla el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente, según señalamos en la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1”. No obstante, la sentencia considera también que la creación de tributos locales es “una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica”, por lo que declara inconstitucional la previsión estatutaria acerca de que la competencia autonómica “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales” (FJ 140).

2.7. *Cuestiones identitarias*

El TC ha dado una solución problemática a la impugnación de estas cuestiones en su Sentencia 31/2010, incorporando una declaración al Fallo de acuerdo con la cual “Carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”. Ya es sorprendente que se pretenda negar eficacia jurídica interpretativa a un mero dato fáctico como es la referencia a la definición que realizara en su día el Parlamento de Cataluña. El hecho existe, esté o no incorporado al Preámbulo del Estatuto, así que efectuar una declaración de este alcance resulta incomprensible. Todavía más extraño resulta que se cuestione la referencia a la realidad nacional de Cataluña, que claramente se expresa en el Preámbulo en su específica condición de nacionalidad: “La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad”.

Para el TC, “de la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación

española”. La conclusión a la que llega el TC es que la mención a realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana debe quedar “desprovista de alcance jurídico interpretativo”. Ello, “sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la autorepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima” (FJ 12).

Este párrafo expresa, quizás mejor que ningún otro, la confusión en la que ha incurrido el TC en esta materia. Que la Constitución no conoce a Cataluña como nación es evidente, pero eso no quiere decir que todo lo que no esté en la Constitución, lo que “la Constitución no conoce”, sea inconstitucional. En efecto, la Constitución tampoco conoce a la Unión Europea como tal ni al euro como moneda propia, ni la supresión de las fronteras españolas en favor del espacio Schengen, ni la ciudadanía europea incorporada a partir del Tratado de Maastricht ¿es todo eso contrario a la Constitución? ¿Deberíamos, de acuerdo con esta reciente doctrina del TC, ejercer nuestro derecho a la retirada voluntaria de la UE?

En esta parte relativa a las cuestiones simbólicas late en la sentencia una percepción de la Constitución que choca inevitablemente con nuestra realidad constitucional. La consecuencia de esta percepción no es otra que la de proyectar la tensión política sobre la propia Constitución o, más bien, sobre la interpretación restrictiva que el TC ha realizado de la Constitución. Lo más sorprendente es que no se ha producido sobre un texto que reconozca expresamente la condición nacional de Cataluña, porque debemos recordar que las principales fuerzas políticas catalanas aceptaron que las numerosas referencias de ese tipo que contenía la Propuesta aprobada por el Parlament de Cataluña se suprimieran durante su tramitación en las Cortes Generales.

Pese a que el TC no ha declarado inconstitucionales ni la referencia del Preámbulo a la “realidad nacional” de Cataluña ni la del dato fáctico del pronunciamiento del Parlament acerca de su condición nacional, ha establecido una concepción de la Constitución que supone negar, en la práctica, el valor jurídico de la una y el alcance simbólico del otro. Dada la innegable calidad como juristas de quienes han avalado esta sentencia, debemos pensar que esta doctrina se ha terminado fraguando en el revuelo de los últimos consensos. Quizás también, por esas condiciones tan especiales en las que la sentencia se ha producido, el TC no ha sabido valorar el daño que – para la propia Constitución más que para Cataluña – podía producir un dique artificial como éste que pretende parar el curso natural de nuestra realidad constitucional. El Tribunal ha incumplido así una de sus funciones esenciales: posibilitar la incorporación a nuestro sistema constitucional de aquello que, siendo compatible con la Constitución, el texto de 1978 “no conoce”, como un Estado autonómico moderno integrado en Europa, por ejemplo.

3. *La posición del legislador autonómico en el ordenamiento constitucional y estatutario*

La visión restrictiva de la condición constitucional de los ordenamientos autonómicos se ha reflejado también en el tratamiento de las instituciones³¹. Un ejemplo lo tenemos en el Consejo de Garantías Estatutarias, respecto del cual el Tribunal admite su plena constitucionalidad en tanto en cuanto se configure como un Consejo Consultivo: “la función dictaminadora atribuida al Consejo de Garantías Estatutarias no hace sino configurarlo en los términos del anterior Consejo Consultivo de la Generalitat, especie del género institucional consultivo cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre, y cuyos cometidos en nada pueden perjudicar al ejercicio de la jurisdicción constitucional que nos es propia, pues entre las funciones de asesoramiento características de los órganos consultivos y las jurisdiccionales que son privativas de los Tribunales, en general, y de este Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete jurisdiccional de la Constitución, en particular, median sustanciales y evidentes diferencias de concepto” (FJ 32).

Cuestión distinta se plantea para el Tribunal con la previsión estatutaria del carácter vinculante de determinados dictámenes que puede impedir la tramitación de las iniciativas legislativas en el Parlamento autonómico o la publicación de las leyes ya ultimadas. Para el Tribunal, “si el dictamen del Consejo es vinculante (importando poco que lo sea sólo en relación con determinadas iniciativas legislativas), ha de entenderse que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales, y en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor. Lo primero supondría una inadmisibile limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos; lo segundo configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal” (FJ 32).

El segundo argumento es artificial: el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley no se puede ver afectado por un control preventivo de propuestas parlamentarias que no tienen todavía fuerza de ley. Jurídicamente no cabe decir otra cosa y afirmar que algo sea “demasiado próximo” o “materialmente equivalente” a un control jurisdiccional supone también reconocer que

³¹ Cfr. al respecto mi trabajo «Las cuestiones institucionales en la STC 31/2010 de 28 de junio» ya citado.

no es un control jurisdiccional. Si el TC hubiera sido coherente con el planteamiento formalista establecido en el FJ 3 de la sentencia (“la Constitución formal”) tendría que haber admitido la legitimidad constitucional de este tipo de control.

La percepción de las limitaciones al poder legislativo como “una inadmisibles limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos” tampoco resulta aceptable en ninguna de sus dos facetas. No lo es por lo que se refiere a la limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, que es propia de todo control preventivo de constitucionalidad, un control que en nuestro ordenamiento se ha considerado constitucionalmente aceptable. Tampoco lo es por lo que atañe al presunto quebranto de “los derechos de participación política” que es algo que no se puede afirmar en el mero enjuiciamiento abstracto del precepto porque dependerá de la configuración concreta del procedimiento de control. Habría procedido, en relación con este aspecto, una interpretación de la norma que evitara la posible lesión de estos derechos y no su declaración de inconstitucionalidad.

Nuevamente se refleja en la doctrina del TC la tensión frente a la introducción de garantías constitucionales en el ámbito autonómico, al tiempo que se percibe al legislador autonómico como un legislador menor, sometido a la tutela exclusiva del TC. Se olvida que estos procedimientos de control del legislador autonómico son totalmente congruentes con el sentido de la democracia constitucional en la que nuestro sistema se inspira. A través de ellos se hace posible una limitación interna del legislador autonómico que está destinada a reforzar el pluralismo político y la garantía de los derechos de las minorías.

4. *El modelo de Estado y la posición de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*

Uno de los aspectos más problemáticos de la sentencia es que ofrece una percepción distorsionada, por no decir desfasada, de la relación entre el texto constitucional de 1978 y el contexto constitucional de 2010, con la consolidación del Estado Autonómico y los avances que se han producido en el proceso de integración europea. Al optar por el texto constitucional y prescindir del contexto, la sentencia parte de un modelo de Estado que no se corresponde con nuestra realidad constitucional. Una realidad que se deriva del texto de la Constitución pero que ha adquirido un desarrollo propio como consecuencia de las remisiones que la Constitución realiza, tanto a los Estatutos de Autonomía cuanto a la integración en las instituciones supranacionales que hoy conforman la Unión Europea.

Se puede coincidir con la sentencia en la formulación kelseniana expresada en el FJ 2 de que “la inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o

por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas”. La Constitución de 1978 es, efectivamente, la norma que define las condiciones de validez de las otras normas jurídicas y, por ese motivo, la infracción de esas condiciones es siempre infracción de la Constitución. La unidad de la Constitución no obliga, como pretende el TC en el FJ 42 de la sentencia, a la unidad del Poder Judicial³² pero sí nos lleva a concluir que la integración del Estatuto de Autonomía en el bloque de constitucionalidad no permite hablar de un juicio de “estatutoriedad” o de la posible “antiestatutoriedad” de las normas, de manera independiente del juicio de constitucionalidad y de la eventual inconstitucionalidad de las normas.

La validez de las normas está siempre vinculada, de manera directa o indirecta a la Constitución, tanto por lo que se refiere a las normas autonómicas o estatales que sean contrarias al bloque de constitucionalidad cuanto por lo que se refiere a las normas internas que sean contrarias al Derecho europeo (aunque esto último, como es sabido, no lo ha admitido el TC, en doctrina reiterada³³).

Resulta cuestionable, sin embargo, el alcance que el TC le otorga a la relación entre Constitución y Estatuto en el FJ 3 de la sentencia. Para el TC, “ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución *stricto sensu*, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal”.

El hecho de que las normas estatutarias sean materialmente constitucionales y se configuren como “normas sobre la producción jurídica” implica, desde luego, un valor diferente respecto de las normas de contenido material. La función que este tipo de normas tiene en el ordenamiento jurídico no se puede simplificar con la afirmación de que “no tienen un valor normativo añadido al que estrictamente

³² Cfr. mi trabajo «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Político*, n. 47, UNED, Madrid, 2000, pp. 53-67.

³³ Cfr. mi trabajo «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en Miguel Ángel García Herrera (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 593-612.

tamente corresponde a las normas situadas extramuros de la Constitución formal”. Detrás de esta afirmación del TC late una visión muy estrecha del Derecho constitucional del Estado autonómico integrado en Europa: a un lado, la Constitución de 1978, al otro lado “todo lo demás” constituyendo una masa normativa indiferenciada que integra tanto a los Tratados europeos como a los Estatutos de Autonomía. Una distinción más pormenorizada no parece tener “mayor alcance que el puramente doctrinal o académico”.

Como percepción de la realidad no puede decirse que sea muy precisa. La permeabilidad entre el texto de la Constitución de 1978 y su contexto autonómico y europeo que es casi imposible no apreciar, no ya desde una visión doctrinal o académica, sino de los puros términos del día a día, desde la realidad que clamorosamente se ofrece a la vista, se pretende negar aquí como si las construcciones doctrinales o académicas surgieran espontáneamente por el mero capricho de los juristas.

Todo esto no responde más que a la pretensión de cerrar la puerta del Derecho constitucional al nivel autonómico (como previamente se había hecho con el europeo), de negarle su dignidad de espacio constitucional propio, de seguir identificando – en contra de lo que la realidad nos muestra – Constitución y Estado, sin tener en cuenta que la estatalidad, como la constitucionalidad, son ya atributos predicables en diversa medida de los espacios constitucionales autonómico, estatal y europeo, aunque se concentren más en el ámbito estatal.

La percepción distorsionada del modelo de Estado que se deriva de nuestro contexto constitucional (un Estado autonómico integrado en Europa) se manifiesta también en la consideración que se ofrece de la posición constitucional de las Comunidades Autónomas. En el FJ 42 de la sentencia, se afirma que en el Estado autonómico “la diversificación del ordenamiento en una pluralidad de sistemas normativos autónomos no se verifica ya en el nivel de la constitucionalidad con la existencia de una pluralidad de Constituciones (federal y federadas), sino que, a partir de una única Constitución nacional, sólo comienza en el nivel de la legalidad. Los sistemas normativos que en ese punto se configuran producen normas propias, a partir del ejercicio de unas potestades legislativa y ejecutiva también propias. Sin embargo, la función jurisdiccional, mediante la que tales normas adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción”³⁴.

³⁴ Comentando estos planteamientos, indica M.A. APARICIO, «Comentario a la STC 31/2010. sobre el Poder Judicial» en *Revista catalana de dret públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, que «El

Esta formulación nos trae el eco de la establecida en la STC 5/1981 que avaló una concepción expansiva de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal sobre la base de una diferenciación artificial entre el ordenamiento jurídico del Estado Federal y el del Estado Autonómico. Esta diferenciación parecía ya superada a partir de las SSTC 118/1996 y 61/1997 donde se asumió claramente el carácter federal del Estado Autonómico por lo que se refiere a las relaciones entre ordenamientos y a la invalidez del Derecho estatal contrario a la distribución de competencias establecida en el bloque de constitucionalidad.

Los juristas hemos tenido siempre la pretensión de establecer una configuración doctrinal del Estado Autonómico. Ahora bien, quizás sea preciso reconocer en algún momento que la parquedad de la formulación constitucional derivada del principio dispositivo y de la consideración de la autonomía como un Derecho, convierte a los intentos de configuración doctrinal global en una operación inútil. Para entendernos: no es la Constitución de 1978 la que mueve al Estado autonómico sino que, desde el principio, ha sido el Estado autonómico el que ha movido a la Constitución de 1978.

Es esta una reflexión que se puede aplicar también al proceso de integración europea. También aquí se puede decir que ha sido el proceso de integración europea el que ha movido y seguirá moviendo a la Constitución. Las iniciales advertencias acerca de las mutaciones que se estaban provocando como consecuencia del proceso³⁵ se han agrandado con el tiempo y resulta difícil pensar actualmente hasta donde van a llegar. Lo que sí sabemos es que son procesos inevitables y que definen un contexto constitucional muy diferente del texto de 1978, aunque esa diversidad no implica contradicción, ya que es la propia Constitución la que abre la puerta a los procesos de integración supranacional y descentralización política.

5. Conclusiones

La STC 31/2010 ha avalado las últimas reformas estatutarias a través de su formulación pionera en el Estatuto de Cataluña. Como hemos tenido ocasión de

que estos presupuestos teóricos carezcan de base doctrinal e incluso meramente argumental no impide que el Tribunal Constitucional haya llegado a una conclusión de indudable eficacia normativa: a efectos (y no sólo a estos efectos) de la regulación estatutaria del poder judicial y en opinión del Tribunal Constitucional, el Estado autonómico es el modelo opuesto al Estado federal. Por eso no es de extrañar que lance una afirmación de una dureza insólita en su propia tradición jurisprudencial: "La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el poder judicial como Poder del Estado".

³⁵ Cfr. el trabajo ya clásico de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

ver en este trabajo, las líneas fundamentales de esas reformas han sido respaldadas por el TC desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución. Pese a ello, la interpretación generalizada de la sentencia hasta ahora abunda en la idea de que el Tribunal ha “desactivado” las líneas fundamentales del Estatuto. Una opinión extendida que quizás tenga relación con la proyección a diversos aspectos de la sentencia de algunos de los pronunciamientos genéricos del Tribunal que son claramente regresivos no sólo para Cataluña sino para el Estado Autonómico en su conjunto. Esto es, del mismo modo que en algunos apartados de la sentencia late un cierto prejuicio contra el Estatuto, también puede decirse que algunos apartados de la sentencia se han leído con un cierto prejuicio provocado por algunas de las más que cuestionables declaraciones generales que contiene.

Pero esas declaraciones generales no afectan necesariamente a las cuestiones concretas que se han dilucidado en muy diversos aspectos del Estatuto, respecto de los cuales el resultado final es que la sentencia, habiendo tenido la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad no lo ha hecho, validando así las opciones estatutarias. Desde esa perspectiva, en este trabajo se ha intentado ofrecer una lectura de la sentencia, en relación con muchas de estas cuestiones especialmente conflictivas (definiciones competenciales, blindaje competencial o derechos estatutarios, por ejemplo) que muestra como el Tribunal ha terminado por consolidar en nuestro ordenamiento jurídico las opciones estatutarias.

En definitiva, la reflexión que aquí se ha realizado parte de una interpretación diferente de la sentencia a la que se está haciendo mayoritariamente en la doctrina, en la que se hace notar como en los aspectos fundamentales el Tribunal ha respaldado – lo haya pretendido así o no – las opciones básicas del *Estatut* (con algunas excepciones relevantes, por ejemplo en cuestiones identitarias) por lo que no altera la profunda actualización del Estado Autonómico que se ha producido con el Estatuto de Cataluña – y los otros que han sido reformados, en distinta medida – en ámbitos muy diferentes que van desde el reconocimiento de derechos estatutarios –a algunos de los cuales la sentencia les reconoce la condición de derechos subjetivos- hasta la incorporación de un gran número de preceptos relativos a la Unión Europea, pasando por fórmulas de financiación autonómica posteriormente consolidadas mediante las oportunas reformas del sistema, entre otros muchos aspectos.

Por otro lado, en la mayor parte de los aspectos en los que la doctrina del TC ha desvirtuado o “desactivado” preceptos estatutarios relevantes – o en los que directamente ha declarado su inconstitucionalidad – no ha hecho con ello otra cosa que remitir a los procesos políticos posteriores la solución de problemas que se pretendían resolver desde el ámbito jurídico en el propio Estatuto de Autonomía. Obviamente esto no es lo deseable, pero tampoco supone un impedimento material en relación con futuras soluciones descentralizadoras a los problemas del Estado Autonómico.

Pese a lo anterior, debe destacarse también como algunas de las líneas argumentales que sostiene la sentencia no sólo han generado – de manera innecesaria – problemas políticos importantes, sino que evidencian una concepción del Estado anclada en el texto constitucional del 78 que no tiene en cuenta la realidad constitucional actual derivada de ese texto e impulsada, por tanto, por la propia Constitución.

Por otro lado, la discutible concepción que la sentencia establece de la relación entre Estatuto y Constitución expresa un recelo frente al aumento de la densidad constitucional de las Comunidades Autónomas, planteando conflictos innecesarios entre el texto de la Constitución de 1978 y el actual contexto constitucional del Estado autonómico desarrollado e integrado en Europa. El TC no debería seguir cerrando la puerta del Derecho constitucional al nivel autonómico y al europeo ni debería negarle su dignidad de espacio constitucional. En última instancia, la pretensión de seguir identificando Constitución y Estado choca con una realidad muy diferente, la de la pluralidad de espacios constitucionales convocados por la propia Constitución de 1978.

**THE AUTONOMOUS STATE IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION.
A COMMENTARY ON THE DECISION 31/2010
OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT**

by Francisco Balaguer Callejón

Abstract

This paper analyzes the decision 31/2010 of the Spanish Constitutional Court, on the New Statute of Catalonia. Up to now, the almost unanimous assessment is that the Court has deactivated the fundamental lines of the Statute. This assessment is perhaps connected to the projection of some general principles established by the Court, which are clearly regressive not only for Catalonia but for the whole concept of the Autonomous State, to other parts of the decision. But those general declarations do not necessarily affect the more specific about the different parts of the Statute if we consider that the Court had the opportunity to declare their unconstitutionality but did not, thus validating the statutory options. From that perspective, this paper intends to offer an interpretation of the decision in relation with many of those problematic questions (competences, statutory rights, etc.) which show that the court validates the statutory options.

Notwithstanding, some of the doctrinal lines have not only generated important political problems, but they also prove that the Court maintains an outdated notion of the Spanish State which does not take into account the constitutional reality of today. On the other hand, the arguable idea the Court establishes about the relationship between the Statute and the Constitution expresses distrust for the growth of the constitutional density of the Autonomous Communities, generating unnecessary conflicts between the text of the 1978 Constitution and the current constitutional context of the Autonomous State integrated in Europe.

Ni ange, ni bête.
Qualche appunto sui rapporti
tra morale, economia e diritto in una prospettiva giuspubblicistica*

Maria De Benedetto

“L’economia che regge sé medesima, come il pensiero soggettivo che genera il pensiero oggettivo, non ha più verità, ma, in compenso, ha assai meno grazia che il barone di Münchhausen quando si sollevava dalla mota tirandosi per i capelli”.

(F. CARNELUTTI, *Morale e diritto*, in Discorsi intorno al diritto, II, Padova, Cedam, 1953, p. 47)

SOMMARIO: 1. La morale come il problema del mercato. – 2. La morale del mercante – 3. La morale del consumatore. – 4. La morale del regolatore. – 5. “Campato come un ponte” sta: il diritto, fra le sponde della morale e dell’economia.

1. *La morale come il problema del mercato*

La morale e l’economia presentano una originaria unità, anche conoscitiva¹: Aristotele (“*the first economist*”²) ne chiarì la comune pertinenza alla vita pratica, sviluppando una “concezione del risultato sociale collegato all’etica”³.

* I paragrafi 1 e 5 del presente saggio sono stati pubblicati negli *Studi in onore di Francesco Capriglione*, Padova, Cedam, 2010.

¹ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1094b, Milano, Bompiani, 2000, p. 51, dove l’economia viene collegata ai fini umani e considerata strumentale rispetto ad essi (1096b, p. 61). Sul punto v. A. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 8-9, dove si afferma che l’economia è stata, per lungo tempo, un “branca dell’etica”.

² R.C. SOLOMON, *Historicism, communitarianism and commerce: an Aristotelean approach to business ethics*, in P. KOSLOWSKI (ed. by), *Contemporary economic ethics and business ethics*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2000, p. 119.

³ A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 10, dove viene richiamato un altro passaggio dell’*Etica Nicomachea* (1094b, 9-10).

L'economia nasce, dunque, come parte della filosofia morale⁴, tanto che tra i più rilevanti contributi fondativi della disciplina si erge quello di Tommaso d'Aquino⁵.

L'oblio dei nessi che legano economia e morale (di morale qui parliamo, piuttosto che di etica)⁶ vien fatto risalire all'affermazione del movimento di pro-

⁴ Sul punto si vedano le belle pagine di G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959. In particolare p. 285: "gli economisti più profondi hanno sempre sentito che [il problema etico] è il problema che sta nel fondo dell'attività economica, che è lo stesso problema che studiano il moralista ed il filosofo". Così, anche, L. EINAUDI, *Le confessioni di un economista*, recensione al volume di W. SMART, *Second thoughts of an economist*, in *La riforma sociale*, 1917, p. 563.

⁵ Tra i molti recenti studi sul pensiero di S. Tommaso, J. FINNIS, *Aquinas. Moral, political and legal theory*, New York, Oxford University Press, 1998. In particolare pp. 200 ss. dove si parla di "commerce, capital and credit". Sulle radici tardo-scolastiche dell'economia di mercato, v. D. ANTISERI, *Liberali e solidali. La tradizione del liberalismo cattolico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, pp. 19 ss. Sul punto, v. A. FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo nella formazione storica del capitalismo (1934)*, Roma, Marsilio, 2005, pp. 101 ss. Di indubbio interesse la lettura di A. PASSERIN D'ENTREVES, *Introduzione*, in A. PASSERIN D'ENTREVES (a cura di), *S. Tommaso d'Aquino. Scritti politici*, Nicola Zanichelli, Bologna, 1946.

⁶ L'utilizzo dei termini "etica" e "morale" sovente si presta ad equivoci o "slittamenti semantici": così, S. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in un'economia mondializzata*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 254. In qualche caso, l'uso è indifferenziato (ad esempio, G. AMATO, *Un altro mondo è possibile. Parole per capire e per cambiare*, Milano, Mondadori, 2006, p. 123: "la morale, che chiamiamo anche 'etica', è il codice dei principi che nelle tante e diverse situazioni che ci troviamo a vivere ci porta a sentire, prima ancora che a capire se ciò che stiamo facendo è bene o male, giusto o ingiusto"); in altri casi, l'etica viene riferita all'appartenenza professionale e si evidenzia come sia possibile un conflitto dell'etica con la dimensione morale, che deriva da altre appartenenze (G. ZAGREBELSKI, *Codici di condotta e comportamenti altruistici nel mondo aziendale: risposta a Benesia. Imprese, non c'è etica senza politica*, in *La Stampa*, 30 gennaio 2002: "l'etica può essere moralmente disgustosa; la morale eticamente insostenibile"): tale visione lascia irrisolta la questione del criterio alla luce del quale dirimere il conflitto; in altri casi ancora, la riflessione sull'etica viene a risolversi – quasi integralmente – in quella sul diritto costituzionale (si v., ad esempio, l'approccio di M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Bari, Laterza, 2006). Ora, N. ABBAGNANO, voce *Etica*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 1971, p. 360, definisce l'etica come "scienza della condotta" [all'interno dell'etica si distinguono le due concezioni fondamentali di tale scienza, quella che "la considera come scienza del fine cui la condotta degli uomini deve essere indirizzata e dei mezzi per raggiungere tale fine" e quella che "la considera scienza del movente"]; la confusione dai punti di vista deriverebbe, nell'etica, dalla ambiguità della nozione di bene "ciò che è (per il fatto che è) o ciò che è oggetto di desiderio" e dalla sostituzione, operata dalla filosofia contemporanea, della nozione di "valore" a quella di "bene" (p. 362) dando luogo ad una inevitabile "problematicità": per questo, l'etica viene costruita alla luce della ragione e ogni aggettivazione relativa all'etica sarebbe impropria (etica laica, cristiana, ecc.). La morale è consequenziale alla fede, così R. FISICHELLA, *Identità dissolta. Il cristianesimo lingua madre dell'Europa*, Milano, Mondadori, 2009, pp. 81-82: "L'etica è etica sic et simpliciter. Distinta dall'etica è la 'morale'. Con questo termine si intende l'agire della persona consequenziale alla sua fede [...] con i due termini in questione distinguiamo un'etica che si costruisce alla luce della ragione, e una morale che si presenta come conseguenza di una fede nella rivelazione. Non necessariamente le due si contrappongono, anzi; tuttavia non si identificano

gressiva secolarizzazione e di affermazione del pensiero scientifico⁷, anche se la nascita della moderna economia politica, convenzionalmente ricondotta al pensiero di Adam Smith⁸, è – ad oggi – oggetto di rilettura⁹.

L'economia "positiva", più propriamente da riferirsi ad altri pensatori¹⁰, verrà, in seguito, criticata per la sua deriva "ingegneristica"¹¹: l'etica così divenne,

[...] l'etica mostra la via della felicità, la morale quella della salvezza". Assai importante è, ai fini dell'approfondimento svolto nel presente lavoro, il contributo alla definizione offerto da F. VON HAYEK, *La società libera*, Formello-Roma, Edizioni Seam, 1998, p. 66 ("l'uomo è una creatura della civiltà non solo nelle sue conoscenze, ma anche nei suoi scopi e valori") e pp. 104-105 ("nell'azione politica come in quella individuale, grande è la necessità di norme morali [...] tali norme morali dell'azione collettiva si sviluppano solo con difficoltà e molto lentamente").

⁷ Interessante, al fine di chiarire la questione, è l'intervento di W. SOMBART, *Scienza economica e libertà dai giudizi di valore: gli interventi di Sombart, Weber e Spann alla riunione del Verein für Sozialpolitik del 1909*, trad. it. di G. Franchi, in Documenti storici della "Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze", <http://rivista.ssef.it/>, pp. 3-4 dove si argomentano le ragioni a favore di un "indirizzo non etico" della scienza e, in particolare, dell'economia (*a-ethische Richtung*). P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 13, a proposito della separazione di etica ed economia, sostiene che sia "*characteristic of the modern age*" e, inoltre, che "*the mechanization of economic theory is true of classical and neo-classical, as well as of Marxist economies*". Un'analisi dello "scientismo" e della sua influenza sulle scienze sociali è svolta in F. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 97 ss. Per una visione della ricerca scientifica sostenuta, invece, dalle emozioni e dai valori che la guidano, v. M. POLANYI, *La logica della libertà*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 162. Sul punto v. anche S. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia mondializzata cit.*, p. 11, dove si svolge un commento al pecunia non olet. Infine, v. M. MINGHETTI, *Dell'economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto (1868)*, in R. GHEPARDI (a cura di), *Scritti politici*, Roma, IPZS, 1986, in particolare p. 114, dove si criticano gli scrittori "[...] i quali vollero fare della Economia una specie di matematica, senza curare se alla teorica rispondesse la pratica, e se dei principii fosse possibile l'applicazione", parlando "[...] della massima produzione delle ricchezze astrattamente, e quasi potesse darsi senza un'equa ripartizione, un facile scambio, un conveniente consumo".

⁸ Egli stesso professore di filosofia morale, A. SMITH è ricordato, in particolare, per due lavori: *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (1776), Torino, Utet, 1950, e *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Bur, Milano, 1995.

⁹ Tra le riletture del pensiero di Adam Smith v. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 192 ss. e A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 30 ss.

¹⁰ Cfr. la ricostruzione di S. LOMBARDINI, *La morale, l'economia e la politica*, Torino, Utet, 1993, p. 13 ss., il quale, in proposito, richiama il pensiero di Ricardo.

¹¹ Di approccio ingegneristico all'economia – contrapposto all'approccio etico – parla A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 13. Così, già argomentava M. MINGHETTI, *Della economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto cit.*, p. 114: "[...] ma l'economia così distaccata dalle altre discipline, e priva de' suoi naturali aiuti, smarriva talvolta il cammino, di che nascevano infinite controversie e passionate accuse [...] il che mi guida a considerare il nesso che è fra ricchezza e virtù". Già dai primi anni del XX secolo era stata elaborata una critica al riduzionismo economico, riportata anche in V. PARETO, *Manuale di economia politica*, Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1994 (prima edizione 1906), p. 15: "il corpo concreto comprende il corpo chimico, il corpo meccanico, il corpo geometrico, ecc.; l'uomo reale comprende l'*homo oeconomicus*, l'*homo ethicus*, l'*homo religio-*

per gli economisti, “*a dispensable luxury*”¹², tanto da far constatare che “la scienza economica è sorta ed è cresciuta entro i limiti della rinuncia a discutere problemi di valori spirituali e morali”¹³.

Parallelamente, in ambito giuridico, si affermavano, quali frutti del medesimo movimento di pensiero, il positivismo¹⁴ e il principio di statualità del diritto¹⁵: ad un temporaneo oblio verranno consegnati, anche i nessi tra morale e diritto.

Purtuttavia, nel tempo in cui economia e morale venivano dalla scienza economica separate, in ambiti contigui del sapere si svolgeva sul tema una fitta attività di studio. L'analisi storiografica e sociologica ha, infatti, prodotto una “congerie di scritti”¹⁶ riguardanti il rapporto – in particolare – tra vita economica e religione, il più noto dei quali riguarda la relazione intercorrente tra protestantesimo (in particolare il calvinismo) e capitalismo¹⁷. Accanto a questo, si sono susseguiti studi sul contributo del cattolicesimo (dapprima con riferimento al tomismo¹⁸, ma in seguito anche alla spiritualità francescana¹⁹ e a quella benedet-

sus. ecc.”. V., anche, W. ROEPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Varese, Edizioni di “Via aperta”, 1965, p. 124, dove si afferma che “nell'economia politica un moralismo di maniera, dilettantesco, è ripugnante quanto un economismo sordo alle istanze morali”; peraltro, la critica si appunta, anche altrove, su un “moralismo che ignora i più semplici elementi dell'economia ed è suscettibile perciò di fare danni più gravi col pronunciare giudizi morale su azioni che non sono capite”, W. ROEPKE, *Scritti liberali*, Firenze, Sansoni, 1974, p. 71.

¹² P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy cit.*, p. 169

¹³ L. EINAUDI, *Del metodo nella storia delle dottrine*, in *Rivista di storia economica*, 1-4, 1939, p. 236.

¹⁴ Per una ricostruzione storica del processo che in ambito giuridico ha condotto all'affermazione del positivismo, v. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2008, pp. 83 ss. V., sul tema in generale, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, Milano, 1965, H.L.A. HART, *Positivism and the separation of law and morals*, in *Harvard law Review*, vol. 71, n. 4, 1958, p. 593, ora in H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Milano, Giuffrè, 1964, p. 105 e U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, ESI, Napoli, 1997.

¹⁵ Cfr. *ivi*. V. anche le considerazioni di G. CONTE, *La disciplina dell'attività d'impresa tra diritto, etica ed economia*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 16.

¹⁶ A. FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo nella formazione storica del capitalismo cit.*, p. 15.

¹⁷ Il riferimento è a M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (pubblicato nel 1905), ora con “La storia di una controversia” di E. FISCHOFF, BUR, Milano, 1997. Per una ricostruzione del pre-capitalismo v. P. GROSSI, *L'Europa del diritto cit.*, pp. 86 ss.

¹⁸ Il richiamo è agli studi di G. TONIOLO (tra cui Scolastica e umanesimo nelle dottrine economiche al tempo del Rinascimento in Toscana, 1886-1887), che valorizzando i nessi tra storiografia economica e storiografia religiosa, avviò un vero e proprio filone di ricerca. Più di recente, M. NOVAK, *Lo spirito del capitalismo democratico e il cristianesimo*, Roma, Edizioni Studium, 1987. V., anche, il contributo di M. PELLEGRINI, “*Impresa e finanza*” alla luce della dottrina sociale della Chiesa, in F. CAPRIGLIONE, *Finanza, impresa e nuovo umanesimo*, Bari, Cacucci, 2007, p. 32.

¹⁹ A tal proposito si veda G. TODESCHINI, *Ricchezza francescana. Dalla povertà volontaria alla società di mercato*, Bologna, Il Mulino, 2004.

tina²⁰), dell'ebraismo²¹, fin ai più recenti richiami alle suggestioni del confucianesimo²².

In questi studi è schiettamente valorizzato il ruolo della motivazione e del fine dell'azione umana nel campo dell'attività economica²³.

Così, la morale religiosa – nella ricostruzione di Max Weber – sarebbe stata la vera e propria “forza motrice” del capitalismo moderno²⁴, per quanto già la sua interpretazione lasci intravedere alcune incongruenze: tra il razionalismo economico e la irrazionalità della “vocazione professionale”²⁵; tra l'isolamento interiore che deriva dall'impulso religioso e la dimensione sociale connaturale all'attività economica²⁶; tra la “coazione ascetica al risparmio”, necessaria per edificare l'economia capitalistica, e la strutturale occasione di appropriazione egoistica che il *surplus* di disponibilità determina²⁷.

Su queste premesse, l'intelligenza odierna si interroga circa l'idoneità di un sapere così diviso alla comprensione della crisi che ha recentemente investito i mercati mondiali, anche nella prospettiva della elaborazione di un *Global Legal Standard*²⁸:

²⁰ Sulle attività bancarie e finanziarie svolte dalle abbazie benedettine, L. MOULIN, *La vita quotidiana secondo San Benedetto*, Milano, Jaca Book, 2008, p. 101. La regola benedettina ha ispirato una filosofia manageriale su cui sono stati di recente prodotti numerosi approfondimenti (e svolti programmi di formazione manageriale), tra cui quelli di M. FOLADOR, *L'organizzazione perfetta. La regola di San Benedetto. Una saggezza antica al servizio dell'impresa moderna*, Milano, Guerini e associati, 2006, e P. BIANCHI, *Ora et labora. La regola benedettina applicata alla strategia d'impresa e al lavoro manageriale*, Milano, Xenia edizioni, 2006

²¹ Sul punto, A. FANFANI, *Cattolicesimo e protestantesimo nella formazione storica del capitalismo cit.*, pp. 11-12, richiama sull'argomento il contributo di W. Sombart, il quale – tra l'altro – era stato allievo di Toniolo all'Università di Pisa.

²² La “ricetta confuciana per il successo industriale” è richiamata da A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 27.

²³ In proposito A. MARSHALL, *Principi di economia*, Torino, Utet, 1987 (titolo originale dell'opera, *Principles of economics*, London, Macmillan and co., 1920), pp. 13-14 ha sostenuto che “[...] i due grandi fattori della storia del mondo sono stati quello religioso e quello economico [...] I moventi religiosi sono più intensi di quelli economici ma raramente la loro azione diretta copre una parte così grande della vita [...]”.

²⁴ M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo cit.*, p. 91.

²⁵ In proposito il termine tedesco utilizzato per indicare la “vocazione professionale” è *Beruf*, corrispondente all'inglese *calling*; M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo cit.*, p. 101, nota che tra i popoli prevalentemente cattolici non si “conosce un'espressione di tonalità analoga”. Uno sviluppo di tale approccio nel pensiero cattolico è svolto da F. FELICE (a cura di), *L'impresa come vocazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000.

²⁶ In proposito M. WEBER, *ivi*, p. 163 parla di “sentimento di un inaudito isolamento interiore del singolo individuo” e, a p. 165, di “individualismo senza illusioni e di tonalità pessimistica”.

²⁷ *Ivi*, p. 231: “formazione di capitale condizionata da coazione ascetica al risparmio”. A p. 234 si nota la contraddittorietà dei valori religiosi (laboriosità-*industry* e parsimonia-*frugality*) che producono ricchezza: infatti, “dovunque si è moltiplicata la ricchezza, il contenuto della religione si è impoverito in uguale misura”.

²⁸ Nel febbraio 2009, a Berlino, in un incontro tra i responsabili di cinque organizzazioni inter-

questa si è, infatti, manifestata come una crisi vasta, espressione di una fragilità complessiva non solo del tessuto economico²⁹ ma anche di quello giuridico e morale³⁰.

Si registra ora, infatti, un “mutato clima di attenzione sul confine tra economia ed etica”³¹, la dimensione esclusivamente positiva dell’economia e del diritto viene messa in discussione³², “compulsivo” e “ossessionante” si fa il richiamo all’etica quale possibile soluzione dei problemi³³.

nazionali (*International Labour Organization, International Monetary Fund, Organisation for Economic Cooperation and Development, World Bank e World Trade Organization*) si è aperta la discussione su come cooperare per elaborare una “*Global Charter*”. È stata così avviata una prima ricognizione – sotto il coordinamento dell’Oecd – circa gli strumenti di intervento economico e sociale, confluita nel documento A “*global charter/“legal standard*”. *An inventory of possibile policy instruments* (19 marzo 2009), anche in vista dello svolgimento del G8 tenutosi a l’Aquila nel luglio 2009. Successivamente il Ministro dell’economia e delle finanze italiano, Giulio Tremonti, ha lanciato l’iniziativa di “*worldwide Legal Standard for sound and more ethical business behaviour*” (p. 8). Tra gli *OECD economic instruments* sono richiamate le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* [“*the only international instrument covering all main areas of business ethics (including human rights, labour relations, environment, corporate governance and corruption) that has been developed multilaterally and agreed by governments*” (p. 76)] e le *Recommendation on Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service* [in *materia di public governance*, p. 119].

²⁹ Utilizza il termine “fragilità”, M. DRAGHI, *Un sistema con più regole, più capitale, meno debito, più trasparenza*, in *Bancaria*, n. 11/2008, p. 4.

³⁰ Un’analisi delle ragioni dell’odierna crisi economica è svolta in R.B. REICH, *Supercapitalismo. Come cambia l’economia globale e i rischi per la democrazia*, Roma, Fazi, 2008, pp. 12 ss. In ambito specificamente giuridico si v. già il contributo di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005, in particolare p. 103: “lo scopo del profitto e lo scopo degli scopi tacciono silenziosi. Il nichilismo del mercato appare in tutta la sua straordinaria antinomia: in un mondo di ‘valori’ nessun valore”. Più in generale v., tra le letture critiche, R.A. POSNER, *A failure of capitalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 e Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

³¹ S. ZAMAGNI, *Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, Roma, Ave, 1994, p. 15. Al riguardo, S. LATOUCHE, *Etica ed economia, il matrimonio impossibile*, in *La società degli individui*, 3/2005, p. 91, sostiene che l’etica “[...] va di moda, come aspirazione, nostalgia o necessità”. Sul punto, v. tra i diversi lavori sul tema di F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

³² Sull’insufficienza della già evocata dimensione positiva v. Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 49-50. A tale proposito si richiama la lucida precoce analisi di L. STURZO, *Economia e morale, Il Popolo*, 14 marzo 1947, ora in *Opera omnia*, serie II, vol. IX, p. 188-189: “Il positivismo, in tutti i rami delle scienze pratiche [...] ha abolito la categoria morale che è strettamente collegata alla nozione di uomo. Ma la realtà si vendica del positivismo, rimettendo l’uomo nella sua posizione di creatore della società”. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, p. 67, afferma che “alla fine del XX secolo, pare possibile registrare l’intensità di profondi mutamenti [...] L’esplosione contemporanea della problematica relativa alla moralità del mercato appare un sintomo rivelatore di uno stato d’animo, insoddisfatto dei tradizionali postulati di quel fenomeno definito scientismo e modernismo”. In ambito economico, si v. il contributo di P. ULRICH, *Integrative economic ethics. Toward a conception of a socio-economic rationality*, in P. KOSLOWSKI, (ed. by), *Contemporary economic ethics and business ethics cit.*, p. 37 ss. Si v., infine, S. ZAMAGNI, *La svolta antropologica in economia. Il ritorno della relazionalità*, in *La società degli individui*, 3/2005, p. 82, dove si afferma che “giunto all’apice del distacco dalla comunità, l’uomo-individuo della modernità è finito per diventarne la prima vittima”.

³³ Su questo argomento si vedano gli scritti di GUIDO ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adel-

Il passaggio verso un'economia postmoderna³⁴, nuovamente aperta alla dimensione dell'etica, non è però privo di difficoltà.

Il tradizionale armamentario, di impianto aristotelico e di matrice religiosa, giace inutilizzato³⁵. Il positivismo non ha, infatti, rivestito un carattere esclusivamente metodologico ma si è, in questo, insinuata una tendenza normativa, volta a realizzare una fondazione – ed un reggimento – degli ordini direttamente su se stessi (scienza per la scienza; diritto per il diritto; economia per l'economia)³⁶.

Per quanto siano in corso tentativi di stemperare l'incongruenza di una simile pretesa³⁷ – in cui “si cela l'insidia di una volontà di potenza incontrollata”³⁸ – questi manifestano timidezze e fragilità.

Per ricapitolare la vicenda occorre partire dalla persona, considerata vero e

phi, 2003, p. 23, dove si parla di “ossessione” e *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006, p. 13 dove il continuo richiamo all'etica è definito “compulsivo”. V. anche F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza, mercato, globalizzazione*, Bari, Cacucci, 2004.

³⁴ Cfr. P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy* cit., p. 13 parla di “*ethical economy as post-modern economics*”.

³⁵ Sulla tendenza contemporanea alla ricerca di “solide radici” (*re-embedding*), v. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza* cit., p. 61. Sempre Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Bari, Laterza, 2008, p. 23 sostiene che “gli abitanti del mondo liquido-moderno non trovano, per quanto lo cerchino, un ‘enunciato collettivo credibile’ [...] invece si devono accontentare di surrogati notoriamente inaffidabili”. V. anche G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 28, dove si richiama “[...] il programma di ricerca che porterà, tra l'altro, a individuare i limiti morali al mercato”.

³⁶ Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Morale, diritto ed economia*, in A. PASSERIN D'ENTREVES (a cura di), *Saggi di storia del pensiero politico dal Medioevo alla società contemporanea*, a cura di G.M. Bravo, Franco Angeli, Milano, 1992, in particolare, p. 342: “[...] l'intera scienza costruita su tale premessa, come traduzione e deduzione da quel valore o tipo ideale, assumerà carattere normativo. Si giunge così necessariamente a una concezione interamente mutata dell'economia, che da carattere puramente scientifico viene ad assumere significato deontologico, tende cioè ad invadere il campo dell'etica, e talora anzi a porsi come un vero e proprio sistema morale”. Tale contributo viene richiamato in S. COTELLESA, *Introduzione* a W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 32. Sulla questione specifica dell'autonomia sistemica del diritto v. J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 2007, p. 45 ss.

³⁷ Il riferimento è, ad esempio, in ambito giuridico, al neo-costituzionalismo (“dottrina secondo cui, nello Stato costituzionale, diritto e morale sono logicamente connessi per mezzo dei principi costituzionali”), sui cui limiti v. M. BARBERIS, *Etica per giuristi* cit., 2008, p. 100, dove vengono richiamate le posizioni di C. SANTIAGO NINO, *Diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano, 1999 e R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 e *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1994. Da un punto di vista economico, v. la ricostruzione di M. DE CECCO, *Gli anni dell'incertezza*, Roma-Bari, Laterza, 2007. V., infine, N. IRTI, *Nichilismo giuridico* cit., p. 104-105, il quale afferma che “si tace sul fondamento, sul principio costitutivo di quei diritti. Ma il problema non può essere eluso: caduta la fonte ultra-terrena (da cui pur traggono l'impronta universale) occorre un surrogato della teologia”.

³⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 10. Ancora sul punto si richiama il contributo di N. IRTI, *Nichilismo giuridico* cit.

proprio bandolo dell'imbrogliata matassa anche dagli economisti, nelle più recenti indicazioni elaborate in risposta alla crisi³⁹: “*the economy is not governed by economic laws alone, but is determined by human person, in whose desires and choices a complete ensemble of economic expectations, social norms, cultural views, and ethical ideas about the good is always in effect*”⁴⁰.

In primo luogo, la morale è il mondo della libertà⁴¹ e si caratterizza per l'assenza della coazione, che è tipica invece del diritto⁴². La libertà umana è, però, fallibile e corruttibile: vale a dire che l'esito dell'azione umana – dal punto di vista epistemologico – deve misurarsi sia con la possibilità dell'errore che della scelta del male⁴³.

³⁹ Sul punto, ad esempio, v. J.E. STIGLITZ-A. SEN-J.P. FITOUSSI, *Report by the Commission on the measurement of economic performance and social progress*, 14 settembre 2009, in particolare p. 15, dove si afferma (*recommendation 6*) che “*quality of life depends on people's objective conditions and capabilities*” e p. 16 (*recommendation 10*) dove si afferma che “[...] *statistical offices should incorporate questions to capture people's life evaluations, hedonic experiences and priorities in their own survey*”. In questo senso, si veda anche il contributo di R.A. POSNER, *Frontiers of legal theory*, 2004, Cambridge-London, Harvard University Press.

⁴⁰ P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy cit.*, p. 244. V. anche R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, p. 251, sostiene che “certi diritti dovrebbero essere una prerogativa esclusiva delle persone”. V., inoltre, W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 90, dove si afferma che l'economia di mercato “ha bisogno di una solida cornice che per brevità chiameremo la cornice antropologico-sociologica. Se questa si spezza anche l'economia di mercato diventa impossibile. Con altre parole: l'economia di mercato non è tutto”.

⁴¹ F. CARNELUTTI, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953, p. 41: “Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; né altro è la libertà che potere morale”. V., anche, F. VON HAYEK, *Studi di filosofia, politica ed economia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, p. 408: “La moralità e i valori morali crescono solo in un ambiente libero”.

⁴² Ivi, p. 43: “i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione”. Sul punto v. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 190, dove – parlando di norme morali – le descrive come “norme la cui sanzione è puramente interiore”.

⁴³ Sulle premesse epistemologiche della moderna conoscenza è fondamentale il contributo di K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando, 2002, p. 613: “ogni scoperta di un errore costituisce un reale avanzamento della nostra conoscenza”. V. anche il contributo di F. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Firenze, Vallecchi, 1967, p. 111: “Il compito di gran lunga più difficile e di primaria importanza per la ragione umana è quello di comprendere razionalmente le proprie limitazioni”. V., ancora, G. O'DRISCOLL-M.J. RIZZO, *L'economia del tempo e dell'ignoranza*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 214, dove si parla delle “conseguenze inintenzionali delle azioni umane”, su cui anche C. MENGER, *Sul metodo delle scienze sociali*, Macerata, Liberilibri, 1996, p. 40 ss. V., infine, I.M. KIRZNER, *Come funzionano i mercati*, Roma, Armando, 2002, p. 75 ss., dove si parla di “economia ed errore”. Quanto alla questione della libertà come possibile scelta del male, P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, Milano, Jaca Book, 1977, pp. 446-447: “la coscienza di aver potuto fare diversamente è strettissimamente legata a quella di aver dovuto fare altrimenti. Infatti, è perché mi riconosco dei doveri che mi riconosco anche dei poteri [...] l'imputazione dell'atto è così qualificata moralmente nel suo rapporto al dovere e al potere”; F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 119: “la libertà è una possibilità di far bene, ma lo è solo quando è una possibilità di far male”; tale

In secondo luogo, l'economia è comportamento razionale volto alla scelta delle risorse scarse in relazione a fini⁴⁴; anche il processo economico, volto all'utile, può essere "rotto" dall'errore e (ancor più) dalla violenza o dalla frode. L'attività economica e il suo risultato, in questo caso, vengono scomposti e il vantaggio risulta impropriamente acquisito da un soggetto diverso rispetto a quello cui sarebbe spettato⁴⁵. L'attività economica ha, dunque, un problema, una insidia che opera dal di dentro: il parassitismo⁴⁶, l'economia sterile volta al "guadagno per il guadagno", ciò che altrove viene definito usura⁴⁷.

Infine, il diritto "per imporre l'etica all'economia si serve dell'economia"⁴⁸;

concetto è ben espresso in C. BAUDELAIRE, *Les paradis artificiels*, 2005, Maxi-livres, p. 18: "[...] *l'homme est invité à se voir en beau, c'est-à-dire tel qu'il devrait et pourrait être; une espèce d'exitation angélique, un rappel à l'ordre* [...]"

⁴⁴ Cfr. L. VON MISES, *L'azione umana. Trattato di economia*, T. RAGIOTTI (a cura di), Torino, Utet, 1959, p. 9: "L'economia è una scienza teoretica e, come tale, si astiene da ogni giudizio di valore. Non è suo compito dire alla gente quali fini dovrebbe perseguire. Essa è scienza dei mezzi da applicare al raggiungimento dei fini".

⁴⁵ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto cit.*, p. 275 dove si afferma che "il violento non fa altro che rompere il processo economico e sostituirsi a un altro soggetto nell'acquisto del risultato del processo economico", e ancora pp. 276-277 "l'attività di violenza non fa che scomporre il processo economico [...] in due astrazioni, l'attività e il suo risultato [...] E questo significa l'utile come vantaggio. L'utile come valore significa volere l'attività e il risultato". Sul punto è assai rilevante il pensiero di Luigi Sturzo, analizzato in questa chiave nel lavoro di A. SPAMPINATO, *L'etica senza economia è diseconomia. L'etica dell'economia nel pensiero di don Luigi Sturzo*, 1996, Milano, Il Sole 24 ore, pp. 38-39; il riferimento è, in particolare, a L. STURZO, *Economia e morale*, in *Opera omnia*, serie II, vol. IX, pp. 188-189: "[...] l'atto economico non sarà più tale, se nella sua attuazione sarà inficiato da azioni di natura immorale [...] l'uomo] nel violare la morale viola anche le leggi economiche pur facendo atti singoli che presentino carattere di utilità [...] il vantaggio personale mancando la base morale, manca di base economica; è allo stesso tempo 'non-economia' e 'immoralità'". Sul punto, si v. la ricostruzione in chiave storica svolta da A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico cit.*, p. 84, della dottrina della *honestas utilitas*, "[...] momento costitutivo della idea medioevale del diritto: il valore dell'utile non è autonomo, ma in un rapporto di distinzione/connessione con quello del giusto e dell'onesto".

⁴⁶ Ivi, p. 281: "nasce l'ideale del non lavorare, dell'ozio, del parassitismo. E forse qui è la più radicale ferita che [l'attività economica] riceve".

⁴⁷ Ivi, p. 279 e p. 276: "L'attività di violenza e di frode è tipicamente parassitaria, perciò è sterile, non produce nulla, ma ha bisogno che altri producano". Sull'usura si richiama la posizione di condanna già presente in ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 3, 2001, p. 197 (*nummus non parit nummum*) e quella di S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, quaestio 78 che, pur confermando l'illiceità dell'usura riconobbe una limitata deroga per compensare la perdita della disponibilità del denaro, aprendo ad una progressiva legittimazione dell'attività bancaria. V., più di recente, E. KERRIDGE, *Usury, interest and the reformation*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2002.

⁴⁸ F. CARNELUTTI, *Il fine nel diritto*, in *Discorsi intorno al diritto cit.*, III, p. 43; v. anche *Morale e diritto cit.*, p. 47: "è la morale che regola l'economia mediante il diritto". Sul contributo di Carnelutti, v. F. GAMBINO, *Giuseppe Capograssi e Francesco Carnelutti, o del diritto tra economia ed etica*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi ed orientamenti teorici*, Padova, Cedam, 1999, pp. 120 ss. Vedi, anche V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 32 ss., dove si svolgono considerazioni sulla "legge come tecnica di repressione, di controllo e di promozione dei comportamenti".

con il sistema delle sanzioni il diritto ha il compito di mantenere il processo economico entro i suoi fini e limiti. Esso stesso è, però, minacciato e rischia di divenire mezzo al fine⁴⁹. Vi è, infatti, nel diritto e nell'economia una tendenza ineludibile alla reciproca sopraffazione⁵⁰ che si risolve in forme di contingente soggezione dell'economia al diritto (ad esempio, nei sistemi costruttivisti) e del diritto all'economia (ad esempio, nelle degenerazioni capitalistiche)⁵¹.

L'osservazione della realtà provoca alcune considerazioni⁵². *Certum est enim et sensu constat* che al mercato si va già con la morale⁵³: provvisti di morale,

⁴⁹ G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto cit.*, p. 281: "l'esperienza giuridica è resa se non altro essenzialmente difficile, perché è minacciata anch'essa nella sua autonomia, corre il rischio anch'essa di divenire mezzo per il fine (negativamente) sovrano del puro vantaggio". V., anche, G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, in *Opere*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 280: "funzione essenziale dell'autorità e sua missione suprema è proprio restringere i limiti della società economica a quelli che sono i limiti del suo fine e della sua natura". Sul punto, v. anche P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro italiano*, V, col. 163, dove richiamando Y. DEZALAY, si riferisce ai "mercanti del diritto".

⁵⁰ Ivi, p. 290: "Nella storia avviene che esperienza economica ed esperienza giuridica nascano l'una dall'altra e incessantemente tendano a sopraffarsi".

⁵¹ Su questo argomento si v. la diagnosi, lucida ed estesa, di W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino, Einaudi, 1956, in particolare pp. 121 ss., dove si svolge una severa critica degli eccessi del capitalismo e pp. 100 ss. dove si argomenta riguardo i mali del costruttivismo social-comunista. Quanto alla riduzione crociana della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia (B. CROCE, *Filosofia come scienza dello spirito*, III, *Filosofia della pratica Economica ed etica*, parte III.V, Bibliopolis, Napoli, 1996, pp. 355 ss), v. la critica di L. STURZO, *La società, sua natura e sue leggi, Opera omnia*, prima serie, III, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, in particolare pp. 194 ss. dove sviluppa la questione del rapporto tra morale e diritto. V., inoltre A. PASSERIN D'ENTREVES, *Morale, diritto ed economia cit.*, p. 352, dove si sostiene che la "riduzione" crociana della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia "[...] non è altro che l'eliminazione della categoria giuridica dalla sfera dell'etica". Sul punto v. infine R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, p. 19 dove si manifesta la preoccupazione di "evitare che il supercapitalismo invada il campo della politica".

⁵² Cfr. H. BELLOC, *An essay on the restoration of property*, London, Wheatsheaf Books, 1984 (prima edizione 1936), p. 12, afferma che "wisdom consists in the appreciation of reality". Per altro verso, v. BENEDETTO XVI, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore*, Siena, Cantagalli, 2009, p. 152, afferma che "[...] la realtà – e la ragione che conosce e spiega la realtà – è senza alcun dubbio un'insostituibile sorgente della morale". Per l'elaborazione di un "metodo empirico generalizzato", v. B.J.F. LONERGAN, *Insight. Uno studio del comprendere umano*, Roma, Città Nuova, 2007, in particolare p. 328 ss.

⁵³ W. ROEPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda*, pp. 145-146: "Autodisciplina, senso di giustizia, onestà, fairness, cavalleria, moderazione, spirito di colleganza, rispetto della dignità umana, salde norme morali, sono tutte qualità che gli uomini debbono già possedere quando vanno al mercato e competono nella concorrenza; sono i sostegni indispensabili per preservare sia il mercato, sia la concorrenza da ogni degenerazione; e son da trovarsi nella famiglia, nella Chiesa, nelle vere comunità. Gli uomini debbono maturare in un ambiente che favorisca tali convinzioni, rispetti la tradizione e fornisca all'individuo un solido sostegno morale". È utile, peraltro, la rilettura di B. PASCAL, *Pensieri*, Cinisello Balsamo, Edizioni San Paolo, 2005, in particolare, n. 404 e 409, dove di parla della grandeur e della bassesse dell'uomo.

infatti, sono il mercante, il consumatore e il regolatore. Questi non acquisiscono la morale nel ruolo che rivestono, ma nel ruolo declinano una loro, già acquisita, morale.

In altri termini, il problema riguarda la morale *tout court*, anche se risulteranno opportune alcune specificazioni dovute al punto di vista dell'attore di mercato. L'analisi del problema è, poi, volta ad assicurare criteri per conseguire solo "un minimo di onestà in affari"⁵⁴: sarà utile, pertanto, un approccio antiperfettista⁵⁵ (o fallibilista che dir si voglia) per trattare temi che, in realtà, si intersecano e che avrebbero potuto trovare anche diversa collocazione⁵⁶.

2. *La morale del mercante*

Tra il mercante medievale, il commerciante delle prime codificazioni e l'imprenditore dei nostri giorni vi è continuità⁵⁷: in queste figure si rinviene però una diversità

⁵⁴ W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, p. 64, sostenne che per il funzionamento dei mercati non si potesse prescindere da un forte inquadramento morale-politico-istituzionale, i cui tratti costitutivi sarebbero "un minimo di onestà in affari, un forte Stato, un'intelligente 'polizia dei mercati'" e un "diritto profondamente meditato e conforme alla costituzione economica"; v. anche J.K. GALBRAITH, *La buona società*, in *Il mondo*, 1996, p. 93: "il sistema economico funziona efficacemente solo in presenza di rigide norme di comportamento. La prima è l'onestà".

⁵⁵ Cfr. A. COSTA, *L'imprenditore e la sua formazione professionale, morale e psicologica*, in M. BALDINI (a cura di), *Il nuovo imprenditore*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 198: "è necessario non presentare deficienze gravi sotto nessun aspetto: morale, psicologico, intellettuale". L'antiperfettismo quale approccio metodologico ha trovato un approfondimento filosofico nell'opera di A. ROSMINI, *Filosofia della politica* (prima edizione 1837), Milano, Rusconi, 1985, in particolare, p. 135: "Il perfettismo, cioè quel sistema che crede possibile il perfetto nelle cose umane, e che sacrifica i beni presenti all'immaginata futura perfezione, è un effetto dell'ignoranza. Egli consiste in un baldanzoso pregiudizio, pel quale si giudica dell'umana natura troppo favorevolmente, se ne giudica sopra una pura ipotesi, sopra un postulato che non si può concedere, e con mancanza assoluta di riflessione ai naturali limiti delle cose"; sul punto v. P. ARMELLINI, *Morale, diritto ed economia in Antonio Rosmini*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 202. L'antiperfettismo troverà sviluppo e applicazione nel campo della conoscenza scientifica con i lavori di K. POPPER e F. VON HAYEK, su cui v. la ricostruzione e le indicazioni bibliografiche in M. BALDINI, *Il liberalismo, Dio e il mercato*, Roma, Armando 2001, pp. 185 ss. e pp. 126 ss. V., ancora, R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 58, dove – richiamandosi al metodo popperiano – afferma che "[...] chiunque affermi di avere la risposta per ogni problema, in realtà non sa rispondere a nessuno: le soluzioni totali, lungi dal migliorare le cose, le aggravano".

⁵⁶ Si pensi al tema del conflitto di interessi, che viene richiamato nell'ambito della trattazione della morale del mercante ma anche di quella del regolatore e che avrebbe potuto essere svolto anche nel paragrafo relativo alla morale del consumatore.

⁵⁷ Sul punto si vedano le pagine di U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1989, in particolare, pp. 10 ss. dove si analizza il passaggio dal commerciante, a partire dal *code de commerce* napoleonico, all'imprenditore, nel codice civile italiano del 1942.

di accento, posto ora sulla dimensione della produzione (per l'imprenditore) ora su quella della intermediazione negli scambi (per il mercante e il commerciante)⁵⁸.

Il mercante appare, tuttavia, come la categoria storicamente più compiuta e, al tempo stesso, più espressiva di modernità⁵⁹. In questo hanno trovato sintesi il rischio d'impresa⁶⁰, una interpretazione proattiva del ruolo di intermediazione tra produzione e consumo⁶¹, la tendenza a svolgere "attività plurima"⁶²; per questo è già rilevante – e non di meno problematica – la dimensione morale⁶³; a questo appartengono un tempo (il "tempo del mercante")⁶⁴ e un diritto (la *lex mercatoria*)⁶⁵.

Su questa premessa si spiega perché una riflessione sulla morale del mercante possa prendere le mosse dal "tipo ideale" dell'imprenditore capitalistico, che non riceve nulla dalla ricchezza "[...] per la propria persona – tranne quel senti-

⁵⁸ Cfr. *ivi*, p. 17, dove – riferendosi alla nuova figura dell'imprenditore – si registra la mancanza di riferimenti all'atto di commercio, parlando di "un 'imprenditore' senza ulteriori qualifiche, la cui attività è, in primo luogo di 'produzione' e solo in secondo luogo di 'scambio'. Il rapporto tra commercio e industria appare così [...] sostanzialmente invertito [...]. La ragione è fuori dall'ordinamento, nella società di cui l'ordinamento doveva fornire gli assetti: ed è la Rivoluzione industriale".

⁵⁹ Sulla nuova *lex mercatoria* v. H.J. BERMAN e F.J. DASSER, *The "New" Law Merchant and the "Old": Sources, Content, and Legitimacy*, in Th. E. Carbonneau (ed. by) *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, Yonkers, 1998, pp. 53-70, E. SALVATORE, *La nuova lex mercatoria*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato diretto da F. GALGANO, tomo IV, Torino, Utet, 1997, p. 21.

⁶⁰ U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto cit.*, p. 35.

⁶¹ Cfr. *ivi*, p. 33

⁶² Così, A. SAPORI, *Il mercante italiano nel medioevo*, in E. ROTA (a cura di), *Questioni di storia medioevale*, Milano, Carlo Marzorati editore, 1946, p. 694, dove parlando del "grande mercante", si sostiene che "con la sua attività plurima il mercante provvede invece accortamente alla divisione e alla compensazione dei rischi; all'allargamento delle dimensioni dell'azienda per la possibilità di finanziarla con i capitali ricevuti in deposito; alla vittoriosa concorrenza sui mercati stranieri col vendere a minor prezzo i suoi prodotti, eliminando il guadagno dell'intermediario". V. anche U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto cit.*, p. 38, dove si sostiene che il mercante "non era necessariamente e sempre legato ad un solo settore merceologico".

⁶³ Cfr. *ivi*, p. 707, dove si pone un nesso tra l'affermazione del mercante e le sue qualità morali. Sul punto, v. anche le ricostruzioni in J. LE GOFF, *Il Medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 63, dove si fa riferimento al "lungo lavoro di separazione delle operazioni lecite dalle illecite" con cui si "permise al mercante cristiano di sviluppare pratiche precapitalistiche e di acquisire il diritto di cittadinanza e prestigio". V. ancora, J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante. Saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo*, Torino, Einaudi, 2000, pp. 18 ss., dove si analizza la problematicità del rapporto tra fede e affari.

⁶⁴ J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante. Saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo cit.* Per una ricostruzione del mercantilismo v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione cit.*, pp. 18 ss.

⁶⁵ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001 e B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1999, in particolare, p. 1074. V. anche M.E. KLECKNER, *Lex mercatoria e 'oltre'*, in M. COSTANZA (a cura di), *Oltre il diritto*, Padova, Cedam, 1994, p. 97.

mento irrazionale di avere compiuto il suo ‘dovere professionale’⁶⁶. Questi vive – come già evidenziato – una sorta di contraddizione tra il “carattere ascetico”⁶⁷ della sua vita e la dimensione necessariamente sociale dell’attività economica che svolge.

Con riguardo alla morale, l’ambiente sociale in cui l’imprenditore è inserito presenta una duplice rilevanza: costituisce la sede della sua formazione morale e la sede del riconoscimento della qualità morale della sua azione, suscettibile di gratificazione o di stigmatizzazione⁶⁸.

La dimensione morale necessaria al funzionamento del mercato potrebbe maturare, peraltro, solo all’interno di quelle che sono state definite – nel quadro dell’economia sociale di mercato – “vere comunità”⁶⁹, e solo la vitalità di una classe media, formata in vere comunità sarebbe in grado di assicurare la tenuta dell’inquadramento morale del mercato⁷⁰.

L’essere umano è, infatti, “*ni ange, ni bête*”⁷¹: se la morale non è, di per sé,

⁶⁶ M. WEBER, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo cit.*, p. 94. L’imprenditore capitalista “teme l’ostentazione e lo sfarzo inutile come il godimento cosciente del suo potere, e i segni esterni della considerazione sociale di cui gode gli sono piuttosto sgradevoli [...] non è rara, anzi davvero frequente, in lui, una buona dose di fredda modestia”.

⁶⁷ Ivi, dove si parla della solitudine del capitalista

⁶⁸ Cfr. Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza cit.*, pp. 36-37: “ogni differimento, compreso il ‘differimento della gratificazione’, perde significato”. GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006, p. 83 sostiene che “la *disqualification* degli amministratori o la sospensione dalle cariche in vigore nella maggior parte degli ordinamenti societari costituiscono una sanzione assai blanda”.

⁶⁹ W. ROEPKE, *Al di là dell’offerta e della domanda cit.* p. 146, e W. ROPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino, Einaudi, 1946, p. 65, dove si parla de “la famiglia e le altre comunità naturali (vicinato, comune, professione, ecc.)”. Sul punto v. M. POLANYI, *La logica della libertà cit.*, p. 304 ss., dove si parla di un ordine prevalentemente basato su forze esterne e un ordine in cui “le forze esterne sono assenti o trascurabili ed operano soltanto le forze interne [...] È chiaro che l’intervento di un agente umano che tentasse di far proprio il compito di tali forze interne sarebbe del tutto inadeguato”; v., anche, A. COSTA, *L’imprenditore e la sua formazione professionale, morale e psicologica cit.*, p. 199, dove si afferma che “[...] l’educazione morale trae generalmente origine nella famiglia ma deve essere completata dal singolo individuo. Non possono perciò esistere scuole per formare capi d’impresa”. V., infine, A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 28: “[...] i gruppi che fanno da intermediari tra il singolo e la collettività nel complesso – come le classi, i gruppi comunitari, o i gruppi occupazionali – forniscono il punto di riferimento di molte azioni che richiedono un comportamento impegnato”. Nell’Enciclica *Caritas in veritate*, BENEDETTO XVI afferma che “[...] il mercato, lasciato al solo principio dell’equivalenza di valore dei beni scambiati, non riesce a produrre quella coesione sociale di cui pure ha bisogno per ben funzionare. *Senza forme interne di solidarietà e di fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica*”.

⁷⁰ W. ROPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, pp. 64-65.

⁷¹ Il richiamo è, ancora una volta, a B. PASCAL, *Pensieri cit.*, p. 139, n. 358: “L’uomo non è né angelo né bestia, e disgrazia vuole che chi vuol fare l’angelo fa la bestia”. Pascal viene ripreso da W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, p. 243: “L’uomo è un essere dai molti aspetti – “*ni ange ni bête*” – e tutto dipende dal lato da cui lo prendiamo, se dal buono o dal cattivo, e dalle condizioni in cui lo poniamo, se cioè in quelle che lo rendono rabbioso come un cane alla catena, o in quelle che lo facciano essere cordiale e trattabile”. V. anche A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il federalista (commento*

suscettibile di coazione, allora solo l'inserimento in un tessuto sociale può assicurare che il comportamento del soggetto economico sia osservato e dunque possa modificarsi nella prospettiva auspicata⁷².

Per altro verso, l'attività imprenditoriale è ricca di occasioni di distrazione (anche materiale) dei risultati del processo economico⁷³. Gli stessi imprenditori, una volta raggiunta una posizione all'interno del mercato, ne diventano spesso nemici e cercano di consolidare rendite di posizione e di ostacolare l'accesso al mercato di nuovi operatori⁷⁴: ne è dimostrazione il diritto *antitrust* considerato "incrocio obbligato per il diritto e l'economia"⁷⁵.

alla Costituzione degli Stati Uniti), Pisa, Nistri-Lischi, 1955, n. 51, p. 351: "se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo. Se fossero gli angeli a governare gli uomini ogni controllo esterno o interno sul governo diverrebbe superfluo". Meritano una rilettura le pagine di G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, Ed. La Scuola, 1987, pp. 5-6: "Tu, non costretto da nessuna barriera, la determinerai secondo il tuo arbitrio, alla cui potestà ti consegnai [...] Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché di te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori, che sono i bruti; tu potrai secondo il tuo volere rigenerarti nelle cose superiori che sono divine".

⁷² Sul punto v. l'analisi critica di J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER-J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2004, p. 30: dove parlando di "scollamento della solidarietà" sostiene "la trasformazione dei cittadini delle benestanti e pacifiche società liberali in monadi isolate, che agiscono per il proprio interesse e che si oppongono a vicenda i loro propri diritti soggettivi, come fossero armi"; sul problema dei "dilemmi morali" o "conflitti etici" rilevanti per l'economia, v. S. LOMBARDINI, *La morale, l'economia e la politica cit.*, pp. 97 ss. V. anche P. SACCO-S. ZAMAGNI, *Complessità relazionale e comportamento economico*, Bologna, Il Mulino, 2002. V., infine, F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 115: "[...] in genere crediamo che la coscienza di esser ritenuta responsabile influenzerà il comportamento di una persona nel senso desiderato".

⁷³ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto cit.*, pp. 276 ss. Sul punto v. G.K. CHESTERTON, *L'utopia degli usurari. Una collezione sulle forme di parassitismo*, Milano, Excelsior 1881, 2007. V. anche J. FREUND, *L'imprenditore e la responsabilità di un'etica*, in *Operare*, n. 2, aprile-giugno 1984, pp. 29-33, ora in M. BALDINI (a cura di), *Il nuovo imprenditore cit.*, p. 111: "L'onestà intellettuale esige che si rimetta il profitto al posto che gli è dovuto. Il profitto non è condannabile in sé, ma cade sotto il giudizio della morale essenzialmente per due motivi: per il metodo o la maniera di acquisirlo o per l'uso che se ne fa, a detrimento dell'impresa. In questi casi l'imprenditore non offende solo l'etica imprenditoriale, ma i principi stessi della morale in generale".

⁷⁴ Su questo tema è importante la ricostruzione di L. VON MISES, *L'azione umana cit.*, p. 80: "I ricchi, proprietari di stabilimenti già funzionanti, non hanno nessun particolare interesse di classe a mantenere la libera concorrenza". Importante anche il contributo di L. STURZO, *Politica di questi anni (1948-1949)*, Bologna, Zanichelli, 1955, p. 367: "i commercianti vogliono allo stesso tempo libertà e favori, senza comprendere che i favori fanno perdere la libertà e viceversa". Sul punto v. M. BALDINI, *Il liberalismo, Dio e il mercato cit.*, p. 92: "Gli industriali, gli agrari e i commercianti italiani sono animali anfibi, liberali di giorno e statalisti di notte". Sull'argomento v. anche le considerazioni svolte in A. MAGLIULO, *Ezio Vanoni. La giustizia sociale nell'economia di mercato*, Roma, Edizioni Studium, 1991.

⁷⁵ R. PARDOLESI, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Il Foro italiano*, V, 1993, col. 2. V. anche L. BERTI, *Il mercato in una prospettiva post-liberale*, in *Parole chiave*, 28/2002, "Mercato", p. 39: "La disciplina *antitrust* nasce per porre un limite a questi usi non desiderati e ritenuti socialmente inaccettabili, delle libertà economiche".

Il profitto smarrisce la sua propria funzione di indicatore della buona gestione d'impresa⁷⁶ e manifesta delle vere e proprie patologie⁷⁷, mentre la corruzione permea la realtà dei mercati⁷⁸.

Il tessuto sociale, che potrebbe rappresentare un'argine per eventuali condotte immorali, è disgregato: l'analisi sociologica ha evidenziato come si siano indebolite tanto la dimensione temporale – necessario orizzonte della relazione e della responsabilità⁷⁹ – che la dimensione più tipicamente comunitaria⁸⁰. Ne emergono logiche inautentiche, quasi caricaturali dell'azione umana: quella del breve periodo⁸¹

⁷⁶ Così, in PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, Libreria Editrice Vaticana, 2005, p. 187, n. 340: "La dottrina sociale riconosce la giusta funzione del profitto, come primo indicatore del buon andamento dell'azienda [...] Ciò non offusca la consapevolezza del fatto che non sempre il profitto segnala che l'azienda stia servendo adeguatamente la società".

⁷⁷ Cfr., P. PIVA, *Sogno un imprenditore cristiano*, Genova-Milano, Marietti, 2004, che parla di "moralità del profitto" (p. 32) e di "patologia del profitto" in rapporto al finalismo d'impresa (p. 40)

⁷⁸ Sul punto si v., in chiave di ricostruzione storica, A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico cit.*, p. 183, dove si afferma che "l'intervento ossessivo dello Stato [...] portò alla commistione tra il potere politico e il potere economico ad un livello tale da determinare la perversione di tutto il sistema: a) la corruzione – La politica dei monopoli in particolare ha posto l'economia nelle mani dei 'favoriti' del sovrano, eliminando l'eguaglianza nella concorrenza. L'amore del lucro e la cupidigia del denaro sono stati fattori concomitanti della corruzione politica". V., anche, le osservazioni di F. SAIITA, *Intorno alla corruzione*, in *www.apertacontrada.it*, 7 settembre 2009.

⁷⁹ Già B. CONSTANT, *Dello spirito di conquista e dell'usurpazione nei loro rapporti con la civiltà europea (1813)*, Milano, Rizzoli editore, 1961, p. 31, sosteneva: "Orbene, la morale ha bisogno del tempo. Quivi appunto essa colloca riparazioni e ricompense. Per chi vive minuto per minuto, o battaglia per battaglia, il tempo non esiste: le riparazioni dell'avvenire diventano chimeriche. Solo il piacere momentaneo ha una qualche certezza [...] Chi non intende che la consuetudine di questa lotteria di piacere e di morte è necessariamente corruttrice?". Cfr. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza cit.*, p. 38: "il risultato generale è la frammentazione del tempo in episodi, ciascuno separato dal suo passato e dal suo futuro, ciascuno conchiuso e concluso. Il tempo non è più un fiume, ma un insieme di pozzanghere e piscine. Nessuna strategia di vita che abbia una certa coerenza o coesione emerge dall'esperienza che si può fare in un tale mondo". V., infine, N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 86, dove si afferma che "il tempo è la necessaria dimensione dei fini".

⁸⁰ Sul punto v. ancora Z. BAUMAN, *Vita liquida cit.*, p. 9: "l'ascesa dell'individualità è stata la spia del progressivo indebolimento – per disintegrazione o distruzione – della fitta rete di legami sociali che avviluppava strettamente la totalità delle attività della vita" e p. 46, dove parla delle comunità "immaginate" e "immaginarie", "dichiaratamente effimere", tipiche della "modernità liquida"; v. ancora Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza cit.*, p. 59, dove si afferma che "perseguendo la sua aspirazione a fondare l'ordine, lo stato moderno inizia un'opera di demolizione e rimozione dei pouvoirs intermédiaires di comunità e tradizioni"; R. POSNER, *The problematics of moral and legal theory*, in *Harvard law Review*, 1998, p. 1638 ss.; v., infine, N. IRTI, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 16 "il punto è, a mio vedere, che la comunità, capace di raccogliere il diritto in coerenza ed unità, non esiste più [...] Il mercato globale, spogliando l'uomo di qualsiasi identità e riducendolo a funzione del produrre e dello scambiare, non genera alcuna comunità". V., infine, M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Bologna, Il Mulino, 2000, in particolare p. 323 ss. dove si parla di "strategie contro il mutuo sradicamento di individuo e comunità".

⁸¹ Cfr. BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate cit.*, p. 49: "vanno, allora, attentamente valutate le conseguenze delle persone delle tendenze attuali verso un'economia del breve, talvolta brevissimo termine".

e quella della ineluttabile solitudine dell'essere umano. Il ruolo della "comunità" per la tenuta dell'inquadramento morale del mercato vacilla, sia nella prospettiva della formazione morale dell'imprenditore che del controllo dell'azione imprenditoriale.

Per altro verso, il diritto, nella sua dimensione positiva, finisce per costituire un mero quadro di riferimento dell'azione, strumentalizzabile ai propri fini. Le norme, deprivate di ogni tangibile nesso con la morale, sono solo schemi di condotta⁸²: il diritto separato dalla morale, viene utilizzato con scaltrezza e sembra servir meglio il potere che la giustizia.

Il fatto, di per sé assolutamente logico, che le condotte (dell'individuo, delle imprese ma anche delle istituzioni) siano oggetto di analisi costi-benefici⁸³, in un contesto così impoverito di valori, lascia emergere con prepotenza la categoria del mero vantaggio. Tre possibili reazioni si delineano:

- la diretta inosservanza del precetto normativo (come l'evasione, ad esempio, in ambito fiscale), normalmente esito di una valutazione sul rapporto che intercorre tra il costo dell'adempimento, il "peso" della sanzione prevista, e il rischio di incorrere nella sanzione⁸⁴;
- la più capziosa elusione della norma – o *creative compliance*⁸⁵ – la quale viene ad essere utilizzata secondo modalità applicative o combinazioni in grado di far conseguire i risultati desiderati, economici o di altra natura⁸⁶;

⁸² La questione è ben descritta in G. O'DRISCOLL-M.J. RIZZO, *L'economia del tempo e dell'ignoranza cit.*, p. 225: "Ciascun controllo genera evasioni dal controllo. Ciascuna evasione produce ulteriori cambiamenti nell'ambiente del mercato e adattamenti aggiuntivi. Nell'arena politica, quelle evasioni richiedono ulteriori controlli, alcuni dei quali vengono adottati. Non c'è letteralmente fine a questo processo, finché esistono imprenditori, economici e politici, calcolatori, che possono beneficiare delle opportunità esistenti". Cfr. anche GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 28: "Il paradosso del sistema capitalista è diventato, così, quello di un'economia soffocata da un numero pressoché immaginario di norme legislative, ma in realtà governata da regole che i principali attori del sistema di volta in volta scelgono, a seconda delle proprie convenienze, nascondendosi dietro lo slogan della libertà contrattuale".

⁸³ Si richiama, innanzi tutto, la letteratura sull'*homo oeconomicus*, a partire dalle teorie economiche classiche: per una ricostruzione v. E.J. O'BOYLE, *The origin of homo oeconomicus: a note*, in *Rivista di storia del pensiero economico*, 2009. In ambito imprenditoriale ed istituzionale, si richiama la *cost benefit analysis*: è un metodo di valutazione che considera gli effetti, positivi e negativi, di un intervento attribuendo una valutazione in termini monetari, che non sempre, però, è facilmente realizzabile (si pensi a beni quali la vita umana, la salute, l'ambiente). Sul punto M.D. ADLER-E.A. POSNER, *Cost-benefit analysis. Legal, economic and philosophical perspectives*, Chicago, The University of Chicago press, 2001. Si veda, infine, il già citato contributo di G. O'DRISCOLL-M.J. RIZZO, *Economia del tempo e dell'ignoranza cit.*, in particolare, pp. 109 ss., dove viene affrontato il tema del rapporto fra conoscenza e decisione.

⁸⁴ Su questo aspetto è emblematica l'analisi della condotta fiscale dell'imprenditore. Per una valutazione di ordine generale v. R. LUPI, *Diritto tributario, parte generale*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 46-47.

⁸⁵ Cfr. D. McBARNETT, *Controlling creative compliance: new sources of leverage*, paper presentato all'*Annual meeting of the American society of criminology*, 2009.

⁸⁶ La questione viene trattata da N. IRTI, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 88, dove si afferma che "la legge è ormai priva di giustificazione. La *absence de justification* la consegna per intero alla forza impositrice [...] l'alternativa è tra elusione e imposizione, tra due voleri equivalenti, che possono o fallire

- la pressione sistematica per ottenere le regole necessarie al conseguimento di fini particolari, attraverso una azione di *lobbying*⁸⁷.

Il diritto, isolato dal rapporto con la morale, può ben essere analizzato da un punto di vista economico⁸⁸, ma rimane comunque incapace di corrispondere alle istanze della giustizia⁸⁹, funziona in modo inerziale, secondo un meccanismo di “accumulazione della paura”⁹⁰, con la prospettiva di finire “nella morte per involuzione o rivoluzione”⁹¹.

Ora, la reazione di molti alla crisi odierna è stata quella di imboccare la via illusoria della morale prodotta dal diritto⁹².

o riuscire. Ciò che conta è il ‘successo’: l’accadere di un fatto in quanto fatto. Il successo della legge è nell’imposizione; il successo dell’anti-legge è nella elusione”. Sui “comportamenti elusivi delle regole da parte delle imprese”, v. F. CAPRIGLIONE, (a cura di), *Finanza, impresa e nuovo umanesimo cit.*, p. 17.

⁸⁷ Sul tema si rinvia a M. OLSON, *La logica dell’azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, Feltrinelli, 1983. Si v. anche G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico cit.*, p. 163 ss., dove si parla di “mercato delle leggi”.

⁸⁸ L’analisi economica del diritto nasce negli Stati Uniti alla fine degli anni ‘50 del secolo scorso. La *economic analysis of law* (EAL) si articola in due “scuole”: quella di Chicago, avviata da Coase, sviluppata da Posner e caratterizzata da studi su contratto e proprietà (R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of law & economics*, 1960, p. 1, traduzione italiana Il problema del costo sociale, in R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 199 e R. POSNER, *Economic analysis of law*, New York, Aspen Law & business, 1998. V. anche E.A. POSNER (ed. by), *Chicago Lectures in Law and economics*, New York, Foundation Press, 2000 e quella di Yale, facente capo a Calabresi, che ha sviluppato lo studio in materia di responsabilità e assicurazione (G. CALABRESI, *Some thought on risk distribution and the law of torts*, in *Yale Law, Journal*, 1961, p. 499 e G. CALABRESI, *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, 1970, New Haven, Yale university Press, traduzione italiana *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975). Sulle “scuole” di EAL v. G. ALPA, *Voce Interpretazione economica del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice IV, Torino, Utet, 1983, pp. 319 ss., R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione civile*, Torino, Utet, 1987, pp. 310 ss., G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, I, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, p. 299. V., anche, R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1999. Una richiesta di rendere l’analisi economica del diritto più attenta alle questioni etiche viene da A. ARCURI-R. PARDOLESI, *voce cit.*, p. 19.

⁸⁹ Per una visione più ottimista circa la possibilità di rendere compatibili efficienza e giustizia v. D.D. FRIEDMAN, *L’ordine del diritto. Perché l’analisi economica può servire il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 53: “sviluppare l’analisi economica del diritto rivela, d’altronde, una sorprendente corrispondenza tra esigenze di giustizia e considerazioni di efficienza: in molti casi i principi che consideriamo giusti finiscono per corrispondere, con soddisfacente precisione, alle norme che si rivelano efficienti”.

⁹⁰ F. CARNELUTTI, *Morale e diritto cit.*, p. 48: “Vi sono, dunque, purtroppo dei periodi nella vita del diritto, nei quali il movimento della macchina è dovuto soltanto alla forza economica in pieno difetto della forza morale; se occorresse un’altra metafora per meglio afferrare questa verità, si paragoni il diritto alla moneta: il diritto senza giustizia è un biglietto senza copertura. Ma come alla fine la forza accumulata si esaurisce, così il diritto sprovvisto del suo alimento morale finisce per morire”.

⁹¹ Ivi: “questa è la ragione per cui se il diritto può vivere senza giustizia, la sua non è che una vita animale, la quale finisce nella morte per involuzione o rivoluzione”.

⁹² Si pensi alla *life politics*, “politica di vita egocentrica”, descritta da Z. BAUMAN, *Vita liquida*

L'accesso ai mercati viene circondato di cautele, e dalla ricerca di garanzie circa la moralità delle imprese e l'onorabilità degli imprenditori⁹³ con l'esito di moltiplicare le attività certative delle amministrazioni⁹⁴.

L'attività d'impresa, recuperando la tradizione dell'economia civile⁹⁵, si arricchisce di nuove forme⁹⁶, e se ne tentano costruzioni in chiave morale⁹⁷; anche attraverso l'adozione di codici etici si tenta di affermare prassi *ethically correct*

cit., p. XXI quale reazione alla infelicità. Ancora Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza cit.*, p. 103: "lo spettro dell'incertezza è esorcizzato attraverso una rigida regolamentazione. La certezza è restaurata *dal di fuori*, da forze esterne all'individuo". V., in proposito, le osservazioni di G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, Laterza, 2008, p. 24. V., anche, i numerosi contributi in M. LA ROSA-L. RADI (a cura di), *Etica e impresa*, Milano, Franco Angeli, 2004.

⁹³ Un nodo irrisolto della regolazione è proprio quello di chi siano i soggetti dell'etica degli affari, se gli individui o le imprese, L. SACCONI, *Etica degli affari*, Milano, Il Saggiatore, 1991, p. 121. In questo senso appare assai importante la considerazione di F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 123, che "per essere effettiva la responsabilità deve essere individuale".

⁹⁴ Il requisito di *onorabilità* – richiesto per lo svolgimento di attività d'impresa – si risolve sostanzialmente nella attestazione negativa (secondo diverse formule) rispetto all'esistenza di procedimenti di natura penale (o fallimentare) a carico del soggetto. Questa attestazione può essere resa attraverso certificati (ad esempio del casellario) ma – in virtù delle previsioni del t.u. di documentazione amministrativa (d.p.r. 445/2000, art. 46, lett. aa: "di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa" e lett. bb: "di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali") può anche essere comprovato con dichiarazioni sostitutive di certificazioni. Tale requisito viene, ad esempio, richiesto per i partecipanti al capitale delle banche ed è condizione per ottenere il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria (artt. 25 e 14, co. 1, lett. d, del t.u. bancario, su cui decreto del Ministro del tesoro, 18 marzo 1998, n. 144) o, anche, è previsto dal codice delle assicurazioni (art. 76) per gli "esponenti aziendali" (coloro che svolgono "funzioni di amministrazione, di direzione e di controllo presso le imprese di assicurazione e di riassicurazione").

Nondimeno, tenuti a possedere tale requisito sono i soggetti che svolgono attività d'impresa di pulizie (art. 2, l. 25 gennaio 1994, n. 82, Disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione) o di facchinaggio (decreto del Ministro delle attività produttive 30 giugno 2003, n.221, Regolamento recante disposizioni di attuazione dell'articolo 17 della legge 5 marzo 2001, n. 57, in materia di riqualificazione delle imprese di facchinaggio).

⁹⁵ Cfr. L. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2004, in particolare pp. 29 ss. Sulle diverse impostazioni al riguardo v. L. BRUNI-S. ZAMAGNI, *Dizionario di economia civile*, Roma, Città nuova, 2009.

⁹⁶ Accanto alle forme più tradizionali di impresa privata e impresa pubblica si afferma la regolazione dell'impresa *non profit*. Sul punto, BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate cit.*, p. 60 afferma che "Accanto all'impresa privata, orientata al profitto, e ai vari tipi di impresa pubblica, devono potersi radicare ed esprimere quelle organizzazioni produttive che perseguono fini mutualistici e sociali. È dal loro reciproco confronto sul mercato che ci si può attendere una sorta di ibridazione dei comportamenti d'impresa [...]".

⁹⁷ Sul punto v. T. LYOD, *La "nice company". Come l'etica negli affari garantisce il successo*, Milano, Franco Angeli, 1993.

con strumenti di autodisciplina⁹⁸; l'impresa viene intitolata di una responsabilità sociale, oggetto di critiche ed ironie⁹⁹.

Sono perseguite nel diritto privato, come nel diritto pubblico, le situazioni di conflitto di interessi¹⁰⁰: ma il conflitto di interessi risiede stabilmente in ciascuno¹⁰¹ e su questo si fonda una vera e propria “famiglia di istituti”¹⁰². Così, se questo appare il nodo regolatorio dei nostri giorni, vi è una tendenza “a erigere il conflitto di interesse a paradigma ordinante” nella “incapacità di regolare in

⁹⁸ La codificazione etica d'impresa nasce negli Stati Uniti, negli anni '70 del secolo scorso, e si sviluppa anche nella direzione di una strategia commerciale basata sull'orientamento etico, v. Centro Studi Confindustria, *L'impresa motore dello sviluppo*, vol. III, I codici di auto-regolazione etica delle imprese, Roma, 1991 e il Libro verde della Commissione europea, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001)/366 def. Sull'etica degli affari v., ancora, GUIDO ROSSI, *Il conflitto epidemico cit.*, pp. 116 ss. V. ancora S. MAFFETTONE, *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Milano, Il Saggiatore, 2001, in particolare dove parla di un “progetto per un codice-quadro di etica per le imprese”, pp. 199 ss.; su questo argomento v. S. ZAMAGNI, *L'ancoraggio etico della responsabilità sociale d'impresa e la critica alla RSI*, Working paper n. 1, Dipartimento di scienze economiche dell'Università di Bologna, ottobre 2004, K. ARROW, *Social responsibility and economic efficiency*, in *Public policy*, 21, 1973, p. 303. V. anche G. ALPA, *Prefazione*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. VI. Sul punto v. ancora L. SACCONI, *Ethics, corporate culture and economic modelling*, in P. KOSLOWSKI (ed. by), *Contemporary economic ethics and business ethics cit.*, p. 80. Preferiscono utilizzare la più puntuale formula “corporate ethics”, H. STEINMANN-A.G. SCHERER, *Corporate ethics and management theory*, ivi, p. 148.

⁹⁹ Molto nota è la posizione di M. FRIEDMAN, espressa in un articolo sul New York Times del 13 settembre 1970, secondo cui “*the social responsibility of business is to increase its profits*”, su cui A. BALDASSARRE, *La responsabilità etico-sociale dell'impresa privata*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa cit.*, p. 36. V. anche R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, p. 222, dove afferma che “lo zelo con il quale le corporation hanno abbracciato la filosofia della responsabilità sociale potrebbe indurre la gente a illudersi che non esistono problemi che necessitano urgentemente della nostra attenzione. Vivide espressioni di bontà aziendale possono finire per oscurare quei problemi che una democrazia dovrebbe affrontare [...]”. V., infine, i contributi in “Notes et documents”, n. 8/2007 su la responsabilité sociale de l'entreprise.

¹⁰⁰ Sul tema dei conflitti di interesse, J.R. MACEY-G.P. MILLER, *An economic analysis of conflicts of interest regulation*, in *Iowa Law Review*, n. 82, 1997, p. 965, e A. STARK, *Conflict of interest in american public life*, Cambridge, Harvard University Press, 2000. V.S. CASSESE, *I conflitti di interesse e i modi per regolarli*, in *Bancaria*, n. 2/2005, p. 36. V. anche F. CAPRIGLIONE, *Finanza, impresa e nuovo umanesimo cit.*, p. 17, in particolare con riferimento ai servizi di investimento.

¹⁰¹ In proposito v. R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, nel capitolo dedicato a “la mente divisa”, p. 105: “la scomoda verità è che molti di noi sono divisi: come consumatori e investitori vogliamo l'affare migliore. Come cittadini, però, non apprezziamo molte delle conseguenze sociali che questo comporta”. V. anche GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 20: “In altre parole, il momento della crisi è anche quello in cui molti attori cominciano a rappresentare interessi in conflitto fra loro. Una modica dose di conflitto è connaturata allo scambio delle merci [...] ma da un certo punto in avanti la soglia della tolleranza viene superata”.

¹⁰² S. CASSESE, *cit.*, p. 36.

modo ragionevole i casi concreti di conflitto di interessi¹⁰³, sottovalutando la prospettiva della regolazione per incentivi.

L'etica diviene uno strumento di negoziazione e di immagine¹⁰⁴ e, anche se cresce la consapevolezza di motivazioni non solo monetarie¹⁰⁵, questa è guardata con comprensibile sospetto¹⁰⁶: viene, così, definita “foglia di fico dell'ingiustizia del mondo”¹⁰⁷.

Il profitto sembra cadere sotto il giudizio della morale, per come viene conseguito e per la responsabilità che produce¹⁰⁸, ma la virtù del mercante non trova ancora sufficienti incentivi nel confronto con la norma giuridica, con l'aspettativa della sua attuazione¹⁰⁹, con il riconoscimento sociale della condotta¹¹⁰.

¹⁰³ S. CASSESE, *cit.*, p. 36.

¹⁰⁴ Cfr. F. GOBBO-P.V. RAMEZZA, *Etica, mercato e regolazione*, in G. CONTE, *La responsabilità sociale dell'impresa cit.*, p. 205, dove si parla di un vero e proprio “mercato dell'etica”, che sarebbe “variabile competitiva di qualsiasi impresa”

¹⁰⁵ Cfr. B.S. FREY, *Non solo per denaro. Le motivazioni disinteressate dell'agire economico*, Milano, Bruno Mondadori, 2005.

¹⁰⁶ Cfr. GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 43: “Il richiamo del legislatore alla morale o all'etica va quindi sempre guardato con sospetto, e spesso equivale a un'ammissione di fallimento”. Solo la metà degli studenti del Master in *Business administration* dell'Università di Harvard hanno prestato, a partire dal maggio 2009, un giuramento di osservanza di un codice etico: il testo del giuramento, in <http://mbaoath.org/take-the-oath/> esordisce con “*As a manager, my purpose is to serve the greater good by bringing people and resources together to create value that no single individual can build alone. Therefore I will seek a course that enhances the value my enterprise can create for society over the long term. I recognize my decisions can have far-reaching consequences that affect the well-being of individuals inside and outside my enterprise, today and in the future. As I reconcile the interests of different constituencies, I will face difficult choices*”.

¹⁰⁷ S. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia mondializzata cit.*, p. 139.

¹⁰⁸ Cfr. J. FREUND, *L'imprenditore e la responsabilità di un'etica cit.*, p. 108 e, ancora, P. PIVA, *Sogno un imprenditore cristiano cit.*, pp. 32 ss., dove si parla di indebita esaltazione del profitto o del suo declassamento. Per una definizione ampia di profitto v. L. VON MISES, *Individuo, mercato e stato di diritto*, a cura di D. ANTISERI-M. BALDINI, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, p. 68. V., infine, M. SEPE, *Impresa e finanza, tra etica e profitto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Finanza, impresa e nuovo umanesimo cit.*, p. 45.

¹⁰⁹ Sul punto v. la sintesi della discussione, curata da G. NAPOLITANO, in occasione della tavola rotonda “Verso un nuovo capitalismo di mercato?”, Milano, 2 febbraio 2009, Aspen Institute Italia, p. 2, dove si richiama il problema dell'enforcement: “Non basta, cioè fissare delle regole; bisogna poi garantire che queste regole siano applicate, anche grazie a sistemi giurisdizionali ben funzionanti”.

¹¹⁰ Specificatamente sul punto S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government. Causes, consequences and reform*, Cambridge, Cambridge University press, 1999, pp. 39 ss., dove a proposito della corruzione si affronta la questione del “*reducing incentives and increasing costs*”. Più in generale, delle virtù dell'imprenditore ha parlato M. NOVAK, *Le tre virtù cardinali dell'imprenditore*, in F. FELICE, *L'impresa come vocazione cit.*, pp. 162 ss., dove si individuano le virtù della creatività, della capacità di costruire comunità e della concretezza. Ancora delle virtù dell'imprenditore parla P. PIVA, *Sogno un imprenditore cristiano cit.*, p. 192. In generale, sull'argomento, G. RAVASI, *Ritorno alle*

3. *La morale del consumatore*

La tradizionale disciplina civilistica dei rapporti di consumo si è limitata per lungo tempo ad una tutela eventuale di tipo contrattuale, ad esempio, approntando una regolamentazione delle clausole vessatorie, dei contratti per adesione o dei vizi nella vendita. Salvo l'esistenza di fattispecie che presentassero una rilevanza penale, il consumatore era la parte debole del contratto e il diritto interveniva solo per ristrutturare le più microscopiche asimmetrie del singolo rapporto¹¹¹.

L'approccio che si è affermato a seguito della *rights revolution*¹¹², ha aperto la strada ad una nuova generazione di norme – sviluppatesi per lo più grazie all'azione delle istituzioni comunitarie¹¹³ – le quali operano anche nell'ambito del diritto pubblico e valutano il “beneficio” del consumatore¹¹⁴ (come, per certi versi, quelle *antitrust*), sanzionano l'inganno del consumatore¹¹⁵, tutelano il consumatore attraverso varie forme (*ombudsman*, reclami, garanzie contrattuali), impongono l'informazione al consumatore (*regulation by information*)¹¹⁶. Si sviluppa, anche grazie alla disciplina del procedimento amministrativo, una attività di rappresentanza degli interessi dei consumatori¹¹⁷.

In questa nuova visione, il consumatore postmoderno, da parte debole del rapporto contrattuale, si impone come attore del mercato, a volte “sovrano”¹¹⁸

virtù. La riscoperta di uno stile di vita, Milano, Mondadori, 2005. V. ancora T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica cit.*, p. 1262. “Noi giuristi dobbiamo esser consci dei limiti dello strumento giuridico e non dimenticare l'importanza di quella ‘virtù’ nella quale Montesquieu riconosceva il principio costitutivo della Repubblica”.

¹¹¹ Per una ricostruzione storica del diritto dei consumatori, v. G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

¹¹² Tra i contributi più rilevanti sull'*interest representation model* ricordiamo quelli di R.B. STEWART, *The reformation of american administrative law*, in *Harvard law Review*, 1965, p. 1671, C.A. REICH, *The new property*, in *Yale law Journal*, 1964, p. 733, e C.R. SUNSTEIN, *After the rights revolution. Reconceiving the regulatory State*, London-Cambridge, Harvard University Press, 1990.

¹¹³ Si richiama in proposito la Carta europea di protezione dei consumatori del 1973.

¹¹⁴ Cfr. F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, Il Mulino, 1988, in particolare, pp. 141 ss. dove si parla di “benessere dei consumatori” e dei “compiti del diritto antitrust”, e GIUSEPPE ROSSI, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Torino, Giappichelli, 2009.

¹¹⁵ Come la disciplina in materia di pubblicità ingannevole, introdotta in Italia con il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 e, in seguito oggetto di modifiche (da ultimo con i decreti legislativi n. 145/2007 e 146/2007 che hanno recepito le direttive comunitarie 2006/114/CE e 2005/29/CE, introdotto una nuova disciplina, di modifica del decreto legislativo n. 206/2005 - Codice del consumo)

¹¹⁶ Per una descrizione v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 9.

¹¹⁷ Sul problema, in generale, v. M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del convegno di studio*, Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, Cedam, 1976, p. 23.

¹¹⁸ Sulla sovranità del consumatore, L. VON MISES, *Individuo, mercato e Stato di diritto cit.*,

ma sovente “vittima” di fronte agli abusi sempre più frequenti dell’impresa-“persecutore”¹¹⁹. In questo insidioso gioco psicologico collettivo, al pubblico potere non resta che rivestire il ruolo di “salvatore”¹²⁰.

La realtà è assai più complessa dal momento che “il consumatore di una società di consumatori è una creatura totalmente diversa dal consumatore di qualsiasi altra società precedente”¹²¹.

Il consumatore è individuo ma la tutela del consumatore ha da subito espresso anche una dimensione associativa. Il movimento denominato *consumerism* nasce negli Stati Uniti, all’inizio del XX secolo, transita in Europa¹²² e giunge rapidamente ad assumere una rilevanza internazionale¹²³. Il movimento dei consumatori ha, però, “molte facce”¹²⁴; anche dove è più radicata la sua “collocazione nella dinamica istituzionale”¹²⁵ – come negli Stati Uniti – non si riescono ad evitare rischi di una sua strumentalizzazione, che si fanno più insidiosi dove il movimento vive “una stagione pionieristica” e le associazioni di consumatori hanno una “derivazione partitica” o sindacale, come in Italia¹²⁶.

1998, p. 78: “nel mercato di una società capitalistica, l’uomo comune è consumatore sovrano; i suoi acquisti e le sue astinenze determinano ciò che deve essere prodotto, in quale quantità e qualità”; v., anche, anche il contributo di B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, Roma, Ideazione editrice, 1997; G. AMATO, *Il gusto della libertà. L’Italia e l’antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 148; A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico cit.*, p. 72, afferma che “la sovranità del consumatore è divenuta un mito”; v. anche Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza cit.*, p. 125 dove si parla del “fondamento dell’impegno morale del consumatore postmoderno piuttosto precario e vacillante”. V. anche R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, p. 193: “In politica, come sul mercato, il consumatore e l’investitore che sono in noi sono ben rappresentati. Ma il cittadino che è in noi è stato quasi del tutto escluso dal processo decisionale”. Le decisioni politiche distorsive del mercato hanno un’ispirazione paternalistica, sono alternative al mercato: così, G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato cit.*, p. 13: “dal punto di vista economico il paternalismo costituisce una deroga alla sovranità del consumatore”.

¹¹⁹ Cfr. A. PEREGO, *Il cittadino-consumatore e il mercato: vittima o protagonista?*, in *Quaderni dell’Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa* – Università cattolica del Sacro Cuore, Milano, 31 marzo 2008.

¹²⁰ G. NAPOLITANO, *Lo Stato salvatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 1083.

¹²¹ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari, Laterza, 2008, p. 90. Per una analisi psicologica del comportamento del consumatore v. G. FABRIS, *Il comportamento del consumatore. Psicologia e sociologia dei consumi*, Milano, Franco Angeli, 1970, in particolare, p. 75 ss. V., ancora, G. FABRIS, *Il nuovo consumatore: verso il post-moderno*, Milano, Franco Angeli, 2003. Per una prospettiva critica, v. anche G. NAPOLITANO, *Contro la retorica dell’utente*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE, *Persona e amministrazione. Privato cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 53.

¹²² Cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 3. Per una ricostruzione storica v. P. KOTLER, *Il movimento dei consumatori in USA*, in *Americana*, 1973, n. 3, p. 3.

¹²³ Cfr. *ivi*, p. 9.

¹²⁴ *Ivi*, p. 5.

¹²⁵ *Ivi*, p. 11, dove si riferisce all’esperienza francese, richiamando D. WEISS-Y. CHIROUZE, *Le consommerisme*, Parigi, Sirey, 1984.

¹²⁶ Così G. AMATO, *Il gusto della libertà. L’Italia e l’antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 148.

Infatti, il commercio, al pari della guerra, è stato considerato un mezzo per soddisfare i propri bisogni¹²⁷: esiste, pertanto, un vero e proprio profitto del consumatore¹²⁸ il quale non può andare esente, al pari di quello degli altri attori del mercato, da considerazioni giuridiche e morali.

Per l'analisi sociologica il consumatore postmoderno considera la "vita-come-gioco"¹²⁹, essendo un "collezionista di piaceri"¹³⁰. L'*homo eligens*¹³¹ ha smarrito la dimensione politica tipica del cittadino, per cedere alla realtà vorace dell'uomo che consuma¹³².

Occorre distinguere, però, a ben guardare, diverse situazioni.

Quella apparentemente più semplice è rappresentata dal *consumo* che definiremmo *lecito*. In questo caso, la liceità del prodotto è incontestata e la valutazione morale può appuntarsi, esclusivamente, su possibili eccessi di consumo. Ivi operano i tradizionali interventi correttivi del regolatore per ristrutturare eventuali asimmetrie informative¹³³; il diritto serve, inoltre, lo stesso prodotto commerciato per essere "a regola" (si pensi alla disciplina della produzione e delle etichettature o alla regolazione dei mercati finanziari).

Il secondo tipo di consumo è il *consumo illecito*. Sulla scorta dell'equazione – da alcuni avanzata – "illecito dunque immorale"¹³⁴ anche questa fattispecie

¹²⁷ Così si esprimeva B. CONSTANT, *Dello spirito di conquista e dell'usurpazione nei loro rapporti con la civiltà europea cit.*, p. 22: "la guerra e il commercio non sono che due mezzi diversi per giungere allo stesso fine: quello di possedere ciò che si desidera [...] La guerra è dunque anteriore al commercio. L'una è l'impulso selvaggio, l'altra il calcolo civile. È chiaro che più domina la tendenza commerciale e più deve indebolirsi la tendenza guerriera".

¹²⁸ Sul punto si v. M. POLANYI, *La logica della libertà cit.*, p. 359: "gli individui, non importa se produttori o consumatori, che trovano i loro mezzi di sussistenza operando nel mercato, sono impegnati nella ricerca competitiva del loro profitto personale". Per una riformulazione in tal senso della teoria del consumatore v. G.J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 267 ss.

¹²⁹ Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza cit.*, p. 36: "[...] le regole del gioco cambiano continuamente nel corso della partita. La strategia più ragionevole è quindi quella di chiudere ogni partita velocemente".

¹³⁰ Ivi., p. 125. Sul punto v. anche T. SCITOVSKY, *L'economia senza gioia. La psicologia della soddisfazione umana*, Roma, Città nuova, 2007.

¹³¹ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, p. 26 dove si parla dell'*homo eligens* come "l'<uomo che sceglie>, ma non <che ha scelto>", e ancora, pp. 26-27, dove si descrive "un io stabilmente instabile [...]". L'arte del *marketing* è concentrata sull'obiettivo di *impedire* che le opzioni si chiudano e i desideri siano finalmente appagati".

¹³² Cfr. G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'antitrust cit.*, pp. 148 ss.

¹³³ Sugli interventi amministrativi correttivi delle asimmetrie informative, v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 10.

¹³⁴ Sul punto, sintomatica l'affermazione di G. AMATO, *Un altro mondo è possibile? Parole per capire e per cambiare?*, Milano, Mondadori, 2006, p. 125: "Certo, quanto più c'è legge e quanto più minuziosi sono i precetti con cui essa regola i nostri comportamenti, tanto meno abbiamo il problema [di ordine morale, n.d.a]. Immoralità e illegalità tenderanno dunque a coincidere. Ma gli spazi

non sembrerebbe porre questioni. All'interno della categoria rinveniamo, per la verità, situazioni davvero eterogenee le quali pongono in discussione proprio la suddetta equazione.

Ad esempio, è senz'altro illecito il consumo di prodotti che sono collocati sul mercato clandestinamente, in violazione di diritti di monopolio, pubblico (giochi e scommesse, tabacchi, beni per cui è stata evasa l'imposta di consumo)¹³⁵ o privato (diritti di brevetto, diritti d'autore)¹³⁶. Ma il fondamento morale di alcune di queste normative – o quantomeno della loro portata applicativa – è dibattuto: si pensi solo alla controversa questione della protezione dei brevetti per i prodotti farmaceutici (certamente rilevante per la funzione di incentivo alla ricerca) in relazione alla urgenza di garantire l'accesso ai farmaci alle popolazioni dei Paesi in via di sviluppo¹³⁷. Inoltre, la destinazione delle rendite di monopolio viene a volte utilizzata per riabilitare il fragile fondamento morale del diritto di monopolio (extraprofitto), come nel caso di parte dei proventi del gioco del lotto destinati alla salvaguardia dei beni culturali¹³⁸.

Ad esempio, ancora, il consumo personale di beni (come droghe, materiale pornografico) – già oggetto di forme di sanzione – viene consentito (o più blandamente sanzionato), mentre è punita l'offerta organizzata del bene.

Ragioni di igiene o sicurezza circondano, poi, di cautele e divieti il consumo di alcuni beni: così, nel caso di piante ed animali esotici, di alcol e di armi.

liberi dalla legge e quelli che essa esplicitamente lascia alla nostra decisione sono quelli in cui la scelta morale è tutta nelle nostre mani”.

¹³⁵ Cfr. S.L. RUJU, voce *Monopolio fiscale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, p. 825, R. ALESSI, voce *Monopoli di Stato*, in *Novissimo Digesto*, X, Torino, Utet, 1964, p. 866 e la più recente sintesi di F. MENTI, voce *Monopoli fiscali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3732.

¹³⁶ Oltre la tradizionale protezione accordata dagli Stati, si richiama *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio per fissare standard di tutela per la proprietà intellettuale (1994). In particolare sull'argomento v. L. DE BENEDECTIS, *L'Accordo TRIPS e il prezzo dei farmaci nei Paesi in via di sviluppo*, in M. GUDERZO-M.L. NAPOLITANO (a cura di), *Diplomazia delle risorse. Le materie prime e il sistema internazionale nel Novecento*, Edizioni Polistampa, Firenze, 2004, p. 253.

¹³⁷ In materia, l'Organizzazione mondiale del commercio durante la conferenza ministeriale di Doha (2001) ha – tra l'altro – stabilito di estendere il periodo transitorio dell'accordo TRIPS per i paesi più poveri fino al 2016, cfr. L. DE BENEDECTIS, *L'Accordo TRIPS e il prezzo dei farmaci nei paesi in via di sviluppo cit.*, pp. 263-264.

¹³⁸ La legge finanziaria 1997 (l. 23 dicembre 1996, n. 662), art. 3, comma 83, dispose che “sulla base degli utili erariali derivanti dal gioco del lotto accertati nel rendiconto dell'esercizio immediatamente precedente” venisse riservata “in favore del Ministero per i beni culturali e ambientali una quota degli utili derivanti dalla nuova estrazione del gioco del lotto, [...] per il recupero e la conservazione dei beni culturali, archeologici, storici, artistici, archivistici e librari”. Sull'argomento v. la ricostruzione di P. BORIA, *La disciplina tributaria dei giochi e delle scommesse. Contributo allo studio dei monopoli fiscali*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, p. 39.

Vi è, infine, un consumo illecito per la sussistenza diffusa di pratiche fraudolente da parte dei consumatori: si pensi, in quest'ambito, alle frodi nel settore delle assicurazioni¹³⁹.

Un terzo tipo di consumo ambisce a connotarsi moralmente e viene definito *consumo etico*¹⁴⁰. È il consumo che, attraverso se stesso, intende garantire il compimento di un atto morale. Molto note sono le esperienze del consumo "equo e solidale", delle certificazioni *social accountability*¹⁴¹, del credito etico. Ne è stata evidenziata la natura compromissoria, comunque consumistica¹⁴² e il giudizio di ordine morale che indirettamente dal consumo etico giungerebbe al consumo meramente lecito¹⁴³.

Una quarta ed ultima situazione è la *pressione per il consumo* che si esprime attraverso la richiesta di regolazione con l'obiettivo di superare resistenze di ordine morale alla costruzione di un mercato¹⁴⁴. La pressione è maggiore in quegli ambiti in cui il mercato attende la commercializzazione di prodotti umani¹⁴⁵: "*life itself is one of the most active zones of capitalist production*"¹⁴⁶. Si

¹³⁹ La questione, di grande interesse, è sviluppata in S. TENNYSON, *Moral, social and economic dimensions of insurance claims fraud*, in *Social research*, vol. 75, n. 4, 2008, p. 1181: "*Consumer dishonesty stems from a complex interplay of motivations and circumstances, moderated by morality, opportunity, social norms and institutional context*".

¹⁴⁰ Si parla di "consumismo etico" o anche di "consumatore eticamente orientato", F. MOSTACCIO, *Il patrimonio etico dei consumatori. Le radici culturali del commercio equo e solidale*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 122.

¹⁴¹ Al riguardo, si richiama la certificazione SA8000 (Social Accountability 8000:2001), standard internazionale di certificazione di alcuni aspetti della gestione aziendale quali: il rispetto dei diritti umani; il rispetto dei diritti dei lavoratori; la tutela contro lo sfruttamento dei minori; le garanzie di sicurezza e salubrità sul posto di lavoro.

¹⁴² Cfr. R. CAMMILLERI-E. GOTTI TEDESCHI, *Denaro e paradiso. L'economia globale e il mondo cattolico*, Casale Monferrato, Piemme, 2004, pp. 121-122.

¹⁴³ Cfr. J. GUITTON, *Arte nuova di pensare*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 1986, p. 80, il quale parla dell'ambiguità delle virtù e dell'ambiguità dei vizi. V., sul punto, Boycott! Scelte di consumo, scelte di giustizia. Manuale del consumatore etico, Macro Edizioni, S. Martino di Sarsia, 1993.

¹⁴⁴ Cfr. OCSE, *The bioeconomy to 2003. Designing an agenda*. Sul punto v. le osservazioni di F. GOBBO-P.V. RAMETTA, *Etica, mercato e regolazione cit.*, p. 215, dove si parla delle "[...] premesse per l'affermazione di un'etica diversa, funzionale più alle ragioni del mercato che al progresso dell'uomo e della sua dignità". Cfr. N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica cit.*, p. 66, dove parla di "giuridificazione del bios".

¹⁴⁵ Cfr. H. BELLOC, *Lo Stato servile (The servile State, 1913)*, Macerata, Liberlibri, 1993, p. 19, dove si afferma che "noi stiamo ricreando la figura dello schiavo".

¹⁴⁶ G. PALSSON, *Biosocial relations of production*, in *Comparative studies in society and history*, 2009, p. 288. J. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, in J. RATZINGER-J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale cit.*, p. 47: "L'uomo diventa il prodotto e con questo si altera in modo fondamentale il suo rapporto con se stesso. Egli non è più un dono della natura o del Dio creatore; è prodotto suo proprio. L'uomo si è calato nell'antro da cui scaturisce il potere, presso la fonte prima della sua propria esistenza". V. ancora N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica cit.*, p. 67, dove si sostiene che il diritto deve assumere "la vita, il nascere e il morire come cosa propria, come eventi

pensi, tra l'altro, in questo ambito, alla proposta di introdurre incentivi nel mercato di organi umani, richiedendo che il diritto recepisca la valutazione economica rimuovendo “*an intolerable burden*” e che la morale, per così dire, si faccia da parte in virtù delle ragioni di efficienza che l'incentivo monetario sarebbe in grado di portare per la soddisfazione di bisogni umani¹⁴⁷.

Il diritto balbetta, la produzione del diritto rincorre bisogni, si misura con interessi commerciali e risponde all'emotività¹⁴⁸; la chiave esclusivamente positiva della soluzione regolatoria, rivela un diritto impoverito, alla mercè del potere, ma che al tempo stesso ambisce – attraverso il conseguimento della liceità giuridica – a surrogare la morale.

La progressiva erosione dei limiti all'*extra commercium*¹⁴⁹ opera nella pro-

non ricevuti dall'esterno, ma previsti e disciplinati da norme. Non più appartenenti all'ordine spontaneo della paura, ma all'ordine artificiale del diritto”. Sul punto v. anche G. AMATO, *Un altro mondo è possibile? Parole per capire e per cambiare cit.*, p. 132, dove si afferma che vi sono leggi le quali “volendo consentire scelte munite di un indubbio pregio morale, possono non tracciarne chiaramente i confini, finendo così per aprire, magari senza volerlo, mercati offensivi della dignità della persona”.

¹⁴⁷ La proposta è stata elaborata da G.S. BECKER-J.J. ELIAS, *Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations*, in *Journal of economic perspectives*, vol. n. 3, 2007, p. 22. V. anche le richieste di accantonare valutazioni morali avanzate da R. EPSTEIN, *The Human and Economic Dimensions of Altruism: The Case of Organ Transplantation*, in *Journal of Legal Studies*, n. 37, 2008, p. 459. Sull'argomento, peraltro, assai chiara è l'indicazione di diritto positivo: si vedano, in particolare, la Convenzione ONU per la salvaguardia dei diritti dell'uomo rispetto alla utilizzazione della biologia e della medicina (1996), VII, art. 21 dove si pone un divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue parti e l'art. 3, comma 2, della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2000), dove si pone il divieto “di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro”.

¹⁴⁸ Sul tema si vedano gli scritti recenti di G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, Principi, Milano, Giuffrè, 2005, p. 67 ss. e G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare p. 4, dove si fa riferimento al “[...] fenomeno dell'accrescimento progressivo dei diritti [il quale...] può determinare un effetto di carattere inflattivo che pur non portando a negare il carattere giuridico degli interessi protetti ne determina un impoverimento di fatto”. F. BASTIAT, *Armonie economiche*, Torino, Utet, 1954, p. 437: “[...] un popolo frivolo provoca sempre industrie frivole, come un popolo serio fa nascere industrie serie. Se l'umanità si perfeziona, non è con la moralizzazione del produttore, ma con quella del consumatore”. Osservano G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico cit.*, p. 49: “Il concetto di razionalità, poi, è vittima della tirannia dei fini”; se per i fini vale il principio *de gustibus non est disputandum*, “è difficile predicare che non vi debba essere alcuna valutazione della ragionevolezza o della meritevolezza di questi fini quando si passa dalla sfera dei comportamenti (e quindi, se si vuole, dei gusti) privati a quella dei comportamenti collettivi”. Si v. anche J. FREUND, *L'imprenditore e la responsabilità etica cit.*, p. 108: “l'etica relativa alla convinzione si crede tutti permesso in funzione della purezza delle intenzioni e delle certezze personali o ideologiche, mentre la morale relativa alla responsabilità si riferisce alla qualità dei nostri atti concreti, a seconda che abbiamo usato degnamente o no i mezzi adottati o a seconda che abbiamo il coraggio o no di assumerci le conseguenze dei nostri atti”.

¹⁴⁹ Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza cit.*, p. 9: “il principio di realtà è chiamato a difendersi, oggi, di fronte ad un tribunale in cui il principio di piacere è il giudice che presiede la corte” V., inoltre, p. 11: “Non ci sono guadagni senza perdite, ed è inutile sperare in una loro prodigiosa separazione” e p. 126: “[...] lo spirito moderno cade in una 'ebbrezza dell'astrazione', in una frenesia

spettiva illusoria della liberazione dai bisogni¹⁵⁰: il consumatore, così, “rappresenta l’umanità”¹⁵¹ e le sue aspettative.

4. *La morale del regolatore*

Il mercato può funzionare solo in presenza di domanda, offerta e regole. Il diritto è, dunque, centrale per consentire lo svolgimento proprio del fine del processo economico¹⁵². L’economia di mercato presuppone, così, una attività di regolazione correttiva dei suoi fallimenti¹⁵³: è stato, anzi, sostenuto che “i poteri

della storia senza macchia. Il confine netto che separa il desiderabile dall’impossibile è delineato solo dalle risorse, dalle abilità tecniche e dalle conoscenze pratiche a disposizione”. Ancora Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone cit.*, p. 92: “Il tradizionale rapporto tra i bisogni e il loro soddisfacimento viene invertito: la promessa e la speranza della soddisfazione precedono il bisogno che si promette di soddisfare”.

¹⁵⁰ Cfr. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 783, si riferisce alla “antropologia dell’uomo assistito” il quale, tra l’altro, “rifiuta il bisogno come elemento coesistente alla condizione umana (alla ricerca di quella *freedom from want* che contrassegna il sogno gnostico roosveltiano)”. Si richiama, inoltre, la distinzione tra bisogno-necessità e bisogno-desiderio, in S. ZAMAGNI, *The implicit morality of market*, Dipartimento di economia Università di Bologna, 1992, Mimeo, richiamati anche da S. LOMBARDINI, *La morale, l’economia e la politica cit.*, p. 18. Una traduzione di tale questione in termini di polemica politica è svolta da G. TREMONTI, *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano, Mondadori, 2008, p. 72, dove parlando del passaggio “dai bisogni ai desideri” si sostiene che “in questa nuova prospettiva politica, non è necessario garantire qualcosa, è sufficiente promettere tutto”. Per altro verso, si richiama l’urgenza della felicità umana, già descritta in T. SCITOVSKY, *L’economia senza gioia cit.*, e analizzata in L. VON MISES, *Individuo, mercato e stato di diritto cit.*, p. 44: “L’azione sorge soltanto dalla necessità, dall’insoddisfazione. È un tendere finalizzato verso qualcosa. Il suo fine ultimo è sempre uscire da una condizione che è percepita come carente: soddisfare un bisogno, raggiungere la soddisfazione, aumentare la felicità”.

¹⁵¹ F. BASTIAT, *Armonie economiche cit.*, p. 437: “Così, in qualunque punto di vista ci collochiamo, si vede che il consumo è il gran fine dell’economia politica; che il bene e il male, la moralità e l’immoralità, le armonie e le discordanze, tutto viene a risolversi nel consumatore, perché egli rappresenta l’umanità”. V., anche, M. BALDINI, *Frédéric Bastiat. Il mercato e la provvidenza*, Roma, Armando, 2002, p. 28, ricorda come “gli amici di Bastiat ci hanno lasciato scritto che, negli ultimi giorni della sua vita, egli non faceva che ripetere la seguente frase: ‘*il feut traïter l’économie politique au point de vue des consummateurs*’”. Sul punto v. anche G. SMART, *Il testamento spirituale di un economista*, Bari, Giuseppe Laterza e figli, 1921, p. 151, il quale – a proposito del consumatore – afferma che “ognuno è padrone di star ritto o di cadere a suo piacimento. Dico soltanto che dobbiamo chiedere ragionevolmente all’uomo, il quale sente la responsabilità del consumatore che il suo consumo sia esaminato e regolato – non casualmente o macchinalmente – in breve che sia diretto dalla coscienza”.

¹⁵² Abbiamo, in proposito, già citato F. CARNELUTTI, *Morale e diritto cit.*, p. 47.

¹⁵³ Sulla regolazione v. A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000 e N. RANGONE, *voce Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5057; v. anche J.K. GALBRAITH, *La buona società cit.*, p. 89 ss. dove si parla di “*regulation*: i principi di base”.

amministrativi, o almeno una parte di essi, possono essere interpretati come altrettante risposte a *market failures*, a insuccessi del mercato¹⁵⁴.

Nell'ultimo scorcio del XX secolo interi settori dell'ordinamento nazionale sono stati interessati da processi di liberalizzazione dell'industria e dei servizi che hanno profondamente trasformato i caratteri delle regolazioni pubbliche¹⁵⁵ ridefinendo, tra l'altro, la relazione tra Stato e mercato, tra autorità e libertà. La legittimazione del pubblico potere si esprime, ora, nel ruolo di garanzia della libertà di iniziativa economica, e deve conformarsi – anche sulle indicazioni derivanti dalle istituzioni comunitarie – a criteri di sussidiarietà, residualità e proporzionalità degli interventi regolatori¹⁵⁶, nella prospettiva di assicurare l'impostazione concorrenziale dei mercati e la qualità delle regolazioni adottate¹⁵⁷.

Questa concretizzazione del modello istituzionale già prefigurato dall'economia sociale di mercato¹⁵⁸ si svolge, oltre che attraverso la fissazione di regole, anche con una riconosciuta azione di *moral suasion*¹⁵⁹.

Il fallimento è, però, possibile per la stessa regolazione¹⁶⁰. L'epistemologia

¹⁵⁴ G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato cit.*, p. 7.

¹⁵⁵ È l'ambito descritto lucidamente da G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 629 e, ora, da M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 85 ss. V. anche V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del 'pubblico'. Lo stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 627.

¹⁵⁶ Di interventi "conformi al mercato" parla W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, p. 241 dove ci si riferisce ad "uno Stato che sa tracciare esattamente il limite tra *agendum* e *non agendum*" e F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 297.

¹⁵⁷ Sul tema della qualità della regolazione, centrale il ruolo dell'Ocse con i Regulatory Reform programs. Sull'argomento v. N. RANGONE, *La categoria della regolazione economica e l'impatto sui destinatari*, in N. GRECO (a cura di), *Introduzione all'analisi di impatto della regolamentazione*, Roma, SSPA, 2003, in particolare pp. 104 ss.

¹⁵⁸ Il recente rinnovato interesse per l'economia sociale di mercato ha trovato ampio spazio sulle colonne dei quotidiani nel corso dell'estate 2008: una sintesi degli interventi e del problema in F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

¹⁵⁹ Sulla *moral suasion* (anche detta *jawboning*) come tipica modalità regolatoria v. J.K. GALBRAITH, *Money: whence it came, where it went*, London, Penguin, 1976, traduzione italiana di E. Capriolo, Milano, Arnoldo Mondadori, 1976, p. 285, dove si considera la formula entrata nel linguaggio negli anni '40 del secolo scorso, e dove, in particolare riferendosi all'istituzione dell'*Office of price administration and civilian supply*, si afferma che "[...] non essendo la sua azione suffragata da apposite norme di legge, poteva infliggere ai trasgressori soltanto condanne verbali".

¹⁶⁰ Per un'ampia ricostruzione dei fallimenti regolatori v. C.R. SUNSTEIN, *After the rights revolution. Reconceiving the regulatory State cit.*, pp. 74 ss.; v. anche R.B. STEWART, *Administrative law in the twenty-first century*, in *New York University law review*, 2003, p. 4. La premessa del fallimento regolatorio come fallimento del regolatore è assai chiara in A. ROSMINI, *Filosofia della politica cit.*, p. 225: "il governo, nel fatto è composto di persone che essendo tutte uomini sono tutte fallibili". V., infine, G. O'DRISCOLLI-M.J. RIZZO, *L'economia del tempo e dell'ignoranza cit.*, p. 41, dove si afferma che "[...] l'errore non è un aspetto accidentale di un mondo collocato nel tempo reale". Sul punto v. anche G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 248 e B. SOR-

contemporanea, come già detto, ha evidenziato la rilevanza dell'errore, svolgendo una critica alla pianificazione¹⁶¹; nell'esperienza statunitense è stato, poi, sviluppato il tema particolare della cattura del regolatore¹⁶²; il regolatore stesso, infine, può scegliere di tradire il suo ruolo, cedendo alla corruzione¹⁶³.

Così, si ripropone un problema – per la verità sempre attuale – di controllo dei controllori¹⁶⁴.

DI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1999, p. 1072.

¹⁶¹ Sul punto, soprattutto F. VON HAYEK, *L'abuso della ragione cit.*, pp. 127 ss, dove si parla di "ingegneri epianificatori" e G. O'DRISCOLL-M.J. RIZZO, *L'economia del tempo e dell'ignoranza cit.*, in particolare p. 148, dove si affronta una critica dell'economia neoclassica sviluppando la questione del rapporto tra "tempo reale, pianificazione, azione".

¹⁶² Sul tema della *agency capture*, J. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, Hoepli, 1989, p. 214 e A. FRIGNANI-R. PARDOLESI, *Diritto antitrust italiano*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 1993, p. 841, dove viene descritta, in particolare la prassi del *revolving door*. V., infine, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. IX: "La conformazione dell'economia non è il terreno della pace, ma del più aspro e duro conflitto".

¹⁶³ Sul tema della corruzione, A. COSTA, *L'imprenditore e la sua formazione professionale, morale e psicologica cit.*, p. 200: "l'immoralità in campo economico e quella in campo politico si esaltano a vicenda". V., sull'argomento, S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, Cuen, 1999, p. 183 e M. D'ALBERTI-R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994. Di strategie di repressione e prevenzione della corruzione, parla B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 17 ss. Si vedano, ancora, S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government. Causes, consequences and reform cit.*, in particolare pp. 9 ss., dove si ricostruiscono gli impatti economici della corruzione; S. TIHONEN, *The history of corruption in central government*, Amsterdam, IOS, 2003; A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, in "Law & policy", 2004, p. 329; C. SAMPFORD-A. SHACKLOCK-C. CONNORS-F. GALTUNG (ed. by), *Measuring corruption*, Ashgate, Aldershot, 2006. Sull'argomento sono assai rilevanti gli interventi dell'Ocse, tra cui *La corruption dans le secteur public: panorama international des mesures de prevention*, 1999; più di recente, v. *Recommendation on principles for transparency and integrity in lobbying*, 2005. Per un approccio antropologico, M. NUIJTEN-G. ANDERS, *Corruption and the secret of law. A legal anthropological perspective*, Burlington, Ashgate, 2008 e T.D. LYNCH-C.E. LYNCH, *Corruption, democracy and virtue ethics*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1171. Una lettura economica è offerta da G.S. BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 321, dove si parla di "remunerazione dei tutori della legge e corruzione". L. STURZO, *Politica di questi anni (1954-1956)*, p. 106, a proposito degli scandali, sostiene che "l'importante è il modo e l'efficacia di come si reagisce agli scandali. È nella natura del nostro corpo che sia soggetto a malattie; l'importante è come vi reagisce; così è dello spirito di ciascuno di noi per i mali spirituali; così è del corpo sociale per gli scandali pubblici". Di recente, la questione è stata oggetto di approfondimenti da parte di F. MERLONI-L. VANDELLI, *Per la costituzione di un Gruppo di lavoro ASTRID su "Corruzione e conflitti tra interessi pubblici e privati nelle pubbliche amministrazioni*, in <http://www.astrid-online.it/> e V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in <http://www.astrid-online.it/>.

¹⁶⁴ La questione trova uno svolgimento in K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici cit.*, p. 393: "[...] il problema del controllo dei governanti e della limitazione dei loro poteri, è in sostanza un problema istituzionale, il problema insomma di dar vita a istituzioni capaci di impedire anche ai cattivi governanti di fare troppo danno". La formula "come controllare chi comanda?", è stata posta

In questa prospettiva, come il tessuto sociale era rilevante per l'imprenditore, l'appartenenza ad comunità professionale (una classe di *clerics*¹⁶⁵) è importante anche per i regolatori.

L'effetto della solitudine del regolatore si traduce – tra l'altro – nella tendenza ad allineare la condotta o la soluzione regolatoria, per ridurre il rischio che deriva dal proprio ruolo¹⁶⁶, quasi in un *moral hazard* di tipo istituzionale: e d'altra parte, "[...] o io non la penso come loro, e sarebbe lo stesso che non pensassi affatto, o la penso come loro, e in tal caso mi farei [...] promotore di pazzia"¹⁶⁷.

Le appartenenze non sono, poi, costituite solo in chiave professionale – orizzontalmente – ma vengono condizionate da filiere verticali politicamente connotate con l'effetto di diminuire l'affidamento nelle istituzioni¹⁶⁸.

Anche per i regolatori si va sviluppando una ossessione etica, e sono ricercate "regole dell'onestà"¹⁶⁹.

Così, a preoccupazioni di "moralizzazione" dell'azione amministrativa¹⁷⁰

nella forma del «*quis custodiet ipsos custodes*», da GIOVENALE, *VI Satira*, 347-348 e da PLATONE, *La Repubblica*, libro II, 421. V. anche M. SHAPIRO, *Who guards the guardians? Judicial control of Administration*, 1988, The University of Georgia Press.

¹⁶⁵ Cfr. W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, pp. 155-156: "accanto e sopra lo Stato ci dev'essere sempre un ceto di persone che rappresentino con coraggio, fermezza e indipendenza quelle forze e quei valori prestatali e sovrastatali [...] queste persone [...] sono chiamate *clerics*". V. anche F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella «formazione sociale» «organizzazione pubblica»*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 5/2003, in particolare p. 788 ss., dove si tratta di "formazione sociale e doveri del dipendente".

¹⁶⁶ Sul punto è singolare la recente vicenda che ha interessato il banchiere centrale del Libano – più volte premiato come banchiere centrale dell'anno (Raid Salameh, *La politica monetaria al tempo della guerra*, in *Il Sole 24 ore*, 24 maggio 2007) – il quale "aveva deciso di vietare, fin dal 2004, alle banche del suo paese qualunque investimento in mutui *subprime* o in titoli anche indirettamente legati ad essi", G. DE FILIPPI, *L'eccezione che rovina il racconto autoassolutorio dei banchieri centrali arriva dal Libano*, in *Il foglio*, 31 marzo 2009.

¹⁶⁷ Così si esprimeva T. MORO, *L'utopia*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 49, dove si prosegue: "ma non è questo il luogo di dissimulare, e d'altra parte non è lecito farsi conniventi: qui si dovrebbe dare aperta approvazione ai peggiori consigli, si dovrebbe sottoscrivere a decisioni quanto mai funeste. Chi poi approvasse a denti stretti inique misure sarebbe tenuto in conto di spia e quasi anche di traditore".

¹⁶⁸ Sulla corruzione come manifestazione della commistione tra potere politico e potere economico, v. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, p. 72: "Lo 'scambio' tra poteri determina una serie di protezioni, compromessi e privilegi che può determinare la situazione paradossale di un sistema di mercato senza concorrenza"; v. anche J.K. GALBRAITH, *La buona società cit.*, p. 95: "Se c'è un criterio è solo questo: quando si valuta una particolare regolamentazione, bisognerebbe cercare di capire se nasconde un interesse di parte".

¹⁶⁹ Sul punto è sufficiente il richiamo al lavoro di B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007; v. anche S. MAFFETTONI, *Etica pubblica cit.*

¹⁷⁰ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 7, dove parla di "valore moralizzatore di una conflittualità e consensualità previste ed esplicite, sostitutive di quelle casuali e coperte che nascono dalle 'pressioni' private e corporative e dall'attivazione facoltativa dei soggetti più vigilanti e dotati". Sul punto v. anche F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'ammini-*

hanno risposto alcuni interventi di normazione settoriale che si sono risolti, sovente, in una più rigorosa disciplina dell'istruttoria, ad esempio in materia di appalti e di mercati mobiliari.

L'introduzione nell'ordinamento nazionale del principio di concorrenza ha infatti imposto una ridefinizione di compiti e funzioni dei pubblici poteri, indicando la direzione di una vera e propria "*reconfiguration de l'action publique*"¹⁷¹: il principio di concorrenza appare ormai una moderna versione dell'uguaglianza (di opportunità)¹⁷².

L'etica "penetra direttamente nelle fonti giuridiche"¹⁷³, vengono posti requisiti per le nomine¹⁷⁴, stabiliti codici etici¹⁷⁵, regolato il conflitto di interessi¹⁷⁶. Eppure, non

strazione. Note sul progetto della Commissione 'bicamerale', in Foro amm., 1997, in particolare p. 3313 dove si parla di "[...] quell'ordine di valori in mancanza dei quali nessuna pubblica amministrazione può orientarsi e fare fronte a quella complessità crescente dei problemi [...]".

¹⁷¹ B. DU MARAIS, *L'Etat a l'épreuve du principe de concurrence: analyse et prospective juridique*, in «Revue politiques et management public», 2002, p. 121 e p. 122: "Pour beaucoup d'organismes publics, l'application du principe de concurrence va nécessairement modifier leur fonctionnement, mais sans doute également leur mission et leurs objectifs". Sul punto, v. anche M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347-348, dove si afferma che la disciplina della concorrenza influenza il "diritto degli affari" ma anche "le logiche e gli assetti di fondo dei rapporti fra amministrazioni pubbliche e soggetti privati". Sul punto v. il lavoro di A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁷² Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 298, per cui all'interno del diritto di uguaglianza coesisterebbero due distinti diritti: il diritto ad un uguale trattamento (*equal treatment*), che implica la possibilità di accedere "ad una uguale distribuzione di alcune opportunità, o risorse o gravami" e il diritto ad un trattamento egualitario (*treatment like an equal*), cioè il "diritto ad essere trattato con la stessa considerazione e rispetto di ogni altro individuo". Già A. RAVA, *Le clauseole di concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, p. 171, osservava: "La questione delle clauseole di concorrenza [...] così ristretta e determinata com'è essa implica niente meno che tutto il problema della libertà umana [...] Colla clauseola di concorrenza [...] ecco quindi affacciarsi i più grandi problemi: distinzione tra morale e diritto, rapporti tra diritto ed economia [...]".

¹⁷³ G. CONTE, *La disciplina dell'attività d'impresa tra diritto, etica ed economia*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa cit.*, p. 18.

¹⁷⁴ Sovente per le nomine dei commissari di autorità indipendenti sono stati richiesti, accanto a requisiti relativi all'expertise tecnica (comprovata competenza) anche quelli di "notoria indipendenza": sul punto v. S. CASSESE, *Due nomine e un passo indietro, torna la politica*, in *Il Corriere della Sera*, 31 dicembre 2004 e M. CLARICH, *Antitrust, la trasparenza difficile*, in *Il Sole 24 ore*, 7 gennaio 2005.

¹⁷⁵ Sui codici etici, v. Dipartimento per la funzione pubblica, Codice di condotta dei dipendenti pubblici. Proposta e materiali di studio, Roma, 1993, in particolare con la proposte di codice relative al conflitto di interessi (art. 42-47), alla tutela dell'imparzialità (art. 54-56) e sull'uso dei poteri pubblici (art. 62-65). Nel 1994 è stato adottato il Decreto del Ministro per la Funzione Pubblica, 31 marzo 1994, Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che ha dato il via alla diffusione di simili iniziative da parte di molte amministrazioni. Anche in Francia era stata adottata la legge n. 93-122, del 29 gennaio 1993, «relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques» (legge Sapin). Di codici di comportamento si parla in B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà cit.*, p. 131 ss. V., anche S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1097.

¹⁷⁶ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà cit.*, p. 90 ss. In proposito, la l. 20 luglio 2004 n.

sembra prodursi alcuna sostanziale superiorità morale dell'azione dei regolatori rispetto a quella degli imprenditori: anzi queste sembrano specchiarsi l'una nell'altra¹⁷⁷.

La richiesta di una *better regulation* è, in realtà, la ricerca di un *better regulator*¹⁷⁸.

Per altro verso occorre considerare l'insidia che strutturalmente risiede nel "sovraccarico dello Stato": "anche lo Stato più sano, ripetiamo, anche la morale più resistente e la società più robusta sopportano una misura massima di attività statale, di economia finanziaria statale e di interventi statali. Oltrepassata questa misura, il disgusto dello Stato, il disprezzo della legge e la corruzione si propagheranno sempre più e finiranno per avvelenare tutte le arterie della società"¹⁷⁹.

Perché si dia un buon regolatore dovranno ricercarsi alcuni caratteri.

Il primo è la continenza regolatoria, quale capacità di interpretare il limite della regolazione nei riguardi della libertà economica¹⁸⁰, arginandola in interventi di "cornice"¹⁸¹: è stato altrimenti detto che "occorre maggiore parsimonia nella regolazione pubblica"¹⁸².

215, "Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi" (disposizioni correttive sono contenute nel d.l. 6 settembre 2004 n. 233, convertito dalla l. 5 novembre 2004 n. 261), ha regolato l'esercizio delle funzioni svolte dai membri del governo in modo che non venga influenzato dai loro interessi privati, prevedendo obblighi di astensione e di dichiarazione relativamente alla situazione di incompatibilità.

¹⁷⁷ Cfr. F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986, p. 74, il quale ha sostenuto che: "Non vi è alcuna connessione necessaria tra l'altruismo e l'azione collettiva, o tra l'egoismo e l'azione individuale".

¹⁷⁸ "Need better regulator not more" è il titolo dell'intervento televisivo tenuto da Scott Talbot, *senior vice president for government affairs at The Financial Services Roundtable* (18 giugno 2009). Sul punto v. W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 151: "[...] il peggio che possa toccare allo Stato e alla società è di non disporre di un corpo di funzionari devoti, ligi al dovere e di mente elevata, i quali si sentano parti dello Stato e d'altro canto conservino di fronte agli influssi antistatali la massima indipendenza e imparzialità e trovino in questa loro situazione particolare un giusto motivo di orgoglio".

¹⁷⁹ W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 127-128.

¹⁸⁰ Cfr. M. D'ALBERTI, *Intervento introduttivo: parsimonia regolatoria e potenziamento della concorrenza*, in *L'industria*, 2001, p. 2, dove, appunto, si parla di "parsimonia" regolatoria.

¹⁸¹ Di interventi "di cornice" parla W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, in particolare descrivendo lo Stato come "forte ma non affaccendato" (p. 64) che dovrà provvedere incessantemente a creare "la necessaria cornice di diritto e di istituti, fissando le norme della lotta della concorrenza, vigilando con severità inesorabile, ma imparziale sulla loro osservanza" (p. 285). Svolge un ragionamento analogo anche F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 293 ss.: "[...] un sistema libero non esclude, per principio, tutte quelle forme di regolazione dell'attività economica esprimibili in norme generali che specificino le condizioni cui deve sottostare chiunque s'impegni in una certa attività". Anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato cit.*, p. 32, richiama "la pittoresca metafora della cornice", citando – in proposito, L. EINAUDI, *Discorso elementare sulle somiglianze e sulle dissomiglianze fra liberalismo e socialismo*, in *Prediche inutili*, IV, Torino, 1957, p. 219, dove si parla del "metodo di cornice". Utilizza la metafora anche A. TRAVI (a cura di), *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, C.N.R. progetto finalizzato sull'organizzazione e sul funzionamento della pubblica amministrazione, Roma, 1997.

¹⁸² M. D'ALBERTI, *Le regole globali: limiti e rimedi*, in G. AMATO (a cura di), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Firenze, Passigli, 2009, p. 131.

Il secondo requisito è la prudenza¹⁸³: la realtà della traslazione degli effetti delle regole¹⁸⁴ impone di valutare anticipatamente gli impatti delle regolazioni in corso di adozione, anche attraverso consultazione dei destinatari¹⁸⁵.

¹⁸³ Cfr. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico* cit., p. 154, parlando della “retorica dell’economia” afferma che questa è “logica della deliberazione trasferibile nel ragionamento economico inteso come ragionamento prudenziale”; ivi si richiama a Leonardo Bruni, per cui la prudenza “è in sostanza una esatta valutazione dell’utilità”. Sulla prudenza, F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 438 (“il giudice [...] deve [...] dire se la diagnosi economica è corretta rispetto al fine che si intende raggiungere”, P. KOSLOWSKY, *Principles of ethical economy* cit., p. 137, dove parla del *principle of double effect*. Per quanto riguarda i rischi nell’area crediti e nell’area finanza v. F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza, mercato, globalizzazione* cit., p. 54 ss. GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole* cit., p. 95 ricorda la regola del *maximum minimorum* (Rawls) “che impone (o imporrebbe) di fare ricadere la scelta sempre e comunque sulla posizione che, pur non essendo la più vantaggiosa, è la meno rischiosa e consente di evitarne altre peggiori”.

¹⁸⁴ Cfr. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica* cit., p. 125: “Il problema tecnicamente più difficile per il legislatore è probabilmente proprio quello di essere cosciente di questi fenomeni di traslazione che altrimenti possono finire per rovesciare nella realtà, la portata delle misure prese”; più in generale v. N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia* cit., voce *Eterogenesi dei fini*, p. 360; in F. VON HAYEK, *L’abuso della ragione*, Seam, Formello, 1997, vi è una importante applicazione di questo fenomeno alla critica della pianificazione, in particolare, p. 127 ss.

¹⁸⁵ Per una ricostruzione sull’argomento sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Il quasi-procedimento per l’analisi di impatto della regolamentazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 3-4, 2004, p. 145 e, per i profili di organizzazione M. DE BENEDETTO, *L’organizzazione della funzione di regolazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2005, p. 73. V., anche, i contributi nel volume di N. GRECO (a cura di), *Introduzione alla “analisi di impatto della regolamentazione”*, Roma, SSPA, 2003, in particolare – ai nostri fini – quello di N. RANGONE, *La categoria della regolazione economica e l’impatto sui destinatari*, p. 98. Per un’analisi comparata v., inoltre, C.M. RADAELLI (a cura di), *L’analisi di impatto della regolamentazione in prospettiva comparata*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001, p. 192 e FORMEZ-DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *L’analisi di impatto della regolazione in dieci paesi dell’Unione Europea*, Roma, 2005. Ancora sul tema, v. i contributi nel lavoro di M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, B.G. MATTARELLA, *Analisi d’impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in E. CATELANI-E. ROSSI (a cura di), *L’analisi d’impatto della regolamentazione (Air) e l’analisi tecnico-normativa (Atn) nell’attività normativa del Governo*, Atti del seminario di studio svoltosi a Pisa il 10 giugno 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 91, R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all’analisi di impatto della regolamentazione, in Mercato, concorrenza e regole*, 2003, p. 49. Il problema era, peraltro, già da tempo individuato: v. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica* cit., p. 1260: “[...] ma proprio a questi effetti occorre attentamente studiare non solo l’incidenza diretta ma quella definitiva delle varie misure e perciò esaminare la tecnica legislativa opportuna per raggiungere le finalità desiderate” e V. BACHELET, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, I, *L’amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 328-329, dove si parla di “dotare governo e parlamento di strumenti sufficienti per una documentazione e istruttoria che consenta di fare le relative scelte correndo consapevolmente gli indispensabili rischi, con una comparazione di dati ed opinioni che non sia costretta a limitarsi alle valutazioni e conclusioni di singoli organi tecnici dell’amministrazione”. Sull’argomento specifico delle consultazioni, v. A. LA SPINA-S. CAVOTORTO (a cura di), *La consultazione nell’analisi di impatto della regolazione*,

Il terzo, correlato requisito è l'attitudine a rendere ragione delle scelte regolatorie attraverso la giustificazione¹⁸⁶, ben sapendo che le istruttorie sono basate su una razionalità "limitata"¹⁸⁷, che la struttura del processo decisionale è solo tendenzialmente razionale¹⁸⁸.

Infine, la "regola di responsabilità"¹⁸⁹, si rivela al contempo condizione di funzionamento del mercato e di buon andamento amministrativo.

Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001, S. CAVOTORTO, *Metodi di consultazione nell'AIR*, in *Riv. trim. dell'amm.*, 2002, p. 137, A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole cit.*, p. 203, E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 692, G. BRUZZONE, *La consultazione nell'adozione degli atti di regolazione: esperienze delle autorità indipendenti e modelli di riferimento*, Seminario Formez-MIPA "Metodologie e procedure della consultazione", CNEL, 25 febbraio 2004.

¹⁸⁶ Sull'argomento, v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, in particolare, sulla deroga all'obbligo di motivare riguardante gli atti generali, p. 273 ss. Anche se occorre mantenere una distinzione tra l'ambito applicativo del principio generale di partecipazione e degli istituti di partecipazione (cfr. E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione cit.*, p. 684), giustificata dalla previsione dell'art. 13 della legge n. 241/1990, la legalità procedurale nei procedimenti precettivi appare progressivamente destinata ad ampliarsi, e si dispone ad esplicitare effetti anche sul contenuto dell'obbligo di motivazione (tale è la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato, VI, 27 dicembre 2006, n. 7972). A tale riguardo la questione è chiarita dall'analisi economica del diritto, "strumento essenziale per prefigurare quali saranno i concreti effetti delle norme giuridiche. Conoscere le conseguenze prodotte dalle norme è di fondamentale importanza non solo per la comprensione di quelle in vigore, ma anche per decidere quali norme sarebbe opportuno adottare in futuro", D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto cit.*, p. 25. Sul punto sia consentito il rinvio alle considerazioni avanzate in M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, in particolare, pp. 211-212, dove si dice che "si può ragionevolmente prevedere che per tale strada anche gli atti normativi, così come partecipati, giungeranno ad essere motivati".

¹⁸⁷ Cfr. H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo cit.*, p. 50, dove si parla della "relatività nella decisione".

¹⁸⁸ Ne consegue che la valutazione economica si trasferisce, quindi, in una certa misura nella argomentazione ed è, in questo ambito, destinata ad una crescente utilizzazione; sul punto v. la differenza tracciata tra dimostrazione e argomentazione in C. PERELMAN-L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966 (ristampa del 2001), p. 15. V. anche G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 380: "non poche attribuzioni di significato ad enunciati normativi vengono argomentate sulla base di calcoli costi-benefici relativi alle interpretazioni possibili, al fine di scegliere quella che il calcolo rivela ottimale". In proposito si veda E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990 (prima edizione del 1955), I, p. 618 ss., dove si sviluppa l'argomento economico ("interpretazione tecnico-economica").

¹⁸⁹ Così, G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 671. Sull'argomento, in generale, si v. il lavoro di H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica (1979)*, Torino, Einaudi, 1990, in particolare dove si ricostruisce una teoria della responsabilità, p. 101 ss. Sul punto v. anche le riflessioni di V. FROSINI, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Milano, Spirali, 1986, p. 30 ss. L'applicazione del tema all'impresa è svolta nei lavori di L. GALLINO, *L'impresa responsabile. Un'intervista con Adriano Olivetti*, Torino, Einaudi, 2001, e *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2005. Si vedano le riflessioni di F. VON

Continenza regolatoria, prudenza, giustificazione e responsabilità dovranno essere, poi, incentivate dalla trasparenza dei processi decisionali e dalla più chiara distinzione tra momento tecnico e momento politico della decisione pubblica¹⁹⁰.

La trasparenza è carattere del mercato ma anche principio informatore del procedimento amministrativo¹⁹¹ nonchè valore cardine di alcune discipline speciali, quale quella dei mercati finanziari¹⁹², in cui si impone all'autorità di vigilanza di controllare, in modo trasparente, il rispetto della trasparenza da parte dei

HAYEK, *La società libera cit.*, in particolare p. 123 dove afferma che “nei tempi moderni, il senso di responsabilità è stato indebolito sia perché si è esteso oltre misura il ruolo delle responsabilità individuali, sia perché s'è avuta la tendenza a discolpare l'individuo per le conseguenze delle azioni da lui compiute” e, inoltre, “per essere effettiva, la responsabilità deve essere individuale”; v., sempre F. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, Milano, Rusconi, 1995, p. 269, dove si afferma che “fuori dalla sfera della responsabilità individuale non esiste né bene né male, né opportunità di acquisire meriti morali, né possibilità di dimostrare le proprie convinzioni sacrificando i propri desideri per qualcosa che si reputi giusto. Solo quando siamo noi stessi responsabili dei nostri interessi e siamo liberi di sacrificarli, solo allora le nostre decisioni hanno valore morale”. W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 131, sostiene che “la paura della responsabilità è la vera maledizione della vita democratica”.

¹⁹⁰ Una ricostruzione storica del problema è svolta in A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, pp. 144-145; per una critica v. R.B. REICH, *Supercapitalismo cit.*, p. 154 ss. In chiave di imparzialità il tema viene affrontato nel lavoro di F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009.

¹⁹¹ Sulla trasparenza circa l'attività delle istituzioni economiche internazionali v. J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2002, p. 230 ss. Sulla trasparenza amministrativa, si vedano, soprattutto, i lavori di G. ARENA, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1995, le notazioni di R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. economia*, 1994, p. 614 (per il quale la trasparenza costituisce “un tentativo di unificazione di regole di comportamento, nel campo non solo pubblico, ma anche privatistico o dei rapporti che escono dalla sfera strettamente individuale e privata [...] mi riferisco a tutte le recenti normative dirette ad assicurare la trasparenza contro il riciclaggio, ad assicurare la trasparenza nei rapporti societari [...], ad assicurare la trasparenza nelle intestazioni delle società; mi riferisco ancora ad una serie di interventi normativi nel campo dell'editoria, nel campo del possesso delle reti radio-televisive”), G. D'AURIA, *Trasparenze e segreti nell'amministrazione italiana*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 1993, e R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528.

¹⁹² Si pensi, in proposito alla garanzia della trasparenza nella disciplina dei mercati finanziari, art. 5 del t.u. n. 58/1998, secondo cui la vigilanza sugli intermediari ha per scopo “la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione degli intermediari, avendo riguardo alla tutela degli investitori e alla stabilità, alla competitività e al buon funzionamento del sistema finanziari”, R. COSTI, *Note marginali su diritto e giustizia nell'ordinamento dei mercati finanziari*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 819. V., anche, S. AMOROSINO-C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2004, in particolare p. 266 ss. A tale riguardo, v. Corte di Cassazione, sez. I civ., 14 febbraio 2001, n. 3132, in merito alla responsabilità civile della Consob per negligente esercizio della funzione di vigilanza nel caso in cui “*ex actis* risulti la falsità di dati essenziali della prescritta comunicazione e della necessaria informazione pubblica realizzata attraverso il prospetto”.

privati, nel contesto di un mercato aperto e con obblighi precisi a carico degli operatori economici¹⁹³.

Nella trasparenza, peraltro, la morale del regolatore ben potrà essere declinata facendogli calzare le vesti di colui che, molto semplicemente, dovrà – *ratione officii* – rendere il conto: l'amministratore¹⁹⁴.

5. “Campato come un ponte” sta il diritto, fra le sponde della morale e dell'economia

Le riflessioni finora svolte andranno ricapitolate mantenendo la prospettiva della separazione conoscitiva¹⁹⁵ degli ambiti analizzati (morale, economia, diritto) ma riconoscendo i nessi che fra questi intercorrono: lungi dall'essere occasionali, questi sono necessari per la comprensione della realtà (del fatto)¹⁹⁶ e

¹⁹³ Tra le tecniche di regolazione viene tradizionalmente inserita la trasparenza (*mandatory disclosure*), ovvero la previsione di “obblighi di fornire informazioni sui beni o servizi offerti [...]”, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore cit.*, p. 73. La *regulation by information* è un intervento di *soft regulation*, correttivo di un fallimento del mercato (l'asimmetria informativa), su cui v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato cit.*, p. 9.

¹⁹⁴ F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, libertà, diritto cit.*, p. 1197: “Lo Stato d'oggi, anche se gli eccessi di certa filosofia si vanno correggendo, continua a pretendere sulla terra la posizione di Dio; e non sarebbe un'eresia se, invece di esser Dio, pretendesse di esserne ministro”; G. CAPOGRASSI, *Il ritorno di Silvio Spaventa*, in *Opere*, VI, Milano, Giuffrè, 1959, p. 14: “che cosa è lo Stato vuol dire che cosa è l'uomo” e p. 18: “Ma qui nasce enorme ed oscuro il problema dei regimi democratici. La democrazia ha nel suo grembo agitato una doppia e divergente esigenza che ne travaglia la vita. Mentre nel momento del deliberare deve essere maggioranza cioè partito dissenso lotta passione, nel momento dell'eseguire la legge deve essere sulla soglia dell'amministrazione totalità”; v., anche, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1955, ora in *Opere cit.*, V, pp. 509-510: “Il momento amministrativo prende il sopravvento sopra tutti gli altri momenti dello Stato, poiché alla fine l'essenziale sta proprio nel fare, nel realizzare, nel portare a termine, nel risolvere i problemi”. Su questi aspetti v. anche G. ACOCELLA, *L'etica sociale di Giuseppe Capograssi*, Napoli, Esi, 1992, pp. 167 ss.; v. anche K.R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 69: “le istituzioni sono come le fortezze: raggiungono lo scopo solo se è buona la guarnigione, cioè l'elemento umano”. Il vincolo che lega “l'amministratore” era stato descritto in A. ROSMINI, *Filosofia della politica cit.*, p. 203 ss., in particolare v. p. 205: “[...] l'amministratore di una società, eziandioché salariato, non è mica obbligato di operare ad *arbitrio* de' sozii, né presi in separato, né uniti in corpo, il che appartiene al *servo*; ma è solo obbligato di fare ciò che esige la natura e il fine della società, sicché non è una persona dipendente dall'altrui arbitrio, ma è una persona che esercita un ufficio fisso determinato dalla natura della cosa, il che appartiene al *ministro*”.

¹⁹⁵ Il riferimento è al positivismo metodologico, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico cit.*, p. 245. Sul punto v. il richiamo di M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 85 e 286. A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 97, afferma che “si può sostenere che un più stretto contatto tra etica ed economia può essere utile non solo all'economia ma anche all'etica”.

¹⁹⁶ Un esempio interessante può essere dato dal lavoro di P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 2009, dove il furto viene considerato in tre

dunque per la stessa efficacia dell'azione regolatoria: "dividere è sempre un'operazione pericolosa, poiché introduce nel reale un sezionamento che può essere artificiale e nello stesso tempo darci l'illusione di non esserlo"¹⁹⁷.

La morale, innanzi tutto.

Si è già detto di come si consideri perseguibile solo l'obiettivo regolatorio di "un minimo di onestà in affari"¹⁹⁸. L'utopia¹⁹⁹ e i determinismi si sarebbero, infatti, rovesciati contro l'uomo²⁰⁰: solo la libertà, pur suscettibile di essere condizionata, può consentire la responsabilità e, dunque, la morale²⁰¹.

La dimensione dell'apprendimento in "vere comunità"²⁰² si è rivelata indispensabile, perché al mercato si vada con la morale e perché questa costituisca un argine effettivo all'usura (guadagno per il guadagno).

distinte dimensioni: come "violazione delle regole del mercato" (p. 121), come "peccato" (p. 203) e come "reato" (p. 313).

¹⁹⁷ J. GUITTON, *Arte nuova di pensare cit.*, p. 89, il quale prosegue: "La natura racchiude le verità le une nelle altre; è la nostra arte che le separa e le colloca ciascuna per conto proprio, o meglio ne fa dei sistemi di nostro gradimento. Ciò non è naturale"; già A. DE TOCQUEVILLE, *L'amicizia e la democrazia*, Roma, Edizioni lavoro, 1987, p. 119, osservava: "Perché tutte queste cose che separiamo in questo modo [la moralità, la religione, l'ordine, la libertà e l'uguaglianza degli uomini davanti alla legge] sono invece, e ne ho la certezza, indissolubilmente unite agli occhi di Dio [...] da allora ho creduto di capire che una delle più belle imprese di questo nostro tempo fosse quella di mostrare come tutte queste cose non fossero incompatibili. Che al contrario esse si tengono insieme per un legame necessario e che ciascuna di esse si indebolisce separandosi dalle altre". V., infine, E. VIDAL, *Considerazioni sul problema dei rapporti tra politica, morale, diritto ed economia*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, III, Bologna, Nicola Zanichelli editore, 1952, dove si parla di "integrazione dell'economia con la morale e con il diritto in seno all'umanità dell'uomo".

¹⁹⁸ La formula è di W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, p. 64-65; una prospettiva ancor più marcata viene espressa in M. POLANYI, *La logica della libertà cit.*, p. 367 dove sostiene che occorre riflettere "[...] sul fatto che l'eliminazione degli attuali difetti della nostra società potrebbe recare mali incommensurabilmente più grandi [...]". Questo principio "[...] rimane, per ciascuno di noi nella propria coscienza, come l'ultima rincorsa per equilibrare i pericoli dell'autocompiacimento contro quelli dell'imprudenza". Sul punto, ancora, A. OGUS, *Corruption and regulatory structures cit.*, p. 342, dove si sostiene che "[...] it may be preferable for reforms to concentrate on reducing the opportunities for corruption, rather than on attempting to suppress it altogether".

¹⁹⁹ S. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia mondializzata cit.*, p. 73, dove si afferma che «il dominio dell'immaginario economico, da quando si è affermato, avvelena la mente al punto di votare al fallimento tutti i sistemi che pretendono di abolirne gli effetti senza affrontare la radice del male».

²⁰⁰ Cfr. F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 41 ss.

²⁰¹ Su questo tema è centrale l'intero contributo di L. STURZO, ricostruito da A. SPAMPINATO, *L'etica senza economia è diseconomia. L'etica dell'economia nel pensiero di don Luigi Sturzo cit.*, pp. 35-36: "Questo aspetto sociologico è importantissimo ai fini del collegamento dell'economia con l'etica, perché non solo lo scambiare condizionamenti con determinismi già nega l'uomo come tale, caratterizzato dalla libertà ma toglie a esso e a ogni sua azione ogni responsabilità e, quindi, ogni moralità-immoralità". Sul contributo di Luigi Sturzo, v. F. TERESI, *Appunti su Stato e bene comune in Sturzo*, in A. DI GIOVANNI-A. PALAZZO (a cura di), *Luigi Sturzo e la Rerum Novarum*, Milano, Massimo, 1982, in particolare p. 133.

²⁰² W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, p. 64-65.

Sul punto è centrale il contributo reso dall'economia sociale di mercato – in particolare da Wilhelm Roepke – per cui l'apprendimento della morale nelle “vere comunità” e il controllo da queste svolto sulle condotte è, non solo auspicabile, ma necessario per il funzionamento del mercato²⁰³.

In questa chiave appare destinato a rivalutarsi lo stile del buon amministratore (colui che deve rendere il conto), anche con politiche che rendano incombente l'aspettativa dei controlli e del “giudizio”²⁰⁴ sulle condotte regolatorie, su quelle imprenditoriali, su quelle di consumo: tale giudizio deve entrare nell'analisi costi-benefici del singolo come certo o altamente probabile²⁰⁵.

²⁰³ Cfr. W. ROEPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda cit.*, p. 112: “E l'uomo non può realizzare compiutamente se stesso se non quando si inserisce volontariamente in una comunità alla quale si senta solidarmente legato. Se così non è egli è condannato a un'esistenza miserabile. E lo sa”; v. anche A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 28: “[...] i gruppi che fanno da intermediari tra il singolo e la collettività nel complesso – come le classi, i gruppi comunitari, o i gruppi occupazionali – forniscono il punto di riferimento di molte azioni che richiedono un comportamento impegnato”; J. RIFKIN, *Il sogno europeo*, Milano, Mondadori, 2004, p. 5, sostiene che “il Sogno europeo pone l'accento sulle relazioni comunitarie più che sull'autonomia individuale [...]”; v. ancora i riferimenti in M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea cit.*, p. 51; sulla centralità del rapporto tra morale e comunità v. J. RATZINGER, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore*, Siena, Cantagalli, 2009, p. 149: “la ‘morale’ non è un codice astratto di regole di condotta, ma presuppone una vita comunitaria, al cui interno la morale stessa trova chiara espressione e può essere osservata. Considerata dal punto di vista storico, la morale non appartiene alla sfera della soggettività, ma trova nella comunità una garanzia e riferimento. Nel modo di vivere di una comunità si accumula l'esperienza delle varie generazioni”; sull'uomo come “insieme individuale e sociale”, L. STURZO, *La società, sua natura e leggi*, in *Opera omnia*, serie I, vol. III, p. 5. Molto attuale è la portata provocatoria della domanda posta da T. MORO, *L'utopia cit.*, p. 27: “Poiché, quando lasciate che costori siano educati molto male e i loro costumi sin dalla giovinezza si corrompano a poco a poco, si devono punire, è evidente, allorché, fatti uomini, commettono quelle infamie che la loro fanciullezza annunziava... Ma che altro con ciò fate, di grazia, se non crear dei ladri per punirli voi stessi?”; v. anche G. TREMONTI, *La paura e la speranza cit.*, pp. 95-96 ha tradotto in termini politici la questione sostenendo che “la soluzione è invece fuori dallo Stato, nel <comunitario>” auspicando “una nuova architettura fiscale e perciò politica”. Curioso e stimolante il collegamento contenuto in T. SCITOVSKY, *L'economia senza gioia cit.*, p. 316 ss. dove si evidenzia l'incuria della “economia domestica” come tratto caratteristico dello spirito puritano nello stile di vita statunitense a fronte della “superiorità morale della produzione e del far soldi”. Sul punto v., anche, J.M. BUCHANAN, *Stato, mercato e libertà*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 245 ss., dove si distinguono tre modelli: comunità morale, ordine morale, anarchia morale analizzando le implicazioni per la stabilità sociale e la governabilità dei tre modelli.

²⁰⁴ GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 24 parla di “una sorta di ‘giorno del giudizio’ economico”. Sull'argomento v. il lavoro di L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, Franco Angeli, 2009.

²⁰⁵ In questa prospettiva, appare illuminante il contributo di S. SATTA, *I soggetti del fallimento*, in S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, p. 87, dove si afferma che “sono i tempi nostri, per il complicarsi della vita economica e il raffinarsi della tecnica giuridica, per non parlare di altre ragioni sociologiche o addirittura morali, che hanno alterato i rapporti tra fallimento e fallito e hanno portato a una certa spersonalizzazione del fallimento, col paradossale risultato, sul

L'economia, in secondo luogo.

Il processo economico deve essere il più possibile mantenuto nell'alveo della sua appropriatezza, prevenendo possibili alterazioni²⁰⁶.

Ciò conduce a riaffermare ma anche ricapitolare il ruolo del profitto²⁰⁷, a ridefinire la centralità di una stringente regolazione in materia finanziaria²⁰⁸,

piano pratico, sia detto tra parentesi, di un accrescimento di potere e prepotenza del fallito. Il problema del soggetto si pone così in forma quasi drammatica, perché dalla sua consistenza si passa a dubitare più o meno avvertitamente della sua esistenza"; cfr. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, p. 148, il quale afferma che "nella crisi odierna delle economie pianificate la 'restaurazione' del fallimento viene avvertita come questione pregiudiziale nella costruzione di un nuovo ordine costituzionale, basato sul mercato"; G.J. STIGLER, *L'economista e l'intellettuale*, Torino, Centro di ricerche e documentazione 'Luigi Einaudi', 1957, p. 23, parla della bancarotta come "una delle più grandi invenzioni del sistema privatistico"; GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 24 afferma che "a partire dal Medioevo il diritto fallimentare rappresenta se stesso come una sorta di 'giorno del giudizio' economico in cui la società affronta la disfatta di un suo membro, e ne definisce le conseguenze". Sul punto, v. le considerazioni di F. VON HAYEK, *La società libera cit.*, p. 116 dove si afferma che la società libera esige "un generale consenso sul punto che gli individui debbano essere ritenuti responsabili sia del successo sia del fallimento delle loro azioni".

²⁰⁶ A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 42, dove si sviluppa il tema dei "confronti interpersonali di utilità". Sull'apertura dell'economia ad altre dimensioni, v. l'esempio paradigmatico del lavoro di F. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale. I fondamenti della psicologia teorica*, Milano, Rusconi, 1990, p. 5, dove vengono chiarite le "ragioni per cui un economista si avventura con irruenza laddove gli psicologi procedono con la massima cautela". Già M. MINGHETTI, *Della economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto cit.*, p. 115 affermava che "[...] la osservanza della legge morale ha in generalità questo effetto di porre in ogni cosa la debita proporzione. Ora io dimostro che, appunto una legge di proporzione è quella che governa tutte le parti della Economia, e insieme fra loro le congiunge".

²⁰⁷ Utile la ricostruzione contenuta nell'enciclica *Centesimus Annus*, § 31-35 dove si parla di "giusta funzione del profitto, come indicatore del buon andamento dell'azienda [...] tuttavia il profitto non è l'unico indice delle condizioni dell'azienda. È possibile che i conti economici siano in ordine e insieme che gli uomini, che costituiscono il patrimonio più prezioso dell'azienda, siano umiliati e offesi nella loro dignità. Oltre a essere moralmente inammissibile, ciò non può non avere in prospettiva riflessi negativi anche per l'efficienza economica dell'azienda"; sul punto v. ancora J. FREUND, *L'imprenditore e la responsabilità etica cit.*, p. 111

²⁰⁸ Sul punto v. il contributo di R. COSTI, *Note marginali su diritto e giustizia nell'ordinamento dei mercati finanziari cit.*, p. 819 ss.; v. J.K. GALBRAITH, *La buona società cit.*, p. 93: "è essenziale dire la verità agli investitori, alla collettività nel suo complesso e, come già detto, ai consumatori. Tuttavia, in campo finanziario è facile che ciò non accada, a vantaggio di alcuni e a danno di altri" e p. 94: "tra denaro e intelligenza, come abbiamo già accennato, il nesso è tutto da dimostrare. La buona società deve prendere atto degli errori del mondo della finanza soprattutto perché ogni nuova generazione è pronta a far proprie con entusiasmo le negligenze e le follie di quella precedente"; v. anche G.K. CHESTERTON, *Perché sono cattolico e altri scritti*, Milano, Gribaudi, 1997, p. 67: "L'alta finanza compra e vende migliaia di cose che nessuno vede e che sono del tutto esenti da usi pratici. Così finisce l'avventura di affidarsi unicamente ai fatti: finisce nel regno delle fate, nelle astrazioni della fantasia". Sul punto, v. F. CAPRIGLIONE, *Cultura della responsabilità ed etica della finanza*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa cit.*, p. 138. V., infine, G. CALABRESI, *Relazione*

dove la tentazione dell'usura è più insidiosa, e – infine – a valorizzare la produzione²⁰⁹.

Anche “la scheda” dei consumi²¹⁰ diviene suscettibile di essere oggetto di valutazione morale e di scrutinio giuridico²¹¹.

Dallo stesso regolatore ci si aspetta che coltivi virtù di prudenza²¹² per discernere e intervenire solo dove necessario²¹³, guadagnando autonomia sia nei riguardi dei destinatari delle regolazioni sia di altri regolatori.

Il diritto, infine.

Il pieno sviluppo della razionalità economica²¹⁴ comporta certamente l'indagine sui mezzi ma presuppone una “svolta antropologica”²¹⁵, una indagine

al Workshop su “Le ipotesi di regolamentazione internazionale dei mercati finanziari”, organizzato dall'Osservatorio “Giordano dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia presso l'Università di Milano (23 marzo 2009), riportato da F. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto* (1929-2009). Il caso italiano, Padova, Cedam, 2009, pp. 86-87, dove ci si riferisce alla “mancata corrispondenza delle condotte degli intermediari ai canoni dell'etica che deve presiedere allo svolgimento dell'attività finanziaria”.

²⁰⁹ Cfr. R. SENNETT, *L'uomo artigiano*, Milano, Feltrinelli, 2008; v. anche M. GERMOZZI, *L'artigianato*, oggi, Roma, 1970, ora in M. BALDINI (a cura di), *Il nuovo imprenditore cit.*, p. 189.

²¹⁰ Di “significato morale della libertà di definire la propria ‘scheda dei consumi’ (diritto di scegliere il prodotto, rispetto dei gusti del consumatore, sforzo per soddisfarli)”, parla G. LOMBARDI, *Imprenditore*, in F. COMPAGNONI-G. PIANA-S. PRIVITERA (a cura di), *Nuovo dizionario di teologia morale*, Cinisello Balsamo-Milano, Edizioni Paoline, 1990, ora in M. BALDINI (a cura di), *Il nuovo imprenditore cit.*, p. 144. Sul punto, v. già l'indicazione di B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Torino, Einaudi, 2005, dove – parlando di abitudini, affetti e indipendenza degli individui – si sostiene che l'autorità “deve portare su tutti questi oggetti una mano più prudente e leggera”.

²¹¹ Sul punto merita una rilettura G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Opere cit.*, V, pp. 485 ss., richiamato anche da S. SATTA, *Giuseppe Capograssi*, in S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista cit.*, p. 425. Così, anche W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana, cit.*, p. 131: “[...] manca la giusta serietà con cui il singolo contrappone i propri doveri verso tutte le comunità (dalla famiglia allo Stato) ai propri diritti, reclamati con tanto maggiore insistenza”.

²¹² Cfr. P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy cit.*, p. 123 ss., dove si affronta la questione del rapporto etica ed economia nella teoria della decisione, alla luce del problema dei “*side effects as decision problems*”.

²¹³ La formula è ripresa da W. ROEPKE, *La crisi sociale del nostro tempo cit.*, pp. 64-65 il quale, elaborando i caratteri di una terza via (l'economia sociale di mercato) ha sostenuto che per il funzionamento dei mercati non si possa prescindere da un forte inquadramento morale-politico-istituzionale i cui elementi costitutivi sarebbero “un minimo di onestà in affari, un forte Stato, un'intelligente ‘polizia dei mercati’” e un “diritto profondamente meditato e conforme alla costituzione economica”.

²¹⁴ H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1967, p. 119 ss. che descrive i vari tipi di razionalità limitata; sul punto v. S. LOMBARDINI, *La morale, l'economia e la politica cit.*, p. 148, dove si affronta il tema dell'“etica come momento centrale della <razionalità primaria>”. V. ancora P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy cit.*, p. 54 ss.

²¹⁵ Così, S. ZAMAGNI, *La svolta antropologica in economia. Il ritorno della relazionalità*, in *La società degli individui*, 2/2005, p. 81.

sulle motivazioni e sui fini dell'azione umana²¹⁶ che dalla razionalità economica può cogliere suggestioni metodologiche ma che questa travalica. La disciplina del mercato è disciplina strumentale, fundamentalmente neutra²¹⁷, che si combina con sistemi di valori²¹⁸; la moralità o l'immoralità non definiscono il mercato ma coloro che vi operano²¹⁹. E la morale che occorre al mercato (cioè, che occorre alle imprese, ai consumi, alle procedure) trova un ancoraggio nel diritto, ma non ne è un prodotto²²⁰.

Il diritto non può più ignorare questa indagine²²¹, né può eluderla attraverso la evocazione di una volontà di riforma che continuamente viene procrastina-

²¹⁶ La questione della razionalità economica è direttamente investita da una spinta volta ad aprire una prospettiva meno angusta e, al contempo, più realistica di quella affermatasi sulla scorta dell'utilitarismo: sul punto, v. il contributo di L. STURZO, *Eticità delle leggi economiche*, in *Sociologia*, 1958, p. 247, dove si sostiene che la moralità consiste nella razionalità dell'azione. V., ancora, A. SEN, *Etica ed economia cit.*, pp. 18-20 dove si parla di "comportamento economico e razionalità". V., infine, A. FAZIO, *Razionalità economica e solidarietà*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

²¹⁷ Si rammenta che il richiamo al principio di concorrenza ha consentito di costruire modelli di economia e società fortemente differenziati (si pensi agli Stati Uniti e alla Unione europea), sul punto v. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998. A tale proposito v. C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza* (cd. Legge antitrust), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 54.

²¹⁸ Questo è l'approccio dato da E. CARDI, *Mercati ed istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2005; v. inoltre P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 85, G. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, I, p. 15, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Rass. dir. pubbl.*, 2000, p. 399. V. ancora, F. VON HAYEK, *Conoscenza, competizione e libertà*, a cura di D. Antiseri e L. Infantino, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, p. 101: il mercato non è privo di fini, di valori e di scopi, il "cosmos del mercato non è, e non potrebbe essere governato da [una] unica scala di fini; esso serve gli scopi separati e incommensurabili di tutti i suoi singoli membri" Hayek parla, in proposito, di catallassi quale scienza che studia l'ordine del mercato: con tale termine si intendeva "non solo 'scambiare' ma anche 'ammettere nella comunità' [...] una catallassi è quindi un tipo speciale di ordine spontaneo prodotto dal mercato tramite individui che agiscono secondo le norme del diritto di proprietà, di responsabilità extracontrattuale e delle obbligazioni".

²¹⁹ Cfr. sul punto G. CALABRESI-P. BOBBIT, *Tragic choices*, New York, W.W. Norton & co., 1978, traduzione italiana a cura di C.S. Mazzoni-V. Varano, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 10 dove si afferma che "anche l'onestà è ambivalente. Ha la rimarchevole qualità di poter essere abbandonata per alcuni problemi, senza essere cancellata per tutti. In questo modo può sempre servire alla scelta tragica nella misura in cui può essere disconosciuta".

²²⁰ Sul punto v. la posizione di GUIDO ROSSI, *Il conflitto epidemico cit.*, pp. 116-117 e la critica di L. FRANZESE, *L'aporia del 'conflitto epidemico' di Guido Rossi ovvero il mercato tra legge sovrana e moralità individuale*, in *Jus*, 2004, p. 161. Meritano una rilettura gli scritti di Angelo Costa, in particolare A. COSTA, *L'imprenditore e la sua formazione professionale, morale e psicologica*, in *Scritti e discorsi*, a cura di Franco Mattei, Milano, Angeli, 1981, vol. V, p. 441 (Relazione sul tema 'Idee ispiratrici e valori fondamentali del mondo del lavoro').

²²¹ Sull'argomento v. anche T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Riv. dir. lavor.*, 1958, p. 281: "il giurista – e proprio perché, come torneremo a notare, non può prescindere dai giudizi di valore – non può rimanere neutrale di fronte ad una od altra concezione della fun-

ta²²²: “[...] soltanto quando esercita funzioni legislative l’uomo esce dallo stato di minorità, che altrimenti non lo abbandona”²²³.

Dunque, se la strada della morale prodotta dal diritto è un inganno, il diritto deve, da un lato, riappropriarsi pienamente del proprio ruolo nei riguardi dell’economia²²⁴, dall’altro, riconoscere i suoi limiti²²⁵: un diritto poco invasivo, richiesto dalla espansione della libertà nella relazione con l’autorità²²⁶; un diritto

zione del diritto e così di fronte ad una od altra funzione del diritto rispetto al processo economico”. Suggestioni giungono da A. PIZZORNO, *La felicità calcolata*, in G. DOSI-M.C. MARCUZZO, *L’economia e la politica. Saggi in onore di Michele Salvati*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 187.

²²² Cfr. T. ASCARELLI, *Certeza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, p. 1255: “l’inflazione legislativa costituisce così a sua volta una caratteristica interna del sistema; è cioè in funzione di un’economia regolata e – quali che possa esserne i nomi – perdura quanto un’economia regolata”. V., anche, N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica cit.*, ha ampiamente svolto questo tema: a p. 25, a proposito della “ossessiva volontà di riforma”, si afferma che “le leggi non hanno durata né stabilità: esse sono immerse in un processo continuo, in un’attesa mai soddisfatta e placata”; a p. 44-45, si sostiene che “l’assenza di durata storica costringe il pragmatismo, per l’appunto, a una continua *praxis*, a un formare e ri-formare senza alcuna tregua, a un ininterrotto costruire e distruggere. Il ‘riformismo’ è l’anima ansiosa del pragmatismo”.

²²³ F. CARNELUTTI, *Certeza, autonomia, libertà, diritto*, in *Il diritto dell’economia*, 1956, p. 1195.

²²⁴ A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, p. 73: “la giustificazione dell’ordine economico basato sul mercato non riguarda oggi la sua efficienza – che è fuori discussione – ma la sua moralità: le scelte economiche sono scelte politiche, scelte etiche, scelte ecologiche”. Sul punto v. le riflessioni di T. ASCARELLI, *Certeza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica cit.*, p. 1241, in particolare dove si afferma che “diritto è sempre reazione contro il disordine”, V. anche P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950, p. 488: “Il legislatore deve conoscere, prima che la tecnica giuridica, la psicologia e l’economia del suo popolo: e soprattutto non può limitarsi ad essere un giurista puro l’avvocato, il quale deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico e originale, che dinanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente”. Infine, Z. BAUMAN, *La società dell’incerteza cit.*, p. 77: “il ‘diritto umano’ come cominciamo a capire oggi, non è un prodotto della legislazione, ma proprio l’opposto: è ciò che stabilisce limiti ‘alla forza, alle leggi stabilite, ai discorsi politici’ e ai diritti ‘fondati’ (senza badare a chi possiede o esige, o si appropria della prerogativa di ‘fondarli’ con autorità)”.

²²⁵ La questione viene svolta in chiave problematica da S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto cit.*, p. 16; G. CONTE, *La disciplina dell’attività d’impresa tra etica, diritto ed economia cit.*, p. 7 parla di “parabola declinante” della concezione “giuspositivista di impronta statualistica”, F. RICCOBONO, *I diritti e lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 38, afferma “v’è forse un eccesso di fiducia nella missione democratica del diritto e nella duttilità della categoria giuridica a passare da strumento della volontà statale a veicolo principale di un progetto di liberazione universale”. Così, peraltro, argomentava A. ROSMINI, *Filosofia della politica*, Milano, Rusconi, 1985, p. 223: “Non basta adunque che l’uomo sia pervenuto a conoscere qualche suo diritto, acciocché egli sappia operare bene; egli è necessario che nello stesso tempo abbia a pieno conosciuto i *limiti* di quel suo diritto, e con essi il *modo* di farne uso: ed è questo che viene insegnato dalla sola morale”.

²²⁶ Il riferimento è alla nota polemica che vide opporre Croce ad Einaudi circa il contenuto del liberalismo, su cui v. G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 272 ss. e W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L’umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 187 ss.

meditato, in grado di rappresentare (e per quanto possibile evitare) esiti non intenzionali²²⁷; un diritto applicato, capace attraverso l'*enforcement* di rispondere all'attesa di certezza e, con ciò, entrare con percentuali significative nel calcolo del rischio individuale; un diritto che escluda l'esistenza di soggetti *too big to fail*²²⁸, i quali – in fatto – risultino *legibus soluti*. Un diritto, infine, che si misuri con la prospettiva degli incentivi nella regolazione²²⁹.

²²⁷ Sul punto v. il contributo di G. PUGLIESE, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 120: "[...] l'economicità del fatto, muovendo interessi che più insistentemente chiedono di essere soddisfatti e causando un più intenso ritmo di trasformazioni, rende più probabile e nello stesso tempo più grave uno sfasamento fra norma e fatto". Sulla questione degli esiti inintenzionali, v. D. ANTISERI, *Cosa vuol dire essere razionali*, in D. ANTISERI-R. DAHRENDORF, *Il filo della ragione*, Milano, Reser, 1994, p. 28 ss. Si v., infine, la constatazione di N. IRTI, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 128: "caduti i vincoli dell'unità, consumiamo norme al pari di qualsiasi altra merce". V., infine, F. JULLIEN, *Trattato dell'efficacia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 103, dove si sviluppa in chiave generale l'argomento della rinuncia "al dirigismo dell'azione".

²²⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *Il fine nel diritto*, in *Discorsi intorno al diritto cit.*, III, p. 43: "La differenza tra l'etica e il diritto è, come tutti sanno, sul punto della sanzione. Il diritto, per imporre l'etica all'economia, si serve dell'economia. Il sistema delle sanzioni consiste nel creare degli interessi all'osservanza dei precetti giuridici. Le difficoltà del collocamento del diritto nel gran quadro della realtà, a cominciare dal famoso disorientamento del Croce, dipendono precisamente dall'ambiguità del fenomeno giuridico, campato come un ponte fra l'etica e l'economia: esso ha i fini dell'etica e i mezzi dell'economia". Sul punto v. C.R. SUNSTEIN (ed. by), *Behavioral law & economics*, Cambridge University Press, 2000. V. anche C. JOLLS-C.R. SUNSTEIN-R. THALER, *A behavioral approach to law and economics*, in E.A. POSNER (ed. by), *Law and economics*, Ashgate, 2001, p. 295, in particolare dove parla delle differenze tra "*homo economicus and real people*". V. anche BENEDETTO XVI, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore cit.*, p. 136, dove si afferma: "questa predicazione è perciò anche annuncio del giudizio, annuncio della nostra responsabilità. L'uomo non può fare o non fare ciò che vuole. Egli sarà giudicato. Egli deve rendere conto. Questa certezza ha valore per i potenti così come per i semplici. Ove essa è onorata, sono tracciati i limiti di ogni potere di questo mondo". V. ancora A. HAMLIN, *Moral motives and political mechanism*, in P. KOSLOWSKI, *Contemporary economic ethics and business ethics cit.*, p. 22-23, dove si svolgono considerazioni sul "costo" del comportamento morale: "*just as with any other desire, the satisfaction of the desire to act as morality requires will generally carry a cost in terms of other desires forgone. And, just as in the case of other desires, the moral desire will be more likely to be effective (that is, moral action is more likely to result) the lower is that cost*". Una importante applicazione di questi temi si ha proprio nel caso del *too big to fail*, specie di *moral bazaar*, il quale pone il problema di un assetto regolatorio tale da consentire sempre un giudizio sulla condotta imprenditoriale (tradotto nello slogan "se sono troppo grandi per fallire sono troppo grandi per esistere"). Sul punto v. G.J. STERN-R.J. FELDMAN, *Too big to fail: the bazards of bank bailouts*, Washington, Brookings Institution Press, 2004.

²²⁹ Sul punto, v. J.J. LAFFONT-J. TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, The MIT Press, 1993. V. anche R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009, in particolare, p. 82 ss. Una ricostruzione della questione più generale è in C.R. SUNSTEIN-R.H. THALER, *Libertarian paternalism is not an oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 2003, p. 1160, dove si propone "[...] a form of paternalism, libertarian in spirit, that should be acceptable to those who are firmly committed to freedom of choice on grounds of either autonomy or welfare".

La evocata “svolta etica”²³⁰ anche negli studi di diritto dovrà, peraltro, evitare con accuratezza alcune strade ingannevoli:

- 1) rincorrere un diritto moralistico, contaminato dal desiderio di giuridificare la morale²³¹;
- 2) sottostimare l'importanza di riproporre al dibattito pubblico, anche giuridico, le domande fondative dell'esperienza umana, superando il “complesso di inferiorità” che ha caratterizzato la riflessione contemporanea²³²;
- 3) decentrare il problema etico alle professioni.

La ricerca del fondamento²³³ e della giustizia²³⁴ appare ancora oscillare tra il

²³⁰ Così, M. BARBERIS, *Etica per giuristi cit.*, p. IX.

²³¹ Una critica viene svolta da N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica cit.*, p. 49 ss. “ai così detti ‘valori condivisi’. Infida e ambigua espressione con cui, da un lato, si afferma un principio assoluto e, dall'altro, si costruisce tale principio su una certa quantità di consenso”; e ancora N. IRTI, *Nichilismo giuridico cit.*, p. 105: “se sono universali non sono diritti; se sono diritti non sono universali”. Sul punto si richiama ancora A. PASSERIN D'ENTREVES, *Morale, diritto ed economia cit.*, p. 342. V., infine, il significativo intervento di S. CASSESE, *L'etica pubblica cit.*, p. 1099, dove critica l'“[...] atteggiamento scettico che va vinto se si crede che l'etica pubblica possa essere fissata anche in regole”.

²³² J. GUITTON, *Arte nuova di pensare cit.*, p. 74: “Quello che non siamo ancora, quello che ci appare come lo scopo, l'ideale e il compimento del nostro essere [...] ecco ciò che ci definisce, ecco ciò che siamo [...] la natura è fatta di questa divergenza in cui si trova iscritta già la necessità per ogni essere del mondo morale di rinunciare volontariamente a una parte di sé per salvare l'altra, che è la vera”. V., ancora, L. VON MISES, *Individuo, mercato e Stato di diritto cit.*, p. 44, dove si afferma che se gli uomini “godessero di una felicità completa [...] sarebbero senza volontà, senza desiderio, senza azione”. V., inoltre, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, p. 5, che ha richiamato l'attenzione su “[...] una specie di inconfessato complesso d'inferiorità del pensiero moderno, timoroso di essere inadatto alla riflessione morale come tale, per essere fornito di una sua precettiva etica, per esser sfornito di una soluzione del problema morale da offrire come la soluzione sua”, riportato in A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.*, pp. 75-76, dove sostiene che il “fallimento della morale dell'obbligo [...] potrebbe essere interpretato come un aspetto della crisi della concezione moderna della ‘Ragione’: formale, soggettiva, calcolante”; una conferma deriva dalla tendenza a non offrire contributi impegnativi, v. infine M. BARBERIS, *Etica per giuristi cit.*, p. X definisce il suo lavoro “una (meta)etica minima, portatile e senza troppe pretese”. G. ZAGREBELSKI, *Il ‘crucifige’ e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, p. 75, descrivendo l'atteggiamento di Pilato lo definisce “a un tempo, scettico di fronte alla verità e tiepido di fronte alla giustizia”. Infine, G. PREZZOLINI, *Cristo e/o Machiavelli*, Palermo, Sellerio editore, 2004, p. 138: “Farsi buoni, ecco quello che non riesce a nessuna dottrina, a nessun partito, a nessuno Stato”.

²³³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Il fine nel diritto*, in *Discorsi intorno al diritto cit.*, III, p. 32, dove sostiene che la “mancanza di fondazioni” costituisce “il difetto più grave della scienza del diritto”. V. anche S. SATTÀ, *Limiti naturali del legislatore*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista cit.*, p. 72 ss. e S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto cit.*, p. 12, dove parla di un “diritto non prigioniero delle occasioni o di interessi frammentari, che guarda lontano e al quale, quindi, non si può e non si deve ricorrere come a uno strumento di piccola gestione, di soddisfazione di domande particolari”.

²³⁴ La questione era già chiarita in S. AGOSTINO, *La città di Dio*, Roma, Edizioni Paoline, 1979, IV,4, p. 215: “Bandita la giustizia che altro sono i regni se non grandi associazioni di delinquenti?”. Trattano dell'argomento, G. MAZZOCCHI-A. VILLANI (a cura di), *Etica, economia, principi di giustizia*,

polo della naturalità giuridica e il polo del primato del diritto positivo e anche le soluzioni che ambiscono a trovare un fondamento sui diritti non mancano di presentare aporie, espressione di questa ambiguità di fondo²³⁵. In luogo di una teoria della giustizia si afferma una più praticabile *idea of justice*²³⁶, volta non più a realizzare una giustizia ideale ma a rimediare alle concrete forme di ingiustizia.

Tra i passaggi cruciali per transitare fuori dall'*impasse* vi sarà rivedere il rapporto con la dimensione religiosa²³⁷ riconoscendone la razionalità²³⁸ e – in particolare – la capacità di coniugare fiducia nella libertà con la conoscenza sedimentata delle insidie che nella libertà risiedono²³⁹: proprio in questa dimen-

Milano, Franco Angeli, 2001. La tendenziale irrazionalità del formalismo giuridico kelseniano – rilevata da GUIDO ROSSI, *Il gioco delle regole cit.*, p. 32 – sarebbe rifluita nella visione della giustizia come giustizia procedurale (J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2004, in particolare p. 84 ss.), foriera di esiti nichilistici (N. IRTI, *Nichilismo giuridico cit.*, pp. 26 e 35). Sul punto, v. A. GIULIANI, *Giustizia e ordine economico cit.* p. 102, dove si descrive la coincidenza dell'utilità con la giustizia. Per altro verso, rimane una provocazione di R. MARX, *Il capitale. Una critica cristiana alle ragioni del mercato cit.*, p. 126, dove si sostiene che “la ‘società giusta’ fa parte delle idee normative irrinunciabili della politica”. V. anche BENEDETTO XVI, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore cit.*, p. 56, dove si descrive la figura di Pilato come “figura emblematica della democrazia relativistica e scettica, che non si fonda su valori né sulla verità, bensì sulle procedure”.

²³⁵ Sul punto v. la lettura critica di M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea cit.*, p. 125, dove si afferma che “per fungere da strumento di legittimazione politica, in alternativa alla democrazia, i diritti devono configurarsi come vaghe idealità morali, suscettibili di consenso universale [...] sembrano mancare ricostruzioni specificamente giuridiche”. V. ancora G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana cit.*, p. 784, si domanda: “che cosa giudicheremmo oggi più realistico? Il miraggio della abbondanza o il ‘vecchio’ postulato della scarsità dei beni e della illimitatezza dei desideri?”. N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica cit.*, p. 27 ha affermato che “la ‘spinta propulsiva’ e l'efficacia innovatrice della Carta sono ormai consunte”; sul punto v., infine, F. RICCOBONO, *I diritti e lo Stato cit.*, p. 41 ss., dove si affronta problematicamente il tema della “legittimazione attraverso diritti umani?”.

²³⁶ A. SEN, *The idea of justice*, 2009, Harvard University Press.

²³⁷ N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica cit.*, p. 73 e W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 133. V., sul punto, G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Bari, Giuseppe Laterza e figli, 1945, p. 424: “pochi hanno inteso che, anche di fronte allo stato razionale e liberale, ogni compito critico e limitativo della ragione non fosse esaurito, anzi si rendesse più necessario”.

²³⁸ Cfr. J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale cit.*, pp. 39-40, G. AMATO, *Un altro mondo è possibile. Parole per capire e per cambiare cit.*, pp. 129-131 in cui si osserva che “dal punto di vista tutto terreno del governo collettivo, il radicamento del sentimento religioso e l'osservanza che esso consegue dei principi morali è un fattore di pregiudiziale tenuta del tessuto sociale, che concorre in modo determinante a quello stesso governo”; sul punto v. ancora G. TREMONTI, *La paura e la speranza cit.*, p. 81 e G.M. FLICK, *Caritas in veritate: una risposta laica alla crisi globale*, in www.federalismi.it.

²³⁹ Cfr. J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale cit.*, p. 34, S. LATOUCHE, *Giustizia senza limiti. La sfida dell'etica in una economia mondializzata cit.*, p. 73, P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni cit.*, pp. 446-447. Accanto a più tradizionali suggestioni, quali quelle di B. PASCAL, *Pensieri cit.*, n. 450, p. 173: “Se non si riconosce di esser pieni di superba ambizione, di

sione la moralità è efficienza di lungo periodo²⁴⁰ e l'economia o è morale o è destinata a rivelarsi usura²⁴¹.

Nella risposta antropologica²⁴² è, dunque, una delle sfide del diritto di domani.

Accantonando la questione della libertà del male il diritto ha smarrito la sua funzione²⁴³, lo Stato non riconosce i suoi confini²⁴⁴.

concupiscenza, di debolezza, di miseria e di ingiustizia, si è ben ciechi. E se conoscendolo, non si desidera di esserne liberati, che cosa si può dire di un uomo?", occorre rileggere il contributo del pensiero cattolico-liberale: da A. ROSMINI, *Filosofia della politica cit.*, p. 209 e 225, a W. ROEPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 97, a A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, libro II, Milano, BUR, 1998, p. 290 ss. Da ultimo, l'importante lavoro di R. SPEAMANN, *La diceria immortale. La questione di Dio o l'inganno della modernità*, Siena, Cantagalli, 2008.

²⁴⁰ Cfr. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica cit.*, p. 1262. Sul punto si veda L. STURZO, *Economia e moralità, dattiloscritto del 15 maggio 1959*, pubblicato due giorni dopo la sua morte, il 10 agosto 1959 (Via Aperta), ora in *Politica di questi anni. Consensi e critiche (dal gennaio 1957 all'agosto 1959)*, Roma, Gangemi editore, 1998, p. 497, A. PETRONI, *Le ragioni morali del capitalismo*, in *Etica ed economia. Mercato e finanza per lo sviluppo e l'occupazione: i comportamenti etici nella nuova Europa*, Foligno, 10 novembre 1995, Nemetria, pp. 66-68, F. JULLIEN, *Trattato dell'efficacia cit.*, p. 42, in cui si conferma l'esistenza di due distinte questioni: "quella della qualità del fine, che a rigor di termini è di ordine morale, e quella dell'efficacia dei mezzi, moralmente neutra e di ordine tecnico". V., ancora J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 327 ss, dove si sviluppa il tema della "bontà come razionalità".

²⁴¹ Cfr. L. STURZO, *Economia e morale cit.*, p. 188-189.

²⁴² Di questa prospettiva è ricco il lavoro di A. SEN, *Etica ed economia cit.*, p. 109; v. anche P. KOSLOWSKI, *Principles of ethical economy cit.*, p. 244; S. ZAMAGNI, *La svolta antropologica in economia. Il ritorno della relazionalità cit.*; S. LOMBARDINI, *La morale, l'economia e la politica cit.*, p. 5, dove si afferma che "l'economia pura è una pericolosa illusione. Non vi è teoria economica che non abbia alla base, più o meno esplicitata, una particolare concezione antropologica"; F. CAPRIGLIONE, *Etica, finanza e nuovo umanesimo cit.*, p. 27 parla di "riscoperta dell'uomo". V. ancora L. ORNAGHIA, A. QUADRIO CURZIO, *Prefazione a W. ROEPKE, Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana cit.*, p. 7. V. ancora, P. GRASSELLI (a cura di), *Economia e concezione dell'uomo*, Milano, Franco Angeli, 2007. Una tra le prime sperimentazioni di questo nuovo approccio in ambito giuridico è svolta da R. LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale*, Milano, Giuffrè, 2009, in particolare, p. V, dove si afferma che "le scienze sociali hanno ad oggetto i comportamenti, ed i "materiali" legislativi, giurisprudenziali, dottrinali o amministrativi, sono uno strumento per poterli prevedere, ma rischiano di farli passare in secondo piano, e di far perdere una visione d'insieme".

²⁴³ Cfr. J.L. MASHAW, *Structuring a 'dense complexity': accountability and the project of administrative law*, in *Issues in legal scholarship*, 2005, p. 5, dove si afferma che "State power that lacks this liberal pedigree, state coercion without consent, or state action that undetermines the necessary conditions for the maintenance of citizen autonomy, and with it the capacity for authentic consent, is illegitimate. It is the job of public law in liberal state to prevent or redress this illegitimate exercises of state power".

²⁴⁴ G. CAPOGRASSI, *Il ritorno di Silvio Spaventa cit.*, p. 14: "Che cosa è lo Stato vuol dire che cosa è l'uomo". Sul punto v. anche le riflessioni svolte da G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo cit.*, p. 248: "[...] la teoria economica non fornisce una risposta alla domanda su dove dovrebbero porsi i confini economici dello Stato [...] tutto dipende da giudizi di valore"; è, peraltro,

Per far da ponte ancora, tra la morale e l'economia, il diritto dovrà, così, semplicemente cessare di credersi "causa e fine di sé. Ecco tutto"²⁴⁵.

**NI ANGE, NI BÊTE.
SOME NOTES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN MORAL,
ECONOMY AND LAW (FROM A PUBLIC LAW POINT OF VIEW)**

by Maria De Benedetto

Abstract

Since its inception economy has been considered a part of moral philosophy. What has happened? Why has the main problem of the market become a moral one? The paper analyses the development of the relationship between moral, economy and law, adopting a public law point of view and dividing the question into three sections.

The first question concerns the moral of the merchant (and also the moral-political-institutional framework of social market economy, as described by Roepke, that requests a minimum amount of honesty in business). The second question relates to the moral of the consumer (and also the ambiguity of the institutional approach to this question). The third deals with the moral of the regulator (referring to ethic codes and facing the problems of creative compliance and regulation failures).

The conclusion is that law (and more specifically public law) has to act properly as mediator between economy and moral, never forgetting the relevance of its enforcement and never aiming to replace moral.

ivi richiamato il lavoro di D. HELM, *The economic borders of the State*, traduzione italiana in G. PENNELLA (a cura di), *Regolazione e/o privatizzazione, Quaderni di Problemi di amministrazione pubblica*, n. 18, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 29

²⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto cit.*, p. 33.

La disciplina sulle energie rinnovabili
nella dinamica delle fonti del diritto.
La legislazione regionale nella morsa della sussidiarietà?

di Ornella Spataro

SOMMARIO: 1. Premessa. La disciplina delle energie rinnovabili al centro di un groviglio problematico, tra questioni sostanziali e questioni connesse alla dinamica delle fonti. – 2. Il superamento sostanziale, ad opera della giurisprudenza costituzionale, del riparto delle competenze in materia di energia. La chiamata in sussidiarietà e le incertezze connesse alla molteplicità ed eterogeneità delle sedi concertative previste dalle disposizioni relative alle energie rinnovabili. – 3. La questione del ruolo dei diversi livelli istituzionali dinanzi alla stratificazione di interessi sottesa alla materia delle energie rinnovabili. La mancata realizzazione dei moduli concertativi preconizzati dalla Corte costituzionale: sussidiarietà senza leale collaborazione? – 4. Considerazioni conclusive: le linee guida ministeriali tra profili contenutistici e incertezze di fondo.

1. *Premessa. La disciplina sulle energie rinnovabili al centro di un groviglio problematico, tra questioni sostanziali e questioni connesse alla dinamica delle fonti*

Fin dal varo della revisione costituzionale del 2001¹ la disciplina dell'energia si è evidenziata come uno dei punti di maggiore debolezza del nuovo riparto

¹ Com'è noto, il testo originario della Costituzione conteneva un riferimento alle "fonti di energia" solo all'art. 43, a proposito della pubblicizzazione di attività produttive. L'art. 117, nella vecchia formulazione, non includeva l'energia tra le materie oggetto di legislazione regionale; se ne deduceva, *a contrario*, la titolarità esclusiva in capo allo Stato. Ciò non aveva impedito il formarsi di un corposo contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni in tutti i casi in cui vi fosse un collegamento tra l'energia ed altri settori materiali di competenza delle Regioni (è il caso dell'urbanistica, dei lavori pubblici di interesse regionale, miniere, cave e torbiere, agricoltura). Sul punto v., approfonditamente, A. COLAVECCHIO, *Il nuovo(?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia"*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, p. 3 e ss.

delle competenze normative², tanto da dare luogo a numerosi interventi della Corte costituzionale³.

In particolare, si è posta all'attenzione, negli ultimi tempi, la questione relativa alla produzione di energia da fonti rinnovabili.

Il recente susseguirsi di una serie di pronunce della Corte costituzionale ha costituito lo spunto per focalizzare alcuni dei profili di interesse sottesi alla materia *de qua*: essa, infatti, oltre a presentare una intrinseca dimensione di complessità, connessa alla sua stessa configurazione, interseca alcune delle questioni che, attualmente, si pongono come cruciali nella strutturazione dell'assetto delle fonti del diritto.

Sotto il primo dei due profili considerati, non si può fare a meno di rilevare come quella delle energie rinnovabili sia una materia relativamente nuova alla

² Non sono mancate, in dottrina, posizioni fortemente critiche circa l'inserimento della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» tra le materie oggetto di potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, fondate sulla problematicità del riparto delle competenze in un settore caratterizzato da istanze unitarie particolarmente pregnanti. Nella consapevolezza di ciò la revisione costituzionale del 2005, non confermata in sede referendaria nel 2006, ripristinava la competenza esclusiva dello Stato nella materia *de qua*. Ritengono incongrua l'attribuzione alla competenza concorrente della materia relativa alla produzione e al trasporto nazionale dell'energia S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, p. 498 e ss.; L. ELIA, *Introduzione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed Enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, p. 12; C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore, riformiamo la riforma*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 393 e ss.; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, p. 336 e ss.; A. COLAVECCHIO, *Il nuovo(?) riparto di competenze*, cit. p. 18 e ss. Per altro verso, si può ritenere che la *ratio* dell'articolazione della potestà normativa *de qua* risieda nella consapevolezza che essa interseca necessariamente molte delle competenze regionali, secondo una commistione che si era già manifestata prima della revisione costituzionale del 2001, dando luogo a plurimi interventi della Corte costituzionale, che, pur ribadendo la titolarità esclusiva in capo allo Stato della competenza in materia di energia, aveva sottolineato la necessità di un coordinamento procedurale tra i vari enti pubblici secondo il principio della leale collaborazione. Cfr. A. COLAVECCHIO, *Il nuovo (?) riparto*, cit., p. 8 e ss.

³ Cfr., *ex multis*, la sentenza n. 6 del 2004, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 105 e ss., commentata da S. AGOSTA, *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (Brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, in www.forumcostituzionale.it; O. CHessa, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, p. 941 e ss.; F. BILANCIA, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 137 e ss.; e, *ivi*, p. 146 e ss., F. DE LEONARDIS, *La Consulta tra interesse nazionale ed energia*; e E. PESARESI, *Nel regionalismo a tendenza duale, il difficile equilibrio tra unità ed autonomia*, p. 153 e ss. Cfr. pure la sentenza n. 383 del 2005, in *Le Regioni*, 2006, p. 405 e ss., con nota di Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*. Ancora, sulla materia relativa all'energia, la sentenza n. 103 del 2006; le sentenze nn. 246 e 248 del 2006; la sentenza n. 168 del 2008; le sentenze nn. 225, 282, 339 del 2009.

regolamentazione giuridica⁴; tale novità accentua lo spessore problematico che essa sottende: è evidente, infatti, ogni tentativo di disciplina sconta le incertezze legate alla base tecnico-scientifica⁵ da cui occorre muovere per compiere le scelte normative più rispondenti all'obiettivo di implementare la produzione di energia secondo modalità il più possibile rispettose dell'ambiente⁶.

Ciò comporta il rischio che il dibattito politico sconfini nell'insidioso terreno delle convinzioni, e, dunque, dei valori, laddove posizioni preconcepite sulle relazioni tra scienza e diritto possono condizionare la disciplina delle politiche pubbliche, in particolar modo in casi, come quello in esame, ove ampi margini di incertezza si riscontrano sia relativamente ai presupposti sia relativamente ai procedimenti, sia relativamente agli effetti delle tecniche di volta in volta considerate; ed è ovvio che, quando le incertezze scientifiche devono tradursi in paradigmi giuridici, il dibattito assume toni particolarmente controversi.

Tutto ciò alimenta le criticità che si addensano attorno alla materia delle energie rinnovabili, amplificando le incertezze connesse alla definizione sostanziale della materia, definizione che presuppone una difficile composizione di interessi differenziati, legati al mondo dell'economia e delle imprese, alla scienza, alla tecnica, e al modo in cui essi si rapportano con gli istituti dell'ordinamento giuridico.

A questi condizionamenti, con cui il legislatore che voglia approcciarsi alla materia deve inevitabilmente fare i conti, se ne aggiungono altri, e di non poco momento, connessi all'importanza delle questioni e dei principi giuridici che il tema delle energie rinnovabili coinvolge, questioni e principi che nella maggior parte dei casi non sono interamente sacrificabili l'uno all'altro, anzi, al contrario, assumendo per lo più un'importanza fondamentale per l'ordinamento giuridico, sono difficilmente suscettibili di una graduazione gerarchica.

A fare da sfondo alla tematica delle energie rinnovabili vi sono plurime problematiche, a loro volta oggetto di riflessione dottrinale e di un'evoluzione giurisprudenziale talora ancora *in fieri*; inoltre, ciascuna di esse si relaziona diversamente con l'argomento che qui ci interessa, e, dunque, è portatrice di

⁴ Cfr., per maggiori approfondimenti, N. GRECO, P. BIONDINI, *Categorie e tecniche del diritto per l'inquadramento e la disciplina delle "fonti energetiche rinnovabili" a fronte della tutela dell'ambiente: "risorse", "legislazione", "regolazione", "norme tecniche"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2008, p. 97 e ss.

⁵ Della circostanza che le energie rinnovabili rappresentano ancora, per molti versi, un campo aperto ed inesplorato si è presa consapevolezza a livello comunitario, stante che l'art. 174 del Trattato lega espressamente «l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali»... alla «predisposizione di una politica ambientale... che tenga conto... dei dati scientifici e tecnici disponibili».

⁶ Cfr. B. BOSCHETTI, *Il governo dell'incertezza nella politica energetica: l'energia tra innovazione e sostenibilità ambientale*, in *Amministrare*, 2009, p. 257 e ss.; M.A. CABIDDU, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, ivi, p. 173 e ss.; D. CALDIROLA, *Energia, clima generazioni future*, ivi, p. 281 e ss.

istanze confliggenti laddove si tenti un complessivo bilanciamento: si pensi, innanzitutto, alla questione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema⁷; dello sviluppo sostenibile⁸; della tutela del paesaggio⁹, ed anche a quella della tutela

⁷ Gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili possono esercitare un impatto non indifferente sull'ecosistema delle aree interessate, a livello di assetto idrogeologico e morfologico, oltre che sul patrimonio forestale e faunistico. Appare importante, dunque, che essi siano progettati nel rispetto di accorgimenti tecnici che limitino il più possibile tali ricadute (ad es. esclusione dei parchi eolici dalle rotte migratorie, limitazione degli sbancamenti, ecc...). D'altronde, non v'è dubbio che la promozione delle energie rinnovabili abbia importantissimi effetti virtuosi, di sistema, sulla tutela dell'ambiente in senso ampio, prestandosi esse ad eliminare gli effetti più inquinanti e dannosi connessi alla produzione delle energie tradizionali. Circa la nozione giuridica di ambiente, è ben noto come essa sia il portato di un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale complessa, che aveva già avuto modo di svolgersi prima del 2001, e che, dopo la revisione del Titolo V, ha conosciuto ulteriori aggiustamenti (v., per tutte, le sentenze della Corte costituzionale nn. 225, 315, 316 del 2009, 101 del 2010). Circa il rapporto di detta potestà esclusiva con le competenze regionali, la Corte ha puntualizzato (v. la sentenza n. 235 del 2009) che la disciplina statale unitaria del bene ambiente deve garantire un livello di tutela inderogabile dalle normative regionali di settore, per cui è inderogabile *in pejus*, e, dunque, si impone all'autonomia delle Regioni e le vincola, anche quando esse esercitino la potestà legislativa loro riconosciuta dallo Stato in altre materie, mentre le Regioni possono intervenire a garantire livelli di tutela più elevati di quelli minimi fissati dallo Stato. Cfr., nell'amplessima letteratura, B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2001; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007; G. ROSSI, *Manuale di diritto ambientale*, Torino, 2008; P. DELL'ANNO, *Elementi di diritto dell'ambiente*, Padova, 2008; ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, Torino, 2008; P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela ambientale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2008, p. 113 e ss.; F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, p. 491 e ss.; S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, I, p. 1114 e ss.

⁸ V., nell'amplessima letteratura in materia, S. QUADRI, *Sviluppo sostenibile ed energia rinnovabile nelle aree protette del Mediterraneo*, in *Il Diritto dell'economia*, 2009, p. 262 e ss. L'Autrice evidenzia come quello di sviluppo sostenibile sia un concetto difficile da inquadrare giuridicamente, i cui contenuti sono a tutt'oggi controversi. Al di là delle dispute teoriche, esso indicherebbe, comunque, la necessità di promuovere un progresso socio-economico compatibile con la tutela dell'ambiente, a salvaguardia delle generazioni future. È di tutta evidenza come le politiche del settore energetico rientrino a pieno titolo in un'ottica siffatta: le fonti tradizionali di energia pongono rilevanti problemi di impatto ambientale, con ricadute importanti sull'integrità delle risorse naturali e sulla salute umana: al contrario, l'impiego delle fonti energetiche rinnovabili può avere effetti determinanti in una prospettiva che coniughi le esigenze di tutela ambientale con quelle di sviluppo socio-economico, e, dunque, muova verso lo sviluppo sostenibile della società. Ciò, peraltro, nella misura in cui identifica interessi che prescindono dai confini degli Stati, costituisce un obiettivo di cui anche la politica internazionale sta prendendo consapevolezza.

⁹ L'impatto più evidente degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili è quello sul paesaggio, basti pensare agli effetti dirompenti di cambiamento che l'installazione di parchi eolici o fotovoltaici determina sul panorama esistente. Circa la definizione giuridica della nozione di paesaggio e la sua distinzione da quella di ambiente, nell'impossibilità, anche in questo caso, di dare conto in maniera esaustiva del relativo dibattito, si rimanda ad alcune indicazioni bibliografiche: A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milano, 1981, *ad vocem*; F. MERUSI, *sub art. 9. Principi fondamentali*, (art. 1-12), in *Commentario alla Costituzione fondato da Branca*, Bolo-

della concorrenza¹⁰, tutte inevitabilmente coinvolte in qualsivoglia ragionamento preordinato alla configurazione di una disciplina delle energie rinnovabili.

gna, 1975; M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, vol. X, p. 573 e ss.; CARTEI, *Il paesaggio*, in CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, parte spec., Tomo II, 2003, p. 2109 e ss.; MANFREDI, *Il riparto delle competenze in tema di ambiente e paesaggio dopo la revisione del titolo quinto della parte seconda della Costituzione*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2003, p. 516 e ss.; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006. È noto, peraltro, che proprio il tema delle energie rinnovabili ha consentito l'evidenziarsi, nella pratica, di casi giurisprudenziali in cui la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente venivano a collidere: si è trattato, appunto, di situazioni in cui si è particolarmente accentuato il contrasto tra il vantaggio ambientale derivante dalla realizzazione di impianti per la produzione di energie alternative e il danno per il paesaggio connesso all'installazione di pale eoliche. Cfr., sul punto, P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 363 e ss.; Id., *Paesaggio «contro» ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 931 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 889 e ss.; S. NESPOR, *Energia eolica e tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2005, p. 581 e ss.; L. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009, p. 1 e ss.

¹⁰ Com'è noto, anche nel caso della «tutela della concorrenza» ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., è stato decisivo l'intervento della Corte costituzionale, che ha fornito un'interpretazione ampia del relativo ambito di intervento statale, facendovi rientrare, oltre le classiche misure *antitrust*, anche le misure promozionali volte a «ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o instaurare assetti concorrenziali», autorizzando così misure pubbliche volte a favorire gli assetti concorrenziali. Cfr., per tutte, la sentenza n. 14 del 2004. Questa impostazione può avere delle conseguenze anche relativamente al settore dell'energia, dato che rende configurabili interventi statali orientati alla regolazione del mercato. Infatti, la nozione di servizio energetico, quale servizio pubblico economico, integra per definizione un caso di attività imprenditoriale che può anche caratterizzarsi per una gestione pubblica, o in relazione alla quale la disciplina legislativa può configurare un regime speciale che la sottragga, in tutto o in parte, alle dinamiche di mercato. Dunque, il relativo settore economico può delinearsi come sistema misto, ove cioè l'iniziativa economica privata convive o si combina con l'intervento pubblico. Sulle relazioni tra settore energetico e tutela della concorrenza, così come delineate dalla Corte costituzionale, tra l'altro, nella sentenza n. 1 del 2008, v. A. COLAVECCHIO, *Il nuovo(?) Riparto di competenze*, cit., pp.40-44. Sul modo in cui la Corte ha inteso, più in generale, la tutela della concorrenza, v., nell'ampia letteratura, G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 981 e ss.; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14 del 2004)*, in *Le Regioni*, 2004, p. 990 e ss.; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2004, n. 4; G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 265 e ss.; A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono una forma di tutela della concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 259 e ss.; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma*, in *Le Regioni*, 2004, p. 104 e ss.; L. AMMANNATI, *La tutela della concorrenza nella riforma costituzionale: come definire e realizzare un "valore" comune a Stato e Regioni*, in *Studi in onore di G. Berti*, vol. I, Napoli, 2005, p. 33 e ss.; R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra Parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. n. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, p. 791 e ss.; G. LUCHENA, *La "tutela della concorrenza" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. I, Milano, 2008, p. 103 e ss.

Ciascuno dei predetti concetti giuridici appare a sua volta oggetto di evoluzione, rapportandosi al tema delle energie rinnovabili in termini che possono mutare a seconda dello stato delle conoscenze tecniche, in una polarizzazione dialettica che richiede forme di soluzione normativa di volta in volta diverse (si pensi alle mutevoli relazioni tra la tutela dell'ambiente, la tutela del paesaggio e le energie rinnovabili).

Tutte queste difficoltà ed incertezze si riverberano con immediatezza sul piano della disciplina giuridica positiva delle energie rinnovabili, caratterizzata, nel nostro ordinamento, da interventi non sempre organici, volti ora ad incentivare lo sviluppo delle energie rinnovabili anche in via di recepimento delle direttive comunitarie¹¹, ora a fronteggiare situazioni di crisi energetica¹², ora a disciplinare le funzioni di organi ed enti deputati alla ricerca e al controllo nel settore energetico¹³, ora a introdurre elementi di risparmio della spesa pubblica anche nell'ambito delle politiche energetiche, senza che vi sia, a fare da sfondo, una visione prospettica delle questioni sopra considerate.

È mancato, in altri termini, un tentativo di affrontare il tema delle energie rinnovabili secondo una cifra complessiva, capace di attrarre le ragioni e gli interessi contrapposti che si addensano attorno all'argomento in un'ottica inclusiva, che muova dai motivi dello sviluppo sostenibile come valore immanente agli obiettivi legislativi¹⁴, idoneo, come tale, a conformare tutte le scelte relative al settore energetico, considerato non solo sul piano delle modalità della produzione energetica, ma anche su quello dell'organizzazione dei poteri e delle funzioni degli enti in esso a vario titolo coinvolti¹⁵.

La legislazione statale è ben lontana dall'aver affrontato le difficoltà connesse alla definizione sostanziale della materia, alla connessione tra produzione di energie rinnovabili e tutela dell'ambiente¹⁶, o al bilanciamento tra produzione

¹¹ Il riferimento è al D. Lgs. n. 387 del 2003, che ha recepito la Direttiva n. 2001/77/Ce.

¹² Il riferimento è alle leggi n. 55 del 2002, recante «misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema energetico nazionale», e 290 del 2003, di conversione di un Decreto Legge recante «disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica».

¹³ In tal senso il D. Lgs. n. 257 del 2003, relativo al riordino dell'Ente nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente, l'ENEA.

¹⁴ Cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 109 e ss.

¹⁵ La legge n. 239 del 2004, ossia la legge quadro sull'energia, che, com'è noto, fissa i principi fondamentali in materia energetica ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., si limita ad individuare gli obiettivi generali di politica energetica del Paese nell'uso razionale delle risorse territoriali, nella tutela della salute e nel rispetto degli impegni internazionali, anche in tema di incremento delle fonti energetiche rinnovabili, attraverso la ricerca e l'innovazione tecnologica, senza però approfondire le relative tematiche.

¹⁶ Il legame strumentale tra promozione delle energie rinnovabili e tutela dell'ambiente emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (per tutte, CGCE 13 marzo 2001, in causa

di energie rinnovabili e tutela del paesaggio, o, ancora, alla promozione di un mercato concorrenziale pienamente orientato all'incentivazione delle energie rinnovabili, ai fini della tutela ambientale¹⁷; né, ancora, pare che sia adeguatamente valutato un altro aspetto della questione, aspetto che in tempi di emergenza economica è tutt'altro che trascurabile, ovvero quello della connessione tra energie rinnovabili e sviluppo economico sostenibile. In tempi di stagnazione e recessione, infatti, la crescita del settore potrebbe catalizzare un certo incremento occupazionale¹⁸, al contrario, una sua contrazione potrebbe generare effetti resi ancor più gravi dalla contingenza economica negativa¹⁹.

Se, poi, dal piano della definizione materiale ci si sposta a quello della dinamica delle fonti, vi è tutta una serie di elementi che la disciplina delle energie rinnovabili chiama in causa, ciascuno dei quali, a sua volta, si presenta irto di problematicità: il rapporto con le politiche comunitarie sulla materia, anche alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.²⁰; il riparto delle competenze tra

n. C 379-98 *Preussenelektra*): prendendo spunto dalla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, dal Protocollo di Kyoto del 1997, e dalla decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio Ue del 2000 sull'adozione di un programma pluriennale per la promozione delle fonti energetiche rinnovabili, la Corte di Giustizia ha ritenuto che una politica ispirata ad un tale obiettivo non solo è in linea con le esigenze di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, ma è anche del tutto conforme alle disposizioni comunitarie in tema di tutela dell'ambiente.

¹⁷ Cfr. la sentenza n. 88 del 2009, punto 3 del *considerato in diritto*, dove la Corte costituzionale afferma che le direttive dell'Autorità per l'energia «esprimono il punto di sintesi tecnicamente necessario per assicurare...l'assetto concorrenziale del mercato con modalità e forme compatibili rispetto al prioritario obiettivo di incentivare l'impiego delle fonti energetiche rinnovabili, a fini di tutela ambientale».

¹⁸ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Due volte 20 per il 2020. L'opportunità del cambiamento climatico per l'Europa*, Com (2008) 30, 23.1.2008, p. 4, ove si prevede che una quota di energie rinnovabili pari al 20% per il 2020 dovrebbe comportare la creazione di quasi un milione di posti di lavoro.

¹⁹ Non è un caso che alle sentenze recenti della Corte costituzionale siano conseguiti effetti pratici in termini di riduzione delle commesse nazionali, cosa che ha immediatamente avuto ricadute occupazionali sulle aziende produttrici di torri eoliche.

²⁰ Il nuovo Trattato europeo prevede espressamente, all'art. 194, par. 1, lett. c), che la politica dell'Unione nel settore dell'energia intende «promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo delle energie rinnovabili». Fondamentale rilievo nell'armonizzazione del settore delle energie rinnovabili avevano già avuto la Direttiva n. 2001/77 «sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità», e la direttiva n. 2003/30 sull'uso dei biocarburanti e di altri carburanti rinnovabili nei trasporti. Numerose, poi, sono le Comunicazioni della Commissione sul sostegno dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. Da ultimo, è intervenuta sulla materia la direttiva n. 2009/28. Sulla politica comunitaria in tema di energia e sulle sue ricadute nel nostro ordinamento v. F. CAPELLI, *Energie rinnovabili: normativa e compatibilità ambientale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 857 e ss. Sulle relazioni tra politica energetica comunitaria, tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile, v. pure B. Pozzo, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009, p. 873 e ss.

Stato e Regioni e l'applicazione della sussidiarietà in sede legislativa²¹; la necessità, che, comunque, le scelte normative siano adottate all'esito di una procedimentalizzazione che richiede, di necessità, l'intervento degli organi tecnici competenti²²; le ricadute del sistema finanziario, che, in tempi di manovre economiche stringenti, può avere conseguenze di non poco momento sull'implementazione delle energie rinnovabili²³.

Ciascuno di questi punti sarebbe, invero, meritevole di una autonoma trattazione; ci si limiterà, in questa sede, a evidenziare soltanto alcuni profili, prendendo lo spunto dai recenti interventi della Corte costituzionale.

2. *Il superamento sostanziale, ad opera della giurisprudenza costituzionale, del riparto delle competenze secondo l'art. 117, comma 3, Cost. La chiamata in sussidiarietà e le incertezze connesse alla molteplicità ed eterogeneità delle sedi concertative previste dalle disposizioni relative alle energie rinnovabili*

Le scelte costituzionali del 2001 in materia di energia, alimentando le incertezze relative all'esatta configurazione della materia e alla titolarità della relativa competenza normativa, non hanno agevolato, anzi, forse, hanno imbrigliato i processi scientifico-applicativi delle energie rinnovabili, col risultato di affidare un ruolo dirimente alla Corte costituzionale.

²¹ Sul punto v. *infra*, par. 2.

²² L'intervento di organi tecnici potrebbe meglio assicurare la composizione tra i diversi interessi, tutti di primario rilievo, coinvolti dalla materia in questione, garantendo, al tempo stesso, l'assunzione di decisioni ascrivibili non ad una maggioranza politica, ma ad una valutazione ancorata allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche. La normativa vigente non sembra, tuttavia, formulata sulla base di questa consapevolezza. Tutt'al più il rinvio, da parte del D. Lgs. n. 387 del 2003, a successive linee guida, da elaborarsi nell'ambito della Conferenza unificata, volte ad assicurare il corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio, sottende la preferenza per una sorta di regolazione dinamica, meglio adattabile agli interessi in gioco e ai mutamenti degli scenari considerati di volta in volta, rispetto alla staticità della disciplina legislativa. Tale rinvio, però, pone problemi di non poco momento sul piano della dinamica della fonti del diritto. Sul punto v., *infra*, par. 4.

²³ Basti pensare al controverso dibattito sorto in seguito alla decisione del Ministero dell'Economia di inserire nell'ultima manovra finanziaria disposizioni volte a sopprimere il sistema, introdotto dal D.lgs. n. 79 del 1999, che obbligava i produttori di energia ad immettere nel sistema elettrico nazionale quote di energia derivanti da fonti rinnovabili, con il connesso sistema di incentivazione fondato sui c.d. "certificati verdi", per cui i produttori che non avessero raggiunto le percentuali fissate annualmente, dovevano acquistare certificati dai produttori più virtuosi. In particolare, si intendeva liberare il Gestore dei servizi elettrici dall'obbligo di acquistare ad un prezzo prestabilito i certificati rimasti invenduti. La notizia aveva immediatamente creato il panico tra i produttori e le Banche che li avevano finanziati. È vero che tale obbligo, introdotto nel 2008, ha determinato un esborso notevole, ma è altrettanto vero, come emerge dagli studi di Confindustria, che esso è stato compensato in termini di incremento dell'occupazione e degli investimenti.

Come si è visto, i punti principali di criticità si riconnettono alla confluenza sostanziale, nel tema dell'energia, e, segnatamente, dell'energia da fonti rinnovabili, di istanze legate alla materia ambiente, così come di elementi riconducibili ad altri e diversi settori giuridici: tutela del paesaggio, industria, concorrenza, tutela del lavoro, sanità, agricoltura, sviluppo economico, oggetti per i quali vi è una intestazione differenziata dei titoli di legittimazione legislativa²⁴.

Questa complessità, se da un lato pone al legislatore problemi di non poco momento nella disciplina sostanziale della materia considerata, creando una serie di condizionamenti che, finora, ha impedito che si approvasse una disciplina organica delle energie rinnovabili, dall'altro lato, impedisce che si possa individuare un confine preciso tra legislazione statale e legislazione regionale ai sensi dell'art. 117, comma 3.

Ad alimentare l'incertezza ha contribuito poi la scelta del legislatore di non inserire la disciplina delle energie rinnovabili in appositi atti normativi, relativi al solo settore energetico: sovente è accaduto che importanti disposizioni fossero inserite in provvedimenti aventi tutt'altro oggetto²⁵, cosa, questa, che non ha facilitato l'approccio alla questione.

²⁴ Emblematico il caso degli impianti per la produzione di energia nucleare. Al riguardo, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 278 del 2010, ha dovuto districare un complesso intreccio di competenze, stabilendo che la realizzazione e l'esercizio degli impianti nucleari rientrano nella competenza concorrente in materia di energia ex art. 117, comma 3, Cost.; la costruzione e l'esercizio di impianti per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi e per lo smantellamento di impianti nucleari a fine vita rientrano nella competenza esclusiva statale in tema di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, comma 2, lettera s), Cost. Spetta, inoltre, allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. b), Cost., di dichiarare i siti aree di interesse strategico nazionale, e, con riferimento alla localizzazione degli impianti nucleari, spetta sempre allo Stato la predisposizione di una disciplina finalizzata alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico, con particolare riferimento ai siti ove viene trattata l'energia nucleare, ovvero dove sono depositati rifiuti radioattivi, dati i pericoli che potrebbero scaturire da un indebito trattamento di tali fonti e materiali (v. anche le sentt. n. 383 del 2005 e n. 6 del 2004). La Corte non ha mancato poi di rilevare possibili profili di interferenza con altre materie legislative: difatti, secondo la stessa sentenza, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività costituisce "governo del territorio", ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. (cfr. la sent. n. 397/2003); mentre eventuali norme idonee a preservare con carattere di uniformità un bene quale l'integrità fisica dei consociati, «che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate» (sentt. n. 361/2003 e n. 63/2006) rientrano a pieno titolo nella competenza esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lett. m).

²⁵ È esemplificativa, in tal senso, la vicenda relativa al recepimento della direttiva 2001/77/CE: il nostro legislatore ha recepito la direttiva in un atto distinto dalla normativa nazionale del settore energetico, lasciando libere le Regioni di sviluppare le loro regolamentazioni, ma di fatto, alimentando un'incertezza di fondo che ha bloccato i legislatori regionali. Al contrario, il legislatore spagnolo ha dettato una disciplina esaustiva della materia, relativa a tutto il settore dell'energia elettrica, lasciando alle Comunità Autonome lo spazio per una regolamentazione specifica e di dettaglio, volta agli aspetti concretamente operativi; Cfr. L. Nannipieri, *Indagine comparata sullo sviluppo delle energie rinnovabili: Spagna e Italia a confronto*, in *Il Diritto dell'economia*, 2009, p. 91 e ss.

Avendo le Regioni competenza concorrente in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, lo Stato dovrebbe fissare i soli principi fondamentali, salvo che esso poi interviene ad altro titolo, esercitando le succitate potestà esclusive in materia di ambiente, paesaggio, o negli altri settori coinvolti, o attivando la chiamata in sussidiarietà.

Nelle ultime sentenze con cui la Corte è intervenuta nuovamente sul tema dell'energia da fonti rinnovabili è costante il richiamo alla Conferenza unificata, quale sede competente, nell'ottica della leale collaborazione, a determinare i criteri generali da seguire nei procedimenti autorizzatori, criteri da incorporarsi in apposite Linee guida²⁶.

È noto però che il ritardo nell'adozione delle suddette Linee guida ha alimentato un circolo vizioso per cui alle Regioni è per lungo tempo mancato un quadro di riferimento certo, mentre l'applicazione della chiamata in sussidiarietà impediva loro di intervenire autonomamente nella determinazione dei predetti criteri, ciò con il risultato di bloccare sostanzialmente l'esercizio della competenza legislativa regionale.

Invero, già nelle sentenze n. 166 e n. 282 del 2009 il giudice delle leggi aveva puntualizzato che l'art. 12 del D. lgs. n. 387/2003 non consente alle Regioni, proprio in considerazione del preminente interesse di tutela ambientale, di provvedere autonomamente alla individuazione dei criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili.

La stessa Corte non ha mancato, sul punto, di rilevare come fosse opportuno che lo Stato si attivasse per la determinazione delle suddette linee guida, in assenza delle quali le Regioni restavano depivate della possibilità di stabilire criteri per la localizzazione degli impianti, e per lo svolgimento dei procedimenti autorizzatori, con evidente danno per la incentivazione delle forme di energia non inquinanti²⁷.

²⁶ La sentenza n. 119 del 2010 dichiara illegittime alcune disposizioni di una legge della Regione Puglia (legge n. 31 del 2008, in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di immissioni inquinanti e in materia ambientale) nella parte in cui escludono determinate aree del territorio regionale dalla possibilità di installare impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, per il contrasto con l'art. 12 del D. lgs. n. 387/2003, secondo cui l'individuazione di aree e siti non idonei a specifiche tipologie di impianti può avvenire solo sulla base delle linee guida approvate dalla Conferenza unificata, quali espressione della competenza statale esclusiva in materia di tutela dell'ambiente. Di analogo tenore la sentenza n. 168 del 2010, con cui vengono caducate alcune disposizioni di una legge regionale della Valle D'Aosta, che attribuiscono ai Comuni la individuazione delle aree territoriali per la realizzazione di impianti eolici sulla base di linee guida approvate dalla Giunta regionale. La Corte ribadisce, in questo caso, la potestà concorrente delle Regioni a statuto speciale, e, dunque, il contrasto delle previsioni considerate con l'art. 12 del D. lgs. n. 387/2003, che pone principi fondamentali nella materia, in virtù dei quali l'individuazione di siti e aree non idonei può avvenire solo sulla base delle linee guida nazionali, in assenza delle quali le Regioni sono prive di un autonomo potere di individuazione dei criteri generali o delle aree e siti non idonei.

²⁷ Il richiamo alle suddette linee guida si rinviene già nella sentenza n. 282 del 2009, che censurava disposizioni della Regione Molise, oltre che in tutte le sentenze del 2010 relative alla

Sotto la scure del giudice delle leggi, infatti, sono finite quelle leggi regionali che avevano tentato di introdurre una disciplina autonoma della materia, introducendo forme procedurali differenziate, che si discostavano dalle modalità autorizzative prescritte dal predetto art. 12²⁸: per la Corte ciò implica il contrasto con la legislazione di principio statale, e, dunque, contraddice le esigenze di uniformità e di esercizio unitario delle funzioni amministrative²⁹.

Costituisce ormai un orientamento consolidato della Corte costituzionale il richiamo al rispetto dei moduli procedurali fissati dal predetto art. 12, pena la incostituzionalità delle disposizioni regionali che se ne discostino, o sotto il profilo dei termini di conclusione dei vari iter autorizzativi³⁰, o sotto il profilo

materia; per esempio, anche nella sentenza n. 124, con cui il giudice delle leggi ha annullato disposizioni di una legge della Regione Calabria, che fissava degli standard di produzione di energia eolica al cui raggiungimento subordinare la relativa autorizzazione: ciò introduceva, per la Corte, una limitazione all'installazione di impianti eolici non contemplata dalla normativa statale di cornice, lo stesso valeva per la previsione del parere dei Consigli comunali interessati, che identificava un adempimento ulteriore, in contrasto con le finalità di semplificazione perseguite dal legislatore statale, nonché per la previsione di compensazioni di carattere economico, espressamente vietate dal legislatore statale laddove si ammettono solo forme di compensazione e di riequilibrio ambientale. V., a quest'ultimo proposito, anche la sentenza n. 383 del 2005.

²⁸ L'art. 12 del D. Lgs. n. 387/2003 prevede che le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili sono di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti, che la costruzione e l'esercizio di detti impianti, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione (o dalla Provincia delegata), nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, «che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico». Al fine del rilascio dell'autorizzazione il predetto art. 12 prevede l'attivazione di un procedimento unico, da concludersi nel termine di 180 giorni, dietro convocazione, entro 30 giorni dal ricevimento della domanda, di una conferenza di servizi che coinvolga tutte le amministrazioni interessate. È previsto che il procedimento stesso sia svolto secondo i principi della semplificazione. Ove non si raggiunga una posizione comune in seno alla conferenza, la decisione è rimessa alla giunta regionale. Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercitare l'impianto in conformità del progetto approvato. Viene inoltre previsto, al comma 5, un regime agevolato per alcune fonti di energia rinnovabile, mentre per gli impianti con capacità di generazione inferiore alle soglie fissate dalla tabella allegata al Decreto stesso, basta applicare la disciplina della denuncia di inizio attività, ai sensi degli artt. 22 e 23 del D.P.R. n. 380 del 2001.

²⁹ Secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte, le disposizioni contenute nell'art. 12 del D. Lgs. n. 387/2003 identificano principi fondamentali, vincolanti, dunque, la potestà legislativa regionale di tipo concorrente. Sulla qualificazione dei termini procedurali ex art. 12 del D. Lgs. n. 387 del 2003 come principi fondamentali v. la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 2006. Le esigenze di uniformità e unitarietà nell'esercizio delle funzioni amministrative sono state richiamate anche nelle sentenze n. 119 e n. 124 del 2010.

³⁰ Secondo le sentenze n. 124 e n. 168 del 2010, costituisce motivo di incostituzionalità la violazione dell'art. 12, comma 4, del D.lgs. 387/2003, che fissa in 180 giorni il termine di conclusione dei procedimenti di autorizzazione alla installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

dell'attribuzione di un diverso ruolo agli Enti locali coinvolti. Tali differenziazioni sono considerate ammissibili solo se ed in quanto le deroghe siano autorizzate da un Decreto interministeriale, d'intesa con la Conferenza unificata³¹.

La Corte non ha mancato di censurare anche le disposizioni regionali che introducevano limiti alla produzione di energia dalle varie fonti rinnovabili, in tal modo operando in modo contrario alle finalità di incentivazione di tali forme di energia, così come risultanti dal protocollo di Kyoto e dalle fonti comunitarie³²; nonché quelle che, stabilendo riserve³³ a favore di azioni volte a garantire lo sviluppo del tessuto industriale regionale, contrastavano con l'art. 41 Cost. Tali disposizioni sottraevano, di fatto, quote importanti al libero mercato, individuando i soggetti legittimati ad ottenere le suddette quote sulla base di requisiti tecnici, riferiti all'esigenza di un partenariato locale, e introducendo, in tal modo, un discrimine fondato su elementi territoriali in netto contrasto con l'art. 120 Cost.

Tutto ciò ha alimentato un clima di incertezza, che ha disincentivato le Regioni ad intervenire attraverso proprie leggi ai sensi del terzo comma dell'art. 117 Cost.: le Regioni che sono state più attive, infatti, emanando regolamentazioni specifiche pur in assenza delle linee guida statali, hanno visto le proprie leggi cadere sotto la scure della Corte costituzionale, che, finora, ha sistematicamente avallato il meccanismo della chiamata in sussidiarietà in tema di energia.

Tale percorso, che ha conosciuto ulteriori, recenti, acquisizioni con alcune sentenze del 2010, non ha avuto, dunque, esiti favorevoli per un'esplicazione della potestà legislativa regionale; al contrario, le sentenze della Corte hanno finito coll'irrigidire l'assetto delle competenze, vanificando il riparto introdotto dall'art. 117 Cost. per accentuare il ruolo decisionale dello Stato: il richiamo, nelle sentenze della Corte costituzionale, all'applicazione del meccanismo dina-

³¹ Con la sentenza n. 124 del 2010, la Corte costituzionale censura alcune disposizioni regionali della Calabria (leggi n. 38 e n. 42 del 2008) che individuavano un elenco di impianti assoggettati alla sola DIA senza alcuna conformità con le tabelle fissate dal D. lgs. 387 del 2003. Di analogo tenore la sentenza n. 194 del 2010, con cui la Corte ha dichiarato illegittime alcune disposizioni contenute in una legge della Regione Molise (legge n. 22 del 2009, *Nuova disciplina degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*), che, attribuendo ai Comuni la competenza autorizzativa degli impianti con capacità di generazione non superiore a 1 Mw, si ponevano in contrasto con l'art. 12 del D. lgs. 387/ 2003, che affida alle Regioni, o alle Province delegate, il rilascio dell'autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio di impianti alimentati da fonti rinnovabili, e prevede, per gli impianti che si collocano al di sotto di certe soglie, la sola subordinazione alla DIA, con possibilità di deroga a tale regime solo con decreto interministeriale, d'intesa con la Conferenza unificata.

³² V. La sentenza n. 124/2010 che dichiara incostituzionale l'art. 2 della legge della Regione Calabria n. 42 del 2008.

³³ La citata legge n. 42 della Regione Calabria istituiva una quota di riserva del 20% a favore di azioni volte a garantire lo sviluppo del tessuto industriale regionale, riservando cioè tale quota di mercato alle sole imprese aventi sede nella Regione.

mico della sussidiarietà³⁴ determina il superamento, di fatto, dell'impianto dell'art. 117, comma 3, Cost., in un modo che cristallizza in capo al Governo centrale le funzioni decisionali in materia³⁵.

Già in alcune sentenze del 2004, la Corte, sciogliendo dei nodi interpretativi circa il rapporto tra le competenze legislative e le funzioni amministrative dello Stato, delle Regioni, e degli Enti Locali in materia di energia elettrica, giungeva ad ammettere la chiamata in sussidiarietà a favore dello Stato, consentendo a quest'ultimo, nella sostanza, di disciplinare in termini analitici, ben oltre i meri principi fondamentali, e con disposizioni addirittura di carattere autoapplicativo, il procedimento di rilascio dell'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica³⁶.

Con la sentenza n. 383 del 2005³⁷ la Corte, dichiarando la incostituzionalità

³⁴ Si tratta, com'è noto, del meccanismo dinamico elaborato per la prima volta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303 del 2003, secondo cui l'attrazione allo Stato delle funzioni amministrative in forza dell'art. 118 Cost. per soddisfare esigenze unitarie, determina, in ossequio al principio di legalità, l'esercizio unitario, dunque, al medesimo livello statale, della corrispondente funzione legislativa, a prescindere dall'articolazione delle materie configurata dall'art. 117 Cost. La letteratura sul punto è ormai vastissima, per cui, nell'impossibilità di darne compiutamente conto, si rimanda a G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, p. 75 e ss.

³⁵ Ciò vale anche per le Regioni a Statuto speciale. Infatti, la sentenza n. 8 del 2004 precisa che, anche in assenza di attribuzione espressa da parte dei rispettivi Statuti, alle Regioni speciali si riconosce la competenza concorrente in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, in virtù dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001. Nella specie, la Corte si richiama alle norme di attuazione dello Statuto del Friuli Venezia Giulia (D. lgs. 110 del 2002), che, nel trasferire alla Regione tutte le funzioni che concernono le attività di produzione, ricerca, trasporto e distribuzione di qualunque forma di energia, riserva allo Stato le determinazioni relative all'importazione ed esportazione di energia e agli impianti di potenza superiore a 300 MW termici, senza prendere posizione riguardo alla complessa questione del rapporto tra normativa regionale e regolazione tecnica di settore, né sulla possibilità, prevista dalla legge regionale impugnata, di stipulare accordi anche transfrontalieri, volti a migliorare la capacità di trasmissione degli elettrodotti, limitandosi a ribadire, al riguardo, la necessità del rispetto delle determinazioni introdotte dalle competenti autorità statali.

³⁶ Cfr. le sentenze nn. 6, 7, 8 del 2004. In particolare, secondo la sentenza n. 6, le esigenze unitarie erano da individuarsi nel fine di evitare il pericolo di interruzione della fornitura di energia elettrica su tutto il territorio statale, difettando alle Regioni la capacità di valutare il fabbisogno di energia a livello nazionale e di intervenire in via amministrativa per assicurarne il soddisfacimento. Diverso il ragionamento operato nella sent. n. 7 del 2004, ove la Corte richiama la necessità che le Regioni, nell'emanare criteri di realizzazione degli impianti di produzione, distribuzione, e utilizzo dell'energia elettrica, rispettino le regole tecniche fissate dall'Autorità per l'energia elettrica e dal Gestore della rete di trasmissione nazionale al fine di garantire la più idonea connessione alla rete nazionale, nonché la sicurezza e la connessione operativa tra le reti, ai sensi del D. lgs. n. 112/98 e del D. lgs. n. 79/99.

³⁷ Tale sentenza costituisce una tappa fondamentale del percorso giurisprudenziale in materia di energia, poiché in essa la Corte costituzionale si sofferma a definire l'ambito materiale sotteso alla

di alcune disposizioni della legge n. 239 del 2004 sullo sviluppo e riordino del settore energetico nazionale, in quanto lesive della leale collaborazione, afferma il doveroso coinvolgimento di Regioni ed Enti Locali nei processi decisionali di elaborazione e realizzazione delle politiche energetiche. A tal uopo la stessa Corte individua nella Conferenza unificata l'organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni e degli Enti Locali, a loro volta titolari di funzioni amministrative direttamente incise dalle politiche del settore energetico³⁸. Nella stessa sentenza la Corte aveva riconosciuto la competenza regionale ad autorizzare gli impianti da fonti rinnovabili, valutandone l'impatto sull'ambiente e sul territorio regionale.

Se il ragionamento della Corte appare condivisibile sul piano del bilanciamento tra chiamata in sussidiarietà e leale collaborazione³⁹, v'è però da segnalare che il legislatore non ha seguito un orientamento univoco nel dare attuazione alle istanze partecipative che vi sono connesse: in altri termini, la Conferenza unificata non è l'unico organo a composizione mista ad entrare in gioco quando si tratti di prendere decisioni condivise in tema di energie rinnovabili.

Al contrario, la legislazione in materia presenta delle aporie, derivanti dalla

locuzione "produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia" di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost., locuzione che, secondo la Corte, coincide con la nozione di "settore energetico" di cui alla legge n. 239 del 2004, oltre che alla nozione di "politica energetica nazionale" adoperata nel D.P.R. n. 112 del 1998, e che ricomprende in sé anche la distribuzione locale di energia.

³⁸ Sent. n. 383/2005, punto 15 del *considerato in diritto*, dove la Corte costituzionale afferma che «dovendosi... individuare un organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni, ma anche degli Enti locali, a loro volta titolari di molteplici funzioni amministrative senza dubbio condizionate od incise dalle diverse politiche del settore energetico, emerge come naturale organo di riferimento la Conferenza unificata, di cui all'art. 8 del d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281».

³⁹ Com'è noto, il principio di leale collaborazione costituisce, ormai, uno dei punti cardine della giurisprudenza costituzionale sui rapporti Stato-Regioni dopo la revisione costituzionale del 2001. Tale principio si risolve nella previsione che, laddove la legislazione statale coinvolga anche oggetti di competenza regionale, senza che si possa stabilire con certezza la prevalenza dell'una o dell'altra competenza, la legislazione statale stessa sia adottata all'esito di forme procedurali che garantiscano un adeguato coinvolgimento delle Regioni. I moduli collaborativi sono poi necessari, sempre secondo la Corte costituzionale, per compensare l'eventuale attrazione in via sussidiaria di funzioni amministrative e normative in capo allo Stato. A seconda dell'entità dell'impatto che le norme statali sono destinate a produrre sulle competenze regionali, è possibile graduare gli strumenti della leale collaborazione in pareri, intese "deboli", o intese "forti". Cfr. *ex multis*, le sentenze nn. 6 del 2004; 133 e 211 del 2006; 201 del 2007; 50, 63, 168 del 2008. In particolare, per quanto riguarda il settore energetico, per la Corte è necessario che Stato e Regioni addiventano ad intese "forti", anche se allo Stato rimane il potere di adottare atti di amministrazione attiva vincolanti nella determinazione dei criteri e delle linee guida fondamentali, qualora detti criteri siano funzionali ad esigenze di carattere unitario, e, dunque, insuscettibili di frazionamento. Cfr. la sentenza n. 371 del 2008, con nota di C. MAINARDIS, *Qualche osservazione a Corte cost. n. 371/2008 (tra poteri sostitutivi statali ordinari e straordinari, interpretazione conforme e assetto dei rapporti Stato-Regioni)*, in www.forumcostituzionale.it.

pluralità ed eterogeneità degli strumenti di volta in volta previsti nell'ambito dei diversi procedimenti autorizzativi: si passa, infatti, dall'intesa con la Regione interessata⁴⁰, alla autorizzazione ministeriale previa convocazione di una Conferenza dei servizi per il rilascio dell'autorizzazione degli impianti *off shore*⁴¹, con un recupero della decisione regionale se la Regione esprime dissenso in seno alla Conferenza dei servizi, o della Conferenza Stato-Regioni se il dissenso proviene da parte statale.

A decidere, invece, è la Regione, sempre previa convocazione della Conferenza dei servizi, per gli impianti *in shore*, e qui la Regione recupera il ruolo di Ente promotore della Conferenza, e, dunque, protagonista nella tutela e promozione degli interessi regionali.

Senza che risulti chiaro, peraltro, il motivo per cui il legislatore non abbia effettuato la chiamata in sussidiarietà anche per gli impianti *in shore*, posto che, se è vero che gli impianti *off shore* potrebbero avere un più notevole impatto anche al di fuori del territorio regionale, anche per gli altri (ad esempio quelli eolici), viene in gioco in modo prepotente la questione della tutela dell'ambiente, in relazione alla quale, forse, non è del tutto congrua la articolazione regionale della competenza ad autorizzare gli impianti.

Dopo l'entrata in vigore del D.lgs. n. 4 del 2008, poi, la situazione è ulteriormente mutata: la competenza in ordine alla VIA per tutti gli impianti eolici spetta alle Regioni, per cui in caso di impianti *off shore* è prevista una duplicità di competenze: statale per l'autorizzazione dell'impianto, regionale per la VIA. La Corte costituzionale, investita della questione, con la sentenza n. 88 del 2009 ha avallato la chiamata in sussidiarietà e non è entrata nel merito delle differenze di trattamento sopra considerate, rilevando che, comunque, la normativa sugli impianti *off shore* poteva considerarsi rispettosa delle istanze connesse alla leale collaborazione.

Nello stesso senso, da ultimo, la sentenza n. 171 del 2010, che ha annullato la Nota della Regione Puglia – Assessorato all'ecologia, che indicava una Conferenza di servizi per il giudizio sulla compatibilità ambientale di impianti eolici *off shore*, con ciò contrastando con le suesposte previsioni statali per cui è ministeriale la competenza in ordine all'autorizzazione e alla VIA degli impianti eolici *off shore*, mentre è rimasta alle Regioni quella relativa ad ogni impianto eolico su terra.

Il quadro si complica ulteriormente se si prende in considerazione anche la sentenza n. 339 del 2009, con cui la Corte costituzionale ha affermato che,

⁴⁰ In tal senso la legge 239 del 2004 sul riordino del settore energetico, in tema di elettrodotti della rete energetica nazionale, e la legge n. 340 del 2000, legge di semplificazione 1999, che regola i gassificatori, anche *off shore*.

⁴¹ In tal senso la legge n. 387 del 2003, modificata dalla finanziaria del 2008 proprio in virtù della chiamata in sussidiarietà.

qualora nell'esercizio della competenza sui principi fondamentali della materia energia, lo Stato determini gli obiettivi dello sviluppo energetico nazionale, senza definire le singole misure per la loro realizzazione, le esigenze di leale collaborazione possono ritenersi soddisfatte mediante la convocazione di una Conferenza nazionale dell'energia, laddove la Regione ricorrente invocava, invece, il più stringente modulo della Conferenza Stato Regioni o della Conferenza Unificata.

Per la Corte, infatti, nel caso di specie veniva in questione non tanto l'esercizio di potestà legislative, ma la predisposizione di orientamenti di politica generale.

Dunque, il principio di leale collaborazione viene fatto oggetto di un'interpretazione a dir poco elastica, non solo da parte del legislatore statale, ma anche da parte della stessa Corte costituzionale: anch'essa, infatti, nei suoi ormai innumerevoli richiami al canone della cooperazione ha seguito un orientamento non sempre univoco, sino ad affermare che esso può essere diversamente modulato a seconda delle esigenze del legislatore statale⁴².

Appare chiaro, a questo punto, che le incertezze sulle regole della leale collaborazione non giovano alla definizione di un ruolo univoco delle Regioni nella definizione delle regole sulla produzione di energia da fonti rinnovabili, laddove un impianto normativo dotato di sufficiente chiarezza e stabilità potrebbe meglio catalizzare gli investimenti pubblici e privati, mentre una più coerente applicazione del principio di leale collaborazione potrebbe dare senso e vigore all'esercizio della potestà legislativa regionale nel settore energetico.

3. *La questione del ruolo dei diversi livelli istituzionali dinanzi alla stratificazione di interessi sottesa alla materia considerata. La mancata realizzazione dei moduli concertativi preconizzati dalla Corte costituzionale: sussidiarietà senza leale collaborazione?*

Ad una, pur breve, disamina della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di energie rinnovabili, si evince chiaramente che la revisione del Titolo V, introducendo un controverso riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia, ha incentivato il tasso di conflittualità tra i titolari della legittimazione legislativa, impegnando la Corte costituzionale nella precisazione dei limiti delle relative possibilità di normazione.

Ne è derivata una situazione di sostanziale incertezza, per cui può dirsi che, nell'esperienza concreta, l'articolazione delle funzioni normative tra Stato e Regioni abbia costituito uno dei principali ostacoli al pieno dispiegarsi di una

⁴² Cfr. la sentenza n. 62 del 2005, con cui la Corte costituzionale afferma che «il livello e gli strumenti della leale collaborazione possono naturalmente essere diversi in relazione al tipo di interessi coinvolti e all'intensità delle esigenze unitarie che devono essere soddisfatte» (punto 17 del *considerato in diritto*). Cfr. pure le sentenze n. 231 del 2006; n. 201 e n. 407 del 2007.

coerente funzione di governo dell'energia, e, segnatamente, dell'energia prodotta da fonti rinnovabili.

Paradossalmente, il quadro appariva più chiaro prima del 2001, quando, in assenza di disposizioni costituzionali espresse, il D. Lgs. n. 112/98 (agli artt. 29, 30 e 31) fissava una certa articolazione delle competenze, per cui lo Stato determinava gli obiettivi e i programmi nazionali in tema di energie rinnovabili; le Regioni esercitavano le sottese funzioni amministrative, disciplinando il relativo procedimento; le Province esercitavano le funzioni amministrative sottese alla modalità di installazione degli impianti, alla promozione delle energie rinnovabili, ed eventuali ulteriori funzioni delegate dalle Regioni.

In realtà, il decentramento delle funzioni in materia di energia risale già al 1991, quando la legge n. 10 aveva affidato alle Regioni, d'intesa con gli Enti Locali, il compito di predisporre un piano energetico regionale, e di individuare determinate aree, dette "bacini" da destinare allo sviluppo delle energie rinnovabili. Ciò nella consapevolezza della stratificazione degli interessi coinvolti nella materia: se la strategia complessiva risponde ad obiettivi globali, cui lo Stato si è impegnato in sede internazionale e comunitaria, e che lo Stato stesso deve assolvere in sede di programmazione generale, l'installazione degli impianti di produzione delle energie rinnovabili implica un particolare bilanciamento con interessi che, in una prospettiva più immediata, afferiscono al territorio regionale e alle singole comunità locali.

Non pare potersi dubitare, dunque, della necessità di un coinvolgimento delle Regioni e degli Enti Locali nelle procedure decisionali, legislative ed amministrative, preordinate all'implementazione concreta delle energie non inquinanti, dato che il relativo settore implica interessi consustanziali alle varie economie territoriali: sotto tale profilo, anzi, potrebbe dirsi che le scelte costituzionali del 2001 muovono dalla consapevolezza che l'amministrazione regionale identifica il livello di governo maggiormente idoneo a dare attuazione alle scelte strategiche assunte a livello nazionale; la questione concerne, semmai, il modo in cui si è data attuazione al predetto riparto.

L'articolazione territoriale delle competenze dovrebbe seguire il seguente schema: allo Stato dovrebbe spettare la fissazione degli obiettivi nazionali in tema di sviluppo delle energie rinnovabili, nonché la determinazione del relativo tasso di crescita nelle singole Regioni, ponendo la normativa di principio; alle Regioni dovrebbe competere la redazione della normativa di dettaglio, con la fissazione degli obiettivi regionali, la pianificazione energetica circa le fonti di energia non inquinanti, e l'individuazione delle aree da destinarsi ai relativi impianti.

Le Province dovrebbero esercitare le funzioni amministrative delegate dalle Regioni, e promuovere le energie non inquinanti mediante campagne informative.

Infine, ai Comuni spetta la vigilanza sull'applicazione della normativa, la promozione delle energie rinnovabili nel territorio comunale, la vigilanza sulle opere costruite tramite DIA per piccoli impianti.

Tale stratificazione di ruoli è sfociata, nella pratica, in una sovrapposizione di competenze che stenta a trovare una soluzione lineare.

Il vero è che il settore energetico, con particolare riguardo alle energie rinnovabili, fa registrare la coesistenza di interessi globali (per il già evidenziato legame tra energia e tutela dell'ambiente e del clima), nazionali, ed anche, inevitabilmente, locali, connessi primariamente alla questione della localizzazione degli impianti⁴³.

Ebbene, finora è accaduto che nei meccanismi autorizzatori si è data maggiore rilevanza agli interessi locali⁴⁴ piuttosto che a quelli di dimensioni più ampie, laddove, invece, la strategia energetica nazionale manca ancora di un'adeguata pianificazione e la legislazione regionale stenta a trovare idonei spazi.

Ciò anche in conseguenza del fatto che il nuovo impianto costituzionale attribuisce le funzioni amministrative ai Comuni, indipendentemente dall'attribuzione delle funzioni legislative, per cui tali enti territoriali entrano anch'essi a pieno titolo nei procedimenti autorizzatori degli impianti per la produzione di energie rinnovabili.

Il prevalere dei localismi può però determinare effetti inibitori dello sviluppo delle energie alternative, i cui impianti produttivi sono spesso considerati prevalentemente sul piano dell'interesse alla preservazione dei singoli contesti paesaggistici più che su quello, ben più ampio, delle ricadute benefiche sulla tutela dell'ambiente e della salute. In altri termini, ciò che si evidenzia a livello locale è, più che altro, il conflitto tra l'attività di impresa volta alla produzione di energia da fonti rinnovabili e l'interesse delle popolazioni locali alla tutela del paesaggio e del territorio, mentre restano sullo sfondo le istanze, ben più complesse, sottese all'incentivazione della produzione di energia non inquinante, che la singola amministrazione locale talora omette di valutare con la dovuta considerazione.

Come si è visto, la Corte costituzionale, chiamata ripetutamente in causa, ha, nella sostanza, riconosciuto allo Stato un ruolo di coordinamento, individuando la chiave di volta del sistema nella formula concertatoria scandita da una variabile modulazione di accordi e intese, da raggiungersi nell'ambito del sistema delle conferenze o anche a prescindere da esso⁴⁵.

Il richiamo a moduli concertativi doveva servire proprio ad incentivare la collaborazione tra gli Enti interessati in vista di una ragionevole ponderazione dei molteplici interessi in gioco, in una materia che coinvolge in misura impor-

⁴³ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 234, secondo cui il settore dell'energia «è caratterizzato da una distribuzione asimmetrica a livello territoriale dei costi e dei benefici».

⁴⁴ Si pensi al meccanismo dell'autorizzazione unica o a quello della DIA edilizia.

⁴⁵ V., per tutte, le già citate sentt. nn. 6, 7, 8 del 2004, e 383 del 2005.

tante valori non economici, spesso insuscettibili di una graduazione di tipo gerarchico, che afferiscono alle amministrazioni locali, ma, al tempo stesso, travalicano la singola dimensione territoriale.

È chiaro, inoltre, che la materia dell'energia in generale, e, dunque, anche il settore delle energie rinnovabili, richiede di necessità un momento preventivo di coordinamento strategico e di gestione unitaria delle scelte, laddove discipline troppo fortemente differenziate tra le varie Regioni potrebbero determinare gravi squilibri nell'approvvigionamento energetico, oltre che disparità di trattamento giuridico tra gli operatori del settore a seconda della dislocazione geografica degli impianti produttivi.

Questo il senso dell'orientamento giurisprudenziale del giudice delle leggi, che ha cercato di stemperare i conflitti tra lo Stato e le Regioni valorizzando il ruolo di coordinamento da parte del primo, e, al tempo stesso, richiamando l'idea, come si è visto, di una regolazione condivisa, indispensabile in una materia stratificata quale quella delle energie rinnovabili.

Il problema è che la giurisprudenza della Corte costituzionale, cercando in qualche modo di supplire alle lacune legislative, non è riuscita ad avere ricadute operative capaci di dare concretezza alla leale collaborazione tra gli enti; ne è risultata una valorizzazione della sussidiarietà legislativa, con la conseguente attrazione di competenza a favore dello Stato, senza il contrappeso della leale collaborazione, con una forte penalizzazione del ruolo delle Regioni.

Nella consapevolezza di ciò non è mancato, peraltro, un recente richiamo della Corte al rispetto dei parametri che possono giustificare la chiamata in sussidiarietà in materia di energia, ovvero ai limiti costituzionali entro cui può ammettersi la deroga al riparto formale delle competenze⁴⁶.

⁴⁶ Con la sentenza n. 215 del 2010 la Corte costituzionale richiama lo Stato al rispetto dei parametri che giustificano la chiamata in sussidiarietà ai sensi dell'art. 118 della Costituzione in materia di energia: quando un simile spostamento di competenze è motivato con l'urgenza che si ritiene necessaria nell'esecuzione delle opere, esso dev'essere confortato da valide e convincenti argomentazioni" (punto 3 del *considerato in diritto*). Il ricorso regionale verteva su alcune disposizioni del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, nella legge 3 agosto 2009, n. 102, e del decreto legge 3 agosto 2009, n. 103 (Disposizioni correttive del d.l. anticrisi n. 78 del 2009), convertito, con modificazioni, nella legge 3 ottobre 2009, n. 141. In particolare, oggetto di censura erano le previsioni concernenti l'utilizzazione di capitali privati per la realizzazione di impianti energetici. Al riguardo la Corte ha affermato che l'urgenza, quale motivo giustificatorio della chiamata in sussidiarietà, comporta, per conseguenza, l'assunzione diretta da parte dello Stato della realizzazione delle opere medesime. Diversamente, le norme impugnate prevedevano "che gli interventi da essa previsti debbano essere realizzati con capitale interamente o prevalentemente privato, che per sua natura è aleatorio, sia quanto all'*an* che al *quomodo*" (punto 3 del *considerato in diritto*). Affermando l'impossibilità di utilizzare capitali privati per realizzare impianti energetici, la Corte costituzionale restituisce alle Regioni poteri e funzioni che costituzionalmente spettano loro in materia, precisando i limiti che lo

Il ricorso a moduli decisionali improntati alla leale collaborazione è imprescindibile; esso, in un'ottica di sistema, dovrebbe servire a stemperare quelle "frizioni" tra "attività politica e normativa dello Stato e quella delle Regioni e degli altri Enti Locali"⁴⁷ che la dottrina ha da tempo evidenziato, fino a mettere in dubbio l'utilità del riparto delle competenze legislative introdotto al comma 3 dell'art. 117 Cost. con la revisione del 2001.

Il grave ritardo nell'adozione delle suddette linee guida (che la stessa Corte costituzionale, come si è già evidenziato, non ha mancato di stigmatizzare nelle ultime sentenze sull'argomento), attesta, però, l'assenza di una programmazione delle strategie energetiche del Governo condivisa con le Regioni, sulla base delle quali poi devono effettuarsi le scelte sui singoli impianti e sui singoli siti.

In altri termini, il meccanismo concertativo su cui la Corte costituzionale ha insistito per lungo tempo, non ha trovato riscontro nella pratica se non con grande ritardo, con il risultato che il ruolo di coordinamento dello Stato non è stato nei fatti controbilanciato da un rapporto collaborativo con le Regioni.

Se la scelta, in definitiva, a favore di una regolazione dinamica adottata in un contesto di leale collaborazione, anziché di una legislazione statica accentrata negli organi parlamentari, può apparire apprezzabile, resta comunque il fatto che, oggettivamente, tali linee guida non sono state adottate che nello scorso mese di ottobre (ovvero a distanza di ben sette anni dal D. Lgs. n. 287/2003), facendo perdurare un vuoto che ha finito col penalizzare fortemente, come si è visto sopra, le Regioni.

4. *Considerazioni conclusive: le Linee guida tra profili contenutistici e incertezze di fondo*

Le linee guida, nell'intento del legislatore del 2003, dovevano servire ad affidare la definizione dei criteri per lo svolgimento del procedimento autorizzatorio⁴⁸ ad una sede, quale la Conferenza unificata, idonea a garantire due importanti risultati: l'adozione di una regolamentazione connotata da una maggiore

Stato incontra nell'applicazione della sussidiarietà. Le norme impugnate non rispettavano, infatti, le condizioni minime ed essenziali perché potesse giustificarsi una deroga al riparto formale di competenza, violando gli artt. 117, comma 3 e 118, commi 1 e 2 Cost., nonché il principio di leale collaborazione, nella misura in cui non prevedevano alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni interessate.

⁴⁷ Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Fonti energetiche rinnovabili*, cit., p. 234.

⁴⁸ Il D. lgs. n. 387/2003, in recepimento della direttiva comunitaria n. 2001/77, prevedeva, oltre che sistemi di incentivazione alla ricerca, un sistema procedimentale semplificato, incentrato sull'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, rilasciata dalla Regione per gli impianti *in shore*, dal Ministero dei trasporti, sentiti il Ministro per lo sviluppo economico e quello dell'ambiente, per quelli *off shore*.

duttilità, rispetto alla legislazione, verso le specificità tecniche e le risultanze scientifiche, cui ancorare di volta in volta il delicato equilibrio degli interessi in gioco, e, d'altro canto, l'assunzione di scelte condivise, fin dalla sede di origine, dai livelli istituzionali chiamati in causa.

L'adozione delle linee guida, dopo ben sette anni dal decreto legislativo che le prevedeva, è stata salutata con favore dalle associazioni ambientaliste e dalle associazioni che rappresentano gli interessi delle imprese costruttrici degli impianti: esse, infatti, nell'immediatezza, determinano un effetto di uniformazione dei criteri generali cui dovranno essere ispirate le legislazioni regionali.

Si è visto, infatti, come in assenza delle linee guida, sul modello unitario di autorizzazione unica regionale, introdotto dal D. Lgs n. 387/2003 a fini di unificazione procedimentale, si fossero innestate varianti regionali diversamente modulate, ispirate, in ciascuna Regione, ora ad un orientamento di apertura verso l'installazione di impianti per la produzione di energie alternative, ora, al contrario, ad atteggiamenti più restrittivi imperniati sull'idea di dover privilegiare la tutela del paesaggio.

Sotto tale aspetto il decreto ministeriale, pur con le sue limitazioni e generalizzazioni, definisce i criteri cui ancorare il bilanciamento tra le esigenze contrapposte che entrano in gioco in materia di energie rinnovabili. Le linee guida, pongono, infatti, i parametri utili ad impedire il rischio che si è corso in alcune Regioni, ovvero la diffusione incontrollata di impianti, spesso localizzati in zone ad elevato pregio ambientale, paesaggistico e culturale. Ne può derivare, indirettamente, un abbassamento dei toni da parte dei numerosi detrattori delle energie rinnovabili, che qualificano indiscriminatamente gli impianti eolici e fotovoltaici come speculazione ai danni del territorio, finendo con il trascurare l'importanza dell'implementazione delle energie alternative per abbattere le emissioni inquinanti e preparare la strada ad un futuro energetico sostenibile.

La definizione dei criteri cui informare i procedimenti autorizzatori degli impianti di produzione di energie alternative, inoltre, può arginare quel fenomeno di frammentazione che ha caratterizzato, finora, la legislazione regionale in materia, spesso contrassegnata da vistose differenze nella disciplina di passaggi importanti, come risulta evidente se si pensa che alcune normative ponevano limiti troppo stringenti sull'individuazione dei siti di localizzazione degli impianti (soprattutto quelli eolici)⁴⁹, mentre altre estendevano agevolazioni come la denuncia di inizio attività, in luogo dell'autorizzazione unica, ad impianti troppo potenti⁵⁰, altre normative imponevano spese sovradimensionate alle imprese

⁴⁹ Era il caso della legge della Regione Puglia, n. 31 del 2008, che individuava aree territoriali ritenute non idonee all'installazione di impianti eolici e fotovoltaici. Tali disposizioni sono state dichiarate incostituzionali dalla sent. n. 119/2010. Cfr., sopra, par. 2.

⁵⁰ La succitata legge regionale della Puglia ammetteva l'applicabilità del regime della Denuncia di inizio Attività per impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili con capacità superiori alle soglie fissate dal D.Lgs. n. 387/2003, in base al quale per impianti oltre una certa capacità

che effettuano le installazioni⁵¹, altre concedevano vantaggi riservati alle sole imprese locali⁵².

In questo clima di incertezza il mercato dell'energia ha stentato ad evolversi in maniera concorrenziale, affetto com'era da distorsioni ascrivibili alla moltiplicazione dei centri decisionali competenti al rilascio dell'autorizzazione unica tra Regioni, Province, e Comuni; all'incertezza dei tempi del procedimento autorizzatorio; alle restrizioni dirette e indirette nell'accesso al mercato, derivanti, nelle varie Regioni, dalle limitazioni quantitative all'installazione degli impianti, nonché da richieste, difformi di Regione in Regione, di requisiti soggettivi e oneri aggiuntivi non previsti dalla normativa statale di riferimento⁵³.

Le linee guida sono improntate ad un generale orientamento di *favor* verso l'implementazione delle energie prodotte da fonti rinnovabili⁵⁴: stando al decreto,

occorre seguire il procedimento fondato sull'autorizzazione unica. Anche tali previsioni sono state dichiarate illegittime dalla sentenza n. 119/2010. Analogamente disposizioni della legge della Calabria n. 42 del 2008, della legge n. 22 del 2009 del Molise, della legge n. 71 del 2009 della Toscana, che estendevano l'applicazione della DIA, oltre i limiti previsti dalla legge statale, sono state dichiarate illegittime rispettivamente dalle sentenze n. 124, n. 194, n. 313 del 2010. In base alle linee guida, la procedura fondata sulla Dichiarazione di Inizio attività non potrà applicarsi per gli impianti di grandi dimensioni: per i piccoli impianti basterà una semplice comunicazione con eventuali verifiche amministrative successive; per gli impianti di taglia media si ricorrerà alla DIA; per quelli di maggiori dimensioni rimane l'autorizzazione unica, con le semplificazioni procedurali previste dalle linee guida medesime. È prevista, inoltre, la possibilità di estendere la procedura basata sulla semplice comunicazione, con riferimento alle specifiche tipologie di impianti e ai siti di installazione.

⁵¹ La già citata legge della Regione Calabria imponeva oneri monetari a favore degli Enti Locali nel cui territorio dovevano sorgere gli impianti, oltre alla sottoscrizione di garanzie fideiussorie, e all'assunzione di unità lavorative a tempo indeterminato, e anche per questa parte è stata cassata dalla Corte costituzionale, che, sempre nella sent. n. 124/2004, ha ribadito il divieto di misure compensative (già affermato nella sent. n. 282/2009) a carattere patrimoniale quali condizioni per il rilascio dei titoli abilitativi alla costruzione di impianti di produzione di energie alternative. Sono invece passate indenni al vaglio della Corte costituzionale le previsioni contenute nella legge pugliese che prevedeva la possibilità di stipulare accordi per il rilascio delle autorizzazioni a favore delle imprese che si impegnassero a ridurre le emissioni inquinanti prodotte dalla loro attività industriale.

⁵² La legge della Calabria imponeva alle imprese che chiedessero l'autorizzazione a realizzare impianti di produzione di energie alternative di costituire società di scopo con sede fiscale nella Regione stessa. Anche tali disposizioni sono state dichiarate incostituzionali dal giudice delle leggi.

⁵³ V. la segnalazione dell'Autorità antitrust, (n. AS680 del 16 aprile 2010), che, sottolineando i suddetti profili, aveva evidenziato la necessità dell'adozione delle linee guida ai fini dello sviluppo di un mercato concorrenziale dell'energia.

⁵⁴ In nome di questo atteggiamento di *favor*, le Parti II e III delle linee guida sono dedicate alla semplificazione delle procedure autorizzative, che prevedono il rilascio di una Autorizzazione Unica da parte delle Regioni o delle Province delegate, con la definizione dei contenuti minimi dell'istanza e lo svolgimento del procedimento unico, sempre mediante la Conferenza unificata. Va sottolineato, poi, che tali linee guida si applicano esclusivamente agli impianti su terraferma, mentre per quelli *offshore* l'autorizzazione rimane esclusiva del Ministero delle Infrastrutture, sentiti il Ministro dello sviluppo economico e quello dell'Ambiente.

gli impianti da fonti rinnovabili sono qualificati come opere indifferibili ed urgenti di pubblica utilità, per cui l'esclusione degli impianti diviene l'eccezione e non la regola; solo le Regioni, in casi tassativi, possono escluderne la realizzazione applicando criteri specifici, che tengano conto del tipo di fonte rinnovabile e della portata dell'impianto, in relazione alle caratteristiche del territorio regionale.

In altri termini, per impedire la realizzazione degli impianti non basterà la vocazione agricola di una data porzione del territorio regionale, o la loro sottoposizione a qualche forma di tutela ambientale o artistica, ma occorrerà una ponderazione dettagliata delle caratteristiche dell'impianto in relazione ad una serie molteplice di elementi, quali la tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico ed artistico, delle tradizioni agro-alimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale⁵⁵.

Tali valutazioni sono rimesse ad un'istruttoria regolata nel dettaglio dalle linee guida, che deve essere introdotta nell'atto di programmazione delle misure e degli interventi necessari per il raggiungimento degli obiettivi di *burden sharing*, ovvero la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili assegnate a ciascuna Regione⁵⁶.

Così, il Decreto ministeriale introduce un sistema coordinato di regole procedurali, valevoli per tutte le Regioni, in modo da favorire il contenimento tra le esigenze di sviluppo del settore delle energie alternative ed il rispetto dell'ambiente e del paesaggio⁵⁷, anche se, a fronte di criteri troppo stringenti ed uniformanti circa l'inserimento degli impianti nel territorio delle varie Regioni, si riscontra una certa genericità nella regolamentazione di aspetti altrettanto importanti del procedimento, quali gli oneri istruttori per lo svolgimento del procedimento unico; la determinazione della cauzione a garanzia dell'esecuzione delle opere di messa in pristino dei luoghi interessati, dopo la cessazione dell'attività; la determinazione delle misure di compensazione a favore dei Comuni interessati.

⁵⁵ L'Allegato 3 delle linee guida riporta i criteri secondo i quali le Regioni, con propri provvedimenti, potranno individuare aree non idonee all'insediamento di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. L'obiettivo è quello, da un lato, di fornire agli operatori un quadro certo e definito per la localizzazione dei progetti, dall'altro di facilitare l'iter autorizzativo da parte delle stesse Regioni. Le aree suscettibili di esclusione sono: i siti UNESCO, i siti indicati nell'elenco delle aree naturali protette o in via di inclusione, le zone della rete Natura 2000, le Iba (*important bird areas*), le zone umide di importanza internazionale secondo la Convenzione di Ramsar; le aree comunque tutelate per legge, identificate dall'art. 142 del D. Lgs. n. 42 del 2004 (fino a 300 metri dalla costa marina o dai laghi, fino a 150 metri dai corsi d'acqua, le montagne oltre i 1600 metri, i vulcani, le zone ad usi civici, foreste e boschi); le zone a rischio di dissesto idrogeologico; le zone vicine ai parchi archeologici di particolare interesse. Cfr. l'art. 2, comma 167, della legge n. 244 del 2007.

⁵⁶ Cfr. l'art. 2, comma 167, della legge n. 244 del 2007. Al momento, l'adozione dell'atto di programmazione non è obbligatoria e le Regioni possono attendere l'entrata in vigore del nuovo decreto che dovrà stabilire la ripartizione tra i vari enti territoriali delle quote verdi per raggiungere l'obiettivo del 17% del consumo interno lordo entro il 2020.

Le linee guida hanno certamente il merito di definire in maniera certa ed inequivoca il ruolo e le competenze delle Regioni e degli Enti Locali nello svolgimento dei procedimenti autorizzatori⁵⁸, tuttavia la loro adozione non ha risolto tutte le rilevanti questioni che sono state, in questa sede, soltanto accennate.

Si tratta, infatti, di disposizioni che presentano una ambiguità genetica: non inserite in alcuna delle fonti tipiche del nostro ordinamento, le linee guida integrerebbero, sul piano formale, un atto amministrativo generale, volto a determinare i criteri per lo svolgimento di ulteriori procedimenti amministrativi⁵⁹.

Che non si sia in presenza di un regolamento è testimoniato da molteplici elementi, riconducibili al fatto che è mancato del tutto un procedimento di formazione assimilabile a quello disciplinato dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988. Ciò induce a ritenere che le suddette linee guida siano da annoverare nel corposo elenco dei decreti ministeriali di natura non regolamentare⁶⁰, ossia degli atti che, molto spesso, pur avendo, almeno in alcune parti, natura sostanzialmente regolamentare⁶¹, tuttavia sono adottati senza il rispetto delle forme e dei

⁵⁷ L'Allegato 4 delle linee guida definisce in maniera dettagliata gli impatti derivanti dall'inseadimento di impianti eolici industriali su flora, fauna, ecosistemi, geomorfologia, inquinamento acustico ed elettromagnetico, e al contempo suggerisce gli elementi sui quali effettuare la valutazione degli impatti stessi per ciascuna delle suddette componenti ambientali

⁵⁸ Le linee guida stabiliscono che alle Regioni è riservata, sulla base, invero, di criteri piuttosto rigidi, l'individuazione dei siti esclusi dalla possibilità di realizzare impianti da fonti rinnovabili, attraverso elenchi e planimetrie da rendere pubblici mediante i siti web delle Regioni stesse; la gestione del procedimento di autorizzazione unica; l'eventuale richiesta di documentazione integrativa, rispetto a quella indicata nel Decreto; la determinazione degli oneri a copertura delle spese di istruttoria (che non possono superare lo 0,02% degli investimenti previsti); le misure di compensazione a carattere non patrimoniale a favore dei Comuni. Questi, infatti, possono chiedere che siano effettuate opere nei siti di collocazione degli impianti, finalizzate ad attenuarne l'impatto sul territorio, mentre il divieto di misure di compensazione di tipo finanziario è assoluto. Spetta ai Comuni la gestione dei procedimenti fondati sulla dichiarazione di Inizio Attività.

⁵⁹ Cfr. F. DI DIO, *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in *Diritto dell'ambiente*, 2009, p. 926 e ss.

⁶⁰ Cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di "natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 5075 e ss.

⁶¹ Com'è noto, secondo la classificazione dottrinale classica, il discrimine tra regolamenti e atti amministrativi generali dovrebbe essere segnato dalla generalità, astrattezza e innovatività dei primi, laddove, al contrario, gli atti amministrativi generali dovrebbero rivolgersi a destinatari immediati, in vista della soddisfazione di interessi pubblici concretamente individuabili, come nel caso dei bandi di concorso o di gara, o dei provvedimenti di apertura e chiusura della caccia o della pesca. Il riferimento obbligato è a A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, e ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, p. 41 e ss., e, ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970. All'atto pratico è risultato spesso difficile operare tale distinzione con sufficiente certezza, né basta il riferimento ai soli criteri formali delineati dalla legge n. 400 del 1988. Sul tema esiste una vastissima letteratura, nell'impossibilità di

controlli prescritti dalla legge n. 400 del 1988⁶², o per eludere la limitazione del potere regolamentare del Governo alle sole materie oggetto di potestà esclusiva ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost⁶³.

A ben guardare, infatti, le linee guida di cui si discute presentano un contenuto che va oltre i limiti della specificazione degli elementi tecnici della disciplina fissata dal D. lgs. n. 387/2003 che ad esse rinviava, per integrarne, a pieno titolo, le fattispecie normative.

Tale impostazione, tuttavia, non spiega la portata reale delle linee guida, né la loro capacità sostanziale di vincolare l'esercizio della potestà legislativa concorrente da parte delle Regioni: le disposizioni in esse contenute, infatti, sembrano sviluppare i principi fondamentali dell'art. 12 del D. lgs. n. 387/2003, lasciando ben pochi margini alla determinazione regionale.

Sotto tale aspetto, il ricorso alle linee guida potrebbe inserirsi nella tendenza statale a riappropriarsi di materie che il Titolo V affida alla potestà legislativa, e, dunque, regolamentare, delle Regioni⁶⁴.

Essendo la materia relativa all'energia inserita nella potestà concorrente, a rigore il Governo non avrebbe, su di essa, potestà regolamentare, salvo riacquisirla per la via della sussidiarietà⁶⁵, oltre che in conseguenza dello sconfinamento

darne conto compiutamente, si rimanda a G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962; G. SANTANIello, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; A. RUGGERI, *I "fondamenti" della potestà regolamentare del Governo*, in *Diritto e società*, 1991, p. 93 e ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003; A. D'ATENA, *Aldo M. Sandulli e i confini della normatività*, in *Diritto e società*, 2004, p. 461 e ss.; G. DI COSIMO, *I Regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano, 2005.

⁶² Di "fuga dal regolamento" parla G. Tarli Barbieri, *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, 1999, p. 257. V. anche P. VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶³ Di "truffa delle etichette" parlano R. BIN, G. PITRUZZELLA, in *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, p. 28, e pp. 200-202.

⁶⁴ La giurisprudenza della Corte costituzionale sul riparto della potestà regolamentare tra lo Stato e le Regioni ha finora privilegiato le ragioni di continuità dell'ordinamento, giustificando i regolamenti statali "cedevoli" in materie attribuite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, e avallando, con l'estensione delle competenze statali trasversali, anche l'estensione della potestà regolamentare corrispondente. V. Corte costituzionale, sentenza n. 376 del 2002. In altre occasioni la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che, ove si tratti di materie di competenza esclusiva dello Stato, spetta solo a quest'ultimo il potere di emanare regolamenti; invece, se la competenza trasversale, come nel caso dell'ambiente, non preclude del tutto gli interventi regionali, si ammettono regolamenti regionali con funzione integrativa. Cfr., sul punto, Corte cost., sentenza n. 407 del 2002, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 2940 e ss. con nota di F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla sentenza n. 407 del 2002*.

⁶⁵ Anche nella prospettiva della Corte costituzionale, l'illegittimità di un regolamento statale adottato in relazione a materie di competenza residuale o concorrente delle Regioni è subordinata

delle competenze trasversali: il Governo ha certamente la potestà regolamentare per tutti gli aspetti riconducibili alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, come per quelli riconducibili alla tutela della concorrenza.

Tuttavia, il D. lgs. n. 387/2003, lungi dall'affidare ad una fonte di tipo regolamentare l'integrazione e l'attuazione dei principi in esso contenuti, ha preferito rinviare a linee guida formate al di fuori dei circuiti normativi tradizionali.

L'intento del legislatore, nel rinviare a successive linee guida l'implementazione della disciplina sulle energie rinnovabili, era, come si è detto, quello di prefigurare un tipo di regolamentazione più flessibile, slegata dalle forme richieste per gli atti regolamentari, e, dunque, formata fin dall'origine in modo più permeabile all'apporto degli organi tecnici competenti, e suscettibile di essere modificata più facilmente alla luce delle risultanze scientifiche emergenti di volta in volta.

Ma, a parte i problemi di sistema che il ricorso sempre più frequente a tali fonti atipiche pone, sotto il profilo della individuazione dei confini della normatività, del controllo di validità di questi atti, dello spostamento sempre più massiccio dei poteri normativi in capo al Governo, e, dunque, delle trasformazioni dei processi di produzione del diritto⁶⁶, resta la questione di stabilire quale sia la collocazione delle linee guida alla luce del riparto dei poteri normativi scandito dal Titolo V Cost.

In tal senso, le sentenze in tema di energie rinnovabili, in cui come si è visto, è costante il richiamo della Corte costituzionale alle linee guida, si inseriscono in quell'orientamento che ha sostanzialmente riconosciuto la legittimità del rinvio, da parte della legge statale, ad atti di natura non regolamentare⁶⁷.

Ciò contribuisce ad alimentare la già evidenziata tendenza alla atipicità delle forme nella regolamentazione di oggetti che richiedono maggiore snellezza nel procedimento decisionale.

Nel ragionamento della Corte costituzionale, le linee guida per l'autorizzazione degli impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili, sebbene previste dal D. lgs. n. 387 che riguarda il settore dell'energia, vengono considerate come espressione della potestà esclusiva in materia di tutela dell'ambiente rispetto alla quale sono precipuamente funzionali⁶⁸; la loro interferenza su altri

alla previa valutazione circa la violazione o meno dell'art. 118 Cost., comma 1. Cfr. Corte cost., sentenza n. 328 del 2006, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 3272 e ss., con nota di A. GENTILINI, *L'illegittimità dei regolamenti statali in materie di competenza non statale: ovvero quando l'interpretazione rende difficile ciò che il testo voleva semplificare*.

⁶⁶ Per una trattazione approfondita di queste problematiche cfr. A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo "di natura non regolamentare"*, cit.

⁶⁷ Solo nella sentenza n. 116 del 2006 la Corte costituzionale ha sancito la illegittimità di un atto statale di natura regolamentare, in quanto lesivo della competenza regionale in materia di agricoltura.

⁶⁸ Cfr. la sent. n. 119/2010, punto 3.2 del *considerato in diritto*.

campi materiali, primo fra tutti l'energia, pone l'esigenza di una forma di partecipazione dei titolari delle relative competenze, partecipazione che si realizza nella Conferenza unificata, ma le istanze unitarie che sono sottese alla tutela ambientale fanno sì che siano messe in ombra le ragioni del riparto delle competenze legislative di cui all'art. 117, comma 3, Cost.

Così impostato il ragionamento della Corte, esso non contribuisce a chiarire quali siano il ruolo e la valenza delle linee guida nel sistema delle fonti; si rischia, infatti, di attribuire alle disposizioni in esse contenute il plusvalore connesso alle manifestazioni della potestà legislativa esclusiva dello Stato, trascurando la differenza che intercorre tra norme di legge e disposizioni contenute in linee guida approvate dalla Conferenza unificata⁶⁹.

In altri termini, le linee guida, in quanto atto amministrativo generale, avrebbero dovuto occuparsi soltanto della disciplina generale del procedimento di autorizzazione degli impianti, fondato sulla autorizzazione unica regionale. Il fatto che la Corte costituzionale subordini alle medesime linee guida la individuazione, da parte regionale, delle aree e dei siti non idonei all'installazione degli impianti suscita problemi sistematici di notevole rilievo: il giudice delle leggi riconnette le linee guida alla potestà esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, ma detta potestà dovrebbe esprimersi soltanto attraverso l'adozione di leggi statali, non attraverso regole di procedimento ministeriali approvate dalla Conferenza Unificata.

Senza contare che, in tal modo, la Corte costituzionale contraddice il suo precedente orientamento in materia di tutela dell'ambiente, secondo cui le Regioni sono abilitate ad intervenire, nell'esercizio delle proprie competenze, introducendo forme di tutela più stringenti degli standard, minimi, posti a livello nazionale⁷⁰. In tal senso dovevano ammettersi legislazioni regionali che limitassero ragionevolmente l'installazione di impianti in aree soggette a tutela ambientale e paesaggistica.

Ma v'è di più: poiché le linee guida sfuggono ad un inquadramento nel sistema delle fonti su cui è costruito l'art. 117 Cost., il loro utilizzo contribuisce ad attenuare i confini di competenza tra lo Stato e le Regioni; così, in nome della continuità dell'ordinamento o dell'attrazione in via sussidiaria delle funzioni amministrative e normative, si espandono le "zone d'ombra" del sistema delle fonti⁷¹.

È un fenomeno che sta assumendo proporzioni sempre più massicce, e che la dottrina tende a spiegare alla luce delle aporie presenti nel nuovo testo del

⁶⁹ In tal senso F. DI DIO, *Eolico e Regioni*, cit., pp. 932-933. Manifesta perplessità sul ragionamento della Corte costituzionale anche E. DI SALVATORE, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza costituzionale (gennaio-maggio 2010)*, in *www.rivistaaic.it*, n. 00 del 02/07/2010.

⁷⁰ Cfr. le sentenze nn. 407 del 2002 e 393 del 2005; 61 del 2009; 193 del 2010.

⁷¹ Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 221 e ss.

Titolo V della Costituzione, che renderebbero necessario il ricorso a strumenti in grado di aggirare alcune delle incongruità presenti nel riparto delle potestà legislative, oltre che, per altro verso, alla luce dell'eccessivo tecnicismo procedurale imposto dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988⁷².

D'altro canto, non si può fare a meno di dubitare dell'efficacia del rimedio, posto che esso comporta la diffusione di atti che sfuggono ad un incasellamento nelle categorie tipiche dell'ordinamento giuridico, e, dunque, alle relative condizioni di garanzia: basti pensare alle conseguenze sul piano del principio *iura novit curia* e, in generale, agli aspetti connessi alla loro sindacabilità⁷³.

Si è già ricordato che il richiamo alle linee guida doveva servire, come confermato dalla lettura che la Corte costituzionale ne ha dato, a compensare l'attrazione delle funzioni in materia di energie rinnovabili in capo allo Stato a titolo di sussidiarietà, con la previsione di uno strumento normativo idoneo a soddisfare i canoni della leale collaborazione.

Come dire che la dialettica tra lo Stato, le Regioni, e gli Enti Locali, da realizzarsi nella sede della Conferenza unificata, si sostituisce a quella tra maggioranza e opposizione politica, da realizzarsi nelle aule parlamentari, in una materia in cui la rappresentanza degli interessi settoriali e degli enti territoriali coinvolti risulta assorbente rispetto alle manifestazioni tipiche della rappresentanza politica.

Si privilegia così una logica di risultato, che manifesta in modo sintomatico la "crisi della legge", ma che finisce con il limitare fortemente i margini reali di espressione della potestà legislativa regionale, che vengono ulteriormente compressi dall'intervento di disposizioni contenute in linee guida formate da un organo non legislativo.

Tanto più che, nella prassi, il ruolo delle Regioni e delle autonomie locali nell'ambito della Conferenza unificata risulta tutt'altro che determinante⁷⁴: dinanzi a schemi di atti predisposti da parte statale, infatti, i rappresentati degli enti territoriali vengono chiamati, al più, a rendere un parere, esprimendo una forza di contrattazione che non sempre riesce ad imporre modifiche di sostanza.

È facile, a questo punto, chiedersi cosa rimanga, dopo quasi dieci anni dall'entrata in vigore del nuovo art. 117 Cost., della disciplina sulle potestà legislative in esso configurata.

⁷² Di "esercizio abusivo della potestà regolamentare" parla A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare*, cit., par. 7.

⁷³ Cfr. 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 di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, p. 337 e ss.

⁷⁴ Il fatto che la Conferenza sia un organo privo di matrice politica vale ad escludere che essa possa avere una legittimazione sufficiente a far prevalere la sua volontà. Cfr. R. Bin, *Dissensi in Conferenza di servizi ed incauto deferimento della decisione alle «Conferenze» intergovernative: le incongruenze della l. 15/2005*, in www.forumcostituzionale.it.

In una recente sentenza⁷⁵, la Corte costituzionale, prendendo forse atto della tendenza ad una eccessiva compressione della potestà legislativa regionale nella materia inerente la produzione, il trasporto e la distribuzione dell'energia, tenta, invero, di riequilibrare i ruoli di Stato e Regioni, tracciando quello che dovrebbe essere il discrimine tra i principi fondamentali e le disposizioni di dettaglio nell'esercizio della potestà concorrente.

Il giudice delle leggi, infatti, evidenzia che l'esigenza di dare attuazione ai principi posti dal legislatore statale non ha carattere di esclusività, per cui non può valere a sopprimere le prerogative costituzionali proprie dell'autonomia regionale: si tratta, per la Corte, di «interessi differenziati», che «godono di pari dignità costituzionale, cosicché la compressione di un interesse a vantaggio di un altro andrà apprezzata su di un piano di necessaria proporzionalità, nel senso che il legislatore statale potrà espandere la propria normativa non oltre il punto in cui essa si renda strettamente servente rispetto alla finalità perseguita,

⁷⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha deciso, dopo aver riunito i relativi giudizi, ben undici questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalle Regioni Toscana, Umbria, Liguria, Puglia, Basilicata, Piemonte, Lazio, Calabria, Marche, Emilia-Romagna e Molise. Dette Regioni, con distinti ricorsi, hanno impugnato numerose disposizioni della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia). Tutte le ricorrenti hanno impugnato le disposizioni dell'art. 25, recante «Delega al Governo in materia nucleare». Dopo aver ribadito (cfr. le sentt. nn. 359/1993, 280/2004, 50/2005) la possibilità di una delega legislativa nelle materie di potestà concorrente, stante la differenza qualitativa fra «criteri e principi direttivi della delega legislativa» e «principi fondamentali della materia», la Corte riconduce la «materia nucleare», alla produzione dell'energia, e, dunque, alla relativa potestà ex art. 117, comma 3, Cost. Per la Corte, dunque, la realizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia nucleare è da ascrivere al «settore energetico», ovvero alla competenza concorrente in materia di energia (cfr. la sent. n. 339/2009); ne consegue che le disposizioni statali che esprimono la scelta verso l'utilizzazione dell'energia nucleare identificano principi fondamentali. In virtù di simili precisazioni, la Corte ha concluso che la costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia nucleare; la predisposizione di garanzie di tipo sostitutivo, per superare il mancato raggiungimento delle necessarie intese con gli enti locali coinvolti nel procedimento di autorizzazione unica; i criteri per la definizione delle tipologie degli impianti di produzione, sono riconducibili alla materia della produzione dell'energia, di cui all'art. 117, co. 3 Cost. Le Regioni lamentavano, inoltre, il ruolo secondario che la disciplina impugnata attribuiva alla Conferenza unificata, consistente nella mera espressione di un parere non vincolante, in ordine alla localizzazione e alla tipologia degli impianti, senza che fosse prevista un'interlocuzione più efficace. Secondo il giudice delle leggi, quanto alla selezione dell'area di interesse strategico, le Regioni non hanno titolo per concorrere all'esercizio di una funzione corrispondente ad un ambito di potestà esclusiva statale, che, nel rispetto dell'art. 118 Cost., sia stata allocata dalla legge nazionale presso organi centrali (punto 15 del *Considerato in diritto*). Con riferimento, infine, alla disciplina per la definizione delle tipologie delle centrali nucleari da realizzarsi sul territorio nazionale, la Consulta ha riconosciuto che la scelta dello specifico impianto da realizzare in concreto rientra a tutti gli effetti nell'ambito del procedimento di autorizzazione unica, ove la Regione interessata può essere chiamata alla codeterminazione dell'atto, qualora il legislatore delegato provveda introducendo la relativa intesa.

preservando, oltre tale linea, la potestà regionale di sviluppare con la propria legislazione i principi fondamentali in tal modo tracciati⁷⁶.

La Corte ribadisce, in altri termini, qual è la *ratio* della potestà legislativa concorrente, ovvero la necessità che, su dati argomenti, la coesistenza di interessi unitari e di interessi dislocati territorialmente trovi espressione speculare nella manifestazione di competenze diverse, ma armonizzate e coordinate: allo Stato è riservata la individuazione in sede legislativa degli obiettivi legati alla dimensione unitaria, che le Regioni devono necessariamente rispettare; alle Regioni stesse devono essere consentiti spazi normativi idonei alla cura degli interessi di loro pertinenza.

In altri termini, per la Corte, i principi fondamentali devono limitarsi a quelle disposizioni che pongono «le condizioni e i requisiti necessari allo scopo».

Ebbene, il fatto che la Corte costituzionale abbia sentito la necessità di ribadire simili concetti testimonia, in modo evidente, la consapevolezza della crisi in cui, almeno nella materia relativa all'energia, versa la potestà legislativa concorrente delle Regioni, è tutto da vedersi, però, come e se ciò possa avere un qualche riflesso sulle scelte del legislatore statale.

RENEWABLE ENERGIES AND REGIONAL LEGISLATION BETWEEN SUBSIDIARITY AND LOYAL COOPERATION

by Ornella Spataro

Abstract

The Constitutional Court has had occasion to deal with some recent decisions of legislative apportionment in the energy field between State and Regions. In particular, the judgments on a number of regional laws governing the production of energy from renewable sources, have revealed a series of critical issues that underlies it, as the dynamics of the sources, the materials interferences between different areas of competence, the role of subsidiarity and loyal cooperation in the matter, and, more generally, the relationship State-Regions in the exercise of legislative shared power. Finally, the adoption of national guidelines, far from clarifying these issues, seems to further confirm the doubts about some aspects of the dynamics of the current sources of law.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 278/2010, punto 17.1 del *considerato in diritto*.

Soggetti deboli, soggetti indeboliti e diritti fondamentali: spunti e riflessioni

di Maria Teresa Denaro

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla tutela generale dei diritti fondamentali alla tutela speciale dei soggetti deboli. – 2. Soggetti deboli e soggetti indeboliti. – 2.1. I soggetti deboli e i loro diritti. – 2.2. I soggetti indeboliti e i loro diritti. – 3. L'inviolabilità dei diritti fondamentali e il limite del "nucleo irriducibile del diritto". – 4. Segue: l'inviolabilità del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali nelle indicazioni della giurisprudenza.

1. *Premessa: dalla tutela generale dei diritti fondamentali alla tutela speciale dei soggetti deboli*

La Costituzione italiana mostra un'evidente tendenza a tutelare le posizioni dei soggetti "deboli", con un *favor* che prevede interventi (legislativi e non) specifici per determinate categorie: invalidi, disoccupati, minori, lavoratrici madri, emigrati, carcerati, non abbienti (artt. 38, 31, 35, 13, 24 Cost.). Una categoria di soggetti che, come si vedrà, è abbastanza ampia ed articolata, in quanto ne fanno parte anche i soggetti "indeboliti" per i quali l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali passa sia attraverso la suddetta specifica tutela, che la Costituzione individua direttamente per ogni tipo di soggetto, sia indirettamente quale carattere essenziale della dignità umana. È proprio la dignità della persona che rischia infatti di essere lesa nelle situazioni di debolezza intese come condizioni di limitatezza operativa della persona (permanenti o transitorie) che riducono l'esercizio concreto dei diritti.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale si colloca in questa prospettiva, come, in parte, quella della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, seguendo il percorso del divieto di discriminazione, giunge alle medesime conclusioni.

Nel nostro ordinamento giuridico, l'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali e la tutela dei deboli rivestono un ruolo fondamentale e fondante¹.

¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova 1976, 1023, riferendosi al principio di uguaglianza dice: «... è una *supernorma destinata ad operare come norma di chiusura del*

Gli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana delineano la Repubblica come uno stato sociale impegnato a garantire e riconoscere astrattamente i diritti inviolabili dell'uomo e a renderne concreto l'esercizio, sia attraverso lo sforzo richiesto a tutti nell'adempimento dei doveri di solidarietà, sia attraverso l'intervento dell'Autorità. A quest'ultima la Costituzione chiede non solo di non interferire con l'esercizio dei diritti e delle libertà negative, ma di intervenire positivamente per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che «... *limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*» (art. 3, secondo comma). La Costituzione mira così a garantire un'uguaglianza concreta di tutti, nella dignità e davanti alla legge «*senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*» (art. 3, primo comma). Quelle condizioni personali e sociali che possono essere la causa della "debolezza" di alcuni nell'esercizio dei propri diritti: condizioni oggettive di debolezza fisica o psichica o determinate dalla particolare realtà personale o sociale in cui il soggetto, temporaneamente o permanentemente, si trova. Queste circostanze, tali da rendere il soggetto in tutto o in parte "incapace" (inoperativo, inadeguato) non dovrebbero mai costituire il presupposto di un trattamento non ispirato al generale principio di uguaglianza e, in particolare, di eguaglianza nel godimento dei diritti².

Lo Stato, quindi, ha il dovere di porre in essere azioni concrete e positive che rappresentano il più potente strumento a disposizione del legislatore e che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, mirano ad innalzare la soglia di partenza per le categorie di persone socialmente svantaggiate; quelle appunto riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione³.

l'ordinamento ...; P. CARRETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 151, considera il principio di uguaglianza «... il punto di riferimento primario per cogliere, in tutte le sue implicazioni, il rapporto tra la nostra forma di stato e la tutela dei diritti fondamentali ...». La Corte Cost., 22 marzo 1966, n. 25, in proposito ha detto: «... *l'eguaglianza è un principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura ...*». La sentenza si può leggere in internet nel sito www.giurcost.org/decisioni/index.html. Vedi C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; Id., *Tutela dell'eguaglianza dei sessi nell'accesso all'impiego pubblico e privato nella Costituzione Italiana*, Napoli, 1966.

² Anche la giurisprudenza si è occupata, e continua ad occuparsi, con vivo interesse della protezione dei diritti fondamentali, riservando particolare attenzione alle categorie svantaggiate. Si vedano a titolo di esempio: C. Cost., 14 maggio 2008, n. 139 in *Giur. cost.*, 2008, 3, 1723; Cass. pen., sez. III, 22 gennaio 2008, n. 8381, in *Dir. e giust.*, 2008; Cass. civ., sez. un., 2 aprile 2007, n. 8095 in *Giust. civ.*, mass., 2007, 4; C. Cost., 26 marzo 1993, n. 109, in *Regioni*, 1993, 1705, con nota di BARBATI; C. Cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Regioni*, 1994, 173, con nota di VIOLINI; C. Cost., 8 giugno 1983, n. 149, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1915.

³ C. Cost. sent., 109 del 1993, sopra citata, in proposito chiarisce che «... le "azioni positive" ... sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino

La preoccupazione maggiormente avvertita ad ogni livello è stata, ed è tutt'ora, quella di rendere il più possibile "capaci", nel senso di operativi ed efficaci, coloro che in realtà non sono tali. Si è a tal fine manifestata, anche in ambito internazionale, una rinnovata sensibilità per i soggetti deboli che deriva da un diverso modo di considerare i titolari dei diritti, non più solo in astratto, ma come uomini reali, portatori dei propri caratteri e delle proprie debolezze, dandosi risalto, ad esempio, alla condizione della donna, a quella dei soggetti incapaci perché minori di età o perché affetti da patologie, ai soggetti privati della libertà. È per questo che si è parlato in dottrina di un "diritto faticoso" distinto dal diritto facile che in una semplice classificazione (propria del diritto privato) separa i capaci dagli incapaci, ignorando le innumerevoli differenze e caratterizzazioni che esistono invero tra le due categorie⁴. Un diritto che si ado-

arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale Sulle azioni positive la riflessione dottrinale offre notevoli spunti: si veda, a proposito delle problematiche inerenti al rapporto uomo donna, E. DE MARCO, *Le azioni "positive" per le "pari opportunità": dalla "parità di trattamento" alla "egualianza di opportunità" tra uomo e donna in materia di lavoro*, in "Trimestre", Rivista del Dipartimento di Storia e Critica della Politica dell'Università degli Studi di Teramo, n. 3-4 del 1997 numero monografico dedicato al tema F. CANTÙ e M.R. DE SIMONE (a cura di), *Le donne e le istituzioni*, 363-375. Trattasi di impostazione del principio di eguaglianza con riguardo alle donne che, tuttavia, trova le sue radici ideologico culturali nel principio della centralità della persona. Anche a livello internazionale gli organi politici si sono impegnati positivamente per eliminare differenze e discriminazioni tra gli uomini: l'art. 13 del Trattato CE, ora sostituito dal Trattato sull'Unione europea, assegna al Consiglio la facoltà, di adottare «... provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Si veda anche Direttiva del Consiglio dell'UE n.78 del 27 novembre 2000, in *Gazzetta Uff. delle Comunità Europee*, 02.12.2000, n. 303, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 25 e ss., così scrive: «... il riferimento al soggetto, in questi anni, ha via via ceduto di fronte all'ascesa del riferimento alla persona ... L'astrazione allontanava dalla vita il diritto, e così lo liberava dall'obbligo del confronto con le situazioni reali. La vita ... usciva dall'orbita del diritto, e i suoi protagonisti venivano classificati e presi in considerazione sostanzialmente per le caratteristiche formali ... Spaccato in due da una distinzione senza appello tra capaci e incapaci, il mondo del diritto confinava questi ultimi in una indistinta aera di esclusione ... Tutti i soggetti "deboli" – minori, infermi di mente – venivano chiusi nella categoria escludente dell'incapacità ... L'età, l'handicap, lo stato di salute fisica o mentale non sono condizioni oggettive da registrare una volta per tutte, e davanti alle quali arrestarsi. Sono situazioni da scandagliare ... Nasce così un diritto faticoso, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi ... crea le condizioni perché il "debole" possa sviluppare un punto di vista proprio ...». Si veda anche N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 62: «... si è manifestata negli ultimi anni una nuova linea di tendenza che si può chiamare di specificazione, consistente nel passaggio graduale ma sempre più accentuato verso un'ulteriore determinazione dei soggetti titolari dei diritti ... si sono sempre più venute riconoscendo le differenze specifiche della donna rispetto all'uomo ... si sono venuti via via differenziando i diritti dell'infanzia e della vecchiaia da quelli dell'uomo adulto ... si è fatta valere l'esigenza di riconoscere diritti speciali ai malati, agli handicappati, ai malati di mente e così via ...». Sul tema si veda M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e*

pera per rendere realmente aperte a ogni essere umano le possibilità di realizzazione offerte dalla vita, dalla società e, teoricamente, dal diritto stesso.

L'interesse e l'attenzione rivolta ai diritti fondamentali, e in particolare ai diritti fondamentali dei soggetti deboli, non si è mantenuta solo su un piano astratto e teorico in quanto, a livello sia nazionale che internazionale questi diritti godono ormai da diversi anni dell'attenzione dei governi, dell'autorità giudiziaria, della politica, dei giuristi, degli studiosi e anche della cultura delle varie confessioni religiose ed in particolare della Chiesa cattolica (nella sua azione internazionale di promozione dei diritti umani)⁵. Tutta la società è più che

dignità umana. Da individui a persone, Bologna, 2002. Su questa linea si svolge anche la logica culturale proposta nella dottrina sociale della Chiesa: vedi G. WEIGEL, *Testimone della speranza*, Milano, 1999. Le modalità di lettura del costituzionalismo si articolano in diverse direzioni, tra gli altri: S. MANGIAMELI, *Il costituzionalismo tra tradizione occidentale e tentazione di egemonia*, in *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004; A. D'ATENA, *Le "promesse" costituzionali: principi programmi e valori nel costituzionalismo*, in DALLA TORRE, MIRABELLI (a cura di), *Le sfide del diritto*, Scritti in onore del Cardinale Agostino Vallini, Soveria Mannelli, 2009.

⁵ Sono numerosissimi i contributi della dottrina e gli interventi della giurisprudenza – nazionale, internazionale e comunitaria – sul tema dei diritti umani inviolabili. Ad essi si rimanda per una esaustiva ricostruzione storica e giuridica dei diritti fondamentali essendo invece opportuno in questa sede svolgere il tema con riferimento a quelle categorie di soggetti che è possibile indicare con l'aggettivo "deboli". Vedi da ultimo G. BARONE, *Diritti fondamentali, Diritto a una vita serena, Il percorso della giurisprudenza*, Catania, 2008; ID., *Diritti inviolabili della persona di vecchia e nuova generazione di fronte al potere autoritativo dell'amministrazione. Limiti al principio della degradazione di diritti a interessi*, in *Studi per Giovanni Montemagno*, Milano, 2006; P. DE SENA, voce *Diritti dell'uomo*, P. CARRETTI, voce *Diritti fondamentali*, T. BALLARINO, voce *Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, tutti in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. III; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005; P. CARRETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; A. SACCUCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2005; G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 6, 1243; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2003; A. FERRAJOLI (a cura di), *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1998; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984. La promozione dei diritti umani ed in particolare dei diritti umani inviolabili trova particolare sollecitazione nell'impegno che la Chiesa Cattolica promuove con la dottrina sociale; si veda, per l'azione svolta da Giovanni Paolo II, G. WEIGEL, *cit.*, 427 e ss. laddove, in particolare 434, sull'azione di promozione del Pontefice e della Chiesa, in materia di diritti umani, viene trattato il problema. I diritti fondamentali hanno occupato, notevolmente, l'impegno della dottrina nelle dimensioni più articolate per le quali, oltre la letteratura sopra citata, si può trarre notevole spunto di riflessione da S. MANGIAMELI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, Torino, 2001; E. DE MARCO, *La tutela "multilivello" dei diritti tra enunciazioni normative e garanzie giurisdizionali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *"La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione"*, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico – Politico, Sezione di Diritto Pubblico Europeo, Milano, 2004, 127-158; A. LOIODICE, *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: innovazione nella tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, *cit.*, 81

mai attenta ai problemi che coinvolgono i soggetti deboli e i loro diritti: le richieste di tutela e risarcimento avanzate ai giudici sono in continuo aumento; sono ricorrenti le proposte e gli interventi legislativi volti a proteggere i diritti fondamentali e a rendere più agevole per tutti il loro esercizio; non c'è quotidiano che non riservi adeguato risalto alle tematiche che ne riguardano la lesione e la protezione⁶. Sembra che non si possa fare a meno di parlare, discutere e scrivere di diritti fondamentali prova che è cresciuta la consapevolezza della loro importanza ai fini di una democratica e pacifica esistenza⁷.

Le atrocità commesse ai danni dei più elementari diritti umani nel corso della seconda guerra mondiale hanno funzionato da detonatore degli interventi legislativi che hanno coinvolto le diverse Nazioni e che sono stati dedicati ad

ss.; S. MANGIAMELI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in *Itinerari giuridici*, Scritti per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo, Milano, 2007. Già in precedenza lo stesso Autore aveva affrontato il tema dei "nuovi diritti" nel saggio *I "nuovi diritti" nel Costituzionalismo Europeo*, in *Diritto e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, 2006. La tecnica di identificazione settoriale di una tutela multilivello, nell'ambito della riflessione scientifica della dottrina giuridica, si rinviene anche in F. GABRIELE, A. M. NICO, *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005.

⁶ La bibliografia nazionale ed internazionale è vastissima: basta scorrere il repertorio del Foro Italiano dal 2000 ad oggi per rendersi conto dell'interesse che è stato, ed è tutt'ora riservato ai diritti umani. Anche la giurisprudenza se ne è costantemente occupata, sia per chiarirne la natura e delimitare la categoria, sia per riconoscere ai soggetti lesi il diritto ad un'equa riparazione in caso di danno.

⁷ Sul punto si veda A. BALDASSARRE, *cit.*, 10, che, con riferimento ai lavori preparatori alla Costituzione del 1948, scrive: «... i Costituenti hanno chiaramente posto un collegamento diretto tra la libertà umana ... e la democrazia, presupponendo esplicitamente che i diritti inviolabili costituiscono la base logica di un ordinamento ispirato ai principi della democrazia pluralistica ...»; l'Autore ritiene i diritti inviolabili «condizioni "a priori" della democrazia pluralistica». N. BOBBIO, *op. cit.*, VII, scrive: «... Diritti dell'uomo, democrazia e pace sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico: senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti. Con altre parole, la democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali; ci sarà pace stabile, una pace che non ha la guerra come alternativa, solo quando vi saranno cittadini non più soltanto di questo o quello stato, ma del mondo ...». Su questa linea, nello sfondo culturale cattolico, G. WEIGEL, *cit.*, 428, dove ricorda il discorso di Giovanni Paolo II all'ONU nel 1978, nel quale si sottolinea che non vi è pace senza rispetto dei diritti umani. La promozione dei diritti umani, nella Costituzione Italiana ha raggiunto il livello di incorporazione costituzionale negli artt. 2 e 3 della Costituzione; le radici romanistiche, oltre che cristiane di tali concetti trovano spazio di osservazione in P. CATALANO, *Diritto e persona: studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990. Nella fase storica precedente alla codificazione, la teoria dei diritti naturali è stata espressione della cultura (razionalistica, illuministica e cattolica) dei ceti dominanti e ha costituito un presupposto della edificazione dello Stato di diritto. Oggi, nell'era della globalizzazione, la diffusione crescente della nozione di diritti fondamentali vale e serve a definire e costituire il terreno del confronto e della mediazione tra le differenze dei vari popoli, delle varie culture, dei vari sistemi istituzionali dei diversi Stati. In proposito vedi S. ALEO e G. PICA, *Sistemi giuridici Complessità e Comunicazione*, Acireale-Roma, 2009.

elevare e proteggere in via assoluta i diritti fondamentali con particolare attenzione per i deboli, nel tentativo di eliminare ogni forma di discriminazione⁸.

Queste Carte e questi documenti internazionali sono stati di volta in volta riferiti a categorie svantaggiate: minori, donne, malati, disabili, immigrati, carcerati; a tutti coloro che si trovano in una oggettiva situazione di impossibilità o di difficoltà e che si possono definire come “soggetti deboli”. Si è via via fatta strada la consapevolezza dell’importanza fondamentale dell’eguaglianza sostan-

⁸ Alla base delle violazioni e degli annientamenti commessi dal regime nazista c’era, infatti, non la negazione assoluta dei diritti fondamentali dell’uomo, ma la convinzione che essi facessero capo solo ad alcuni privilegiati e non indistintamente a tutti. Analoga situazione contraddittoria si ritrova negli Stati Americani, ex colonie britanniche, nati dopo la guerra di indipendenza dalla madrepatria. Nonostante la *Dichiarazione di indipendenza*, approvata dal Congresso nel 1776, rifacendosi ai principi del pensiero illuminista, elencasse e proclamasse i diritti naturali ed inalienabili dell’uomo, continuò ancora a lungo la deportazione degli schiavi dall’Africa, cui erano negati anche i più ovvi e elementari diritti. Sul punto si veda: E. FONER, *Storia della libertà americana*, Roma, 2009, 28 e ss. Proprio per scongiurare qualsiasi forma di differenziazioni, nel preambolo della *Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo*, il primo documento internazionale redatto nell’immediato dopoguerra, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite si riferisce agli uomini come a “*membri della famiglia umana*”. La Dichiarazione, del 10 dicembre del 1948, pur non elevata al rango di fonte di norme internazionali generali, ha aperto la strada alla redazione di numerose carte e documenti dedicati al riconoscimento e alla tutela dei diritti umani fondamentali. Tra questi si distingue la *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – CEDU* – firmata dagli Stati membri del Consiglio d’Europa il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848 – che, accanto all’elencazione e descrizione dei diritti e delle libertà fondamentali, ha istituito la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, proprio per assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalla stessa e dai suoi protocolli. Sulla Dichiarazione si veda G. CATALDI, *Il 60° anniversario della Dichiarazione Universale dei diritti umani*, in *Diritti civili e politici*, 2009, 174. Si ricordano inoltre il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* firmato a New York nel 1966 e reso esecutivo con la legge del 1977 n. 881; la *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – Carta di Nizza* – del 7 dicembre 2000; il *Trattato di Lisbona* firmato il 13 dicembre 2007. Nonostante gli sforzi internazionali, sono ancora moltissimi i Paesi, sia industrializzati che in via di sviluppo, nei quali anche i più elementari diritti e libertà subiscono continue pressioni e limitazioni: in Iran, in Cina, in Corea, in Birmania, solo per citarne alcuni, i diritti primari dell’uomo sono mortificati e fortemente limitati se non addirittura annientati, e continui sono gli sforzi della diplomazia internazionale tesi a democratizzarne il sistema. Si pensi ad esempio al noto caso della birmana Aung San Suu Kyi, premio nobel per la pace, attiva da molti anni nella difesa dei diritti umani, per diversi anni privata, dal regime politico del suo paese, della libertà personale e solo di recente, nel novembre del 2010, rimessa in libertà. Sulla condizione dei diritti umani in Birmania si veda, da ultimo, F. GIUSTINIANI ZORZI, “*La responsabilità di proteggere*”. *Riflessioni a margine del caso Birmano*, in *Diritti umani e diritti intern.*, 2009, 33. Altro caso di limitazione dei più elementari diritti umani si registra in Cina: proprio di recente, *Google*, il più diffuso motore di ricerca in *internet*, ha minacciato di ritirarsi dalla Cina lamentando intrusioni di hacker ed episodi di censura pilotati, così presumono i vertici di *Google*, dal Governo di Pechino e volti a rintracciare attivisti per la difesa dei diritti umani. Per una panoramica sulla condizione dei diritti umani in Cina si veda E. ASCIUTTI, *Diritti umani in Cina. Evoluzione storica di un concetto: 1899-1988*, in *Diritti umani e diritti intern.*, 2009, 281.

ziale degli uomini: per questo, i nuovi Stati, nati dalle macerie del conflitto mondiale, si sono impegnati a rimuovere le differenze che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini alla vita economica e sociale dei Paesi⁹.

I rilievi esposti consentono di precisare l'oggetto del presente lavoro: la verifica della effettività della fruizione dei diritti primari (fondamentali) dei soggetti deboli e fino a che punto questi diritti possono essere limitati. A tal fine è necessario soffermarsi sulla categoria "soggetti deboli", sul carattere dell'inviolabilità dei diritti fondamentali e su quello dei confini entro cui deve essere contenuta ogni loro limitazione.

Riteniamo infatti che la categoria dei "deboli", indistintamente considerata, sia solo in apparenza unitaria, in quanto, come si vedrà, ne fanno parte sia coloro che sono oggettivamente e naturalmente incapaci, sia i soggetti "indeboliti", coloro cioè che, pur capaci, sono resi deboli da un provvedimento dell'Autorità. Separare le due specie di "debolezza" è quanto mai utile per lo studio che li riguarda, perché differente è il modo in cui si pongono i diritti fondamentali rispetto allo Stato, a seconda che riguardino l'una o all'altra specie di soggetti

⁹ Fra i documenti cui si è fatto cenno, l'ultimo ratificato è la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, adottato nel 2006 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che rappresenta il primo grande trattato sui diritti umani del XXI secolo. La Convenzione tende a garantire a «coloro che presentano durature minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali» di vivere nella società in maniera indipendente, partecipando pienamente a tutti gli aspetti della vita, con le stesse possibilità e la stessa libertà di scelta delle altre persone. Gli Stati firmatari hanno così preso atto delle difficoltà che le persone con disabilità incontrano nell'esercizio dei più elementari diritti e dei limiti che impediscono la loro partecipazione alla società come membri eguali della stessa. La Convenzione è stata ratificata per effetto degli art. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18. In proposito si veda A. DE AMICIS, *La legge 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *Giur. merito*, 2009, 10, 2375. Altro documento, meno recente ma sicuramente non meno importante, che si colloca nel filone citato degli interventi a protezione dei deboli, è la *Convenzione sui diritti dei fanciulli*, adottata a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176, che riconosce loro una tutela speciale finalizzata a consentire il godimento pieno dei diritti fondamentali e lo sviluppo completo della personalità. Sempre a protezione dei minori non si può non citare la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori* adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva in Italia con la legge del 20 marzo 2003, n. 77. Altra Convenzione a tutela dei deboli è quella di *Oviedo* per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, resa esecutiva in Italia con la legge n. 145 del 2001. Deve, altresì, essere ricordato il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, e quello per combattere il *traffico di migranti*. Si ricordano anche le più risalenti nel tempo: *Convenzione sulla discriminazione razziale* del 1965, resa esecutiva con la legge del 13 ottobre 1975, n. 337, la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna* dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, del 18 dicembre 1979, resa esecutiva con la legge del 14 marzo 1985, n. 132, e la *Convenzione dell'ONU contro la tortura* del 1984, resa esecutiva con la legge del 3 novembre 1988, n. 498.

“incapaci”. Diciamo subito che i deboli si collocano in una posizione pretensiva e i loro diritti fondamentali si atteggianno come richieste volte ad ottenere la predisposizione dei mezzi e degli strumenti necessari al loro esercizio. In quanto soggetti naturalmente incapaci si rivolgono alla Repubblica affinché questa, nel modo più opportuno e confacente alle diverse situazioni, renda possibile l’esercizio e il godimento dei propri diritti, ponendo in essere interventi positivi e compensativi¹⁰. I soggetti indeboliti, invece, di per sé capaci (giuridicamente e naturalmente), sono resi deboli dall’apparato pubblico e i loro diritti fondamentali si trovano più o meno limitati per effetto di un provvedimento dell’Autorità.

In questa particolare situazione, i titolari dei diritti compromessi hanno interesse e aspirano alla riespansione dei loro diritti, contestano i provvedimenti che li hanno indeboliti e, in ogni caso, affermano l’intangibilità del contenuto minimo dei diritti, oltre il quale nessun diritto fondamentale può essere compreso¹¹.

2. *Soggetti deboli e soggetti indeboliti*

2.1. *I soggetti deboli e i loro diritti*

La continuazione del nostro lavoro passa attraverso la definizione della categoria dei soggetti “deboli”; in particolare è necessario domandarsi quali peculiarità deve presentare un soggetto, o al contrario di quali caratteri deve essere carente, per essere qualificato tale.

Nel dizionario della lingua italiana non è rinvenibile un’unica definizione di persona debole e di debolezza: il malato è debole quando è «*privo di forza fisica*»; la donna è più debole dell’uomo; debole è chi è «*inferiore alla normalità nello svolgimento di determinate funzioni, per difetto organico o per malattia*» o chi ha «*capacità intellettive scarse*»; soggetto debole è chi «*supinamente cede all’altrui volontà*»; la “debolezza” è la «*scarsa capacità di reazione da parte dell’organismo ... incapacità più o meno evidente e dichiarata, a resistere e a reagire...*»¹².

¹⁰ Qualche esempio può essere utile: i soggetti portatori di handicap “pretendono” che lo Stato consenta loro l’esercizio del diritto fondamentale al lavoro, predisponendo una legislazione specifica che ne permetta l’inserimento nel mondo del lavoro; “pretendono”, anche, che per la libertà di circolazione siano eliminate le barriere architettoniche; i minori di età “pretendono” che lo Stato renda loro fruibile il diritto allo studio, indipendentemente dalla capacità economica dei genitori o di chi comunque ne eserciti la potestà.

¹¹ I carcerati, ad esempio, pur privati della libertà e di tutte le facoltà ad essa connesse, mantengono non solo la titolarità ma anche la capacità all’esercizio dei propri diritti fondamentali: è chiaro, comunque, che anche l’esercizio di questi diritti non può non essere compromesso dallo stato di detenzione ma gli stessi non possono essere schiacciati al punto da compromettere l’integrità del loro nucleo inviolabile.

¹² G. DEVOTO, G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2009.

La debolezza è descritta come una condizione personale, immanente al soggetto, una realtà involontaria ed invincibile che ne limita la capacità fisica o intellettuale e, per quello che ci interessa, la possibilità di esercitare concretamente i diritti, anche fondamentali. La persona debole si distingue da chi è “normale” perchè è priva di quella forza e capacità che la renderebbe simile agli altri¹³.

In questa descrizione si ritrovano innanzitutto i minori, dalla primissima infanzia fino al compimento della maggiore età e, prima, i nascituri, coloro che, già concepiti, non sono ancora venuti alla luce. Questi sono soggetti deboli per antonomasia in quanto del tutto indifesi e incapaci di vita autonoma al di fuori del grembo materno; anch'essi sono titolari di diritti e, in quanto tali, necessitano di una speciale protezione da parte dell'ordinamento¹⁴.

¹³ M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 27, così descrive la categoria dei soggetti deboli: «... la lista dei soggetti deboli non si esaurisce affatto con le sacche di emarginazione sociale che pure le c.d. società del benessere producono oggi non meno che in passato, dagli zingari agli extracomunitari ai senza-tetto e così via. Se fosse così potremmo dire che il problema ci sfiora ma non ci riguarda, o al limite ci tocca per quel tanto che siamo disposti ad allungare qualche spicciolo al lavavetri fermo al semaforo, oppure ad impegnarci nelle associazioni di volontariato. Ma soggetti deboli siamo potenzialmente tutti, a turno possiamo essere tutti, perché a ciascuno può capitare di imbattersi in situazioni di disagio o di minorità sociale: per dirne una, tutti siamo stati bambini, anche se la maggioranza di noi non se ne ricorda; e tutti prima o poi potremmo trovarci alle prese con i problemi della terza o della quarta età ... Tutti, in questa o in quella circostanza della vita, possiamo trovarci ad essere titolari di interessi deboli, non pienamente garantiti: dunque diseguali rispetto ad altre categorie di consociati, diventando perciò portatori di una domanda di eguaglianza ...».

¹⁴ Già nel diritto romano era riconosciuta la soggettività giuridica dei nascituri: i giuristi romani anticipavano al momento del concepimento gli effetti che si sarebbero dovuti verificare con la nascita. Si veda M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990; TARANTINO, *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, Milano, 1996 e *quivi* P. CATALANO, *Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai “diritti dei nascituri”*, 131 e ss.; M.P. BACCARI, “*Curator Ventris, tra storia e attualità*” in G. GIACOBBE (a cura di), *Annali 2001* (LUMSA, Collana della Facoltà di Giurisprudenza), Torino, 2001. Sul tema dei nascituri si vedano anche M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 10, 2075; G. CASABURI, *Il restyling giurisprudenziale della L. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 3002; A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, in *Procreazione assistita problemi e prospettive*, Atti del convegno di studi tenutosi a Roma all'Accademia dei Lincei il 31 gennaio 2005, Schena, Fasano, 2005, 301 ss.; M. P. BACCARI, *Concepto: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004, 54 ss.; F. TERESI, *Bioetica e diritto. Aspetti costituzionali*, in *Aggiornamenti sociali*, anno 51, 4 (aprile 2000), 321 ss.; F. PERCHINUNNO, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita*, Bari, 2000; TAR Lazio Roma, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452, in *Guida al diritto*, n. 23, 2005; C. Cass., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Dir. fam.*, 2007, 1, 137; Cass. civ., sez. III, 5 settembre 2006, n. 19069, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9, 4; C. Cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Giur. cost.*, 2008, 1, 472. Nel 1997 la Corte Costituzionale, con la sentenza del 10 febbraio n. 35, ha superato la distinzione “persona”-“non persona” a proposito del concepito, in *Giust. pen.*, 1997, I, 252. Sui minori: G. MASTRANGELO, *La posizione giuridica del minore nelle dinamiche familiari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 7-8, 1521; G. VECCHIO, *Autonomia privata, ordinamento scolastico, sussidiarietà e diritti di cittadinanza: il patto educativo di corresponsabilità*, in *Quaderni dip. Studi politici*, facoltà di Scienze Politiche, Università di Catania, IV, 2009.

Deboli sono anche i malati e i portatori di *handicap*, per i quali la debolezza è graduata nella effettiva capacità fisica e psichica: la persona in coma o in stato vegetativo, del tutto incapace di far valere i più elementari diritti, è in condizione differente rispetto a chi, pur malato, conserva piena capacità intellettuale¹⁵.

Nella descrizione dei soggetti deboli rientrano altresì coloro che sono comunemente definiti “poveri”: chi manca di disponibilità economiche sufficienti si trova in un’oggettiva situazione di debolezza non potendo, se non con l’ausilio di altri, in particolare dello Stato in quanto stato sociale, esercitare alcuni dei più fondamentali diritti quali quello alla salute, quello all’abitazione, quello all’accesso ai più alti gradi dell’istruzione, quello alla difesa in giudizio e più in generale quello ad un’esistenza dignitosa¹⁶.

Deboli sono anche gli extracomunitari, in particolare coloro che si trovano clandestinamente sul territorio dello Stato. Nonostante l’universalità dei diritti fondamentali sia proclamata dalle Convenzioni e dalle Carte internazionali e nazionali e, nonostante la legislazione di riferimento – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, decreto legislativo 25.07.1998 n. 286 – si preoccupi di chiarire che ai predetti soggetti, comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, accade, invece, che i diritti di questi soggetti non riescano a trovare reale tutela. La difficoltà, spesso insuperabile, che incontrano nella protezione dei loro diritti e, prima ancora, nell’esercizio, li fa rientrare nella categoria dei soggetti deboli¹⁷.

¹⁵ Sono tristemente note le vicende giudiziarie che hanno accompagnato le ultime fasi della vita della giovane Eluana Englaro e che hanno acceso vivacissimi dibattiti sul tema del testamento biologico e dell’eutanasia. Si vedano in proposito: Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007 sent. n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 11, 2366, e in *Dir. fam. e delle pers.*, 2008, 1, 77, con note di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si scrive la norma sull’eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, A. GALIZIA DANOVÌ, *L’interruzione della vita tra volontà e diritto*, G. GALUPPI, *Brevi osservazioni sulla sentenza n. 21748/2007 della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, 1725 con nota di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*. Corte d’Appello Milano, 9.07.2008, in *Giur. merito*, 2008, 10, 2504, con nota di G. IADECOLA. Si vedano anche G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 2009, 7-8, 1776; N. LETTERI, *L’art. 2 della Convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. merito*, 2009, 09, 2321; Cons. stato, sez. V, 20 maggio 2008, n. 2361, in *Foro amm.*, CDS, 2008, 5, 1477.

¹⁶ In proposito, la Corte Costituzionale, con la sentenza del 15 gennaio 2010, n. 10, ha considerato l’indigenza economica una «condizione di estrema debolezza della persona umana» che giustifica e legittima l’intervento assistenziale e sociale dello Stato. La sentenza si può reperire in *internet*, sito *consulta on line*.

¹⁷ I problemi che riguardano i diritti fondamentali degli stranieri si presentano all’attenzione delle istituzioni e dell’Autorità giudiziaria con cadenza giornaliera. Nel tempo, sino ad oggi, si sono susseguiti moltissimi interventi legislativi sul tema, c.d. “pacchetti sicurezza”, a dimostrazione della complessità e della delicatezza della materia che una legge unitaria difficilmente riesce a disciplinare

Non sembra opportuno insistere oltre sui veri soggetti deboli. Le considera-

una volta per tutte. Ciò che oggi rappresenta un'emergenza nazionale è il fenomeno dell'immigrazione clandestina: quando le condizioni climatiche e del mare lo permettono sbraccano sulle coste italiane imbarcazioni cariche di persone, uomini, donne e bambini i cui diritti fondamentali non possono essere ignorati o messi da parte in nome di superiori interessi nazionali. Eppure è evidente a tutti quanto difficile sia per lo Stato italiano fronteggiare l'emergenza senza sacrificare questi fondamentali diritti. Ciò in particolare per quanto riguarda i casi di respingimento ed espulsione. Solo guardando alla più recente giurisprudenza è possibile farsi un'idea di ciò. Respingimento ed espulsione sono provvedimenti di contenimento e contrasto dell'immigrazione clandestina: il primo è l'atto con cui la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto, con atto formale ed individuale del Questore, nei confronti degli stranieri che, sottraendosi ai controlli, entrando in territorio italiano, si sono fermati all'ingresso o subito dopo, o di coloro che, pur non avendo i requisiti per l'accesso, sono stati temporaneamente ammessi per motivi di soccorso. L'espulsione è disciplinata dall'art. 13 legge del 6 marzo 1998, n. 40, che prevede che per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato. La giurisprudenza si è occupata svariate volte degli stranieri e della condizione dei loro diritti; si veda ad es.: C. Cost., 16 gennaio 2009, n. 7 in *internet sito www.giurcost.org/decisioni/index.html*; C. Cost., 30 gennaio 2009, n. 21 in *Giur. cost.*, 2009, 1, 144; C. Cost., 13 febbraio 2009, n. 41 in *Giur. cost.*, 2009, 1, 327; C. Cost., 5 marzo 2009, n. 67, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 616; Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2009, n. 18537 in *Diritto & giustizia*, 2009; Cass. pen., sez. I, 2 dicembre 2009, n. 49335 in *CED Cass. pen.*, 2009; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2008, n. 27224 in *Diritto & giustizia*, 2008; Cons. di Stato, sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 342 in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 267; TAR Bologna Emilia Romagna, 27 marzo 2009, n. 324 in *Red. amm. TAR*, 2009, 03. Recentemente, con la sentenza del 22 luglio 2010, n. 269, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 55, lett. d), della legge della Regione Toscana 9 giugno 2009, n. 29, in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. a) e b), nella parte in cui garantisce l'iscrizione al servizio sanitario regionale anche agli stranieri che abbiano proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per riconoscimento dello *status* di rifugiato, richiesta di asilo, protezione sussidiaria o per ragioni umanitarie. La Corte ha sottolineato la condizione di "debolezza" in cui versa lo straniero, i cui diritti fondamentali necessitano pertanto di particolare considerazione. Anche gli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato, sono, in quanto uomini, titolari dei diritti fondamentali. Il legislatore statale, con il d.lgs. n. 286 del 1998, ha recepito tale impostazione, statuendo, in specie all'art. 35, comma 3, che «... ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva», assicurando altresì la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, la tutela della salute del minore, le vaccinazioni, gli interventi di profilassi internazionale, la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai. In questo quadro si colloca la norma regionale censurata, la quale, in attuazione dei principi fondamentali posti dal legislatore statale in tema di tutela della salute, provvede ad assicurare anche agli stranieri irregolari le fondamentali prestazioni sanitarie ed assistenziali atte a garantire il diritto all'assistenza sanitaria, nell'esercizio della propria competenza legislativa, nel pieno rispetto di quanto stabilito dal legislatore statale in tema di ingresso e soggiorno in Italia dello straniero, anche con riguardo allo straniero dimorante privo di un valido titolo di ingresso.

zioni sin qui fatte permettono di formulare una definizione che sintetizza le caratteristiche principali. Vanno intesi come soggetti deboli coloro che a causa di una realtà oggettiva, non superabile o aggirabile, sono del tutto incapaci o parzialmente tali allo svolgimento della vita quotidiana ed alla cura dei propri interessi. Quanto al godimento e all'esercizio dei diritti a loro astrattamente riconosciuti, a cominciare da quelli fondamentali, questi speciali titolari si pongono, nei riguardi della Repubblica, in una posizione di pretesa: aspirano a che l'ordinamento predisponga i mezzi necessari e compensativi e che garantisca degli *standard* di adeguatezza e proporzionalità degli interventi volti a soddisfare le esigenze e gli interventi connessi ai diritti fondamentali.

È il "motore" pubblico che dà attualità ai loro diritti, e la loro attività, che si svolge per vie informali e imprecisabili, tende a spingere la Repubblica a iniziative, a provvedimenti, a opere soddisfattive dei loro bisogni. I soggetti che abbiamo prima descritto contano sulla caratterizzazione sociale dello Stato italiano, e sanno che la Costituzione impegna costantemente le istituzioni a rendere concreta l'uguaglianza sostanziale. Quanto affermiamo è confortato da alcuni esempi: per agevolare coloro che sono colpiti da un'infermità o da una menomazione fisica o psichica e si trovano nell'impossibilità anche parziale o temporanea dell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana o a provvedere ai propri interessi, il legislatore è intervenuto nel 2004 con la legge n. 6 del 9 gennaio istituendo la figura dell'amministratore di sostegno, un tutore, nominato dal giudice e scelto, ove possibile, nello stesso ambito familiare dell'assistito. In tal modo il Parlamento ha affiancato, ai tradizionali strumenti di tutela dell'incapace, una nuova figura che consente di graduare la misura dell'incapacità, di supportare la persona nelle sue reali necessità, con l'intento di ricercarne e valorizzarne le residue potenzialità. Per aiutare il minore disabile nell'esercizio del diritto fondamentale, e non comprimibile, all'istruzione primaria e per consentirgli un'effettiva integrazione non solo scolastica ma anche sociale, oltre che il potenziamento delle sue abilità, il legislatore, con la legge n. 517 del 4 agosto 1977, ha introdotto nella scuola la figura dell'insegnante di sostegno: una persona, con competenze specifiche, che affianca lo scolaro incapace nell'adempimento delle attività didattiche. Sono numerosi gli interventi legislativi finalizzati a soccorrere e aiutare le fasce economicamente deboli della popolazione: il decreto legislativo n. 112 del 2008, ad esempio, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dalla legge di conversione n. 133 del 2008, ha istituito un fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritarie di natura alimentare, energetiche e sanitarie dei cittadini.

La riflessione sui diritti dei soggetti deboli evidenzia delle affinità con le caratteristiche tipiche dei diritti c.d. sociali: di quei diritti, cioè, che fanno capo a ogni membro della società e che per la loro piena realizzazione necessitano di un intervento operoso non solo delle Autorità, ma di tutti i soggetti che compongono la Repubblica. Il diritto all'istruzione, quello al lavoro, il diritto alla salute,

ad esempio, perché possano pienamente esercitarsi attendono che gli attori pubblici, in primo luogo lo Stato, si adoperino con la costruzione delle scuole e degli ospedali, con la previsione di un sistema sanitario che consenta a tutti di ricevere le cure necessarie, con una disciplina del lavoro che garantisca pari opportunità nell'accesso, nella retribuzione, nei diritti di previdenza. Ogni persona, quindi, pur pienamente capace, si trova nel godimento di alcuni diritti fondamentali (quelli sociali) in una posizione analoga a quella dei soggetti deboli (non per la propria posizione ma per il contesto nel quale si colloca): si può dire che con riferimento all'esercizio dei diritti sociali, ogni titolare è "debole" non potendo esercitare, o meglio non potendo pervenire, con le sue sole forze, alla soddisfazione dei propri diritti. È ovvio che per i soggetti deboli, tali perché realmente impossibilitati dell'esercizio autonomo dei diritti, l'intervento pubblico, necessario all'esercizio dei diritti sociali, dovrà essere più incisivo: accanto infatti alla normativa sul lavoro valida per tutti, il legislatore ha previsto apposite leggi volte a garantire ai soggetti disabili un più facile accesso prevedendo, ad esempio, l'obbligo della loro assunzione nelle pubbliche amministrazioni. La legge 12 marzo 1999 n. 68, recante "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", con il preciso intento di garantire il collocamento mirato dei soggetti "deboli", è rivolta ai datori di lavoro pubblici e privati che sono tenuti ad assumere un certo numero di persone in età lavorativa, affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di *handicap* intellettuale, o invalide del lavoro, non vedenti o sordomute, cui si applica il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi. La legge mira così ad apprestare tutta una serie di strumenti tecnici e di supporto che permettono di considerare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro¹⁸.

¹⁸ La legge impone alle regioni di istituire il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili, da destinare al finanziamento dei programmi regionali di inserimento lavorativo e dei relativi servizi (art. 14). L'art. 7 del d.l. 10 gennaio 2006, n. 4, al fine di verificare la corretta ed uniforme applicazione della legge, dispone che le amministrazioni pubbliche chiamate a dare attuazione alle disposizioni in materia di collocamento obbligatorio, siano tenute a comunicare semestralmente, e comunque entro il 31 dicembre di ogni anno, alla presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, l'elenco del personale disabile collocato nel proprio organico e le assunzioni effettuate nell'anno e previste nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni. La prima legge rivolta a favorire l'assunzione dei disabili è la legge del 13 marzo 1958 n. 308, riferita ai cittadini sordomuti, abrogata dalla legge 2 aprile 1968 n. 482, rubricata *Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private*, altresì abrogata dalla già citata legge del 1999. Sull'argomento si veda: Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2009, n. 27845, in *Guida al dir.*, 2010, 6, 57; C. Cass., sez. unite civili, 14 gennaio 2009, n. 561, in *Red. giust. civ. mass.*, 2009, 1; C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 431, in *Foro it.*, 2009, 2, 301; Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5184, in *Foro amm. CDS*, 2008, 10, 2800; C. Cass., sez. lav., 9 settembre 2008, n.

Un altro esempio è dato dalla legge n. 9 dell'8 febbraio 2007 – “Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali” – che, al fine di contenere il disagio abitativo e di favorire il passaggio da casa a casa per particolari categorie sociali soggette a procedure esecutive di rilascio per finita locazione degli immobili adibiti ad uso di abitazioni, prevede per i conduttori con reddito annuo lordo complessivo familiare inferiore a 27.000 euro, che siano o abbiano nel proprio nucleo familiare persone ultrasessantacinquenni, malati terminali o portatori di handicap con invalidità superiore al 66 per cento, purché non siano in possesso di altra abitazione adeguata al nucleo familiare nella regione di residenza, la sospensione delle esecuzioni dei provvedimenti di rilascio. Anche in questo caso il legislatore nazionale è intervenuto per apprestare correttivi alla normale procedura per venire incontro alla particolare condizione dei soggetti svantaggiati.

È opportuno ora ricordare come i diritti dei soggetti deboli e i diritti sociali, rispetto ai quali, si è detto, ogni persona si trova in una posizione di debolezza, e di conseguente pretesa nei confronti soprattutto dei soggetti pubblici, non possono certamente aspirare a una protezione e realizzazione totale. Se il loro concreto esercizio dipende dalla predisposizione dei mezzi necessari da parte della Repubblica, non è logicamente pensabile che possano essere soddisfatti nella loro interezza. Il diritto alla salute, che si concretizza nel diritto all'assistenza sanitaria, ad esempio, pur fondamentale ed inviolabile, come tutti i diritti deve bilanciarsi con altre esigenze, prima fra tutte la disponibilità finanziaria dello Stato. Rappresenta un'aspirazione di tutti che la propria salute sia tutelata in ogni aspetto ma proprio perché si tratta di un diritto di tutti cui l'apparato pubblico deve, con le sue forze, fare fronte, è inevitabile che venga a bilanciarsi con altri diritti fondamentali e con la già citata effettiva capacità economica dello Stato. Il bilanciamento, al quale non può essere sottratto il diritto alla salute, e tutti gli altri diritti, deve comunque rispettare i livelli minimi, fissati dal legislatore, sotto i quali il mancato soddisfacimento del diritto, comporterebbe una sua violazione inaccettabile, perché spinta oltre il nucleo fondamentale e inviolabile dello stesso¹⁹.

23112, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 9, 1339; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2008, n. 2490, in *Foro amm. CDS*, 2008, 5, 1551. Vedi S. BRUZZONE, *Disabilità e lavoro: legislazioni a confronto*, in *Relaz. industriali*, 2008, 01, 85; G. PERA, *Note sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie degli invalidi*, in *Giust. civ.*, 1999, 7, 8, 323; C. SCORRETTI, *La legge 12 marzo 1999 n. 68 sul diritto al lavoro dei disabili. Aspetti sociali e medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 02, 437. Sulla previdenza sociale sono di vivo interesse e di attualità le riflessioni di A. CHIAPPETTI, *La previdenza sociale nelle pronunce della Corte Costituzionale*, Milano, 1967.

¹⁹ In proposito, la Corte Cost., 13 maggio 2008, n. 203, richiamando sue precedenti pronunce, così recita: “... il diritto alla salute spetta ugualmente a tutti i cittadini e va salvaguardato sull'intero territorio nazionale ... Dopo la riforma del Titolo V della parte II della Costituzione questa Corte ha avuto modo di ribadire la necessità, già segnalata nella pregressa giurisprudenza, che la spesa

La determinazione dei livelli minimi di esercizio dei diritti civili e sociali, per la cui effettiva realizzazione e rispetto la Repubblica deve adoperarsi, è oggetto di competenza esclusiva dello Stato: l'art 117 della Costituzione, nell'elencare le materie oggetto di legislazione esclusiva, alla lettera *m*), impegna lo Stato alla «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*», così attribuendo al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti²⁰. La Repubblica deve, quindi, impegnarsi per apprestare gli strumenti atti a garantire l'esercizio dei diritti fondamentali, entro dei livelli minimi essenziali stabiliti dal legislatore nazionale, validi su tutto il territorio che, se disattesi, determinano un'violazione inaccettabile perché lesiva del nucleo inviolabile dei diritti.

Il legislatore statale, nel fissare la misura dei livelli delle prestazioni, deve tenere in considerazione sia il rispetto della dignità della persona umana che le risorse finanziarie dello Stato²¹.

sanitaria sia resa compatibile con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nella quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario ...». La sentenza si può leggere in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2304. Sul tema dell'assistenza sociale si veda anche C. Cost., sent. n. 19 del 2010 in *internet* sul sito www.giurcost.org/decisioni/index.html.

²⁰ Si veda in proposito C. Cost., sent. 2 luglio 2009, n. 200, in *Foro it.*, n. 12, dic. 2009, 3285, con nota M. COCCONI, *La Corte costituzionale individua un criterio sostanziale di distinzione tra «norme generali» e «principi fondamentali» in materia di istruzione*. Si veda anche Corte Cost., sent. n. 88 del 2003, la quale ha sottolineato che: «... *L'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto ...».* La sentenza si può leggere in *Foro amm.*, CDS 2003, 4, 1237, con nota di A. CORSINI, *Cautela della Corte sui «livelli essenziali delle prestazioni sanitarie»*. Si veda anche G. GUGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007. L'espressione «livelli essenziali» si ritrova anche nel secondo comma dell'art. 120 Cost. come parametro di legittimazione del potere sostitutivo del Governo e, se pur implicitamente, nel quinto comma dell'art. 119 Cost., laddove è previsto che lo Stato destini risorse aggiuntive ed effettui interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, tra l'altro, anche per rimuovere gli squilibri economici e sociali e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona.

²¹ In tema di edilizia residenziale pubblica la Corte Cost., con la sent. 23 maggio 2008 n. 166, ha chiarito che: «... *gli spazi normativi coperti dalla potestà legislativa dello Stato sono da una parte la determinazione di quei livelli minimali di fabbisogno abitativo che siano strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana e dall'altra parte la fissazione dei principi generali, entro i quali le Regioni possono esercitare validamente la loro competenza a programma-*

2.2. *I soggetti indeboliti e i loro diritti*

Nell'ampia categoria dei deboli è possibile separare e distinguere un particolare gruppo di soggetti i quali possono essere più opportunamente definiti "indeboliti"; si individua così un'altra tipologia di debolezza che si presenta, non come una condizione naturale e non superabile del soggetto, ma come conseguenza di un provvedimento dell'Autorità. È il caso che si determina quando un individuo, pur perfettamente sano e capace, sia fisicamente che intellettualmente, in determinate situazioni previste e descritte dalla legge, subisce delle limitazioni nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali o anche solo di uno di essi, come conseguenza di un provvedimento. La riduzione totale o parziale del godimento dei diritti del soggetto è giustificata da superiori e contrapposte esigenze, ed è tale da causare un suo indebolimento: la persona nel pieno delle sue facoltà si trova, per un tempo circoscritto e secondo procedure prestabilite, in condizione di non poter esercitare alcuni suoi diritti fondamentali.

Tipico caso è quello della persona privata della libertà personale per effetto di un provvedimento restrittivo dell'Autorità giudiziaria: accertata, infatti, la responsabilità penale dell'imputato, prima assistito dalla garanzia della presunzione di non colpevolezza, termina il procedimento di cognizione e si apre la fase dell'esecuzione della pena con la quale il condannato perde, oltre le facoltà connesse alla libertà personale, molte altre capacità relative ai suoi diritti fondamentali ed è per questo "indebolito" e non pienamente capace²². Il carcerato è limitato nella libertà di movimento ma può anche essere sottoposto a perquisizioni personali, subire delle limitazioni del diritto alla *privacy*, o nel mantenimento dei rapporti con l'esterno. Ad esempio, sebbene la Costituzione all'art. 15 riconosca l'inviolabilità del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza, ammette d'altro canto la possibilità di una sua limitazione «*per atto motivato dell'autorità con le garanzie stabilite dalla legge*». Se generalmente anche le persone private della libertà personale mantengono integro questo loro diritto, può accadere che, in presenza di determinate circostanze previste dalla legge, il rispetto del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza possa subire

re e realizzare in concreto insediamenti di edilizia residenziale pubblica ... la determinazione dei livelli minimi di offerta abitativa per specifiche categorie di soggetti deboli non può essere disgiunta dalla fissazione su scala nazionale degli interventi, allo scopo di evitare squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate ...». La sentenza si può leggere in *Giur. cost.* 2008, 3, 1999.

²² In questa categoria di soggetti indeboliti rientrano, non solo i condannati con sentenza definitiva, ma anche coloro per i quali la limitazione all'esercizio dei diritti è meno incidente: si pensi alle persone sottoposte alle misure di prevenzione o a quelle di sicurezza che subiscono delle limitazioni all'esercizio pieno dei propri diritti, per ragioni connesse alla loro pericolosità sociale e quindi di sicurezza.

delle limitazioni. Nell'art. 18 *ter* dell'ordinamento penitenziario è previsto che, per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposte limitazioni nella corrispondenza e nella ricezione della stampa, la sottoposizione della corrispondenza al visto di controllo, il controllo preventivo del contenuto delle buste²³. Ancora, nonostante l'attuale normativa consideri essenziali ai fini del trattamento penitenziario i rapporti del condannato con la sua famiglia, è inevitabile che gli stessi subiscano delle limitazioni e siano sottoposti a particolari forme di regolamentazione, che non possono non incidere e pesare su una normale vita familiare. La possibilità di avere un colloquio con il detenuto, infatti, è subordinata all'emissione di permessi e autorizzazioni e, in ogni caso, avviene sotto il controllo visivo del personale di custodia.

Un particolare caso di indebolimento è quello che subiscono i detenuti sottoposti al regime carcerario noto come "carcere duro", disciplinato dall'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario e introdotto con la legge 10 ottobre 1986 n. 663, che incide in modo specifico sull'esercizio di alcuni diritti fondamentali. La possibilità di sottoporre il detenuto a questo regime è subordinata alla sussistenza di condizioni individuate dalla legge: solo in casi eccezionali di rivolta o qualora ricorrano gravi situazioni di emergenza, infatti, il Ministro della giustizia, con decreto motivato e controllabile dall'autorità giudiziaria, per motivi di ordine e sicurezza pubblici, ha la facoltà di sospendere, nell'istituto interessato o in parte di esso, l'applicazione delle normali regole di trattamento. Analoghe limitazioni sono possibili per i detenuti per alcuni delitti e comunque quando gli stessi siano commessi al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso in relazione ai quali sussistano elementi tali da far ritenere il permanere di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva²⁴.

Il soggetto, comunque privato della libertà personale per effetto di una pronuncia dell'Autorità giudiziaria, è quindi da considerare "debole" perché indebolito nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà.

Questa limitazione deve considerarsi necessaria e funzionale ai fini della pena e, quindi, della rieducazione del condannato, tutte le altre, invece, devono

²³ Norme sull'Ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, legge 26 luglio 1975 n. 354.

²⁴ Ai sensi della legge n. 36 del 1995 e successivamente della legge n. 11 del 1998 e della legge n. 446 del 1999, l'applicabilità del regime previsto dall'articolo 41 *bis* è stata prorogata fino al 31 dicembre 2000; successivamente, ai sensi della legge n. 4 del 19 gennaio 2001, la suddetta applicabilità è stata prorogata fino al 31 dicembre 2002. Con l'entrata in vigore, il 23 dicembre 2002, della legge n. 279, che ha parzialmente modificato la legge sull'ordinamento penitenziario, il regime carcerario speciale ha perso il suo carattere provvisorio. Sulla base del decreto legislativo n. 773/2009, il regime speciale si applica ormai per un periodo iniziale di quattro anni (invece di un anno come in precedenza), che può essere successivamente prorogato di due anni (invece di un anno come in precedenza).

essere oggetto di indagine e verifica per accertarne di volta in volta la legittimità. La reclusione in un istituto di pena non può infatti giustificare la mortificazione e l'annientamento dei diritti primari e fondamentali del condannato: in un'ottica, quale è quella fatta propria dal nostro sistema giudiziario, nel quale la pena deve essere vista non, o quanto meno non solo, come punizione ma come rieducazione e risocializzazione del condannato, destinato, scontata la pena, a ritornare alla vita normale, è indubbio che i diritti del detenuto debbano essere tenuti in primaria considerazione. La pena, anche la più severa e afflittiva, «*non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato*»; il trattamento penitenziario, infatti, «*deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*» i cui diritti naturali non possono subire limitazioni oltre il loro nucleo irriducibile, strettamente legato alla dignità della persona²⁵.

Tornando alla individuazione dei soggetti indeboliti, un'altra categoria è quella rappresentata dai falliti, da coloro, cioè, che sono stati dichiarati tali con sentenza del Tribunale *ex art. 16* della legge fallimentare²⁶. Dalla dichiarazione di fallimento, infatti, deriva al destinatario una serie di obblighi e limitazioni che viene ad incidere, se pur temporaneamente, anche sull'esercizio di alcuni suoi diritti fondamentali e che fa del fallito un soggetto debole perché non pienamente capace di esercitare i suoi diritti; tale non perché naturalmente impossibilitato a farlo ma perché "indebolito" dall'ordinamento. La condizione imposta al fallito è necessaria perché la procedura fallimentare sia il più celere ed efficace possibile: si tratta di limitazioni che consentono al curatore di avere una più chiara percezione della sua posizione debitoria e del suo patrimonio al fine di consentire più agevolmente il soddisfacimento dei diritti dei creditori²⁷. Con la dichiarazione di fallimento, il fallito perde innanzitutto la disponibilità giuridica e materiale e l'amministrazione dei suoi beni; perde anche il diritto a stare in giudizio nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti di tipo patrimoniale; sono inefficaci rispetto ai creditori tutti gli atti e i pagamenti da lui eseguiti. Per

²⁵ Art 1, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354.

²⁶ Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e successive modificazioni, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

²⁷ Il testo originario dell'art. 16 del regio decreto prevedeva, all'ultimo comma, la possibilità che con la stessa sentenza dichiarativa di fallimento o con un successivo decreto il Tribunale potesse ordinare la cattura del fallito. Storicamente, infatti, il fallimento integrava una fattispecie di reato che comportava, oltre a conseguenze penali, un marchio di indegnità e di infamia. La disciplina del fallimento e in particolare la posizione del fallito, dall'entrata in vigore della legge del 1942 ha subito delle modifiche: una nel 2006, un'altra nel 2007; in particolare ha subito delle importanti modifiche la posizione personale del fallito in relazione all'esercizio dei suoi diritti fondamentali come il diritto alla libertà di movimento o quello alla riservatezza della corrispondenza. Filo conduttore della riforma è stato l'intento di contenere le limitazioni ai diritti del fallito alle sole esigenze connesse alla procedura.

quanto riguarda il diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza, l'art. 48 della legge fallimentare prevede che il fallito sia tenuto a consegnare al curatore la propria corrispondenza, inclusa quella elettronica e riguardante i rapporti compresi nel fallimento.

Soggetti indeboliti, allora, sono tutti coloro che, per una particolare condizione, permanente o transitoria, ad essi imposta, non sono in grado di esercitare con pienezza i propri diritti o anche uno solo di essi, a cominciare da quelli fondamentali. L'indebolimento si presenta come una possibile evenienza che rende la persona temporaneamente o definitivamente impossibilitata alla cura dei propri interessi e allo svolgimento pieno della vita quotidiana²⁸.

Le considerazioni fatte sulla debolezza, indotta come effetto secondario di un provvedimento giuridico, consentono di includere nella categoria dei deboli anche soggetti che solitamente il comune sentire non immediatamente percepisce come tali: se il concetto di debolezza porta subito a pensare ai bambini, ai malati, a coloro che per fatto di natura o a causa di un incidente, cioè dal punto di vista oggettivo, sono limitati, per ragioni fisiche o psichiche, nell'esercizio e nel godimento dei diritti primari, ad essi devono anche ricondursi coloro che pur perfettamente sani, capaci e abili, sono in concreto limitati nel godimento anche di uno solo dei diritti fondamentali. Per la prima categoria la debolezza è di immediata percezione; più difficile pensare che anche chi abbia subito una condanna per un delitto gravissimo come l'omicidio, lo stupro, per reati di violenza o pedofilia, o perché membro di associazioni come la mafia o la camorra, rientri nel novero di quei soggetti, giuridicamente deboli, che necessitano di una particolare tutela in relazione all'esercizio dei diritti fondamentali. Ma diversamente da come può apparire, anche questi soggetti sono "deboli" perché indeboliti da un provvedimento dell'Autorità giudiziaria che limita l'esercizio dei diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà.

Accertato che i provvedimenti dell'Autorità giudiziaria possono indebolire soggetti pienamente capaci, bisogna esaminare quali problemi pone questo indebolimento e secondo quali principi e in che limiti esso può essere imposto. Innanzitutto va considerato l'aspetto della proporzionalità ovvero se le limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali possano o meno considerarsi proporzionate; se le esigenze che hanno giustificato e imposto il sacrificio al diritto siano prevalenti, e fino a che punto, rispetto alla piena capacità di godere dei diritti fondamentali. È infatti necessario che, nel bilanciamento tra le ragioni che hanno imposto e giustificato la limitazione ai diritti fondamentali e questi ultimi, le prime siano prevalenti. Ad esempio, le esigenze connesse alla sicurezza sociale o quelle della

²⁸ Se, come si è visto, i diritti dei soggetti deboli possono essere assimilati ai diritti sociali, per i diritti dei soggetti indeboliti è possibile fare un parallelo con i diritti a contenuto negativo in quanto entrambi "pretendono" che lo Stato non invada con i suoi interventi il loro libero esercizio.

funzione rieducativa del condannato, che giustificano la limitazione della sua libertà personale, devono essere, rispetto ad essa, prevalenti; la soddisfazione dei diritti dei creditori devono prevalere e giustificare le limitazioni ai diritti del fallito.

Per i soggetti “indeboliti” è, infatti, di immediata percezione la tensione che caratterizza la loro posizione, tra le esigenze dell’ordinamento, che hanno imposto la condizione, il più delle volte transitoria, di incapacità all’esercizio dei diritti e i diritti stessi che, in quanto fondamentali, non possono ammettere compressioni che vadano oltre il limite di tollerabilità.

Perché in ogni caso l’indebolimento sia legittimo e non si risolva in una inaccettabile violazione dei diritti, è essenziale che lo stesso sia sempre previsto dalla legge, disposto nel rispetto delle condizioni e delle forme procedurali stabilite e soprattutto proporzionato all’interesse prevalente che si intende proteggere. In nessun caso potrebbe infatti considerarsi legittima una limitazione ai diritti fondamentali, pur giustificata da superiori e prevalenti interessi ed esigenze, se non rispettosa dei limiti e delle condizioni stabilite. A conferma dell’esattezza della tesi che si va sviluppando, che cioè l’indebolimento non possa essere né irragionevole né sproporzionato rispetto agli interessi che, con i provvedimenti limitativi, si intendono curare, possiamo ricordare l’esigenza di rispettare le regole che governano i procedimenti che portano gli atti limitativi. Questi appaiono – possiamo dire – insensibili agli interessi alla cui cura sono finalizzati per tutto ciò che concerne gli adempimenti previsti a garanzia dei destinatari, che debbono essere rispettati integralmente. Le ragioni di sicurezza sociale e nazionale, di ordine pubblico, di prevenzione dei disordini e dei reati, della morale pubblica, della salute, ad esempio, sono inidonee, non solo a giustificare compressioni sproporzionate dei diritti fondamentali, ma altresì non possono incidere sul rispetto delle regole di garanzia procedimentali, che debbono comunque essere rispettate, quale che sia il “bene pubblico”, che si intende tutelare.

Quanto qui sostenuto trova conferma in una recente sentenza del Tribunale di primo grado dell’Unione Europea, che si è pronunciato in merito ad una vicenda in cui alcuni soggetti erano sospettati di appartenere ad associazioni terroristiche.

Nonostante l’interesse pubblico da tutelare fosse di straordinaria rilevanza, in quanto finalizzato a contrastare il terrorismo, il Tribunale ha stabilito che pur «*nell’ipotesi di inserimento del nome di una persona o di una entità nell’elenco dei soggetti sospettati di terrorismo, con conseguente congelamento dei suoi beni ai sensi del regolamento (Ce) 27/5/2002 n. 881, il consiglio dell’Unione europea è tenuto, prima dell’adozione delle misure o entro un termine ragionevole successivo, a informare l’interessato degli elementi assunti a suo carico, onde consentire allo stesso di esercitare il diritto di difesa e il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo*»²⁹.

²⁹ Tribunale di primo grado dell’UE, sez. VII, 11 giugno 2009, causa T. 318/01, in *Foro it.*, 2010, IV, 146 e ss.

Possiamo quindi affermare, in primo luogo, che non esistono eccezioni che possano giustificare una limitazione dei diritti fondamentali che non sia disposta nel rispetto di tutte le garanzie previste: anche quando gli adempimenti richiesti per assicurare la legittimità della limitazione determinano una grande difficoltà nel disporla, le garanzie di tutela dei diritti vanno comunque rispettate³⁰.

3. *L'inviolabilità dei diritti fondamentali e il limite del "nucleo irriducibile del diritto"*

Come già abbiamo osservato, i diritti fondamentali sono diritti universali, irrinunciabili ed inviolabili che si impongono agli ordinamenti giuridici che debbono riconoscerli, tutelarli e proteggerli³¹.

³⁰ Vedi anche Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009 in *CED Cass. pen.*, 2009: in tema di sequestro della corrispondenza del detenuto la Corte ha ribadito che nei confronti del condannato il p.m. può acquisire copia della corrispondenza, ove ritenuta probatoriamente rilevante in relazione alle indagini avviate, solo previo provvedimento di "visto di controllo" da parte del magistrato di sorveglianza. Laddove il sequestro sia stato disposto in assenza del provvedimento autorizzativo, si verifica un'ipotesi di prova acquisita illegittimamente e, quindi, inutilizzabile a norma dell'art. 191 del cod. di proc. pen.

³¹ La bipartizione (dei diritti) e delle libertà in negative e positive (tra le quali le sociali), alla quale si è già fatto cenno, è solo indicativa in quanto, come più volte riconosciuto, non esistono (diritti) e libertà che sono solo negative o solo positive (o sociali). Sul punto si veda, tra gli altri, R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 15-22, che in proposito sottolinea: «... *Le vicende delle classificazioni dei diritti sono dunque emblematiche di questa confusione di piani. Per mostrarlo partirò da quella che senz'altro può considerarsi la distinzione più tradizionale e consolidata, la meno discussa insomma: la distinzione tra libertà negative e diritti positivi ... la distinzione tra libertà negative e diritti positivi è senz'altro quella che ha lasciato tracce più evidenti nella nostra cultura. Su di essa si impernia la contrapposizione, non ancora superata, tra la visione liberale dello Stato e quella sociale, cioè uno dei temi che da ben più di mezzo secolo dominano l'ordine del giorno del dibattito pubblico. Non mi soffermo a descrivere i termini di questa distinzione, che sono sin troppo noti. Mi preme invece sottoporre ad analisi critica le due conseguenze prescrittive che da essa vengono regolarmente tratte: la prima riguarda la precedenza logica che è generalmente assegnata alle libertà negative rispetto ai diritti sociali; la seconda riguarda la "naturale" gradualità dei diritti positivi, in quanto implicano "prestazioni" e quindi costi per l'erario pubblico – di contro alla "naturale" incomprimibilità delle libertà negative, che comportano solo un atteggiamento di astensione dello Stato. Benché stiano su piani apparentemente lontani, anche queste due conseguenze sono invece strettamente intrecciate ed entrambe arbitrarie ... Gli equivoci nascono dalla convinzione, assai diffusa, che per le libertà ciò che si chiede allo stato è essenzialmente l'astensione da qualsiasi intervento, e quindi la loro tutela non abbia "costi" per la finanza pubblica, mentre per i diritti sia indispensabile invece l'intervento pubblico, e quindi essi siano "costosi". Questa convinzione è priva di serio fondamento. Se prendiamo le tipiche libertà "negative" – per esempio la libertà personale, la libertà di domicilio o la proprietà privata – vediamo che esse implicano ingenti interventi e "costi" pubblici. Quale garanzia avrebbe infatti l'integrità fisica degli individui senza un ingente (e costoso) apparato di pubblica sicurezza posto a protezione di*

In realtà tutti i diritti, anche quelli fondamentali, possono essere violati: da parte del potere pubblico o da parte dei privati. L'inviolabilità deve quindi essere ragionevolmente intesa, non come impossibilità che il diritto venga leso, ma come garanzia di reazione da parte dell'ordinamento nel caso in cui ciò dovesse verificarsi e come rispetto delle garanzie, condizioni e forme stabilite, per le limitazioni costituzionalmente previste³². Più esattamente l'inviolabilità dei diritti

*essa o senza il complesso (e costoso) apparato giudiziario? E cosa sarebbe la proprietà senza un apparato di protezione che tuteli, non solo attraverso strumenti di polizia, ma anche attraverso il servizio antincendi, la sistemazione delle acque, la protezione civile e la "garanzia" pubblica per le calamità naturali? Ancora una volta si può notare che la distinzione ha basi più ideologiche che "oggettive". Che esistano diritti del tutto "negativi", ossia che consistono in una pura richiesta di astensione rivolta agli altri soggetti pubblici o privati, è un mito: tutti i diritti e le libertà hanno bisogno di un'organizzazione pubblica e dunque sono "costosi". In fin dei conti è sempre una questione di scelta tra "politiche pubbliche" decidere se rafforzare le garanzie (e i costi) delle "libertà" o quella dei "diritti". Sono gli organi pubblici a dover scegliere come impiegare le risorse finanziarie: si può decidere, per esempio, di migliorare le prestazioni pubbliche nella garanzia della incolumità fisica delle persone e della protezione della proprietà, destinando maggiori risorse all'organizzazione degli apparati della polizia, migliorando il trattamento dei proprietari espropriati, rafforzando le garanzie processuali per chi subisce limitazioni alla libertà personale (il che però potrebbe significare anche un aumento delle difficoltà di giungere ad una rapida punizione di chi si macchia di crimini contro l'integrità fisica o la proprietà); oppure si può decidere di rafforzare la protezione dei diritti sociali, migliorando le prestazioni sanitarie o il sistema pensionistico ...». M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umana nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 537. Al di là della funzione di limite delle azioni pubbliche e private dell'ordinamento che deriva dai diritti umani (per cui v. A. LOIODICE, *Il rispetto dei diritti umani*, cit., passim) l'attenzione sui diritti sociali trova la sua collocazione nelle teorizzazioni e riflessioni scientifiche riguardanti lo stato sociale e da ultimo i profili della sussidiarietà e quelli dei settori specifici nei quali si trovano ad operare i diritti sociali; v. C. ROSSANO, *Problemi di struttura dello stato sociale contemporaneo: lezioni di dottrina dello Stato*, Napoli, 1978; S. MANGIAMELLI, *Appunti sul "stato sociale sussidiario"*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2002; la sussidiarietà ha le prospettive di riesame e rilettura dell'ordinamento e su questi aspetti v. A. D'ATENA, *Dimensioni e problemi della sussidiarietà* in DE MARTIN (a cura di) *Sussidiarietà e democrazie. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2009, nei quali si rinviene la profondità della riflessione dell'autore che sul tema della sussidiarietà ha pubblicato notevoli contributi scientifici di estremo interesse.*

³² A. BALDASSARRE, cit., p. 27 e ss.; G. BARONE, *Diritti fondamentali cit.*, p. 23, in proposito sottolinea: «... la qualificazione di inviolabile non sta a significare che questi diritti posseggono un'intrinseca qualità, per la quale sono automaticamente in grado di respingere qualunque offesa o violazione. Al contrario è fin troppo evidente che essi possono subire delle violazioni ...». Vedi C. Cost., 2 luglio 1956, n. 11, in *Giur. cost.*, 1956, 616, che in tema di libertà personale così recita: «... la legge statutaria eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretirabile della persona umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero ... il diritto di libertà personale non si presenta affatto come illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e con rispetto di talune forme ... La libertà personale si presenta, pertanto, come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità

fondamentali, oltre che consistere, come abbiamo visto, nel rigoroso rispetto delle regole procedurali, si manifesta sia come limite e deterrente posto a loro protezione nei riguardi delle aggressioni che questi possono subire ad opera di terzi; sia come impossibilità di una loro legittima limitazione da parte del potere, al di fuori delle ristrettissime maglie indicate dalla Costituzione e, in ogni caso, mai oltre il nucleo di interessi che ne costituisce la parte essenziale e, perciò, irriducibile.

Per quanto riguarda le aggressioni che i diritti fondamentali possono subire ad opera di privati, si tratta sempre di comportamenti illegittimi per i quali è prevista una reazione ripristinatoria o risarcitoria da parte dell'ordinamento.

Nessuno, ad esempio, può ledere l'integrità della persona o il domicilio altrui; la *privacy* non può mai essere invasa: anche nei rapporti tra i coniugi, la lesione della sfera personale di uno dei due ad opera dell'altro costituisce un comportamento vietato e sanzionabile penalmente. Sono rare le ipotesi in cui può essere ritenuta legittima la violazione di un diritto fondamentale da parte di un soggetto privato a danno di un altro: si tratta sempre di casi nei quali la limitazione si risolve in una forma di protezione e tutela della persona e dei suoi diritti. Per fare un esempio, non può essere ragionevolmente ritenuto punibile e, quindi, non ci sono gli estremi per la sussistenza del reato, il genitore o l'esercente la patria potestà nel caso in cui, nell'interesse del minore, limiti la sua libertà personale o il suo diritto alla segretezza della corrispondenza.

Le limitazioni dei diritti che possono provenire da parte del potere pubblico, invece, come si è prima visto, sono nella generalità dei casi, legittime se previste, regolamentate e disciplinate dalla stessa Costituzione. Diversi suoi articoli dopo avere espressamente riconosciuto alcuni diritti fondamentali, ed averne dichiarato l'invulnerabilità, consentono la loro limitazione: lo Stato, ad esempio, può limitare la libertà personale di un soggetto, osservando e rispettando precise condizioni e garanzie procedurali. Se, infatti, da un lato l'art. 13, con un assunto apparentemente inattuabile dichiara che «*la libertà personale è inviolabile*», dall'altro ammette la possibilità che la stessa venga esclusa o limitata «... *per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla*

pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale ...». La inviolabilità dei diritti fondamentali si colloca in uno sfondo nel quale i principi e i valori costituzionali diventano un criterio interpretativo notevole vedi A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1997, e S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, vol. 1, *I principi dell'Unione*, Milano, 2006, che manifestano la sensibilità per la identificazione dei principi ai fini di un'adeguata lettura del sistema giuridico, anche europeo. La dimensione di inviolabilità si colloca anche in una prospettiva che fa leva principalmente sul ruolo della persona umana e sulla sua tutela costituzionale tanto da consentire una teorizzazione sul principio di autodeterminazione vedi A. LOIODICE, *Autodeterminazione e singoli diritti. Popoli e persone*, Bari, 2007; si può apprezzare il significato costituzionale di questa impostazione in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?* in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2009.

legge. Se tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, e la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni (art. 21 Cost.), è tuttavia prevista la possibilità di procedere al sequestro della stessa; così come possono essere previste limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza o al diritto di riunione e associazione o invasioni della *privacy*, nonostante si tratti di diritti teoricamente inviolabili. Tutte le limitazioni sono giustificate dall'esigenza di tutelare, nelle diverse circostanze, superiori interessi che, nel bilanciamento con i diritti fondamentali di volta in volta considerati, risultano prevalenti³³.

L'invulnerabilità dei diritti fondamentali nei confronti delle aggressioni che possono derivare da parte dell'apparato pubblico si manifesta, quindi, da un lato, come necessità assoluta che le limitazioni siano espressamente previste dalla Costituzione e da essa regolamentate, e quindi siano legittime, dall'altro, che non invadano e ledano in nessun caso il limite rappresentato dal contenuto essenziale dei diritti, quello che la dottrina tedesca ha indicato come *Wesensgehalt* dei diritti: contenuto essenziale, nucleo fondamentale o irriducibile che non si bilancia mai con nessun'altra realtà o esigenza e deve essere sempre preservato³⁴.

³³ La libertà personale può essere sacrificata alle esigenze della giustizia e della prevenzione e repressione dei reati; la sicurezza e l'incolumità pubblica possono giustificare le limitazioni ai diritti di riunione e associazione; superiori e contrapposti interessi possono legittimare limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

³⁴ La definizione della *Wesensgehalt* dei diritti fondamentali si deve all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesche, in seno alle quali è possibile individuare due concezioni: secondo quella "assolutistica", sostenuta da parte della dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, la *Wesensgehalt* deve essere intesa come un limite assoluto ed invalicabile, un "nucleo sostanziale" aprioristicamente identificabile; per altra dottrina e per la giurisprudenza amministrativa federale il limite da essa rappresentato non può essere individuato una volta per tutte ma è un valore relativo che deriva dal bilanciamento, nelle diverse situazioni concrete, tra il diritto considerato e l'esigenza di salvaguardare l'esistenza di altri diritti fondamentali o beni essenziali della comunità. Come riporta A. BALDASSARRE, *cit.*, p. 32, «... per la giurisprudenza costituzionale e per parte della dottrina (per es. KRÜGER, H., ...) tale concetto rappresenta il "nucleo sostanziale" di ogni diritto, che è considerato come qualcosa di aprioristicamente identificabile e di operante quale limite assoluto e invalicabile da parte del legislatore (concezione assolutistica); per altri (per es. HIPPEL, E. ...; DÜRIG, G. ... nonché la giurisprudenza amministrativa federale), all'opposto, il "contenuto essenziale" è un concetto relativo, nel senso che esprime quello che, in rapporto a una concreta fattispecie, rappresenta un ragionevole equilibrio tra il valore incarnato nel diritto e i suoi limiti "immanenti", i quali devono essere mezzi ragionevolmente proporzionali al fine di salvaguardare l'esistenza di altri diritti fondamentali o di beni essenziali della comunità (concezione della proporzionalità del limite, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*); per altri ancora (per es. ZIPPELIUS, R., ... HAMEL, W., nonché il Tribunale federale civile) il "contenuto essenziale" è pur sempre un concetto relativo, ma questa relatività si esprime nel senso che un diritto fondamentale non può essere ristretto se non in base a valori altrettanto primari e attraverso limiti che, rispetto alla tutela di questi valori, sono necessari, indispensabili e non eccessivi (concezione della essenzialità o necessità del limite, *Übermassverbot* ovvero *Erforderlichkeitsprinzip*) ...». Questa la dottrina citata da A. BALDASSARRE: KRÜGER, H., *Der Wesensgehalt der Grundrechte im Sinne des art. 19 GG*, in *DöV*, 1955, 597 e ss; HIPPEL, E., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin, 1965; DÜRIG, G., *Der Grundrechtssatz von der Mens-*

Nel nostro ordinamento giuridico il limite di inviolabilità dei diritti coincide con il rispetto dell'integrità della dignità umana, ed è in alcuni casi fissato dalla stessa Carta fondamentale, in altri dal legislatore, molte volte è stato individuato dalla giurisprudenza che ad esso ha fatto esplicito riferimento.

L'art. 24 della Costituzione, ad esempio, senza consentire deroghe, riconosce che la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, e deve essere garantita nella sua interezza anche in capo a chi manca delle disponibilità economiche necessarie; l'istruzione inferiore, ex art. 34, impartita per almeno otto anni è obbligatoria e gratuita e non si bilancia con nessun altro diritto o interesse, non ha un nucleo essenziale ma è tutto essenziale, o, si potrebbe anche dire, ma si tratta comunque dell'uso di espressioni diverse per indicare la medesima realtà: il diritto all'istruzione ha nell'istruzione primaria il suo nucleo fondamentale ed inviolabile. Entrambi i diritti sono "forti" e non ammettono limitazioni di sorta: non è ammissibile che un minore non frequenti la scuola primaria a causa dell'indigenza della propria famiglia o che, per la medesima ragione, nel corso di un processo un imputato manchi del difensore e non possa esercitare il suo diritto alla difesa.

Ci sono diritti, quindi, per i quali non è possibile individuare un nucleo essenziale in quanto sono considerati dall'ordinamento come interamente essenziali ed inviolabili e, pertanto, non bilanciabili con altri interessi. Questi diritti devono essere esercitabili nella loro interezza essendo esclusa la possibilità di una loro, se pur parziale, riduzione.

Altre volte, il confine oltre il quale la limitazione diviene violazione è fissato dal legislatore ordinario al quale la Costituzione, come già visto, delega la competenza a fissare i "livelli essenziali delle prestazioni" concernenti i diritti civili e sociali, il cui rispetto dovrebbe garantire la tutela del nucleo essenziale. In questi casi, il rispetto dei limiti fissati dal legislatore è garanzia del rispetto dell'integrità del loro nucleo primario.

Tornando alla bipartizione dei soggetti in "deboli" ed "indeboliti" e posto che, ovviamente, anche i loro diritti godono di questa garanzia, dobbiamo osservare che la tutela della *Wesensgehalt* dei diritti dei soggetti deboli si realizza in modo differente rispetto a quella dei diritti dei soggetti indeboliti. I primi, infatti, come visto, si pongono rispetto allo Stato in una posizione di pretesa analoga a quella in cui si trovano i titolari dei diritti sociali. L'Autorità è in questi casi impegnata a garantire il rispetto del nucleo fondamentale, assicurando interventi che rendano possibile il loro esercizio, senza mai oltrepassare i livelli essenziali che, come detto, sono fissati dal legislatore o dalla stessa Costituzio-

chenwürde, in AöR, 1956, 134 e ss.; ZIPPELIUS, R., *Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten*, in Deutsches Verw. Blatt, 1956, 353 e ss.; HAMEL, W., *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, Berlin, 1957. Vedi anche R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, 499.

ne e che coincidono, comunque, con il rispetto della dignità della persona umana.

Si pensi al diritto alla salute: perché siano assicurati a tutti, anche agli indigenti, le cure necessarie, la Repubblica deve predisporre un sistema sanitario che renda possibile ripartire proporzionalmente sulle capacità finanziarie di ognuno il costo delle loro cure. Per questo, non potendo assicurare la fruibilità totale delle cure per tutti, ha previsto la fissazione, tramite legge, di limiti che, se rispettati, assicurano il rispetto del nucleo essenziale dei diritti considerati. Relativamente a questi soggetti l'inviolabilità dei loro diritti fondamentali si manifesta impegnando il legislatore a fissare legislativamente dei livelli essenziali sotto i quali la lesione dei diritti sarebbe inaccettabile perché oltre il nucleo fondamentale degli stessi. La Repubblica, cioè, non può certo garantire che i diritti fondamentali di questi soggetti possano esercitarsi in modo pieno tale da rispettare *in toto* la loro inviolabilità ma può assicurare che il loro nucleo fondamentale non venga violato³⁵.

Per i diritti dei soggetti indeboliti, invece, il rispetto dell'integrità del nucleo essenziale si attua attraverso la moderazione dei provvedimenti di indebolimento e la loro graduazione e proporzione con i diversi interessi coinvolti e le ragioni giustificatrici della limitazione. Per i carcerati, ad esempio, l'inevitabile compressione dei loro diritti, dovuta e connaturata alla condizione di privazione della libertà personale, non può mai spingersi al punto da ledere il nucleo fondamentale dei loro diritti. Come si vedrà meglio in seguito, svariate volte la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia, avendo considerato inaccettabile e contraria alle disposizioni della CEDU, la condizione dei detenuti ricorrenti, sottoposti al regime carcerario speciale di cui all'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, condizione giudicata idonea ad incidere la *Wesensgehalt* dei loro diritti.

L'esistenza del nucleo irriducibile ed inviolabile dei diritti fondamentali trova significativi riconoscimenti nella giurisprudenza, sia nazionale che internazionale. La Corte Costituzionale, così come la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha più volte individuato un limite invalicabile a difesa dei diritti umani: la prima ha dichiarato l'illegittimità di diverse disposizioni di legge che, nella loro formulazione originaria, ledavano l'integrità del nucleo essenziale dei diritti, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la violazione, oltre il nucleo fondamentale, dei diritti riconosciuti nella CEDU.

³⁵ In proposito, la Corte Cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2018, ha sottolineato che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute, sebbene «costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti» presuppone la garanzia di un «nucleo irriducibile del diritto» protetto in quanto riferibile alla inviolabilità della dignità umana. Si veda anche C. Cass., sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1531, in *Foro it.*, 2008, 2589, in tema di inespellibilità temporanea degli stranieri per necessità di assistenza sanitaria.

4. *Segue: l'inviolabilità del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali nelle indicazioni della giurisprudenza*

Passiamo, quindi, all'esame di questa giurisprudenza che lega tale nucleo, direttamente o indirettamente, alla dignità umana.

La Corte Costituzionale, ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, è intervenuta per tutelarne il nucleo fondamentale leso da inadeguate forme di bilanciamento con le diverse esigenze dello Stato, prima fra tutte, quella delle disponibilità economiche. Il diritto alla salute, legato alle iniziative di protezione dell'apparato pubblico, in quanto inscindibilmente legato alla vita e alla dignità dei titolari, si configura come un valore costituzionale supremo il cui nucleo fondamentale, coincidente con la dignità della persona, deve sempre essere preservato e in nessun caso le esigenze della finanza pubblica potrebbero comportarne una legittima compressione. Tra le sentenze se ne ricordano un paio: nel 1999, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 32 Cost., dell'art. 37 della legge 23.12.1978 n. 833 sull'istituzione del Servizio sanitario nazionale, e gli artt. 1 e 2 del d.p.r. 31.07.1980 n. 618 sull'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero, nella parte in cui non prevedevano forme di assistenza sanitaria gratuita a favore dei cittadini italiani che si trovavano temporaneamente all'estero, non appartenevano alle categorie indicate nell'art. 2 del decreto e versavano in disagiate condizioni economiche, la Corte ha messo in luce che *«le esigenze della finanza pubblica non possono assumere ... un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»*³⁶. Secondo la disciplina in vigore prima dell'intervento correttivo della Corte, la possibilità di ottenere il rimborso per le spese sanitarie sostenute all'estero da cittadini italiani era limitata solo al caso in cui il motivo della permanenza all'estero fosse giustificato da ragioni di lavoro o di studio. Era così del tutto priva di tutela la salute di coloro che per ragioni di svago, personali o familiari, si trovasse al di fuori dei confini nazionali³⁷. In realtà, come osservato dalla Corte,

³⁶ Corte Cost., 16 luglio 1999, n. 309, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2580. rio triennale 1986-88).

³⁷ La questione sottoposta alla Corte non riguardava i cittadini, iscritti al Servizio sanitario nazionale, il cui stato di salute necessiti di prestazioni immediate durante il soggiorno nel territorio di un Stato membro della Comunità europea o appartenente allo Spazio economico europeo. Per essi è infatti completa la copertura assicurata dal diritto comunitario (regolamento CEE n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, concernente l'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, e successive modificazioni) e dalle norme di diritto interno (art. 1, comma 9, del decreto-legge 25 novembre 1989 n. 382, recante "Disposizioni urgenti sulla partecipazione alla spesa sanitaria e sul ripiano dei disavanzi delle unità sanitarie locali", convertito con modificazioni dalla legge 25 gennaio 1990, n. 8), nonché dall'accordo sullo Spazio economico europeo (ratificato dall'Italia con la legge 28 luglio 1993, n. 300). La questione sollevata dal Pretore di Venezia neppure riguarda le prestazioni assisten-

il bene della salute, alla cui protezione ogni persona ha diritto, non può subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone, avendo assunto «... *una configurazione legislativa che ne rispecchia la vocazione espansiva*» ed essendo strettamente legato all'ambito della dignità del titolare.

Dello stesso tenore anche la sentenza del 20 novembre del 2000 che, richiamando quanto già espresso nella sentenza del 1999, ha dichiarato che deve sempre in ogni caso essere fatto salvo «*quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*»³⁸.

Diverse volte, poi, la giurisprudenza si è pronunciata sul regime carcerario, e in particolare su quello speciale di cui al art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, che è stato oggetto di interventi della Corte Costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, volte ad indagarne la compatibilità con la vigente normativa in tema di diritti fondamentali. Il "carcere duro" è stato sospettato di essere in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a tenore del quale «*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*» e con l'art. 8, in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In proposito la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di chiarire che, perché si integri una violazione dell'art. 3 della CEDU, i maltrattamenti cui il detenuto è sottoposto, devono raggiungere un "minimo di gravità". La valutazione di questo minimo, che rappresenta il limite oltre il quale non è consentito spingersi, dipende da diverse circostanze tra cui la durata del trattamento, i conseguenti effetti fisici e mentali, il sesso, l'età e lo stato di salute del carcerato. Un trattamento, come ha più volte specificato la Corte, per essere qualificato "degradante" ai sensi dell'art. 3, deve essere di tal natura da determi-

ziali garantite ai cittadini italiani da altri accordi bilaterali o multilaterali (art. 2, incipit, del d.p.r. n. 618 del 1980), né quelle assicurate in forma indiretta presso centri di altissima specializzazione all'estero, regolate dalla legge 23 ottobre 1985, n. 595 (Norme per la programmazione sanitaria e per il piano sanitario triennale 1986-88).

³⁸ Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Regioni*, 2001, 391. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, secondo comma, della legge della regione Lombardia del 1975 n. 5 sulla disciplina dell'assistenza ospedaliera, nella parte in cui non prevedeva il concorso nelle spese per il ricovero in strutture pubbliche e private di ricovero e cura non convenzionate, per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza, quando non fosse stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistevano le altre condizioni necessarie per il rimborso, e dell'art. 2, comma 3 della legge della Regione Lombardia 5 novembre 1993, n. 36, nella parte in cui non prevedeva il concorso nelle spese per l'assistenza indiretta per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza, quando non fosse stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistevano le altre condizioni necessarie per il rimborso. Nello stesso senso si veda anche C. Cost. 17.07.2001, in *Giur. cost.*, 2001, 4. Si veda anche più di recente Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 2007, n. 46269, in *CED Cass. pen.*, 2008; Cass. civ., 24.12.2008, in *Foro it.*, 2008, 9, 2589.

nare nella vittima sentimenti di paura, di angoscia, di inferiorità con lo scopo di umiliarla, di diminuire la resistenza fisica o morale, oppure di indurla ad agire contro la propria volontà e coscienza. L'assenza di una siffatta finalità non esclude tuttavia la possibilità di constatare una violazione dell'art. 3, qualora venga dimostrato il mancato rispetto della dignità umana. Ogni uso della forza fisica che non sia reso strettamente necessario dal comportamento della persona detenuta, determina una lesione della dignità umane e costituisce, quindi, una violazione dell'art. 3 CEDU³⁹.

Con la sentenza 16 luglio 2009, caso *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione, nel suo particolare profilo di garanzia concernente le condizioni di detenzione e il trattamento riservato ai detenuti. Ribadendo che l'art. 3 della Convenzione obbliga lo Stato a garantire che le modalità di esecuzione della pena non sottopongono l'interessa-

³⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 24424, in *Guida al diritto*, 2009, 8, 96; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande chambre, 11 luglio 2006, ric. 54810/00, «*Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (voir, entre autres, Price c. Royaume-Uni, no 33394/96, § 24, CEDH 2001-VII, Mouisel c. France, no 67263/01, § 37, CEDH 2002-IX, et Gennadi Naoumenko c. Ukraine, no 42023/98, § 108, 10 février 2004) ... La Cour a jugé un traitement «inhumain» au motif notamment qu'il avait été appliqué avec préméditation pendant des heures et qu'il avait causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques et morales (Labita c. Italie [GC], no 26772/95, § 120, CEDH 2000-IV). Elle a par ailleurs considéré qu'un traitement était «dégradant» en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale (Hurtado c. Suisse, rapport de la Commission du 8 juillet 1993, série A no 280, p. 14, § 67), ou à les conduire à agir contre leur volonté ou leur conscience (voir, par exemple, Danemark, Norvège, Suède et Pays-Bas c. Grèce («Affaire grecque»), nos 3321/67 et suiv., rapport de la Commission du 5 novembre 1969, Annuaire 12, p. 186, Keenan c. Royaume-Uni, no 27229/95, § 110, CEDH 2001-III) ... En outre, en recherchant si un traitement est «dégradant» au sens de l'article 3, la Cour examinera notamment si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé. Toutefois, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive un constat de violation de l'article 3 (Raninen c. Finlande, arrêt du 16 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, pp. 2821-2822, § 55, Peers c. Grèce, no 28524/95, §§ 68 et 74, CEDH 2001-III, et Price, arrêt précité, § 24). Pour qu'une peine ou le traitement dont elle s'accompagne puissent être qualifiés d'«inhumains» ou de «dégradants», la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitimes (Labita, arrêt précité, § 120) ...». Vedi P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1189, e Corte di Cassazione, sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 659, e in *D&G*, 2004, 11, 34 con nota di L. E. BLASI, *Difesa dei diritti dei detenuti: un'altra importante conquista* in tema di perquisizione con denudamento dei detenuti al 41 bis. Si veda anche F. DELLA CASA, *Le perquisizioni personali in carcere: nuovi criteri giurisprudenziali per un più equilibrato ricorso alla pratica del denudamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 12, 4219.*

to a una prova di intensità tale da superare l'inevitabile livello di sofferenza connaturato allo stato detentivo, ha ritenuto che la mancanza di spazio sufficiente integra di per sé un trattamento inumano e degradante tale da violare l'art. 3 suddetto. Nel caso oggetto della sentenza, il ricorrente era detenuto nel carcere romano di Rebibbia condividendo, dal gennaio all'aprile 2003, una cella di 16,20 mq. con altri cinque detenuti; tale spazio non può essere ritenuto sufficiente posto che il Comitato per la prevenzione della tortura, istituito dal Consiglio d'Europa, ha fissato in 7 mq lo spazio minimo per detenuto⁴⁰.

Con la sentenza del 10 giugno 2009, caso *Scoppola c. Italia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, ha riconosciuto a carico dello Stato italiano la violazione dell'art. 3 della Convenzione per aver mantenuto in detenzione in carcere il ricorrente anche se ne era stato accertato il precario stato di salute.

Questi, condannato per aver ucciso la propria moglie e ferito uno dei suoi figli, versava, infatti, in precarie condizioni fisiche ed era altresì costretto su una sedia a rotelle, secondo quanto accertato anche da una nota del Ministero della giustizia. Nonostante l'intervento dell'Autorità giudiziaria che aveva, dapprima concesso gli arresti domiciliari, poi, seppur non tempestivamente, trasferito il ricorrente in un carcere idoneo a somministrare le cure necessarie, la Corte ha ritenuto comunque sussistente la violazione dell'art. 3 della CEDU, sottolineando che «... *la continuazione della detenzione presso il carcere ... non ha sortito altro effetto che quello di porre il ricorrente in una situazione suscettibile di suscitare in lui angoscia, inferiorità ed umiliazione sufficientemente intensi da costituire un "trattamento inumano o degradante" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione...*».

La sentenza richiamata offre un esempio evidente di intangibilità, oltre il limite tollerabile, del diritto alla salute e al benessere del detenuto: questi, seppure condannato per un reato gravissimo come l'uxoricidio, e, anzi, del tutto indipendentemente dal titolo del reato commesso, mantiene la titolarità e le prerogative connesse al suo diritto fondamentale alla salute che, come si vede, in nessun caso può ammettere e giustificare una limitazione oltre il nucleo inviolabile rappresentato dalla integrità della dignità umana⁴¹.

Emblematico in tal senso è il caso rappresentato da una recente pronuncia del Tribunale di Catania, sez. III penale che, in ragione dell'aggravamento della condizione patologica accertata di un detenuto, ha disposto la sostituzione della misura della detenzione in carcere con quella degli arresti domiciliari⁴². Il soggetto coinvolto era imputato per il reato previsto dall'art. 416 *bis* del codice penale – associazione di tipo mafioso – per altro aggravato per il fatto di essere stato ritenu-

⁴⁰ G. ABBADESSA, *La Corte europea dei diritti sulle carceri italiane*, in *Quaderni cost.*, 2009, 952.

⁴¹ Nella causa *Argenti c. Italia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 novembre 2005 sottolinea che «... *la proibizione della tortura o delle pene o trattamenti inumani e degradanti è assoluta, quali che siano i comportamenti della vittima...*».

⁴² Tribunale di Catania, III sez. pen., 1 giugno 2009, RG 2783/07, NR 2614/09, GIP 3789.

to uno dei capi dell'organizzazione malavitosa; il Tribunale ha messo in evidenza la difficoltà di bilanciare la gravità dell'imputazione con la precaria condizione personale dell'imputato, ritenendo che *«trattandosi di depressione ormai cronica non è cosa che possa risolversi in breve, dopo alcune sedute; soprattutto in presenza del permanere – per via della complessità del processo – della condizione stressante che l'ha determinata (detenzione in carcere di massima sicurezza lontano dalla famiglia) ... L'ambiente familiare appare allo stato insostituibile ...»*. Nonostante la gravità del reato contestato, cui è anche da collegare una pericolosità sociale dell'imputato, il Tribunale ha ritenuto di sostituire la detenzione in carcere con gli arresti domiciliari presso la casa di abitazione ove *«l'imputato potrà ricevere quel sostegno psicologico che la struttura carceraria non potrà dargli»*. La salute dell'imputato e la sua dignità personale, come si vede, godono di un'area di inviolabilità in grado di superare anche le opposte esigenze⁴³.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7791 del 2008, ha accolto il ricorso con il quale veniva negato ad un detenuto in regime speciale, di cui all'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, la richiesta di accedere al programma di procreazione assistita previsto dalla legge n. 40 del 2004, annullando l'ordinanza con la quale era stato negato al detenuto tale diritto. La Corte ha riconosciuto così che il diritto alla paternità rappresenta una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela anche in regime penitenziario speciale, sottolineando: *«... la piena consapevolezza da parte di quanti sono chiamati ad elaborare le regole della convivenza non meno che da parte di quanti quelle regole sono poi chiamate ad applicare, che quando interessi personali vengono incisi dalla detenzione nel mondo del diritto si concretizza una situazione complessa, dappoichè quell'interesse personale fa riferimento ad un soggetto non libero e, quindi, giuridicamente differente dalla generalità delle persone... il principio da applicare in simili fattispecie non può essere che quello di contemperare interesse personale e detenzione (lo scopo della detenzione) e il giudizio relativo non può che ispirarsi al criterio della proporzione tra le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria ed interesse della singola persona. Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, e non deve ledere posizioni non sacrificabili in assoluto...»*. La Corte, in linea con la teorizzazione dell'esistenza del nucleo inviolabile proprio di ogni diritto, riconosce l'esistenza di posizioni soggettive mai sacrificabili⁴⁴.

⁴³ Non può tuttavia tacersi che il Tribunale ha sottolineato che la condizione dell'imputato è tale da far ritenere che *«...ci si trovi allo stato in presenza di una situazione di pericolosità grandemente scemata; tale comunque da consentire di venire incontro alle residue esigenze di sicurezza con l'imporre il divieto di conferire sotto qualsiasi forma con persone estranee all'ambiente familiare ...»*. Se così non fosse stato, il bilanciamento tra il fondamentale ed inviolabile diritto alla salute con le esigenze della sicurezza, avrebbe sicuramente imposto più ponderate valutazioni.

⁴⁴ Cass. pen., 20 febbraio 2008, n. 7791, in *Foro it.*, 2008, 5, 272. Con questa pronuncia la Cas-

La sentenza merita attenzione anche perché rappresenta un'applicazione concreta del principio della "giurisdizionalizzazione" delle posizioni soggettive dei detenuti. Si tratta del principio, già espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999, della necessaria tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale⁴⁵. Si legge nella sentenza che l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti⁴⁶. Prosegue la Corte sottolineando che l'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Tali principi, dice la Corte, nel concreto operare dell'ordinamento, rappresentano non solo norme direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche veri e propri diritti di coloro che si trovano in essi ristretti. La dignità della persona è dalla Costituzione protetta attraverso il riconoscimento degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale. La Corte individua nei carcerati degli individui il cui tratto distintivo è la precarietà derivante dalla mancanza di libertà; al riconoscimento della precarietà dei diritti non può non accompagnarsi, però, il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale⁴⁷.

sazione ha superato un predente e contrario orientamento che, di fatto, non riconosceva l'esistenza, in capo ai detenuti, di un diritto alla paternità. Vedi Cass. pen., 10 maggio 2007, n. 20673, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1179, per la quale la previsione normativa del diritto di detenuti ed internati di richiedere di essere visitati a proprie spese da un sanitario di fiducia non legittima la richiesta di ammissione alla procedura di accesso alla procreazione medicalmente assistita dal momento che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non rientra nella nozione di profilassi e cura della salute. Vedi G. MASTROPASQUA, *L'accesso al programma di procreazione medicalmente assistita da parte della persona detenuta in espiazione della pena dell'ergastolo*, in *Dir. fam.*, 2010, 1, 356.

⁴⁵ La sentenza, che si può leggere in *Foro it.*, 1999, I, 1118, con commento di G. LA GRECA, è conforme al contenuto decisorio e alle argomentazioni della sentenza, menzionata in motivazione, della Corte Cost., 17 giugno 1997, n. 212, che si può leggere in *Foro it.*, 1998, I, 2325, con commento di DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da «graziosa concessione» a «diritto»*, in *Dir. pen e proc.*, 1998, 208.

⁴⁶ Vedi C. Cost., 6 agosto 1979, n. 114, in *Foro it.*, 1979, I, 2523, secondo la quale i diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale, i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione.

⁴⁷ Vedi anche C. Cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Foro it.*, 2325, che sottolinea che il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che possano

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di esprimere la propria opinione su un caso di richiesta di accesso alle terapie di procreazione assistita da parte di un detenuto precisando che il rifiuto di autorizzare l'inseminazione artificiale riguarda la vita privata e familiare, in particolare, il diritto al rispetto della decisione di divenire genitore. L'art. 8 della CEDU, ritiene la Corte, preserva l'individuo da ingerenze arbitrarie dell'autorità statale ma non si limita a imporre allo Stato un comportamento negativo di astensione: all'obbligo negativo si accompagna un obbligo positivo volto a rendere concreto ed effettivo il rispetto della vita privata e familiare. Non si può impedire ai coniugi di concepire un bambino in circostanze particolari come quelle riconducibili allo stato di detenzione del marito quando la moglie è in libertà e, pertanto, è in grado, fino alla scarcerazione del primo, di prendersi cura del bambino. Poiché è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza e dell'identità di un individuo quale è la scelta di divenire genitore, il margine di apprezzamento delle politiche degli Stati è ristretto. Stabilire, infatti, che il detenuto non può procedere all'inseminazione artificiale, e che, quindi, lo stato di detenzione comporta una restrizione globale e automatica alla possibilità di divenire genitori, è misura che lede il nucleo del diritto fondamentale alla paternità⁴⁸.

Il regime carcerario, pur se particolarmente restrittivo, non può quindi mai violare i diritti fondamentali del detenuto oltre il limite rappresentato dal rispetto della dignità umana. Anche il diritto alla *privacy* e al rispetto della libertà e segretezza della corrispondenza conservano, entro certi limiti, la garanzia dell'intangibilità.

In proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, ricorso n. 24424 del 2003, si è pronunciata sulla disciplina dei controlli sulla corrispondenza di cui all'art. 18 *ter* dell'ordinamento penitenziario, introdotta con la legge 8 aprile 2004, n. 95. La Corte ha ritenuto che, sebbene le limitazioni alla vita privata e familiare dei detenuti derivanti dall'applicazione dell'art. 41 *bis* non sono sproporzionate rispetto al fine legittimo perseguito e devono quindi essere considerate giustificate, il controllo da parte delle autorità carcerarie di una lettera indirizzata dal detenuto al suo avvocato, in quanto vietata dall'art. 18 *ter* della legge n. 95 del 2004, non può considerarsi una ingerenza consentita dalla legge e, pertanto, costituisce una violazione dell'art. 8 della CEDU. La Corte ha condannato l'Italia perché la limitazione di corrispondenza disposta nei riguardi del detenuto non è prevista dalla legge⁴⁹.

Le indicazioni giurisprudenziali confermano la necessità assoluta della tutela degli interessi che costituiscono il nucleo dei diritti fondamentali dei soggetti "deboli" e dei soggetti "indeboliti"; interessi che vengono riassunti nella centralità della persona e della sua dignità.

esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizionale innanzi alla quale possano essere fatte valere.

⁴⁸ In *Guida al diritto*, 2008, fasc. 1, 86.

⁴⁹ In *Guida al diritto*, 2009, fasc. 8, 96.

**AN INSIGHT INTO VULNERABLE AND REDUCED RIGHTS INDIVIDUALS
AND THEIR FUNDAMENTAL RIGHT**

by Maria Teresa Denaro

Abstract

The article examines the condition of basic rights and vulnerable and reduced rights individuals in National and International Court systems.

Having described the two subject categories, the article then analyses the status of their basic rights and the safeguard of their unassailable core, issue that also emerges from the indications provided by national law and European Court of human rights.

Giurisprudenza

In questo numero la sezione giurisprudenza accoglie gli interventi dei proff. G. Corso, M. Immordino, A. Saitta, F. Saitta, svolti in occasione della presentazione del libro del prof. S. Raimondi, *"L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia". Privilegio e condanna*, Giuffrè, Milano, 2009, che si è tenuta a Palermo, il 6 dicembre 2010.

Sentenza Bundesverfassungsgericht [BVG] – BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 del 30 giugno 2009 sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania

Sentenza 18 ottobre 2010 n. 299 – Pres. Amirante – Red. Tesauro – Pres. Cons. Ministri – Regione Puglia

Puglia – Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia – Ricorso del Governo – Asserita lesione della competenza legislativa statale in materia di diritto d'asilo, di condizione giuridica dei cittadini non appartenenti all'Unione europea e di immigrazione – Censura degli artt. 1, commi 1,2 lett.h) e 3;2;3;4 comma 4;5 comma 1, lett. a) e b); 6, comma 1, lett. b) e c) 10, commi 5 e 6; 14 e 15 comma 3 della legge della Regione Puglia 4 dicembre 2009, n. 32. – Infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, commi 1 e 3 lettere da a) a g) e da i) ad l); 2; 3;4, comma 4; 5, comma 1, lettere a) e b); 6, comma 1 lettere b) e c); 13 e 14; art. 2, comma 1; art. 10, commi 5 e 6; art. 15, comma 3 della l. Regione Puglia n. 32 del 2009.- Illegittimità costituzionale art. 1 comma 2 lett. h) e comma 3 lett. h) legge Regione Puglia 4 dicembre 2009, n. 32 (1).

(1) Segue una nota di Antonella Sciortino*.

«Volevamo braccia, sono arrivati uomini». Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 299 del 2010

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Competenze statali e competenze regionali in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero. – 3. “Stranieri irregolari” “stranieri regolari” “STP” e cittadini “neocomunitari”: la tutela dei diritti fondamentali può prescindere dalla persona in quanto tale? – 4. Considerazioni conclusive.

* Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Palermo.

1. *Premessa*

«Volevamo braccia, sono arrivati uomini» affermava in modo pungente il noto scrittore e drammaturgo svizzero Max Frisch negli anni '60 commentando l'ostilità di molti svizzeri nei confronti degli emigrati italiani. E la storia, seppur con protagonisti, ruoli e contesti diversi, si ripete. Sono trascorsi alcuni decenni eppure questa affermazione mantiene integra tutta la sua icastica attualità cominciando proprio dalle ambiguità terminologiche che emergono dal quadro normativo, ma anche da talune sentenze della Corte costituzionale e che proiettano non poche ombre sulla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri. «Immigrati regolari», «immigrati irregolari»¹, «cittadini stranieri temporaneamente presenti» (STP), «cittadini neocomunitari» sono solo alcune delle figure soggettive nei cui confronti si vorrebbe, da parte statale, che venissero declinati in misura differente alcuni diritti prestazionali, come se queste «qualificazioni» potessero far venir meno la centralità della persona.

La sentenza 299 del 2010 della Corte costituzionale si inserisce in quel *trend* ormai nutrito di pronunce relative alla perimetrazione degli ambiti competenziali delle Regioni sia in materia di trattamento giuridico dello straniero sia in quella relativa al potere estero. Oggetto del ricorso promosso in via principale dallo Stato sono molteplici disposizioni della legge della Regione Puglia del 2009 n. 32 recante «Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia» impugnate in riferimento all'art. 117 comma 2°, lett. a), b), h) ed l) Cost. e in relazione ad alcune disposizioni contenute nel d.lgs del 1998 n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

Benché le disposizioni regionali censurate riguardino ambiti materiali assai diversi tra loro (pari opportunità di accesso e di fruibilità di servizi socio-assistenziali, socio-sanitari, di conciliazione e di istruzione, di diritto di difesa, accoglienza ed inclusione sociale) le doglianze del ricorrente si appuntano solo all'ambito soggettivo di applicazione delle stesse. E questo perché il legislatore della Regione Puglia, nell'indicare i destinatari della legge, fa rientrare nella categoria di «immigrati» tutti i cittadini di Stati non appartenenti all'UE, gli apolidi, i rifugiati nonché i cittadini «neocomunitari» (per tutte le disposizioni più favorevoli). In tal modo, sempre secondo quanto censurato dal governo, le politiche immigratorie regionali, rivolgendosi indifferentemente agli immigrati *tout court* senza operare alcuna distinzione tra stranieri «regolari» e stranieri «irregolari», agevolerebbe la permanenza di questi ultimi includendoli nel godi-

¹ Sui diritti sociali riconosciuti agli stranieri «irregolari» v. pure F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rass. Parl.*, 2008, pg. 381 e ss.

mento di un ventaglio di diritti fondamentali e nella fruizione di un paniere di servizi sociali, mentre invece per i soggiornanti “irregolari” lo Stato prevede ben altra sorte, quella di venire perseguiti penalmente dopo che la condotta dello straniero, che fa ingresso o che si trattiene irregolarmente nel territorio nazionale, è stata configurata come reato (art. 10 *bis* d.lgs 286 del 1998). Conseguentemente, secondo il ricorrente, risulterebbe invasa la sfera di competenza legislativa statale, la sola che possa disciplinare le condizioni di ingresso, di soggiorno e di regolarizzazione degli immigrati nel territorio italiano.

La Corte, tranne che per alcuni profili che evidenzierò più avanti, respinge le censure governative, facendo permanere tuttavia varie zone d’ombra relativamente agli spazi di competenza legislativa regionale in materia di organizzazione ed erogazione di servizi sociali, in particolar modo, se rivolti agli stranieri privi di un regolare permesso di soggiorno.

2. *Competenze legislative statali e regionali in materia di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero*

Il giudice delle leggi sconta invero il problematico sistema di riparto di competenze legislative Stato-Regioni ulteriormente complicato (se fosse mai possibile) dal fatto che nella materia *de qua*, l’ampliamento competenziale non è avvenuto a favore delle regioni come per altre “materie”. L’art. 117 co. 2 Cost. ha infatti attribuito allo Stato, ritagliando due distinte “materie”, l’immigrazione, da un lato (lett.b), e la condizione giuridica dello straniero (lett.a), dall’altro, creando non poche aporie con la disciplina contenuta nel T.U. sull’immigrazione che, come è noto, valorizza l’intervento regionale e delle amministrazioni locali in special modo in tema di accoglienza e di integrazione sociale degli stranieri². La Corte³ sembra aver interpretato in modo unitario⁴ ed organico le due distinte materie sopracitate avallando in buona sostanza la distinzione tra politiche *di* immigrazione, relative alla programmazione dei flussi e della presenza degli stranieri nel territorio nazionale, la cui elaborazione spetterebbe esclusivamente allo Stato, e politiche *per* l’immigrazione, in cui si intersecano competenze legislative concorrenti Stato-regioni e residuali di queste ultime. In questo quadro le regioni hanno approvato varie leggi relative alle c.d. politiche *per* l’immigrazione rivolte in particolar modo a garantire il riconoscimento di diritti prestazionali quali quello all’istruzione, all’assistenza sanitaria e in altri

² Sul punto v. T. CAPONIO, *Governo locale e immigrazione in Italia tra servizi di welfare e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5, 2004, spec. da p. 800 e ss.

³ V. sul punto, tra le altre, le sent. n. 300 del 2005, 156 del 2006 e 50 del 2008.

⁴ V. P. PASSAGLIA, *«Immigrazione» e «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (...e torna sulla portata delle enunciazioni di principio contenute negli statuti)*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 348 e ss.

settori relativi a diritti fondamentali rientranti nelle proprie competenze. Si è così sviluppato un contenzioso dinanzi alla Corte che ha dovuto non solo dirimere i numerosi dubbi interpretativi, ma spesso precisare i contenuti della riforma caricandosi di un peso estraneo ai suoi compiti. Tale ruolo spesso di “co-legislatore” assunto dalla Corte ha falsato i termini del problema: è di tutta evidenza, infatti, che la scelta se una certa disciplina tocchi interessi regionali o statali non è solo una questione di interpretazione giuridica, ma implica determinazioni di politica legislativa che devono trovare componimento in altre sedi più appropriate. Ulteriori nodi problematici si sono aggiunti dopo l’approvazione della legge n. 94 del 2009 (il c.d. pacchetto sicurezza) che, introducendo con l’art. 10 *bis* del d.lgs n. 286 del 1998, il reato di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato” getta non poche ombre sui diritti riconosciuti agli stranieri “irregolari”. Varie regioni, di contro, hanno adottato una interpretazione della disposizione circa l’obbligo di denuncia da parte dei medici degli immigrati non in regola e richiedenti assistenza sanitaria (obbligo contenuto, come è noto, nel pacchetto sicurezza) tale da vanificare sostanzialmente la suddetta prescrizione⁵. Nello stesso arco temporale di approvazione del pacchetto sicurezza sono state poste in essere varie leggi regionali relative all’accoglienza e all’integrazione sociale degli immigrati, tutte impugnate dallo Stato⁶ per asserita violazione della propria competenza legislativa esclusiva in materia immigrazione e condizione giuridica dello straniero.

3. *“Stranieri irregolari”, “stranieri regolari”, “STP”, “cittadini neocomunitari”:
la tutela dei diritti fondamentali può prescindere alla centralità della persona in quanto tale?*

La Corte, nel dichiarare l’infondatezza della questione relativa ad un primo gruppo di censure governative (relative all’art. 1 l. n. 32 del 2009 comprendenti diritti fondamentali di vario genere eccetto il comma 2 lett.h e il comma 3 lett. h), ripercorre le principali tappe della sua giurisprudenza sul punto da cui risulta che le regioni con riguardo all’immigrazione possono intervenire in tutte

⁵ V. le circolari del 2009 adottate dagli assessorati competenti in materia di sanità delle Regioni Campania, Calabria, Emilia-Romagna, P.A. Bolzano, Lazio, Liguria, Marche, Molise, Piemonte, Puglia, Sicilia, Toscana, Umbria, Veneto.

⁶ Per un quadro di questo contenzioso v. L. RONCHETTI, *Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (02.07.2010) In particolare sulla legge reg. della Toscana del 9 giugno 2009 n. 29 v. Corte cost. 7 luglio 2010 n. 269 relativa alla l. reg. Toscana del 9 giugno 2009, n. 29 con commento di D. Strazzari, *Stranieri, irregolari, “neocomunitari” o persone? Gli spazi d’azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un’ambigua sentenza della Corte*, in www.forumdeiquadernicostituzionali.it.

quelle materie di competenza concorrente e residuale purché non invadano la sfera di competenza esclusiva statale a cui è riservata la disciplina dei flussi migratori e delle relative procedure di regolarizzazione (sent. n. 134 del 2010). Vi sono infatti tutti quei settori relativi all'integrazione sociale degli immigrati e al godimento di diritti prestazionali (istruzione, salute, abitazione ecc.) in cui le Regioni hanno titolo ad intervenire (sent. n.300 del 2005 e n. 156 del 2006). E le disposizioni del T. U. sull'immigrazione – aggiunge la Corte – costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 comma 3 Cost. nelle materie ricadenti nella competenza legislativa concorrente (sent. n. 300 del 2005). Alcuni di questi diritti inoltre rientrano nel novero di quel nucleo di diritti fondamentali che sono riconosciuti all'uomo in quanto tale (sent. n. 148 del 2008), non rilevando la posizione dello straniero rispetto alla regolarità della sua permanenza nel territorio nazionale. Inoltre, proprio in relazione all'assistenza sanitaria, il quadro normativo statale prevede, da un lato, (art. 35 co. 3 d.lgs 286 del 1998) che, agli stranieri anche non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, siano garantite le cure urgenti o comunque essenziali (ancorché continuative), e dall'altro, che le regioni (art. 43 commi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 del d. P.R. n. 394 del 1999) possano disciplinare nel dettaglio le modalità di erogazione delle suddette prestazioni servendosi dei presidi sanitari presenti sul territorio regionale anche in collaborazione con le associazioni di volontariato. Il diritto alla salute, ricorda la Corte costituzionale, rientra tra i diritti fondamentali e seppur nel quadro dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale, la regione, nell'esercizio della propria competenza legislativa, assicura il diritto all'assistenza sanitaria (sent. n. 269 del 2010).

Di tutt'altro tenore le argomentazioni della Corte per affermare questa volta, la fondatezza delle censure governative relative alla tutela legale e all'effettività del diritto di difesa. L'art. 1, comma 3 lett. h) della legge della regione Puglia prevede, infatti, che le politiche della regione siano finalizzate a garantire la tutela legale e l'effettività del relativo diritto. Ma, atteso che la tutela legale rientra nell'ambito della "giurisdizione e norme processuali"...*omissis* (art. 117 comma 2 lett. 1 cost.), di esclusiva competenza statale, le regioni non hanno titolo ad intervenire, afferma la Corte. Forse, la previsione legislativa non priva di ambiguità (o comunque dalla portata teleologica non pienamente esplicitata) avrebbe consentito un intervento meno traumatico, ossia una sentenza interpretativa di rigetto volta a restringere il campo di intervento regionale a forme di assistenza legale finalizzate a rendere lo straniero del tutto consapevole del novero dei diritti e doveri dei quali questi è titolare, senza per questo arrecare un *vulnus* alle competenze esclusive dello Stato relative all'esercizio della giurisdizione né tanto meno allo svolgimento del processo.

Specifiche doglianze governative si appuntano anche sull'estensione dell'ambito applicativo delle disposizioni regionali a cittadini che la legge denomina "neocomunitari" per indicare i cittadini degli Stati membri dell'UE di nuova

entrata e i cui rapporti, secondo il governo, devono essere regolati esclusivamente dallo Stato a tenore dell'art. 117 comma 2 lett. a). A parte l'ambiguità del termine (come se si potesse discriminare tra cittadini comunitari vecchi e nuovi) che, anche in questa pronuncia la Corte continua a utilizzare e non solo per riportare tra virgolette un passo di una sua precedente decisione (sent. 269 del 2010) non rendendosi conto della incongruenza⁷, la Corte respinge i rilievi governativi perché le regioni, nelle materie di propria competenza, possono elaborare politiche tese a garantire i diritti inviolabili dell'uomo e tra questi il diritto alla salute (e alla conseguente assistenza sanitaria) qualunque sia la posizione del soggetto, anche se non in regola con il permesso di soggiorno. E questo vale sia per gli stranieri temporaneamente presenti (STP) che per quelli impropriamente chiamati neocomunitari, privi dei requisiti per l'iscrizione al SSR, che versino in condizioni d'indigenza e ai quali va attribuito il codice Eni (europeo non in regola).

Il punto merita un approfondimento perché se gli esiti cui perviene la Corte sono condivisibili, l'*iter* argomentativo seguito desta qualche perplessità. Come è noto, in materia di libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari dell'Unione europea, la direttiva comunitaria del 29 aprile 2004, 2004/38/CE (e il relativo d.lgs 30/2007 di attuazione) subordina l'esercizio di tali libertà (se la permanenza sul territorio dovesse superare i tre mesi) alla circostanza che il cittadino comunitario sia un lavoratore o che sia comunque economicamente attivo e che abbia un'assicurazione sanitaria, per evitare di creare un eccessivo peso a carico dello Stato ospitante. Al possesso dei medesimi requisiti è subordinata l'applicazione del principio di parità di trattamento tra cittadino nazionale e cittadino comunitario. A tenore di questo quadro normativo il "cittadino comunitario" verrebbe a godere di un trattamento deteriore⁸ rispetto allo straniero extracomunitario irregolare. La Corte richiama la disciplina sopradetta, ma ritiene che vada armonizzata con le norme dell'ordinamento costituzionale italiano che garantiscono la tutela dei diritti fondamentali agli indigenti, norme che possono essere estese anche ai cittadini comunitari sulla base dell'art. 18 TFUE, che impone la parità di trattamento tra cittadini nazionali e quelli comunitari, «presupposto imprescindibile per l'attuazione delle disposizioni comunitarie in materia di cittadinanza europea». Il punto problematico si innesta, tuttavia, nel fatto che la stessa operatività del principio comunitario richiamato (quello di non discriminazione sulla base

⁷ Per questo rilievo v. D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, stranieri irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte, cit.*, 6.

⁸ Proprio per questo il Ministero della sanità nel 2008 con nota informativa ha previsto che i cittadini comunitari economicamente non attivi abbiano accesso non solo alle cure indifferibili ed urgenti (così come previsto dalla nota informativa del 3 agosto 2007), ma anche che vi sia assistenza sanitaria per la tutela della salute dei minori e della maternità e interruzione volontaria di gravidanza.

della nazionalità) operi sulla base del possesso degli stessi requisiti indicati nella direttiva in parola, mentre la Corte costituzionale sembra interpretarlo estensivamente, sganciandolo dai requisiti sopradetti e ritenendolo applicabile anche a quei cittadini comunitari soggiornanti non regolari. I passaggi argomentativi tracciati dalla Corte, che quasi pedissequamente riprendono quelli della precedente sentenza n. 269 del 2010, appaiono troppo frettolosi quanto impegnativi nella sostanza. Non sembra chiaro se la Corte, nel ritenere legittima la disposizione regionale che estende l'ambito applicativo di taluni diritti prestazionali anche ai cittadini comunitari, si sia voluta ispirare ad un orientamento, peraltro non ancora consolidato, risultante da alcune pronunce della Corte di giustizia⁹ tese ad estendere la libertà di circolazione e soggiorno anche a chi non si trovi nelle condizioni di "soggetto economicamente attivo" proprio facendo appello al principio di parità di trattamento di cui all'art. 18 TFUE. Sarebbe stato utile che la Corte si soffermasse maggiormente sulle ragioni in base alle quali ha ritenuto legittimo discostarsi dal contenuto precettivo della direttiva e dal possesso dei requisiti cui viene subordinato l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno da parte del cittadino comunitario e abbia preferito invocare il principio della parità di trattamento tra quest'ultimo e il cittadino nazionale, disancorandolo peraltro dalle condizioni a cui l'ordinamento comunitario lo sottopone. Inoltre, dal percorso argomentativo seguito dalla Corte, sembrerebbe che il legislatore regionale abbia inserito tra i beneficiari anche i cittadini comunitari (che non rientrano nell'ambito applicativo della direttiva 2004/38/CE) in ossequio agli obblighi comunitari.

Al di là di tutto rimane comunque il fatto che sarebbe risultato irragionevole che a uno straniero "irregolare" venisse riconosciuto un diritto fondamentale e ad un cittadino comunitario "non economicamente attivo" venisse negato, perché a prescindere dalle qualificazioni del soggetto, nella fattispecie, in discussione sono dei diritti inviolabili da riconoscere all'uomo in quanto tale. Ed allora perché non invocare più semplicemente l'art. 3 Cost., riferibile, come è noto, a tutti, quando si tratta dell'applicazione dei diritti fondamentali?

Infine un secondo ordine di censure riguarda una disposizione contenuta nella legge regionale in questione secondo cui la Regione concorre all'attuazione di accordi internazionali tra cui la «Convenzione internazionale per la protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie, approvata il 18 dicembre 1990 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 1 luglio 2003», non ancora ratificata dall'Italia. Sul punto la Corte costituzionale, sulla scorta della sua precedente giurisprudenza, dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale avanzata dal governo in quanto l'art. 117 comma 2 lett. a) annovera tra le materie di esclusiva competenza statale i rapporti inter-

⁹ V. Corte giust., 23 marzo 2004, C-138/02 *Collins*, in Racc. I-2703; Corte giust., 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, in Racc. I-2119.

nazionali e la politica estera, lasciando alle regioni, nelle materie di propria competenza, la possibilità di dare attuazione ed esecuzione agli accordi internazionali¹⁰ una volta che siano stati ratificati. Ma, nel caso di specie, la Convenzione citata nella legge regionale non ha alcuna efficacia nel nostro ordinamento, non essendo stata ancora ratificata dall'Italia.

4. *Considerazioni conclusive*

La pronuncia in commento convince solo in parte. La Corte, infatti, da un lato, nel respingere la gran parte delle censure governative relative ai diritti prestazionali da garantire agli stranieri soggiornanti (qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nel territorio nazionale) sembra ancorare la relativa competenza regionale principalmente al T.U. sull'immigrazione piuttosto che al nuovo quadro competenziale tracciato dal legislatore costituzionale del 2001. E se il ragionamento fila per gli ambiti di competenza legislativa concorrente in cui spetta allo Stato determinare i principi fondamentali, si inceppa invece per le materie ascrivibili alla sfera di competenza legislativa residuale. In questo caso il T.U. sull'immigrazione e la restante legislazione statale in materia che ruolo giocano? Su tale zona d'ombra neppure questa pronuncia sembra far chiarezza. A suo sfavore gioca la particolare complessità della materia riconducibile alla condizione giuridica dello straniero dove è difficile oltre che artificioso pensare di tagliare con il bisturi precise linee che demarchino competenze statali e regionali, che poi si intrecciano con quelle comunitarie e internazionali.

Profili interessanti si possono cogliere in tutti quei passaggi in cui la Corte, riprendendo talune sue precedenti pronunce, nel respingere le doglianze governative relative all'ambito soggettivo di applicazione della legge regionale impugnata, valorizza la centralità della persona a prescindere dalla posizione del soggetto rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno in un territorio diverso da quello di appartenenza. E le regioni, nelle materie di propria competenza, possono predisporre misure atte a tutelare i diritti fondamentali degli stranieri *tout court*. Come conciliare tutto ciò con la tendenza di segno opposto proveniente dalla legislazione statale che invece sembra voler modulare il riconoscimento dei diritti agli immigrati in ragione della regolarità del loro ingresso e soggiorno nel territorio nazionale?¹¹

¹⁰ La procedura che le Regioni sono tenute a seguire è quella indicata dall'art. 3 della legge n. 131 del 2003.

¹¹ Nelle more della pubblicazione della presente nota di commento, la Corte costituzionale, con la sentenza 25 febbraio 2011 n. 61, si è pronunciata nel merito di un'impugnazione formulata in modo sostanzialmente identico dal governo nei confronti della legge reg. della Campania 8 febbraio 2010 n. 6, respingendo le doglianze governative.

L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia

di Guido Corso

La storia di un'istituzione che è sufficientemente giovane perché la sua vicenda possa essere racchiusa nel giro di qualche capitolo; la ricostruzione delle vere ragioni che stanno dietro a scelte legislative (o di giurisprudenza costituzionale) quando si vuole eludere il vincolo costituzionale; una messa a punto sullo status del giudice nell'ordinamento costituzionale.

Questo e altro è racchiuso nel volume di Salvatore Raimondi sul Consiglio di Giustizia amministrativa.

La storia, innanzitutto.

Una storia avvincente che comincia negli anni della consulta chiamata ad elaborare uno statuto per la Sicilia. La richiesta pressoché unanime della istituzione nell'isola di sezioni dei supremi organi giurisdizionali, consultivi e di controllo non è espressione di una volontà separatistica, ma è la ripresa di vecchie esperienze e della corrispondente mitizzazione. Quella mitizzazione del proprio passato che spingeva V.E. Orlando a ricordare con orgoglio che il parlamento siciliano aveva preceduto il parlamento inglese; e che spiega come uno dei progetti di quello che sarebbe stato il futuro art. 23 dello Statuto recasse una formulazione pressoché identica a quella contenuta nel parere del Consiglio di Stato straordinario istituito in Sicilia dal prodittatore Mordini nel 1860 – ossia che “tutti i gradi della gerarchia giudiziaria abbiano sede in Sicilia, affinché gli affari di loro competenza avessero in essa il loro totale e completo svolgimento”. Nella formulazione del Consultore Di Carlo la sola variante consiste in ciò, che l'aggettivo “totale” è sostituito dall'aggettivo “intero”: “il loro intero e totale svolgimento” (cfr le p. 50 e 54 del volume di R.).

A ciò si aggiunge la nostalgia del buon funzionamento della Cassazione palermitana, rimasta in vita (come Cassazione civile) sino al 1923, e della quale ancora una volta V.E. Orlando tesse l'elogio: un'esperienza che molti consultori avvocati avevano vissuto e che guardavano col rimpianto con cui si guarda alle cose della giovinezza.

Lo scarto fra l'art. 23 dello statuto e le norme di attuazione (d.lgs.vo n. 654/1948) viene spiegato dal prof. Raimondi con le parole di Luigi Sturzo, il quale riferisce dell'intervento decisivo del Presidente del Consiglio di Stato Ferdinando Rocco. Quest'ultimo, contrarissimo a che siano create le due sezioni previste dallo

Statuto, suggerisce “l’istituzione di un organo regionale con funzione consultiva e giurisdizionale esercitata da due distinte Sezioni, e con ordinamento analogo a quello del Consiglio di Stato” (così il parere dell’Adunanza generale dell’11 luglio 1946 n. 78, riportato a p. 60). Un modo per prevenire “un pernicioso attentato all’unità della sovranità dello Stato” (così il discorso di insediamento del Rocco nella Presidenza del Consiglio di Stato, 12 gennaio 1948: p. 62 del volume).

Una preoccupazione condivisa dall’Avvocato Generale della Corte di Cassazione, Giovanni Macaluso: il quale adduce anche un argomento teorico contro il decentramento della Corte – “l’esigenza della Cassazione unica viene proprio dal fatto che la pluralità le toglie di assolvere il suo computo essenziale, che è, per dirla col Pèan, di elaborare la giurisprudenza” (così il discorso per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 1948, p. 69).

Da qui lo sbocco nel d.lgs.vo n. 654/1948, adottato con una formulazione che prescinde del tutto dalla proposta della Commissione paritetica.

Salvatore Raimondi, attraverso una ricostruzione puntuale della vicenda, fatta anche con le parole di testimoni (Luigi Sturzo, Guido Landi), offre una dimostrazione irrefutabile del fatto che il C.G.A. non è costituito dalle due sezioni del Consiglio di Stato previste dallo Statuto. E sotto questo profilo ha buon gioco nel criticare la sentenza della Corte Costituzionale n. 316/2004 (pp. 31 ss.).

Il lavoro, come si è detto, contiene anche una puntuale ricognizione dei principi costituzionali sul giudice e sulla giurisdizione, realizzata propria a partire dai problemi suscitati dal C.G.A.

Innanzitutto, la questione della competenza del C.G.A., che oggi è equiparata a quella del Consiglio di Stato come unico giudice d’appello rispetto alle sentenze del TAR Sicilia, ma che per un quarto di secolo è stata organizzata in modo estremamente complesso e quindi anomalo (competenza in unico grado, competenza quale giudice d’appello, competenza come giudice di primo grado, p. 120 ss.).

La questione, sollevata negli anni settanta, della possibilità della conferma dei giudici non toglie in rapporto al precetto costituzionale dell’indipendenza del giudice: risolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 25/1976

La questione della composizione mista – quella che sta più a cuore a Salvatore Raimondi: risolto nell’affermare il contrasto tra la partecipazione di laici alle due sezioni del C.G.A. e il disposto dell’art. 23 dello Statuto.

Dopo che la Corte Costituzionale ha rigettato l’eccezione di incostituzionalità con la citata sentenza n. 316/2004, il prof. Raimondi l’ha riproposta, come avvocato, e la argomenta oggi come studioso, in relazione al principio del giusto processo (art. 111 Cost.). Al tema è dedicato il capitolo IV, che contiene una critica appassionata dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 19810 del 2008) con cui la questione è stata ritenuta manifestamente infondata.

Entrambi i profili della composizione mista – contrasto con l’art. 23 dello statuto, contrasto con i principi costituzionali sul giusto processo, ed in particolare col canone della terzietà del giudice – sono illustrati dall’A. con dovizia di argomenti.

Mi permetto, in relazione al primo aspetto, di formulare all'amico Raimondi una domanda.

È proprio sicuro che gli articoli dello statuto speciale possano essere interpretati con l'esclusivo criterio del "significato proprio delle parole" (art. 12 delle preleggi)? O non si deve tener conto anche della storia della loro attuazione (o inattuazione) – una storia dalla quale l'interprete giurista non può prescindere?

Proviamo a rileggere lo statuto mettendo a confronto il testo con l'interpretazione corrente.

L'art. 14, per es., pone come limite alla potestà legislativa esclusiva della Regione siciliana le "riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano". Secondo la lettura incontestata che ne ha dato la Corte Costituzionale, l'ultima parte del periodo ("deliberata dalla Costituente del popolo italiano") deve intendersi cancellata; e le riforme agrarie e industriali sono state dilatate sino a coincidere con le grandi riforme (per es. con la privatizzazione dell'impiego pubblico).

Passiamo all'art. 15. Nessuno pensa che le nove province regionali equivalgano ai liberi consorzi di comuni previsti dallo Statuto: ma nessuno ha tentato di contestare la costituzionalità della legge che istituisce e regola le province regionali (L.r. n. 9/1986).

E che dire del comma primo dell'art. 15 dello statuto, quello che dispone la soppressione, oltre che delle circoscrizioni provinciali, anche degli organi e degli enti pubblici che ne derivano.

Preso alla lettera, questa disposizione significherebbe che prefetti, questori, provveditori agli studi, intendenti di finanza, ingegneri capo degli uffici del genio civile hanno vissuto per decenni, ed alcuni di essi ancora vivono, in uno stato di totale incostituzionalità.

Ed i poteri del Presidente della Regione in tema di "mantenimento dell'ordine pubblico" (art. 31 statuto)?

Chi si azzarda a ricordarne l'esistenza viene ritenuto per ciò stesso un mafioso: come è capitato tanti anni addietro a un presidente di Regione che aveva fatto un timido cenno a questa disposizione.

E i rapporti tra Stato e regione in materia tributaria sono regolati – sono stati mai regolati – in conformità all'art. 36 dello statuto?

E che ne è del fondo di solidarietà nazionale (anch'esso replica di un'istanza contenuta nel ricordato parere del Consiglio di Stato straordinario del 1860), previsto dall'art. 38 dello statuto?

E l'Alta corte istituita sulla base degli artt. 24-30, addirittura cancellata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 38/1957?

Quanto all'altro profilo – del contrasto della composizione mista del C.G.A. con i principi del giusto processo, in relazione al potere di nomina attribuito alle Regioni – faccio questa sola osservazione.

La garanzia dell'indipendenza può essere assicurata al giudice in diversi

modi. O sottraendo la nomina al potere politico col meccanismo del concorso (art. 106 Cost.); o assegnando al mandato un carattere vitalizio, come avviene per i nove giudici della Corte Suprema USA ed avvenne, in una prima fase, per i giudici del Tribunale costituzionale della Repubblica Federale Tedesca; o, nel caso di mandato a termine, col divieto della conferma; o, comunque, attribuendo al termine carattere di perentorietà per cui, alla scadenza, il giudice perde l'investitura e la conseguente legittimazione a giudicare; o stabilendo a carico del giudice laico un regime dell'incompatibilità identico o analogo a quello del giudice professionale.

Ebbene, per i componenti laici del C.G.A. la legislazione, sia pure attraverso aggiustamenti successivi, puntualmente illustrati nel libro, ha introdotto tutte le garanzie da ultimo richiamate. Se invece dovessimo tener conto esclusivamente del potere di nomina (che non spetta, peraltro alla Regione, abilitata solo a formulare una designazione, sottoposta al vaglio del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa) dovremmo immaginare che i giudici costituzionali non sono indipendenti (rispetto agli organi che li hanno eletti o nominati): sicchè, per es., nei conflitti di attribuzione tra potere giudiziario e parlamento i giudici provenienti dalle magistrature sarebbero naturalmente portati a schierarsi con la magistratura mentre i giudici di estrazione parlamentare prenderebbero sicuramente le parti del parlamento. È realistico uno schema del genere?

Da ultimo, rifacendomi all'approccio storicistico del volume, mi porrei una domanda.

È vero o non è vero che per un quarto di secolo i siciliani hanno avuto un giudice locale di cui gli altri italiani erano privi? È vero o non è vero, che in ragione dei tempi più celeri del processo rispetto al Consiglio di Stato, il C.G.A. ha anticipato soluzioni giurisprudenziali importanti, a vantaggio dei cittadini? E siamo così sicuri che la Regione parte del giudizio davanti al C.G.A. sia sempre o comunque in prevalenza vincente? E siamo così sicuri che i due giudici laici siano sempre così decisivi sull'esito del giudizio?

E da ultimo solleverei una questione di maggior peso. Non è proprio la Costituzione che sembra animata dalla preoccupazione di una chiusura corporativa della magistratura o delle magistrature?

Non è questa la ragione per cui è stabilito che la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101), che il popolo è chiamato a partecipare all'amministrazione della giustizia (art. 102 u.co.), che per determinate materie sono ammessi a far parte del collegio giudicante cittadini idonei estranei alla magistratura (art. 102 co. 2), che possono essere chiamati a far parte della Corte di cassazione professori universitari e avvocati con certi requisiti (art. 106 co. 2)?

Sono queste le domande che mi pongo e pongo all'A. Al quale esprimo la mia gratitudine per avere con un discorso completo, argomentato e appassionato, suscitato un dibattito su questioni la cui rilevanza sicuramente non si arresta ai confini dell'isola.

Qualche riflessione sul C.G.A.
a margine del libro di Salvatore Raimondi

di Maria Immordino

Il libro di Salvatore Raimondi¹ – del quale, se mi è consentita una brevissima digressione, ho seguito la gestazione e ne ho ricevuto dopo, con grande piacere, la prima copia – costituisce l'occasione per riflettere ancora una volta sul CGA che, indipendentemente dalle problematiche che lo riguardano, ha rappresentato, nell'oltre mezzo secolo della sua vita, un'istituzione connaturata all'essenza stessa dell'autonomia siciliana, e, per dirla con il nostro Autore, sicuramente un "privilegio". Un "privilegio", come ci ricorda lo stesso Raimondi, che affonda le proprie radici nell'esistenza nell'Isola di separate Corti nel periodo Borbonico e, a ben vedere, già nei secoli precedenti. Privilegio che soddisfa quell'esigenza a che "la giustizia sia pronta, assisa sui luoghi che governa", e che si traduce in quella dimensione locale dell'amministrazione della giustizia che sarà poi sviluppata dalla Costituzione del '48 (art. 25 – giudice naturale; art. 125, TAR).

Dicevo, ancora una volta, perché come molti di voi ricorderanno, avendo anche allora partecipato al dibattito, questo Dipartimento ha già promosso, e precisamente nel 2006, un seminario sul CGA, presieduto dall'allora Presidente del Consiglio di Stato, Prof. De Roberto. Quel seminario, che si collocava nell'ambito delle attività didattiche di contesto, venne organizzato su *input* di due giudici non togati del CGA, freschi di nomina governativa, stimati colleghi e amici carissimi, i professori Filippo Salvia e Francesco Teresi, con lo scopo di far conoscere agli studenti un istituto certamente peculiare nel sistema della giustizia amministrativa italiana, ma di rilievo fondamentale nel panorama giuridico regionale.

Il seminario ebbe un grande successo, testimoniato anche dal fatto che gli studenti presenti, circa 300, rimasero inchiodati alle loro sedie fino alla fine, mostrando un grande interesse. Interesse, mi preme sottolineare, stimolato da un dibattito appassionato tra i relatori, che coinvolse anche i presenti in aula, i

¹ "L'Ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia". *Privilegio e condanna*, Giuffrè, Milano, 2009.

quali, com'era prevedibile, anche perché due anni prima, e precisamente nel 2004, era intervenuta la sentenza 316 della Corte costituzionale, non si limitarono ad una descrizione, sia pure puntuale e compiuta dell'istituto, ma entrarono nel vivo delle problematiche concernenti la legittimità o meno della sua istituzione e, in particolare, della sua composizione, con riferimento agli artt. 23 dello Statuto, 102, 108, 111 e 117 della Costituzione.

Orbene, l'asse centrale attorno al quale ruota il libro, del quale si apprezza fin dalle prime pagine la chiarezza e l'eleganza espositiva, è l'esistenza di un contrasto palese tra la previsione di cui all'art. 23 dello Statuto² e le previsioni delle relative norme di attuazione³. Il CGA, istituito dalle norme di attuazione del '48 è, come afferma recisamente l'Autore, un organo nuovo, totalmente diverso, per competenza e composizione, da quella Sezione del Consiglio di Stato cui fa esplicito riferimento lo Statuto. Un organo, come ebbe ad affermare del resto la stessa Corte costituzionale (sent. n. 316/2004), "caratterizzato da una propria particolare fisionomia e struttura".

Tale contrasto, difficilmente confutabile accogliendo, come fa Salvatore Raimondi, una interpretazione rigorosa del dettato statutario, viene evidenziato attraverso un'analisi di tutti gli aspetti del problema, un'analisi capillare caratterizzata da una logica stringente e da una documentazione ricchissima.

Numerosi gli argomenti portati a sostegno di tale tesi (tesi, come tutti ben sappiamo, già sostenuta dal nostro Autore in precedenti scritti), tutti a loro volta forieri di riflessioni – e questo è sicuramente uno dei pregi del volume – su tematiche di carattere generale, alcune delle quali, è appena il caso di sottolineare, sono ancora ben lontane dall'aver raggiunto una soluzione condivisa: dal rapporto, nel sistema delle fonti, tra norma statutaria e norme di attuazione, al ruolo dei "laici" nell'amministrazione della giustizia nella prospettiva costituzionale; dalla concezione tradizionale della giustizia amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo alla concezione, presente nella Costituzione e, successivamente, sviluppata dal legislatore e dal Giudice costituzionale, della giustizia amministrativa in funzione della tutela dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini che è, poi, in estrema sintesi, il ruolo dell'interesse pubblico nel giudizio amministrativo; dall'impatto sulla giurisdizione amministrativa della costituzionalizzazione del principio del "giusto processo" alla garanzia effettiva di quel "valore-fine" affermato nella Costituzione, che è l'indipendenza del giudice, con i connessi corollari della terzietà e imparzialità; dalla possibilità di estendere alle altre regioni il modello del CGA, istituendo un organo di appello

² Per il quale "Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione" e "Le Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti svolgeranno altresì le funzioni, rispettivamente, consultive e di controllo amministrativo e contabile".

³ Il riferimento è alle norme di attuazione di cui al D. Lgs. n. 654 del 1948 e alla riforma di cui al D. Lgs. n. 373 del 2003.

delle sentenze dei TAR, come sembra suggerire F.G. Scoca, sul presupposto del “buon funzionamento” del Consiglio nell’esperienza siciliana di oltre un sessantennio, al più generale tema dell’attuazione, in luogo di un mero decentramento territoriale, di un vero e proprio federalismo anche in materia di giustizia amministrativa.

In questo contesto di riflessioni di carattere generale l’Autore affronta il tema della compatibilità con lo Statuto e con la Costituzione della istituzione e, in particolare, della composizione, del CGA.

Il primo, e se vogliamo centrale, argomento a sostegno della incompatibilità è che le norme di attuazione degli statuti speciali hanno la funzione di svolgere in precetti più dettagliati le previsioni statutarie, con possibilità di integrarle, ma non di contraddirle. Questo, in estrema sintesi, il pensiero dell’Autore su questo punto, essendo naturalmente ben altro il livello di approfondimento del tema nel contesto del volume, con una ricostruzione puntuale della giurisprudenza costituzionale e della dottrina – il riferimento è in particolare a G. Corso – che, sulla base di argomentazioni anche sofisticate, ha sostenuto, al contrario, la corretta attuazione della disposizione statutaria, anche con riferimento alla presenza di componenti laici di nomina governativa.

La parte più suggestiva su questo specifico punto è il lavoro di scavo sull’origine delle norme di attuazione del 1948 istitutive del CGA. Un lavoro che svela la ragione politica ed i particolari di questa scelta. Alla istituzione della Sezione regionale del Consiglio di Stato si oppose infatti lo stesso Consiglio di Stato per il timore, condiviso dalla Cassazione, che articolazioni regionali del consesso potessero attentare all’unità della funzione giurisdizionale.

Non è quindi un caso, come puntualmente sottolineato nel libro, che il testo delle norme di attuazione sia stato predisposto dall’allora Presidente del Consiglio di Stato, Rocco, a seguito di un incontro con Luigi Sturzo che era andato a Roma a perorare la causa della istituzione della prevista Sezione regionale. Insomma, le norme di attuazione del ’48, vennero approvate senza l’intervento della Commissione paritetica di cui all’art. 43 St. e, dunque, al di fuori di quel “negoziato” Stato/Regione, che avrebbe forse potuto giustificare una fisionomia in parte diversa della Sezione regionale rispetto a quelle centrali.

Pur collegando, sia strutturalmente che funzionalmente il nuovo organo al Consiglio di Stato, le norme di attuazione del ’48, e successivamente quelle del 2003, ne hanno previsto una composizione mista, con la presenza accanto a giudici togati di consiglieri laici. Mi sono chiesta – il pregio di questo libro è dato pure dal fatto che non soltanto dà risposte, ma stimola anche interrogativi – da dove sia nata l’idea di introdurre nell’organo giurisdizionale siciliano accanto ai giudici togati anche membri laici di nomina governativa.

Vero è che lo Statuto siciliano è caratterizzato da venature di tipo quasi federale, così come è altrettanto vero che nella Costituzione sono rintracciabili numerose norme (artt. 101, 102) che prevedono la possibilità che il potere giu-

diziario venga esercitato oltre che da magistrati professionisti, anche da giudici non professionisti, ma non credo che la composizione mista del CGA prevista dalle n.d.a. del '48 sia da annoverare tra gli strumenti predisposti dallo Stato italiano per fronteggiare ed assecondare le istanze separatiste provenienti dall'Isola, contenendole nel contesto dell'ordinamento italiano, secondo la lettura datane da A. Pioggi, anche perché, per dirla con Raimondi, "il decreto istitutivo del CGA la Regione se lo è visto calare dall'alto, senza avere in alcun modo partecipato alla sua stesura" (p. 7). Per cui, quell'"ignobile pasticcio" che era per M. S. Giannini il sistema della giustizia amministrativa in Sicilia dopo la istituzione dei Tribunali amministrativi regionali non "è roba che si sono voluta i siciliani". Oltre a ciò, le norme di attuazione seguono di pochi mesi l'entrata in vigore della Costituzione, sicché mi sembrerebbe azzardato pensare che le stesse possano inserirsi in quel processo di coordinamento dello Statuto con la Costituzione, che era previsto negli atti approvativi dello Statuto stesso, e che invece di essere attuato con leggi di revisione costituzionale è surrettiziamente avvenuto, anche attraverso le norme di attuazione.

Probabilmente l'idea della presenza in seno al Consiglio di elementi di emanazione politica è nata dal fatto che membri nominati dal Governo statale erano presenti anche nelle Sezioni (giurisdizionali) del Consiglio di Stato e che espressione dei Consigli provinciali erano alcuni membri delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale; o, più semplicemente, era la "contropartita" politica alla mancata istituzione della prevista "Sezione" regionale del Consiglio di Stato e, si può forse supporre, al mancato coinvolgimento nella preparazione del D. lgs del '48, della commissione paritetica, e dunque della stessa Regione.

Questa matrice politica emerge del resto, con chiarezza da tutto il libro, e viene efficacemente sottolineata da Raimondi, a commento delle decisioni della Cassazione e della Corte costituzionale che, sia pure con argomentazioni differenti, si sono pronunciate sulla legittimità dell'istituzione del Consiglio e della sua composizione mista.

Di grande interesse è la rilettura critica della sentenza delle Sezioni Unite del 1955, e la garbata ironia con la quale l'Autore rimarca sia la contraddittorietà della posizione della Corte che, dopo averne strenuamente avvertato la istituzione, sostenne in quella sede che il CGA era una Sezione decentrata del Consiglio di Stato, nonché la sottolineatura di quel passaggio della sentenza in cui la *ratio* della designazione dei membri laici da parte del Governo regionale viene "giustificata *ratione materiae*" e, in particolare, con il fatto che il Consiglio è chiamato a pronunciarsi anche sull'impugnazione di atti dell'amministrazione regionale, con la conseguenza che i membri laici "dovevano portare nel consesso giurisdizionale regionale la viva voce dei bisogni, delle aspirazioni, delle esigenze della Sicilia" (p. 79).

L'importanza politica della decisione che la Cassazione a sezioni unite (in

luogo della Corte costituzionale non ancora istituita) era chiamata a rendere in quell'occasione ha fatto velo a quella che è la funzione effettiva del giudice amministrativo e, dunque del CGA, vale a dire *ius dicere*, ovvero dirimere le liti, applicando quella legge alla quale solo è sottoposto, e non curare in concreto interessi pubblici, funzione, questa, che spetta all'amministrazione. Nella nostra Costituzione è ben documentato questo passaggio da una concezione della giustizia amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo, ad una concezione soggettiva della stessa, in funzione, cioè, della tutela di situazioni giuridiche soggettive.

Ripugna invero alla coscienza sociale, come sottolineato da A. Police, l'idea che la partecipazione di membri di designazione politica ad un organo giurisdizionale trovi giustificazione nel fatto che gli stessi sono "presumibilmente meglio informati delle esigenze locali" e, quello che mi sembra più grave, sono "più sensibili ad esse". È la negazione stessa della neutralità della funzione giurisdizionale che, sottolinea più volte Raimondi, da qualunque giudice venga esercitata deve svolgersi in posizione di estraneità e indifferenza rispetto alla materia ed ai soggetti nei cui confronti opera.

Altrettanto stringenti sono le osservazioni critiche alla sentenza della Corte costituzionale del 2004, la n. 316. Per la Corte, una volta ammesso che le norme di attuazione possono essere anche *praeter statutum*, la composizione mista, confermata, per entrambe le Sezioni in cui è stata articolata la struttura del Consiglio dalle norme di attuazione del 2003, oggetto di scrutinio in quella sede, si giustifica (sicché è esistente il rapporto di "congruenza" tra disposizione statutaria e norme di attuazione) in quanto risponde ai "contenuti profondi, poiché storicamente radicati, della concezione autonomistica siciliana in tema di organizzazione della giustizia amministrativa". Qual è questa concezione autonomistica? Secondo Scoca, questa non è certo quella espressa dall'art. 23 St., considerato che ivi manca qualsiasi accenno alla composizione mista. Né, sembra possibile rapportare tale composizione alla "singolarità", per vero innegabile, "dell'autonomia siciliana", considerato che di autonomia (G. Crisci) può parlarsi solo nell'"esercizio della discrezionalità che è alla base del potere normativo ed amministrativo, non nella giustizia" che, si ribadisce è "applicazione imparziale e vincolata della legge, fondata su canoni uniformi di interpretazione", indipendentemente dal luogo e dalla natura, statale o regionale, della legge da applicare. Insomma, come sottolineato da R. Rotigliano, sembra che per la Corte, accanto alla norma statutaria da attuare ci sia implicita una norma che autorizzi una disciplina *praeter statutum*, a condizione, comunque, che la stessa sia espressione dei contenuti storico-concreti del principio di autonomia.

Quanto al radicamento storico, sintetizzando al massimo il pensiero di Raimondi, la circostanza che la composizione mista esista fin dalle norme del '48, se spiega la filosofia della Corte, non è certo idonea a sostenere una decisione di infondatezza della questione. Sarebbe, insomma, affetta da un vizio logico

l'affermazione secondo cui l'incostituzionalità di una norma possa essere neutralizzata o, quanto meno, attenuata, dalla sua anzianità.

Certo è che l'aspirazione "saldamente radicata nella storia della Sicilia" è quella di avere "forme di decentramento territoriale degli organi giurisdizionali centrali", come lo stesso Giudice delle leggi rileva, ma non certo quella di avere organi giurisdizionali caratterizzati dalla presenza, assieme a membri togati, di membri di designazione politica.

Il punto critico è rappresentato dunque dalla composizione mista del Consiglio. Nonostante le norme di attuazione del 2003 abbiano profondamente revisionato il Consiglio di Giustizia Amministrativa, disponendone l'articolazione in due diverse Sezioni, l'una consultiva e l'altra giurisdizionale, ne abbiano chiarito la natura di plesso del Consiglio di Stato, la composizione mista è stata, come ricordavo prima, confermata, anche se con alcuni accorgimenti, come l'individuazione puntuale dei requisiti, la definizione dello stato giuridico e del trattamento economico, l'eliminazione della *prorogatio*. Trattasi di correttivi che sono stati introdotti, anche su *input* di un parere dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 1 del 2003), per rafforzarne l'indipendenza.

Ma, è proprio quello dell'indipendenza e dell'imparzialità dei membri laici del Consiglio il punto dolente su cui si incentrano le critiche, sempre sostenute da ricchezza di argomenti, dell'Autore, considerando anche la riconfigurazione e l'ampliamento delle sue competenze a seguito della istituzione del TAR Sicilia e dell'intervento della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato.

Quanto all'affermazione della Corte (sent. n. 25/1976) secondo cui l'indipendenza, e con essa l'imparzialità dei membri laici del Consiglio, non è messa a rischio dalla "temporaneità" dell'incarico, bensì dalla possibilità della sua "riconferma" (da cui la dichiarazione di illegittimità della disposizione che ne prevedeva la riconferma da parte della giunta regionale), Raimondi, richiamando le osservazioni di Mazzaroli, che personalmente condivido in pieno, afferma che l'indipendenza e l'imparzialità di un giudice è compromessa nel momento stesso in cui si riconosce all'organo cui compete nominarlo la possibilità di compensarlo per il modo in cui ha espletato il suo incarico, una volta che questo abbia avuto termine. E la riconferma non è che uno dei modi con cui un giudice può essere compensato da un Governo per avere adeguatamente, vale a dire in linea con i suoi orientamenti, esercitato il proprio ufficio.

Il problema, in particolare, sorge per i dirigenti generali dell'amministrazione i quali oltre ad essere nominati per un tempo determinato (6 anni), hanno "diritto alla conservazione del posto". Il rischio per l'indipendenza e l'imparzialità di tali membri è reale, poiché in questo caso la rottura della relazione tra persona designata e organo designante "non può dirsi definitiva". Anzi, la prospettiva del rientro dopo il sessennio nei ruoli regionali rischia di minarne alla base l'indipendenza e l'imparzialità di giudizio in quei processi in cui è parte, e sono in maggioranza, la Regione, direttamente o in via indiretta.

Una mancanza di indipendenza che, se già collideva con gli originari parametri costituzionali relativi alla giurisdizione e al diritto di difesa in giudizio, oltre che con l'art. 10 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e con l'art. 6 della CEDU (1950), che espressamente sanciscono il diritto di ogni individuo ad un equo processo, davanti ad un giudice indipendente e imparziale, stride maggiormente oggi, sia per la maturazione della coscienza civile, sia per il richiamo espresso, nel nuovo art. 117, 1° co., agli obblighi internazionali e con ciò al rafforzamento dell'osservanza della Carta europea, sia per la novella dell'art. 111 cost. sul giusto processo, che postula un giudice terzo ed imparziale. Diversamente, pertanto, da quanto sostenuto dalle sezioni unite della Cassazione nell'ordinanza n. 19810 del 2008, secondo cui il divieto di riconferma in una con il fatto che la scelta dei componenti laici sia limitata ai soggetti con le caratteristiche di cui all'art. 106, cost. co. 2, "garantiscono pienamente l'assoluta imparzialità dei magistrati non togati designati dalla Regione siciliana".

Mi avvio rapidamente alle conclusioni, anche perché sono tutti profili del volume che saranno certamente ripresi e meglio approfonditi dagli altri relatori, qui mi preme sottolineare che non è revocabile in dubbio il fatto che il Consiglio abbia nell'oltre mezzo secolo di vita svolto egregiamente le sue funzioni. Non è raro, invero, trovare nella sua giurisprudenza linee anticipatrici di successivi indirizzi giurisprudenziali ed orientamenti dottrinari. Che si tratti, pertanto, di un "privilegio" per i siciliani è opinione dello stesso Raimondi, le cui perplessità si appuntano ormai solo sulla presenza nel collegio giudicante di membri di designazione politica. Il problema, che prescinde naturalmente dalle singole persone designate e dunque dalla loro professionalità e serietà, nasce dal fatto che il CGA è organo di appello del TAR Sicilia, i cui componenti sono tutti giudici togati; nasce, altresì, dalle difficoltà, lo ricordavo prima, di conciliare la presenza di membri di designazione politica con i principi del giusto processo il quale, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale (sent. n. 131/1996), risulta violato anche nell'ipotesi in cui il "giudice possa soltanto apparire condizionato". In questa prospettiva credo siano pienamente condivisibili le preoccupazioni, ben argomentate, di Raimondi sull'orientamento ad introdurre nello Statuto siciliano una modifica volta non solo a costituzionalizzare la composizione mista, ma ad incrementare sensibilmente la partecipazione della Regione nella formazione del Consiglio, prevedendosi addirittura che il suo presidente venga nominato "d'accordo dai Governi statale e regionale" (p. 181 ss.).

Il pregio del libro è anche questo, di stimolare cioè, una riflessione non soltanto sul presente, ma anche sulle prospettive future.

Riflessioni sul libro di Salvatore Raimondi

di Antonio Saitta*

L'odierno dibattito dimostra come siano due, tra i molti di grande interesse, i punti nodali dello studio condotto da Salvatore Raimondi sul Consiglio di Giustizia amministrativa. Si tratta di questioni davvero centrali e, peraltro, tra loro strettamente legate: 1) la difformità del C.G.A., quale risultante dal D. Lgs. del 1948 e dalla riforma del 2003, al modello statutario e 2) la compatibilità del Consiglio stesso, come effettivamente affermatosi, rispetto ai principi costituzionali nonché da ultimo, dopo l'apertura del nostro giudizio di costituzionalità, alle Carte internazionali dei diritti.

Ebbene, sul primo rilievo è facile registrare la sostanziale unanimità di adesioni alle riflessioni critiche svolte sul punto dall'Autore, anche perché le differenze tra i due modelli sono davvero oggettive e non lasciano alcuno spazio per interpretazioni o letture adeguate; più contrastata, invece, è la valutazione circa la compatibilità della struttura del giudice amministrativo d'appello siciliano all'insieme dei parametri costituzionali anche perché le osservazioni di Salvatore Raimondi, che mi sento di sottoscrivere integralmente, non hanno trovato il conforto della giurisprudenza costituzionale.

In particolare, è la presenza dei componenti "laici" nominati dal Presidente della Regione a far sorgere i più gravi dubbi. Ovviamente qui, come nel volume che commentiamo, non si fa questione di persone perché vi sono stati giudici "laici" del C.G.A. che hanno onorato la giurisdizione con la loro toga dando anche un contributo rilevante nella costruzione della giurisprudenza amministrativa (e mi piace salutare qui Franco Teresi). Ma la questione, come sempre, interessa le norme, i meccanismi istituzionali. E Raimondi dimostra che sono proprio le regole a non funzionare nel caso che ci occupa.

I dubbi sulla compatibilità della struttura del C.G.A. con il sistema di garanzie in tema di terzietà e imparzialità del giudice amministrativo non credo possano essere superati con il riferimento ad altre esperienze ordinamentali del tutto eterogenee rispetto alla nostra per contesto culturale e costituzionale. Mi

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Messina.

riferisco, com'è intuitivo, al caso dei giudici della Corte suprema U.S.A. il cui *status* è tale da assicurare i più ampi margini di autonomia rispetto al Presidente che li nomina e, comunque, è configurato in modo da non consentire nessun parallelismo: oltre al rilievo che lì ci si muove in un ordinamento di *common law* e che si tratta di un organo sottoposto ad un attentissimo scrutinio dell'opinione pubblica (in ciò agevolata dagli istituti delle *dissenting* e *concurring opinions*), prevale su ogni altra la considerazione che la nomina dei giudici della *Supreme Court* è a vita, sicché, come dicono i costituzionalisti statunitensi, i nove membri sono uomini "senza timore e senza speranza", nel senso che nulla hanno da attendere o da temere alla scadenza del loro mandato. Così operando, possono davvero guardare dall'alto della giurisprudenza gli stessi presidenti che si succedono ogni quattro anni restando fermi nel ruolo che la Costituzione e la tradizione assegnano loro di massimi custodi dell'ordinamento.

Su questo tema non mi pare proprio necessario affondare troppo il coltello per evidenziare l'abissale diversità di sistema normativo, di dinamiche politiche e (perché no?) sociali, nel quale le nomine presidenziali del C.G.A. cadono: se già per i componenti della nostra Corte costituzionale la dottrina ha da tempo espresso un severo giudizio d'inadeguatezza delle attuali garanzie di indipendenza, invocando altre e più stringenti misure (come, ad esempio, il divieto di assumere incarichi, pubblici o privati, per un certo numero di anni dopo la scadenza del mandato), cosa dire dei componenti del C.G.A. che, cessati dall'incarico, sono liberi di rivestire qualsiasi ruolo professionale o politico?

D'altronde, com'è stato ripetutamente ricordato sia nel volume di Raimondi che nell'odierno dibattito, ancora nel 1955 le sezioni unite della Cassazione affermavano candidamente come la presenza dei giudici di nomina regionale si giustificasse per il fatto che costoro sarebbero stati «meglio informati delle esigenze locali e più sensibili ad esse» rispetto ai magistrati togati. In parole semplici, cosa significa, di fatto, questa dichiarata "sensibilità" se non la permeabilità agli interessi politici regionali?

Nessuno scandalo, sia chiaro, se si legge questa pronuncia storicizzandola in quel torno di tempo, consapevoli della concezione, ancora non del tutto matura, del ruolo, della natura e, soprattutto, dell'importanza della giurisdizione amministrativa per l'affermazione dei principi dello Stato costituzionale e dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali del cittadino. Lo scandalo è oggi, però, se si pensa di poterci fermare a quella concezione politicizzata di giudice amministrativo e se ci si accontenta di una menomata imparzialità dello stesso rispetto a quella del giudice ordinario.

Se così è, a ben poco, se non a nulla, vale richiamare a giustificazione della presenza dei "laici" l'originario (ma oggi inesistente) carattere "pattizio" dello Statuto siciliano.

Credo, per dirla con estrema sincerità, che nel dare un giudizio compiuto sul C.G.A., come in tanti altri casi, non riusciamo a liberarci del mito dell'autono-

mia tradita (sì, dell'autonomia, perché della violazione della lettera dello Statuto, almeno in questo caso, siamo tutti d'accordo). E di quel mito, del quale lo Statuto "pattizio" è parte non secondaria, restiamo prigionieri inconsapevoli, aggrappati a un'immaginaria età dell'oro senza, invece, voler fare i conti con la storia dell'autonomia (ordinaria e speciale) che è stata ben diversa da quella immaginata nel 1946.

Lo Statuto, non va dimenticato mai, è stato scritto in condizioni istituzionali, politiche e sociali di assoluta emergenza, quando non si sapeva neppure se l'Italia sarebbe stata una monarchia o una repubblica, con una milizia politica eversiva in giro per le campagne, con una miscela esplosiva di possibile contagio tra politica, banditismo e mafia. Proprio per questo nasceva con il dichiarato destino della provvisorietà.

Le cose, com'è noto, sono andate diversamente e, soprattutto, sono stati ben altri i caratteri del regionalismo delineati già in Assemblea costituente. Il nostro Statuto, fermo ad un'ipotesi di autonomia pattizia che non poteva più avere sbocchi, è rimasto fermo nella sua lettera e, senza confrontarsi con ciò che frattanto l'autonomia regionale stava diventando nel resto d'Italia, ha lasciato che l'indispensabile opera di coordinamento con la Costituzione la facessero le prassi, la politica, la Corte costituzionale, ognuno come poteva, come voleva o come aveva interesse a fare. Il risultato, noto ormai almeno dal 1977, è che l'autonomia delle regioni a regime ordinario è di gran lunga più ampia, in concreto, rispetto a quella che residua, nei fatti, dall'applicazione della lettera del nostro specialissimo Statuto: basti pensare alla stessa potestà statutaria o al sistema di impugnazione delle leggi regionali, per avere dei primi ed oggettivi riscontri di quanto sto affermando. Non resta che augurarci, per concludere sul punto, che così com'è stato fino ad oggi, non si metta mano ad alcuna ipotesi di regionalismo differenziato, come l'art. 116 Cost. consente, per non veder infrangere ancor di più il nostro mitologico primato autonomistico.

Qual è la somma algebrica di tutto ciò? Che salviamo il principio "pattizio", nella composizione del C.G.A., ma paghiamo il costo di un giudice amministrativo di ultimo grado dotato di minori garanzie d'indipendenza rispetto a quelle (invero, non molte) del Consiglio di Stato. Mi domando: è questa l'autonomia che merita di essere difesa? È questo il contributo che si poteva trarre dall'art. 23 dello Statuto alla soluzione della questione siciliana?

Vorrei concludere questo mio breve intervento con un'ultima considerazione sul volume del quale stiamo discutendo e sul suo stesso Autore che, me ne scusino i relatori e chi è intervenuto prima di me, non è stata finora sviluppata.

Per fare il magistrato, l'avvocato o lo studioso del diritto occorre una materia prima, talmente scontata, così indispensabile che non ci curiamo neppure di controllarne la presenza. Parlo dell'anticonformismo.

La scienza giuridica, come qualsiasi altra scienza, ha bisogno di chi la pensa diversamente. Chi del mondo ha la stessa visione degli altri non giova a nessun

progresso: se nella storia dell'umanità non vi fossero stati anticonformisti, vivremmo ancora nelle caverne.

Ebbene, Salvatore Raimondi non è magistrato, ma è avvocato e studioso a tutto tondo, ed anche con questo suo ultimo volume ci ha fatto dono della materia prima di cui si nutre il giurista, ci ha ricordato che bisogna essere, prima di ogni cosa, anticonformisti: lo è stato nella scelta dell'argomento, nei contenuti, nello stesso titolo. Così Salvatore ha ribadito, qualora ce ne fosse bisogno, di essere un autentico principe del Foro ed uno scienziato raffinato!

Divagazioni sul sistema di giustizia amministrativa siciliano
e sul giusto processo
(rileggendo un recente libro di Salvatore Raimondi)*

di Fabio Saitta

1. Ho letto due volte il libro di Salvatore Raimondi: la prima quando mi è stato omaggiato; la seconda dopo l'invito di Riccardo Ursi. Già la prima volta, leggendo il sottotitolo («*Privilegio e condanna*»), intuì che si trattava della tesi già sostenuta dall'Autore in più occasioni, che, nel più ampio spazio di un lavoro monografico, veniva adesso – come poi constatai leggendolo – più compiutamente sviluppata ed argomentata.

Con questa tesi – com'è ovvio e come spero emergerà dalla mia breve esposizione – si può convenire o meno; ciò importa poco o nulla. Ciò che conta è che il libro che oggi presentiamo è – come pure cercherò di evidenziare – di assai pregevole fattura, denso di spunti di riflessione e di piacevolissima lettura (Salvatore Raimondi ha, tra l'altro, il pregio di scrivere in modo chiarissimo).

2. D'indubbio interesse – specie per chi, magari in quanto non siciliano, non conosce approfonditamente la tortuosa evoluzione della vicenda – è la prima parte del volume, in cui l'Autore ricostruisce, con estrema attenzione ai lavori preparatori, la storia dell'istituzione del sistema di giustizia amministrativa siciliano. Pur non volendo privare chi non l'avesse già fatto del piacere di leggere il libro, non posso far a meno di segnalare, ad es., l'interessante rilettura del discorso svolto nel 1948 da Ferdinando Rocco, allora presidente del Consiglio di Stato, da cui emerge come l'opposizione al semplice decentramento delle sezioni del Consiglio di Stato abbia poi finito per favorire proprio quello «smembramento della giustizia» che si voleva evitare.

3. Ma il libro di Salvatore Raimondi è, soprattutto, il risultato di un lavoro d'interpretazione della normativa vigente alla luce dei principi costituzionali – *in*

* Intervento all'incontro di presentazione del libro di S. Raimondi, *L'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia. Privilegio e condanna*, Milano, Giuffrè, 2009 - Palermo, 6 dicembre 2010.

primis, terzietà ed imparzialità dei giudici (temi su cui si è soffermata recentemente M. Mengozzi) – che induce a riflettere su tanti problemi attuali: i discorsi di sessant'anni fa su Cassazione regionale *et similia*, con tutti i connessi problemi di unità della giurisdizione e di funzione nomofilattica delle magistrature supreme mi sembrano tanto vicini a quelli che si sentono fare oggi da parte di chi auspica un federalismo più accentuato anche nell'erogazione del «servizio giustizia».

La rilettura critica dell'ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia prende le mosse, nella parte conclusiva del secondo capitolo, con la rassegna delle prime voci della dottrina che ebbero a levarsi all'indomani dell'istituzione dei t.a.r. e della sentenza costituzionale n. 61 del 1975, che sostanzialmente generalizzò la competenza del neoistituito T.a.r. per la Sicilia. Mi ha colpito, in particolare, l'affermazione di un processualcivile del calibro di Girolamo Monteleone, che, pur aderendo alla sentenza n. 2994 del 1955, con cui le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano respinto una q.l.c. delle norme che disciplinavano la composizione del C.G.A., in un lavoro pubblicato vent'anni dopo, con disarmante candore così descriveva le modalità di designazione dei membri laici dello stesso Consiglio: «In pratica avviene che tali componenti vengono designati dal governo della regione non con riguardo alle loro specifiche doti di 'giuristi', ma in obbedienza a criteri meno ortodossi di spartizione degli incarichi fra varie correnti, gruppi politici, onde nei loro confronti opera non un singolo, ma un duplice condizionamento: uno iniziale e di appartenenza, non generica, di opinione ma ben più stretta e vincolante di iscrizione o associazione, ad un determinato schieramento politico, propone ed impone la designazione; uno finale, consistente nella riconferma dell'incarico, sul quale il primo si riverbera, poiché è facile pensare che il gruppo politico di appartenenza riproporrà la designazione tanto più facilmente quanto più sia stato soddisfatto nelle sue aspettative» (nel riportare questo brano, peraltro, Salvatore Raimondi ricorda che il condizionamento derivante dalla possibilità di riconferma è poi stato opportunamente rimosso dalla sentenza costituzionale n. 25 del 1976).

Ebbene, rileggendo oggi queste frasi, prim'ancora che interrogarsi sulla conformità della composizione mista del C.G.A. all'art. 23 dello Statuto, che prevede espressamente una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, vien da chiedersi se la presenza dei membri laici sia in linea con quanto prescritto dall'art. 111 della Costituzione, *id est* se possa oggi ritenersi compatibile con l'idea di giudice equidistante, terzo ed imparziale la tesi secondo cui la designazione dei suddetti membri da parte della Giunta regionale sarebbe giustificata dal fatto che essi «dovevano portare nel consesso giurisdizionale regionale la voce viva dei bisogni, delle aspirazioni, delle esigenze della Sicilia» (sono parole delle Sezioni unite del 1955). È davvero questo il mestiere del giudice?

4. L'interrogativo – dopo un terzo capitolo dedicato alla giurisprudenza, costituzionale ed amministrativa, che ha rimodellato le competenze del C.G.A.,

trasformato in giudice d'appello avverso le sentenze del T.a.r. per la Sicilia quale organo con competenza generale di primo grado – ci viene riproposto nel quarto capitolo, nel quale si affronta diffusamente il problema centrale della compatibilità della composizione mista del C.G.A. con i principi del giusto processo.

Qui il libro di Salvatore Raimondi spazia su tematiche di più ampio respiro, che a ben guardare concernono anche il Consiglio di Stato, della cui conformità all'art. 111 della Costituzione – com'è noto – si è pure dubitato: basti pensare all'ultima fatica di Orsi Battaglini, non a caso a più riprese citato, secondo cui «nessuna attenuazione di indipendenza e di imparzialità può ritenersi ammissibile in quanto giustificata da un qualsiasi orientamento della funzione giudicante verso l'interesse pubblico, o da una qualsiasi "vicinanza" del giudice rispetto all'amministrazione». È significativo, d'altronde, che anche all'interno di Palazzo Spada si riconosca che la previsione di un potere di nomina dei giudici affidato all'organo posto al vertice dell'attività che i giudici medesimi sono istituzionalmente chiamati a sindacare e controllare è difficilmente conciliabile con le esigenze di indipendenza e di imparzialità (R. Garofoli). Conciliazione tanto più difficile – nota opportunamente Salvatore Raimondi – dopo che il giudice amministrativo, grazie ai recenti interventi legislativi ed alle note aperture giurisprudenziali sull'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella di annullamento, non svolge più il ruolo di mero garante del rispetto della legalità amministrativa, ma anche un nuovo ruolo di salvaguardia del cittadino nella sua relazione con i pubblici poteri (sul punto, con riferimento alle posizioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche S. Mirate). Ma della nomina governativa dei consiglieri di Stato non mette qui conto parlare perché – come esattamente notato nel libro che presentiamo – si tratta di questione totalmente diversa.

Così com'è diversa – nota pure Salvatore Raimondi (sul punto tornerò più avanti) – anche la questione della composizione del T.r.g.a. per il Trentino-Alto Adige, che pure ha frequentemente suscitato dubbi di legittimità costituzionale. Da ultimo, la sede di Trento, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con i principi generali dell'ordinamento interno posti a presidio dell'indipendenza dei magistrati e con il diritto ad un giusto processo sancito dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della norma che prevede che il collegio giudicante sia composto, tra l'altro, da un consigliere nominato previa designazione del Consiglio provinciale di Trento (art. 1, commi 3 e 4, del d.p.r. n. 426 del 1984), ha escluso, con il conforto della giurisprudenza comunitaria, che l'organo giurisdizionale cui si applica il predetto art. 6 debba essere necessariamente composto da magistrati di professione (sent. n. 171 del 2008; la questione è poi stata riproposta, sotto forma di conflitto di attribuzione tra enti, innanzi alla Corte costituzionale, che l'ha dichiarata inammissibile con la sentenza n. 130 del 2009).

5. Concludendo le divagazioni e tornando, quindi, al libro di cui stiamo

discutendo, vanno, piuttosto, evidenziati i puntuali riferimenti alla giurisprudenza costituzionale che, già prima della novella dell'art. 111, aveva detto a chiare lettere che la terzietà del giudice dev'essere organizzata, «prima ancora che come diritto delle parti ad un giudice terzo, come modo d'essere della giurisdizione nella sua oggettività» e «deve essere apprezzata sin dal momento della formazione dei collegi e degli uffici giudicanti» (sent. n. 307 del 1997). E non è meno importante l'affermazione che il principio del giusto processo risulta violato anche nell'ipotesi in cui il giudice possa soltanto apparire condizionato (sent. n. 131 del 1996); quest'ultimo aspetto è stato, peraltro, approfondito in numerose occasioni anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, preoccupata che possa essere minata anche la semplice «apparenza» dell'imparzialità (si pensi, ad es., alle sentenze *Procola e Kleyn*, concernenti, rispettivamente, i Consigli di Stato lussemburghese ed olandese, le quali, ove interpretate nel senso che la stessa compresenza in astratto delle funzioni consultive e giurisdizionali sia idonea a determinare un problema di parzialità strutturale del collegio giudicante alla luce dei principi di equità processuale protetti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, potrebbero riguardare anche il Consiglio di Stato italiano: S. Mirate).

È di tutta evidenza, del resto, che la configurazione del c.d. «vizio d'imparzialità obiettiva» non è un mero esercizio teorico della Corte europea. Chi esercita la professione non può non aver mai provato una sensazione spiacevole nell'interpretare – talvolta, addirittura nell'udire dalla viva voce del proprio assistito – sentimenti di comprensibile sfiducia in un sistema di giustizia amministrativa così strutturato. E non si tratta soltanto dell'opinione che può formarsi nella coscienza di un cittadino che venga a sapere che la sua causa verrà (co)decisa da un giudice designato dalla stessa amministrazione contro la quale egli agisce in giudizio, ma anche dello stato d'animo e della serenità del giudice laico che acquisisca formalmente nel processo, magari attraverso un'istanza di ricusazione, la percezione di non essere ben tollerato dal cittadino, anche per il sol fatto di non apparire soggetto terzo ed imparziale.

Questo disagio è, peraltro, accresciuto dal fatto che, ancorché l'art. 111, comma 2, della Costituzione consacri chiaramente il principio di parità (che, evidentemente, non può che riguardare anche il processo amministrativo), si ha spesso la sensazione che il giudice amministrativo assuma, nei confronti della parte pubblica, una sorta di ruolo di «tutela», verosimilmente perché la reputa la «parte più debole» (V. Domenichelli). Trattasi di un'attitudine – talvolta comprensibile dal punto di vista sostanziale, del tutto inaccettabile dal punto di vista formale – che ingenera, oltre che un comprensibile senso di inferiorità difensiva della parte privata, l'impressione che questa tutela dell'amministrazione, questa supplenza alla sue frequenti carenze difensive, rinvenga le proprie ragioni nella vicinanza ai «centri di potere»; il che può suscitare senso di ingiustizia e di sospetto (A. Police). Poco importa, ancora una volta, che sia davvero così: ciò

che rileva è che questa può essere la non gradevole percezione delle parti private rispetto a tale attitudine del giudice amministrativo.

6. Il significato e la portata della terzietà e dell'imparzialità quali consacrati nel vigente art. 111 della Costituzione [com'è noto, secondo accreditata dottrina, con l'introduzione degli anzidetti principi, il legislatore costituzionale ha inteso distinguere tra la posizione ordinamentale del giudice (terzietà) e la sua posizione nel concreto esercizio delle funzioni processuali (imparzialità): C. Taormina] vengono, quindi, «fotografati» da Salvatore Raimondi riportando una frase di Aristide Police che mi sento di condividere integralmente e che risulta significativa ai fini della tesi che l'Autore intende sostenere: «La terzietà e l'imparzialità del giudice consistono nell'assoluta equidistanza dell'Autorità giudicante dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano all'interno del processo». Risulta invero difficile – si evidenzia a questo punto nel libro di cui discutiamo – sostenere che l'attuale sistema di provvista dei componenti del C.G.A. garantisca quel distacco psicologico, quell'estraneità, indifferenza e neutralità indispensabili perché un giudice sia davvero terzo ed imparziale. E non a caso autorevole dottrina (mi riferisco a Franco Scoca) ha recentemente evidenziato l'anomalia della possibile nomina a componente del C.G.A. di un dirigente della Regione siciliana che potrebbe rientrare nei ruoli regionali alla fine del sessennio di carica, chiedendosi come costui possa mai «assicurare indipendenza ed imparzialità di giudizio nei processi che stanno a cuore al Governo regionale». Come più volte rimarcato da Salvatore Raimondi, una siffatta eventualità è, invece, da escludere per i consiglieri di Stato di nomina governativa, i quali, una volta assunto l'esercizio delle funzioni, acquisiscono in modo irreversibile lo *status* magistratuale. Così com'è da escludere anche per i consiglieri di Trento e Bolzano, stante l'irreversibile soluzione di continuità dell'incarico giudiziario loro conferito con il precedente rapporto di servizio, che è definitivamente risolto, con conseguente venir meno dell'eventualità «che si costituisca una situazione di *metus* in capo al designato, che potesse poi essere chiamato a rispondere del proprio operato una volta che si ricostituisse il vincolo gerarchico proprio del rapporto di servizio» (T.r.g.a. Trentino-Alto Adige, Trento, n. 171/2008, cit.).

Comunque stiano le cose, questa parte del libro stimola riflessioni di prepotente attualità. Rileggendolo, mi son chiesto, ad es., quanto sia stata consapevole la scelta di coloro che hanno redatto il codice del processo amministrativo, che all'art. 2 dapprima richiama il «giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione» (comma 1) e poi auspica «la realizzazione della ragionevole durata del processo» (comma 2), salvo omettere del tutto – com'è stato notato dai primi commentatori (A. Travi) – qualsivoglia riferimento alla terzietà ed imparzialità del giudice (quali consacrati nel comma 2 dello stesso art. 111). La gravità di siffatta omissione è confermata dalla più attenta letteratura processualciviltistica, che l'ha definita un «segnale leggermente imba-

razzante rispetto alla *Verwaltungsgerichtsordnung* tedesca», la quale esordisce con la previsione che «la giurisdizione amministrativa è esercitata da giudici indipendenti, separati dalla pubblica amministrazione» (§ 1 *VwGO*), ed ha escluso che l'assordante silenzio del codice italiano possa essere giustificato dicendo che la previsione di indipendenza è scontata ed è comunque contenuta nella Costituzione: come giustamente notato, «un codice del processo amministrativo non può omettere, per il suo valore simbolico, una previsione che costituisce l'epilogo di uno sviluppo cardinale della storia della giustizia amministrativa nell'Europa continentale» (R. Caponi). Chi vi parla ha sempre sostenuto che il giudice amministrativo ha una sua specialità, che dev'essere salvaguardata; ma ciò non significa – com'è del resto evidente – che si possano «fare sconti» sulla terzietà ed imparzialità, che sono un connotato indefettibile di qualsiasi giudice degno di questo nome.

7. Come ho detto all'inizio, tuttavia, in questa sede non importa tanto aderire o meno alla tesi sostenuta da Salvatore Raimondi, quanto piuttosto descrivere un'opera scientifica di indubbio pregio e di sicuro interesse.

Ecco, allora, che merita di essere positivamente segnalata anche quella parte del volume (si tratta degli ultimi paragrafi del quarto capitolo) in cui, dopo aver dimostrato il contrasto dell'attuale composizione mista del C.G.A. anche con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si auspica una sorta di «*overruling*» da parte della Corte costituzionale, osservandosi come la q.l.c. possa essere agevolmente rimeditata in relazione all'art. 23 dello Statuto, ossia semplicemente affermando che, proprio in ragione della composizione mista, il C.G.A. è oggi un organo ben diverso dalla sezione del Consiglio di Stato prevista dalla disposizione statutaria.

In effetti, a mio modesto avviso, è improbabile che la Consulta e/o la Corte di cassazione, ove investite nuovamente, a diverso titolo, della questione, mutebbero avviso: la corrente interpretazione giurisprudenziale (anche della C.e.d.u.) del principio di indipendenza ed imparzialità del giudice consente loro di affermare la compatibilità della composizione mista del C.G.A. con l'art. 111 della Costituzione.

Maggiormente opinabile mi pare, invece, che l'art. 23 dello Statuto – il cui spirito era verosimilmente quello di operare il decentramento in Sicilia di sezioni degli organi giurisdizionali centrali, compresa la Corte di cassazione, in ossequio ad un'antica tradizione autonomista – sia stato correttamente attuato, dapprima nel 1948, poi trent'anni dopo ed infine nel 2003.

Invero, per sostenere la legittimità costituzionale della presenza, nel C.G.A., di giudici di designazione regionale non previsti dalla predetta disposizione statutaria, sono stati operati tentativi, anche pregevoli, di interpretazione costituzionale.

Nel commentare la sentenza costituzionale n. 316 del 2004, è stato, ad es., sostenuto che, utilizzando l'argomentazione *a contrario* (compendiata nel noto

brocardo latino «*ubi voluit, dixit*») nella versione debole – secondo cui è esso stesso uno strumento per colmare la lacuna, nel senso che, se la norma ha individuato una fattispecie per delimitare il suo ambito di applicazione, per ciò stesso ha voluto escludere la sua applicazione a fattispecie diverse ed ha, quindi, inteso vietare tali applicazioni così regolando anche queste altre (R. Guastini) –, si perverrebbe alla conclusione che la circostanza che l'art. 23 dello Statuto si limiti a parlare di sezioni regionali del Consiglio di Stato non significa che queste ultime dovessero avere la stessa composizione di quelle centrali (G. Corso). A sostegno di questa tesi, si osserva che la matrice negoziale delle norme di attuazione dello Statuto, deliberate da una commissione paritetica Stato-Regione, certamente consente di dare alla sezione siciliana una fisionomia parzialmente diversa di quella delle sezioni romane del Consiglio di Stato. Sin dall'introduzione del suo libro, però, Salvatore Raimondi riferisce che il decreto legislativo n. 654 del 1948, istitutivo del C.G.A., venne approvato dal Governo nazionale senza la previa determinazione della Commissione paritetica prevista dall'art. 43 dello Statuto, la quale, un anno prima, aveva trasmesso al Governo stesso un testo totalmente diverso, che non ebbe alcun seguito.

Per superare il dato statutario, è stato anche utilizzato il nuovo contesto costituzionale determinato dalla riforma del Titolo V, alla luce del quale l'integrazione dei collegi giudicanti con magistrati laici di designazione regionale rappresenterebbe un «elemento *border line*», capace, da un lato, di «mantenere inalterata l'unitarietà del sistema giudiziario, intesa come garanzia di tutela rispetto a intollerabili diversificazioni tra i cittadini», e, dall'altro, di «rendersi interprete privilegiato delle istanze di giustizia in virtù della propria "vicinanza" agli stessi» (V. Berlingò). Secondo questa impostazione, in sostanza, la presenza laica svelerebbe l'intenzione del legislatore di offrire alla Regione siciliana il suo giudice naturale, così recependo l'invito di un autorevolissimo costituzionalista a «domandarsi se non appaia in generale un'incongruenza la gestione statale di un diritto che non è più solo volontà dello Stato» e non si debba, conseguentemente, «ridurre la distanza che separa la straordinaria profondità e creatività della funzione giudiziaria odierna e l'organizzazione ad essa preposta» (G. Zagrebelsky). Ma nemmeno questa suggestiva lettura delle nuove frontiere della giustizia amministrativa in ordinamenti policentrici e parafederali consente di aggirare la questione dell'attuazione, apparentemente distorta, della norma statutaria.

La questione, in definitiva, concerne i margini di creatività propri delle norme di attuazione – le quali non dovrebbero, di regola, poter modificare o integrare disposizioni di rango costituzionale, quali quelle statutarie – e, nella specie, sembra essere stata affrontata dalla Corte costituzionale con una certa tolleranza, come se, per superare il sindacato di costituzionalità, fosse sufficiente che la norma attuativa sia semplicemente compatibile con l'inderogabile principio di unità dell'ordinamento giuridico (R. Rotigliano). Non essendo mia intenzione prendere posizione al riguardo, mi limito a rimarcare ulteriormente, anche

sotto quest'ultimo profilo, la differenza rispetto all'analoga situazione del Trentino-Alto Adige, laddove è proprio lo Statuto speciale, e non una sua norma di attuazione, a prevedere la composizione mista del T.r.g.a.

8. L'opera non poteva che concludersi con la spiegazione del sottotitolo. Spiegazione che, dal punto di vista dell'Autore, non poteva che essere un'illustrazione delle ragioni per cui l'anomalia siciliana, quella che Salvatore Raimondi efficacemente descrive come «medaglia a doppia faccia», pur restando un indubbio privilegio, sia diventata, per gli operatori della giustizia amministrativa siciliana, sempre più una condanna.

Anzichè commentare tale complessivo bilancio (evidentemente «in rosso»), preferisco però concludere la mia breve esposizione con una riflessione di altro tipo. In un momento in cui il «diritto giurisprudenziale» ha decisamente preso il sopravvento, non può che meritare il plauso quella dottrina che, scevra da piaggerie, ha il coraggio di evidenziare senza mezzi termini – anche indirizzando i propri strali nei confronti delle magistrature supreme – quello che da anni gli sembra un atteggiamento di supina acquiescenza nei confronti delle pressioni politiche.

Anche per questo non possiamo che essere grati a Salvatore Raimondi.

Rassegne

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato Speciale in tema di danno da ritardo

di Salvatore Dettori

SOMMARIO: 1. La posizione tradizionale della giurisprudenza amministrativa e l'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990. – 2. Sui presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo. – 3. Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da ritardo. – 4. Sulla legittimità del provvedimento amministrativo adottato oltre il termine di conclusione del procedimento.

1. *La posizione tradizionale della giurisprudenza amministrativa e l'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990*

La presente Rassegna è diretta ad analizzare le pronunce del Consiglio di Stato sul tema della risarcibilità del danno da ritardo nell'adozione di provvedimenti amministrativi.

La questione dell'inerzia delle pubbliche amministrazioni e delle conseguenze in termini di risarcibilità del danno cagionato ai privati è, come noto, risalente ed ha tradizionalmente appassionato il dibattito della dottrina e costantemente impegnato la giurisprudenza sotto differenti profili. Tra questi, particolare rilevanza ha rivestito la verifica dei presupposti e delle condizioni in presenza dei quali il danno subito a causa di ritardi nell'esercizio dell'azione amministrativa potesse considerarsi risarcibile.

Sulla questione il Consiglio di Stato ha preso posizione, come è noto, con la decisione dell'**Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7**, ove, per un verso, ha affermato che nelle ipotesi di mancato rispetto dei termini procedurali non si è di fronte a comportamenti della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del *neminem laedere*, ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative; per altro verso, ha affermato che il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse in questione, incapace di trovare realizzazione con l'atto, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò,

la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita").

Tale pronuncia costituisce dunque il culmine di un orientamento, prevalente in giurisprudenza, volto ad ancorare la risarcibilità del danno da ritardo alla spettanza del bene della vita, indipendentemente dal titolo del richiedente al rilascio del provvedimento richiesto. Nella descritta prospettiva, a fondamento della risarcibilità non può essere dunque ritenuta sufficiente la mera violazione di obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento del procedimento, quale deve considerarsi il mancato rispetto del termine di adozione del provvedimento.

Nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale si colloca peraltro la posizione di chi ritiene che il titolo risarcitorio andrebbe accertato azionando il procedimento del silenzio e sindacando il successivo diniego espresso, e quella di chi, invece, è dell'avviso che il giudice, adito in sede risarcitoria, dovrebbe effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento (**Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248**).

A fronte di tale descritto orientamento, in giurisprudenza si rinviene una diversa posizione che si fonda sul riconoscimento in capo all'amministrazione della cosiddetta responsabilità da contatto qualificato. A tal proposito si è infatti posto in rilievo come, nel nuovo modello di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241 del 1990, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, posizioni soggettive di natura strumentale che mirano a disciplinare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei a ingenerare, con l'affidamento del privato, "*un'aspettativa qualificata*" al rispetto di queste regole (**Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204**).

In tale diversa prospettiva sarebbe enucleabile dal novero degli interessi pretensivi un ambito di interessi procedimentali, la cui violazione integrerebbe un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita. A tale categoria di interessi procedimentali sarebbe ascrivibile il **danno da ritardo**, sicché il privato avrebbe titolo ad agire per il risarcimento del danno subito in conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti e indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto di tale provvedimento.

In tale scenario si deve collocare il recente intervento del legislatore che, con l'art. 7, comma 1, lett. c), della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha introdotto l'art. 2-bis nella legge sul procedimento amministrativo. Come è noto, tale disposizione normativa prevede la risarcibilità del danno ingiusto cagionato dalle amministrazioni pubbliche in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. Il legislatore indica dunque quale unico presupposto per la risarcibilità del danno da ritardo l'esito positivo dell'accertamento dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione procedente. Dal tenore letterale della norma in questione non appare infatti alcun riferimen-

to espresso all'esigenza di verifica della spettanza del bene della vita in capo al richiedente, così come richiesto dalla giurisprudenza amministrativa ad oggi prevalente.

Naturalmente è ancora troppo presto per potere individuare un orientamento del giudice amministrativo, e tantomeno in particolare del Consiglio di Stato, che tenga conto della novità introdotta dall'art. 2-bis. In questa Rassegna si procederà pertanto ad evidenziare le più recenti pronunce del giudice amministrativo dell'appello sul tema del danno da ritardo, dalle quali possono in ogni caso ricavarsi utili indicazioni circa l'impatto che la riforma ha avuto a livello di applicazione giurisprudenziale.

2. *Sui presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo*

Sulla questione dei presupposti in presenza dei quali è possibile riconoscere la risarcibilità del danno da ritardo merita particolare interesse **Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4571**. La vicenda nasce dal ricorso al TAR della Campania, sede di Salerno, con cui un docente della Facoltà di Scienze mm. ff. nn. dell'Università di Salerno impugnava la nota con la quale il Rettore dell'Università gli comunicava l'impossibilità di dare corso al procedimento amministrativo per il conferimento di una supplenza nella Facoltà di Ingegneria per la quale aveva presentato domanda. Il docente teneva peraltro il corso in questione e presiedeva la relativa Commissione di esami. A fronte della richiesta del docente del formale provvedimento di nomina e della liquidazione della retribuzione spettante, il Rettore comunicava con la nota impugnata l'impossibilità di dare avvio al procedimento amministrativo in questione, sull'assunto che il Consiglio della Facoltà di Scienze mm. ff. nn. non aveva concesso il nulla osta di competenza.

Da ciò la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, in pendenza del quale risultava tuttavia che al docente veniva data notizia in via ufficiale sia dell'affidamento della supplenza richiesta, sia della determinazione delle relative spettanze economiche, poi effettivamente corrisposte. Il TAR della Campania dichiarava dunque improcedibile la domanda impugnatoria ed inammissibile la domanda volta al conseguimento degli accessori sulle competenze liquidate e respingeva la domanda risarcitoria. Su tale ultima doglianza, in particolare, il docente sosteneva che l'amministrazione, costringendolo a svolgere la supplenza in mancanza del titolo legittimante e della retribuzione relativa, gli avrebbe procurato un danno non patrimoniale, inquadrabile nel cosiddetto danno esistenziale. Questo si esplicitava in uno stato di angoscia ed in un senso di frustrazione, con profondo senso di sfiducia nei confronti dell'istituzione, e con notevole disagio personale e ricadute negative sulla vita di relazione.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla questione, sostiene che **la domanda risarcitoria sia da respingere, in quanto sprovvista di prova.**

Il Collegio rileva in proposito che pur nella lettura ampia, costituzionalmente volta a tutelare le situazioni giuridiche soggettive enucleabili dagli articoli 2 e 32 della Costituzione, l'art. 2059 c.c. esige, per il risarcimento del danno non patrimoniale che la lesione del diritto inviolabile della persona sia grave e che il danno non sia futile. A detta del giudice amministrativo il caso in esame non rientra nella fattispecie descritta, o perlomeno di ciò non è data prova, non essendo sufficiente l'evocazione del danno esistenziale per ottenere il risarcimento di qualsivoglia danno non patrimoniale.

Ciò che risulta peraltro interessante nella presente Rassegna è quanto affermato dal giudice amministrativo circa il fatto **che il ritardo nel soddisfacimento di una pretesa, o il conflitto con il datore di lavoro, sono eventi purtroppo frequenti nella pratica quotidiana, causa, solitamente, di disagi contenuti, che non provocano, di regola, conseguenze sul piano risarcitorio.** Di conseguenza, a detta del Consiglio di Stato, l'appellante aveva l'onere di dimostrare specificamente anche che il comportamento dell'amministrazione era stato, nel caso concreto, causa di sofferenze apprezzabili.

A tal riguardo, il docente aveva dedotto prova per testi, seppure con l'eventuale integrazione di consulenza tecnica d'ufficio. A parere del giudice amministrativo tale deduzione risulta però insufficiente: **il fatto stesso che l'appellante si affidi alla prova testimoniale dimostra infatti che le sue condizioni sfuggono ad un esame obiettivo, condotto da tecnici in grado di apprezzare la sua situazione psicologica.**

Secondo il giudice amministrativo il suo stato di disagio, quindi, se anche si fosse verificato, appare rientrare, al più, nell'ordinario stato di fastidio nel quale si trova chiunque debba combattere per il soddisfacimento di una pretesa.

L'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio viene peraltro ritenuto inammissibile in quanto la nomina del consulente sarebbe servita al Collegio per valutare materiale probatorio già acquisito agli atti.

La pronuncia in esame dispone peraltro che la sentenza di primo grado debba invece essere riformata nella parte in cui nega il diritto dell'appellante a percepire quanto corrisposto per lo svolgimento della supplenza di cui si tratta con l'adeguamento conseguente al **ritardo nel pagamento.** In merito a tale questione l'Università appellata sosteneva che il ritardo fosse stato dovuto alla tardiva consegna, da parte dell'appellante, di alcuni documenti richiesti. Tale argomentazione viene però ritenuta infondata dal giudice, sulla base della considerazione che il diritto alla retribuzione sorge per effetto della prestazione lavorativa, anche se svolta in base a titolo nullo. L'omissione, da parte dell'interessato, di adempimenti procedurali esclude la responsabilità del datore di lavoro per l'eventuale maggior danno, ma non comporta la perdita del diritto alla retribuzione.

Merita altresì attenzione, per l'adesione alla posizione prevalente in giurisprudenza, **Cons. St., sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1699**, che prende le mosse

dalla sentenza con cui il TAR Lazio aveva respinto il ricorso per la condanna al risarcimento del danno per una mancata conferma nell'incarico di giudice di pace. In particolare, a parere del giudice di primo grado, l'interesse sostanziale del ricorrente sarebbe stato soddisfatto attraverso l'annullamento dell'atto negativo e la conseguente adozione dell'atto di nomina, donde la mancanza dei presupposti per la tutela ulteriore consistente nel risarcimento del danno.

Nell'atto di appello l'interessato contesta tali statuizioni, sottolineando in particolare che **l'adempimento dell'amministrazione è avvenuto dopo quattro anni dall'impugnazione del diniego di conferma, con colpevole ritardo dal quale sarebbero derivati conseguenti danni non solo patrimoniali, ma anche di carattere biologico, morale e di immagine.**

Il Consiglio di Stato ritiene che l'appello sia da accogliere per la parte relativa al danno patrimoniale conseguente al periodo di tempo durante il quale il ricorrente non ha potuto prestare la propria attività di giudice di pace a causa della omessa conferma nell'incarico, riconosciuta illegittima dal giudice amministrativo. Non viene a tal proposito ritenuto infatti condivisibile l'assunto del primo giudice secondo cui l'interesse sostanziale per il quale il ricorrente ha proposto l'impugnativa sarebbe stato pienamente soddisfatto attraverso l'annullamento dell'atto negativo e la consequenziale adozione del provvedimento di nomina.

Il giudice amministrativo, pur riconoscendo che l'indennità da corrispondere al giudice di pace non sia in alcun modo equiparabile a un trattamento retributivo, trattandosi dello svolgimento di un incarico per un rapporto di servizio onorario e che dunque in tale prospettiva non sia configurabile l'applicabilità del principio della "*restitutio in integrum*" previsto per i pubblici dipendenti, riconosce comunque evidente che **la tardiva attivazione dell'amministrazione a seguito delle pronunce giudiziali che avevano rilevato la illegittimità della mancata conferma, ha indubbiamente causato un pregiudizio economico per l'interessato** il quale, avendo già ricoperto l'incarico con risultati positivi, faceva legittimo affidamento sulla prosecuzione dell'attività e dei relativi introiti.

Sulla scia della giurisprudenza prevalente, il Consiglio di Stato afferma che il solo ritardo nell'emanazione di un atto costituisce elemento sufficiente per configurare un danno ingiusto, con conseguente obbligo di risarcimento, nel caso di procedimento amministrativo lesivo di un interesse pretensivo dell'amministrato, **ove tale procedimento sia da concludere con un provvedimento favorevole per il destinatario (Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7).**

Nel caso di specie, secondo il giudice amministrativo, sussiste con ogni evidenza il nesso di causalità tra la interruzione dell'incarico ed il danno subito dall'interessato. Appare, inoltre, chiaramente comprovata la colpa dell'amministrazione, la quale, non tenendo dovuto conto delle statuizioni giudiziali in

proposito, non si è attenuta a rigorosi canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione ed ha aggravato anzi, con palese negligenza, il danno ad essa addebitabile, avendo omesso di dare tempestiva esecuzione al giudicato formatosi sulla statuizione del tribunale.

Con riferimento alla determinazione del risarcimento patrimoniale, il Collegio, in mancanza di elementi idonei a comprovarne il preciso ammontare, procede in base ad una valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c. Viene dunque tenuto conto della media degli importi liquidati ai colleghi operanti nello stesso Ufficio di giudice di pace del ricorrente, per tutto il periodo durante il quale il predetto non ha potuto prestare la propria attività. Tale somma, a parere del giudice amministrativo, deve tuttavia essere abbattuta del 50% in considerazione del fatto che l'interessato, nello stesso periodo, ha potuto svolgere altra attività lavorativa.

Il Consiglio di Stato ritiene, invece, che debbano essere confermate le statuizioni negative del primo giudice in ordine alle restanti pretese risarcitorie relative al danno biologico, al danno dell'immagine ed al danno morale, per la mancata dimostrazione del danno e del nesso causale tra l'evento lesivo e il pregiudizio lamentato.

In tema di ritardo nell'adozione di provvedimento a seguito di giudicato merita interesse **Cons. St., sez. V, 16 giugno 2010, n. 3799**. La pronuncia in esame si colloca nell'ambito di una complessa vicenda giurisdizionale riguardante la riammissione in servizio di un lavoratore pubblico, appartenente al ruolo legale di un comune, collocato a riposo dall'amministrazione. Sulla questione si pronunciava il Consiglio di Stato che annullava il provvedimento con cui il Comune aveva a sua volta annullato la deliberazione che disponeva la riammissione in servizio dell'avvocato comunale.

In assenza di riscontro dell'amministrazione a fronte dell'invito a dare esecuzione alla citata decisione, il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso per l'esecuzione del giudicato, con nomina di un commissario *ad acta* con l'incarico di provvedere in via sostitutiva. Con successivo incidente di esecuzione l'avvocato lamentava ulteriormente che, a distanza di quasi due anni dalla predetta decisione, non era ancora stata definita la *restitutio in integrum* a proprio favore.

Il Consiglio di Stato accoglieva l'incidente di esecuzione, confermando il diritto dell'avvocato ad essere riammesso in servizio, nonché alla regolarizzazione della propria posizione previdenziale ed assistenziale. A tal fine il giudice amministrativo ordinava dunque al Comune di dare esecuzione alla decisione giurisdizionale nel termine di trenta giorni, stabilendo contestualmente che il Commissario *ad acta* avrebbe provveduto a porre in essere in via sostitutiva tutti gli atti necessari all'esecuzione del giudicato, servendosi, se del caso, di un consulente tecnico per i conteggi necessari all'individuazione della somma dovuta. Sulla questione il ricorrente proponeva peraltro un nuovo incidente di esecuzione.

Per quanto di interesse in questa Rassegna, il ricorrente in questione chiedeva il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento della amministrazione al giudicato, danni maturati successivamente alla formazione del giudicato proprio a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia. Ciò sulla base del fatto che il comportamento omissivo tenuto dal Comune per circa cinque anni e dal Commissario ad *acta* per quattro anni gli avrebbe provocato gravissimi danni.

A tal proposito viene richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato in base alla quale è possibile richiedere **il risarcimento dei danni che discendono dall'inadempimento dell'amministrazione al giudicato**. Nel caso di specie tali danni riguarderebbero sia l'aspetto patrimoniale, sia l'aspetto relativo all'immagine ed esistenziale, sia l'aspetto biologico, in quanto il ricorrente sarebbe stato sottoposto ad un "vero e proprio calvario" per ottenere quanto invece doveva essergli riconosciuto tempestivamente sia in base all'art. 24 Cost., sia in base alla funzione di ausiliare del giudice rivestita dal Commissario *ad acta*.

Il Consiglio di Stato respinge la domanda risarcitoria, sulla base del principio generale fissato dall'art. 2697 c.c., secondo il quale chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda. Il ricorrente dunque era tenuto a comprovare non solo con generiche allegazioni, ma con fatti circostanziati l'esistenza del concreto danno che assume avere subito. Afferma il giudice amministrativo che se in sede di ottemperanza può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex artt. 2727 e 2729 c.c., **nella richiesta di risarcimento da ritardo il potere del giudice di liquidare il danno con valutazione equitativa non esonera la parte interessata dall'obbligo di offrire al giudice gli elementi fattuali circa la sussistenza e l'entità del danno**, esaurendosi il suo apprezzamento equitativo nella necessità di colmare lacune nella determinazione del preciso ammontare del danno stesso.

Sul tema in questione, di particolare interesse risulta altresì **Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467**, per l'adesione del giudice amministrativo alla tesi della responsabilità da contatto. La vicenda riguarda un concorso per l'accesso nel ruolo degli agenti di Polizia Penitenziaria nell'ambito del quale, a distanza di quasi quattro anni dall'adozione della graduatoria, l'amministrazione comunicava ad un candidato, originariamente collocato al 3276° posto, che risultava inserito in posizione utile per la convocazione agli accertamenti psico-fisici. A seguito dell'ammissione alla frequenza del corso, l'amministrazione disponeva l'esclusione del suddetto candidato per essergli stato erroneamente attribuito un punto aggiuntivo nella graduatoria, previsto dal bando per gli orfani o figli rispettivamente dei caduti in servizio nel settore pubblico e privato, nonostante egli non avesse mai dichiarato di possedere tale titolo.

Il Consiglio di Stato riconosce la responsabilità dell'amministrazione. In via preliminare viene posto in evidenza come tale responsabilità si riconduca, nell'esperienza della giurisprudenza, alla violazione dei canoni di imparzialità, cor-

rettezza e buona amministrazione, ovvero a negligenze, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Tra le negligenze inescusabili vanno annoverati comportamenti sciatti, superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole e semplice esecuzione, come la verifica dell'esistenza o meno di titoli facili da verificare e non comportanti sottili e complicate indagini.

Sotto quest'ultimo profilo, afferma il giudice amministrativo, anche la prova della colpevolezza non può non connettersi alla particolare dimensione della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, **responsabilità che l'elaborazione giurisprudenziale rende non del tutto coincidente con quella aquiliana, sussistendo anche profili assimilabili più a quelli della responsabilità contrattuale**, in considerazione della natura dell'interesse protetto di chi instauri un rapporto procedimentale con l'amministrazione. Tale interesse è sinteticamente definibile come quello strumentale al cosiddetto "giusto procedimento", che richiede competenza, attenzione, **celerità** ed efficacia, quali necessari parametri di valutazione dell'azione amministrativa, che in certa misura trascendono quelli tipicamente civilistici della correttezza e buona fede e sulla base dei quali occorre procedere alla valutazione dell'esistenza o meno dell'elemento soggettivo della colpa.

L'orientamento seguito dal Consiglio di Stato è quello che valorizza la specifica relazione tra amministrazione e cittadino che, nel linguaggio giuridico, ha assunto la denominazione di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto". Questa implica, appunto, da parte dell'amministrazione il corretto sviluppo dell'iter procedimentale secondo non solo le regole generali di diligenza, prudenza e perizia, ma anche e soprattutto di quelle specifiche del procedimento amministrativo, sulla base delle quali avviene la legittima emanazione del provvedimento finale.

Evidenzia il giudice amministrativo che in base alla costruzione della "responsabilità da contatto", anche se la presenza di vizi di illegittimità del provvedimento definitivo non integra di per sé gli estremi di una condotta colposa al fine risarcitorio nei confronti del destinatario dell'atto, non v'è dubbio tuttavia che essa vada accertata in relazione alla singole fattispecie concrete, prendendosi in considerazione il comportamento complessivo degli organi che sono intervenuti nel procedimento, valutandolo alla luce delle regole generali e speciali del procedimento stesso. Ove quelle regole non siano state rispettate, occorrerà valutare il ricorrere di circostanze ed elementi (quali il quadro delle norme rilevanti ai fini dell'adozione della statuizione finale, la presenza di possibili incertezze interpretative in relazione al contenuto prescrittivo delle disposizioni medesime, le condizioni particolarmente gravose e complesse del procedimento) che possano escludere qualsiasi atteggiamento di colpa e configurare una causa esimente della responsabilità e conseguentemente accertare se l'organo precedente sia incorso in violazione delle comuni regole di buona amministra-

zione, di correttezza, di imparzialità e buon andamento (**Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2006, n. 7386; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. St., sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8363; Cons. St., sez. V, 4 febbraio 2003, n. 529**).

Secondo il giudice amministrativo esulerebbero peraltro dal giudizio in questione, in quanto estranee alle questioni introdotte con l'atto d'appello, le tematiche relative all'orientamento secondo cui il **danno da ritardo sarebbe risarcibile solo se il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale**, se cioè gli spetti il "bene della vita".

Nella fattispecie in esame il privato, pur non avendo un diritto pieno al bene finale della vita per il cui conseguimento ha partecipato al procedimento, **ha infatti subito, solo per effetto di comportamento colposo dell'amministrazione, un danno da ritardo non scusabile, in relazione ad altri elementi del patrimonio del singolo, esterni a quelli coinvolti dal "contatto" ma comunque sempre legati al primo da un nesso di necessaria consequenzialità**.

Non appare infatti dubitabile secondo il Consiglio di Stato, che l'amministrazione, sotto il profilo procedimentale, abbia violato le più elementari regole di buona amministrazione legate alla tempestività ed accuratezza nella valutazione di titoli di agevole ed immediato riscontro attraverso anzitutto la lettura delle domande di partecipazione. A ciò si aggiunge che tra i principi che regolano le procedure concorsuali l'articolo 35, comma 3, del d. lgs. n. 165 del 2001 individua espressamente quelli di economicità e celerità di espletamento.

A detta del giudice amministrativo, nel caso di specie detti principi – che segnano i confini della diligenza con riferimento al ritardo giustificabile e scusabile – sono stati ampiamente superati dall'amministrazione, la quale ha comunicato al candidato l'attribuzione di un punteggio indebito a distanza di oltre quattro anni dalla pubblicazione della graduatoria e dopo averlo sottoposto a tutti gli accertamenti di idoneità, in tal modo ingenerando un plausibile e legittimo affidamento; né di tale superamento di termini ragionevoli l'amministrazione ha fornito, sia in primo grado che con l'atto d'appello, alcuna valida e plausibile giustificazione.

Viene altresì ritenuto infondato l'argomento dell'amministrazione appellante che pur riconoscendo l'errore da essa commesso, ne invoca la riconoscibilità e la conseguente scusabilità, in relazione ad una presunta mancanza di diligenza da parte del partecipante al concorso, la quale avrebbe determinato, secondo la tesi dell'amministrazione, un atteggiamento di affidamento colpevole. Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'amministrazione confonderebbe tra colpa inescusabile, affidamento e concorso del danneggiato nella causalità del danno ed affidamento incolpevole.

Per quanto riguarda la colpa, essa viene riconosciuta nella violazione delle regole temporali e di diligenza accertativa ed istruttoria non agevolata da alcun

comportamento del candidato, che non aveva formulato alcuna dichiarazione tale da indurre in errore l'amministrazione. Quanto all'affidamento, esso deve considerarsi sussistente in tutte le ipotesi in cui, come nella specie, il candidato si sia attenuto scrupolosamente alle prescrizioni del bando, non essendo certo suo onere controllare la legittimità e correttezza delle operazioni valutative rimesse all'esclusiva competenza dell'amministrazione e per essa della commissione valutatrice.

Merita altresì interesse **Cons. St., sez. IV, 02 febbraio 2010, n. 467**, ove viene riconosciuta, seppure incidentalmente, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno da ritardo, a prescindere dall'esito positivo del giudizio sulla spettanza del bene della vita. La decisione in questione interviene sulla pronuncia con cui il TAR per la Basilicata rigettava la domanda di risarcimento del danno chiesto ad un Comune per l'illegittima revoca di una concessione edilizia per la costruzione di un fabbricato urbano.

A sostegno dell'appello viene dedotta la sussistenza di tutti i requisiti e presupposti per la tutela aquiliana: la posizione soggettiva del privato consistente in una già rilasciata concessione edilizia, che viene illegittimamente revocata; l'annullamento giurisdizionale dell'illegittimo atto di revoca; i danni patiti quale spostamento patrimoniale tra ciò che è stato e ciò che sarebbe stato senza il fatto illecito; la chiara colpa dell'amministrazione comunale; il nesso di causalità; il danno ingiusto.

Il Comune si costituiva con controricorso, eccependo, tra l'altro: a) che gli appellanti avevano provveduto a richiedere altra e diversa concessione edilizia puntualmente rilasciata contenente la utilizzabilità a fini edificatori di una minore superficie; b) che l'annullamento in via giurisdizionale della revoca della concessione è stato adottato per soli vizi procedurali, perché il procedimento non era stato preceduto dall'avviso di avvio del procedimento; c) la mancanza dei presupposti per il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c., in quanto l'annullamento di un atto per vizi procedurali lascia impregiudicata la facoltà per l'amministrazione di adottare un nuovo atto con il medesimo contenuto e di conseguenza incide sulla mancanza del nesso causale.

Il Consiglio di Stato rigetta l'appello, ritenendo mancanti taluni requisiti necessari per ritenere concretizzata la responsabilità extracontrattuale. A parere del giudice amministrativo occorre infatti distinguere l'annullamento giurisdizionale che statuisca anche in ordine alla spettanza "*au fond*" (come si esprime la dottrina francese) del bene della vita agognato, dall'annullamento per soli vizi procedurali o formali, che lasciano viceversa intatta la potestà di riedizione dell'attività amministrativa.

Di particolare interesse in questa Rassegna è quanto ricordato dal giudice amministrativo a proposito del principio consolidato (*ex plurimis*, **Cons. St, VI, 4 settembre 2002, n. 4435**) secondo cui, in ipotesi di annullamento in via giurisdizionale di un provvedimento amministrativo per vizi di ordine formale,

che non escludono e anzi consentono il riesercizio del potere, la domanda risarcitoria del danno non può essere valutata se non all'esito del nuovo esercizio del potere; afferma infatti il Consiglio di Stato che se l'atto negativo dovesse venire reiterato, ciò escluderebbe allo stato la sussistenza del danno risarcibile, derivante dal primo provvedimento, **se non eventualmente, ove ritenuto ammissibile, come danno da ritardo**, di provvedimento comunque negativo.

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato in caso di annullamento per vizi soltanto formali (nella specie partecipativi) la restaurazione dell'ordine violato avviene a mezzo della reiterazione e rinnovazione dell'iter procedimentale, emendato dal vizio formale riscontrato dal giudice, salva comunque la possibilità del danno da ritardo.

Nel caso di specie, posto che il nuovo iter procedimentale è stato attivato su iniziativa della medesima parte ricorrente e non già in esecuzione della sentenza demolitoria difettano peraltro, sempre secondo il giudice amministrativo, oltre alla ingiustizia, nel senso di lesione di posizione sostanziale favorevole anche gli altri requisiti necessari per ritenere sussistente il danno da fatto illecito, ossia il nesso di causalità e la colpa dell'amministrazione.

3. *Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da ritardo*

Sul tema della prescrizione del danno da ritardo si segnala **Cons. St., sez. V, 15 aprile 2010, n. 2150**, in merito all'annullamento giurisdizionale di una licenza di rivendita di giornali rilasciata da un Comune. La sentenza di prime cure, pronunciata dal TAR Molise a seguito di ricorso proposto da un rivenditore concorrente, veniva confermata dal Consiglio di Stato. Il medesimo TAR accoglieva peraltro un secondo ricorso proposto avverso il successivo provvedimento con il quale, in attuazione del nuovo piano di localizzazione, il Comune aveva adottato un nuovo provvedimento autorizzativo in favore del controinteressato. Veniva dunque chiesto al Tribunale il risarcimento dei danni cagionati per effetto dell'adozione degli illegittimi provvedimenti autorizzativi di cui si è detto. Tale ricorso veniva peraltro dichiarato inammissibile per effetto dell'accoglimento dell'eccezione di prescrizione formulata dal Comune resistente.

La sentenza veniva appellata dinanzi al Consiglio di Stato che in via preliminare osservava, a confutazione del motivo di appello in questione, che la responsabilità civile della pubblica amministrazione per danni cagionati dall'esercizio non corretto del potere pubblicistico è riconducibile al modello della responsabilità aquiliana, con conseguente soggezione alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.

In tal senso viene richiamato sia l'orientamento della prevalente giurisprudenza amministrativa, **sia lo jus superveniens di cui all'art. 2 bis della legge n. 241 del 1990, che, in tema di danno da ritardo procedimentale, richie-**

de il requisito dell'ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c. e prevede *expressis verbis* la prescrizione quinquennale. Con riferimento al *dies a quo* rilevante per il computo del decorso del termine quinquennale, nel caso di specie il Consiglio di Stato ritiene che esso vada identificato nel passaggio in giudicato della sentenza con cui è stata annullata la nuova licenza di rivendita, con conseguente definitivo accertamento dell'illiceità della condotta tenuta dalla pubblica amministrazione.

Va per completezza evidenziato che la disposizione contenuta nell'art. 2-bis, comma 2, ove veniva prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di danno da ritardo, nonché veniva indicato in cinque anni il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno è stata abrogata dall'articolo 4, comma 1, punto 14), dell'Allegato 4 al Codice del processo amministrativo. La devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo è ora disposta dall'art. 133, comma 1, lett. a) del Codice.

4. *Sulla legittimità del provvedimento amministrativo adottato oltre il termine di conclusione del procedimento*

Merita altresì interesse **Cons. St., sez. VI, 06 aprile 2010, n. 1913**, ove il giudice amministrativo ha modo di osservare come anche alla luce della riforma introdotta dalla legge 69 del 2009, dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento non possa farsi discendere l'illegittimità dell'atto tardivamente adottato.

Viene in particolare impugnata la sentenza del TAR della Puglia, sede di Bari, che respingeva il ricorso proposto da un assistente capo della Polizia di Stato avverso il decreto con cui veniva trasferito per incompatibilità ambientale. In particolare, in sede di appello, il ricorrente ripropone la censura di violazione dei termini procedurali, per essere intervenuto il provvedimento a distanza di ben dieci mesi dall'avvio del relativo procedimento.

A parere del giudice amministrativo di appello la censura non merita condivisione. Viene infatti evidenziato come alla violazione del termine finale di un procedimento amministrativo non consegua l'illegittimità dell'atto tardivo. Afferma infatti il Consiglio di Stato che **lo stesso art. 2-bis della legge sul procedimento, come introdotto dalla legge n. 69 del 2009, correla alla inosservanza del termine finale conseguenze significative sul piano della responsabilità civile dell'amministrazione, ma non include, tra le conseguenze giuridiche del ritardo, profili afferenti la stessa legittimità dell'atto tardivamente adottato.** Il ritardo non è quindi un vizio in sé dell'atto,

ma è un presupposto che può determinare, in concorso con altre condizioni, una possibile forma di responsabilità risarcitoria dell'amministrazione (peraltro soltanto dall'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009, che ha appunto tipizzato la controversa figura del danno da ritardo).

La stessa parte appellante riconosce peraltro che non esiste un termine specifico per la conclusione del procedimento di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, dovendo trovare applicazione in via analogica il previsto termine di 120 giorni per la conclusione del procedimento di trasferimento a domanda.

Peraltro, a parere del giudice amministrativo, le superiori considerazioni in ordine all'inconfigurabilità di un vizio generale di legittimità per il ritardo in sé considerato ai fini dell'adozione dell'atto finale sono sufficienti ad elidere ogni consistenza alla censura in esame, quale che sia il termine di conclusione del procedimento per cui è giudizio, ed anche ad ammettere la sua violazione nel caso di specie. In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, è soltanto la legge che può riconnettere alla violazione di un termine procedimentale valenza di vizio inficiante l'atto tardivamente adottato, ciò che avviene nelle specifiche ipotesi in cui il termine di conclusione del procedimento (ad esempio in tema di procedimento disciplinare) ha natura perentoria, sicché l'atto tardivo diviene atto *ex se* illegittimo.

Va peraltro evidenziato come il giudice amministrativo, nel respingere il ricorso, affermi altresì che nel caso di specie non vi è spazio neppure per la pronuncia sul risarcimento del danno, in carenza del fondamentale (ancorché non esclusivo) presupposto rappresentato dalla illegittimità dell'azione amministrativa oggetto di esame.

Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia (settembre-dicembre 2010)

di Paola Savona

SOMMARIO: 1. Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente. – 2. Limiti alla capacità delle società miste di partecipare a gare pubbliche. – 3. Accordi sostitutivi del provvedimento. – 4. Responsabilità della pubblica amministrazione. – 5. Competenza del CGA.

1. *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente*

Con decisione **n. 1454 del 2 dicembre 2010**, il CGA riforma la sentenza n. 2013/2009 con cui il TAR Sicilia- Palermo ha annullato, per violazione dell'art. 152 d. lgs n. 41/2004 (Codice del paesaggio), il diniego per ragioni attinenti alla tutela del paesaggio di autorizzazione all'apertura e alla coltivazione di una cava in una zona non soggetta a vincolo paesaggistico.

Il Consiglio accoglie le tesi dell'Amministrazione che sosteneva di aver dato corretta applicazione all'art. 152, dal momento che l'attività di cava avrebbe dovuto svolgersi in prossimità di un sito d'interesse comunitario, espressamente suscettibile di tutela ai sensi dello stesso articolo, come nel caso del cd. vincolo indiretto.

Secondo il Collegio, non può ritenersi, come affermato dal giudice di prime cure, che tale disposizione limiti i possibili provvedimenti di tutela alla imposizione di distanze e ad altre modalità di esecuzione del progetto, escludendo che l'Autorità competente possa più radicalmente sancire la incompatibilità dell'attività di cava con il rispetto dei luoghi. Se è vero infatti che l'art. 152 parla di "distanze", "misure" e "varianti progettuali" "è pur vero che esso contiene anche (al suo interno) una norma *finalistica prevalente* che affida alla Autorità addetta alla tutela paesistica la potestà (il potere/dovere) di imporre misure *'idonee comunque ad assicurare la conservazione dei valori espressi dai beni protetti'*. Il che, in coerenza con una logica di primarietà dei beni paesaggistici e ambientalistici in senso lato, evidenzia, ad avviso del CGA, il carattere semplificativo e non esaustivo delle diverse misure indicate dalla disposizione in esame per la tutela delle zone confinanti con siti di interesse comunitario.

Alla stregua di tali considerazioni, priva di pregio si rileva la tesi della

mancata esistenza di un vincolo paesaggistico idoneo a supportare il diniego dell'istanza alla coltivazione della cava. La tutela paesaggistica, osserva il Collegio, mostra oggi una tendenza espansiva e non si può più ritenere limitata ai soli beni previamente individuati con provvedimento specifico.

“Ciò – conclude il Consiglio – è spiegabile con l'esigenza di mettere al riparo il “paesaggio” (in senso lato) dagli stravolgimenti resi oggi possibili dalla rapida evoluzione delle tecniche ingegneristiche, capaci di modificare il volto e la struttura di beni e territori sprovvisti di vincolo, non perché privi di valore paesistico-ambientale, ma perché non esposti sino a quel momento, data la conformazione o ubicazione degli stessi e lo stato della tecnica del tempo a concreti rischi di compromissione e aggressione.” Del resto, precisa il giudice amministrativo, la stessa logica spiega istituti nuovi come la VIA e la VAS, concepiti non in funzione della tutela di territori il cui valore ambientale sia stato previamente certificato, bensì in relazione alla rilevanza del tipo di opera o di piano da realizzare, il cui carattere potenzialmente sconvolgente giustifica da solo la sottoposizione dei progetti a procedimento di valutazione.

La sentenza **n. 1448 del 2 dicembre 2010**, che conferma la decisione di primo grado con cui era stato annullato il diniego di autorizzazione per la realizzazione di un impianto di telefonia mobile, fornisce interessanti precisazioni in tema di poteri dei Comuni in materia di localizzazione di impianti produttivi di onde elettromagnetiche.

Rileva il Collegio come gli argomenti generalmente adottati contro il potere del Comune di interferire sulla localizzazione degli impianti, facciano riferimento alla natura giuridica di questi ultimi, in quanto qualificati “*opere di urbanizzazione*”; alla inesistenza di un potere del Comune a disciplinare i profili sanitari della materia, dato il controllo delle emissioni attribuito alle ARPA; e infine alle esigenze di efficiente funzionamento della rete poste a base della legge regolatrice.

Secondo il CGA, il primo argomento è privo di pregio, perché presupporrebbe che l'urbanizzazione del territorio nel nostro ordinamento fosse del tutto *libera*, laddove invece essa è soggetta a un controllo pubblico molto intenso che si esplica sia attraverso provvedimenti permissivi che di carattere sanzionatorio.

Neppure appare condivisibile il secondo argomento, dal momento che l'esistenza del potere urbanistico “non è quella – com'è stato detto – di curare un *singolo interesse pubblico in particolare*, ma di *armonizzare* i diversi interessi pubblici e privati localizzati (o da localizzare) sul territorio al fine di *favorire sinergie ed evitare disfunzioni*.”

Deriva da ciò che il Comune, ente legittimato al governo del territorio, può concorrere al miglioramento dell'impatto radioattivo, facendo un uso accorto del potere urbanistico, senza occupare ambiti di altre Amministrazioni. Allo stesso modo peraltro di quanto avviene in altri campi, come nel caso dell'inquinamento atmosferico, ove lo stesso ente, sebbene sprovvisto di competenze tecni-

che specifiche in ordine agli standard di emissione degli autoveicoli, può contribuire efficacemente al miglioramento della salubrità dell'aria, attraverso un'accorta pianificazione urbanistica, idonea a creare una rete razionale di strade e di parcheggi che eviti gli ingorghi, abbassando così ulteriormente le soglie di inquinamento.

Ad avviso del CGA, l'unico aspetto problematico della vicenda sembra riguardare il modo in cui conciliare l'interesse urbanistico con quello della efficienza della rete delle stazioni radio, posta a base del Codice delle comunicazioni elettroniche. Il legislatore ha ritenuto che tale compito possa essere affidato ad un unico procedimento dialettico, disciplinato dall'art. 87 Cod. com, nel quale i diversi interessi pubblici coinvolti possano trovare un ragionevole componimento, tenendo conto realisticamente della situazione dei luoghi e delle alternative effettivamente praticabili. Vero è che tale meccanismo – specie nella prima fase – può porre talvolta il Comune in una situazione di svantaggio nel far valere gli interessi pubblici affidati alla propria cura (*in primis* quello urbanistico), per le possibili asimmetrie conoscitive di una tecnica fortemente specializzata. “Ma, dato il tenore specifico della normativa oggi vigente – sembra al Consiglio- che a tale inconveniente possa rimediarsi solo attraverso un potenziamento significativo del supporto tecnico dei Comuni nella materia in discussione, per consentire agli stessi di reggere in modo più appropriato il confronto dialettico fuori e all'interno della conferenza di servizi”.

2. *Limiti alla capacità delle società miste di partecipare a gare pubbliche*

Un'ATI, esclusa dalla gara indetta da un Comune per l'affidamento di un appalto di servizi per non avere dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnica previsti dal bando, proponeva ricorso al TAR Sicilia sede di Catania. Il giudice amministrativo dichiarava improcedibile il ricorso, ritenendo, in accoglimento del ricorso incidentale interposto dalla controinteressata aggiudicataria, che la costituenda ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in applicazione dell'art. 13 d. l. n. 224/2006 (cd. Decreto Bersani), dal momento che tra le mandanti della stessa figurava una società il cui capitale era detenuto in misura maggioritaria da enti locali, in favore dei quali la società, in base al suo oggetto sociale, svolgeva diverse attività strumentali.

Adito dall'originaria ricorrente, il CGA con decisione **n. 1389 del 10 novembre 2010** riforma la sentenza impugnata giudicando inoperante con riferimento alla società componente il raggruppamento di imprese appellante il divieto posto dall'art. 13 del decreto Bersani alla partecipazione a pubbliche gare.

Rileva il Collegio che le attività indicate nell'oggetto sociale, che comprendono “l'offerta di una gamma completa di servizi volta a sostenere la crescita, la qualificazione e l'ammodernamento dell'apparato produttivo-industriale, com-

merciale e dei servizi nonché del sistema amministrativo privato e pubblico”, non costituiscono prestazioni prodotte all’interno degli enti locali partecipanti, né pertinenti istituzionalmente agli stessi, e pertanto non possono in alcun modo definirsi strumentali.

Al più, precisa il Consiglio, le prestazioni in parola potrebbero accostarsi ai servizi pubblici locali “ovvero ai servizi che hanno una loro soggettiva e oggettiva qualificazione tale, per cui la prestazione economica è volta alla realizzazione di prevalenti fini sociali e di promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità, esclusi, per definizione, dalla applicabilità della norma limitativa della capacità”.

Erroneamente dunque il giudice di prime cure ha ritenuto applicabile alla società l’art. 13 del d. l. n. 224/2006 dal momento che nessuna delle attività e dei servizi offerti dalla stessa può considerarsi esternalizzazione di funzioni amministrative. Ricorda il giudice di appello che, come ha chiarito la Corte costituzionale, “l’ambito di operatività delle limitazioni alla capacità delle società partecipate è fissato *‘non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all’oggetto sociale di queste ultime’* sulla base del noto criterio distintivo tra ‘attività amministrativa in forma privatistica’ e ‘attività di impresa di enti pubblici’ (sent. n. 328/2008).”

Non è escluso, conclude il CGA, che l’ente territoriale istituzionalizzi servizi e attività ordinariamente non riconducibili ai propri compiti; così come non è escluso che alcune funzioni, di norma non rientranti tra le attribuzioni di tali enti, siano eccezionalmente assegnate loro per legge. Ma di tali opzioni non vi è traccia agli atti con riferimento alla società appellante, né vi è prova che essa sia affidataria diretta degli enti locali partecipanti per una delle attività comprese nell’oggetto sociale, o che goda di una qualche privativa, con riferimento al suo oggetto sociale.

Sulla base delle superiori premesse il CGA riforma la decisione di primo grado, ma l’appellante non vede accolte le sue richieste in quanto il Consiglio giudica legittima l’esclusione disposta dal Comune in sede di verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dalle disposizioni speciali di gara.

Nella sentenza **1461 del 13 dicembre 2010**, il CGA giudica invece applicabile l’art. 13 del c.d. Decreto Bersani al caso sottoposto alla sua attenzione.

Una società partecipava ad una procedura aperta per l’affidamento in subconcessione esclusiva di aree dell’aeroporto di Palermo destinate allo svolgimento di ristorazione commerciale e di somministrazione di alimenti e bevande. Dopo essere stata ammessa ed essersi collocata al primo posto nella graduatoria, la società veniva esclusa in conformità ad un parere dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, perché indirettamente partecipata da enti pubblici territoriali. Presentava quindi ricorso al TAR Sicilia – sede di Palermo, che riteneva legittima l’esclusione dal momento che la ricorrente era affidataria in via diretta

dei servizi di ristorazione dell'aeroporto di Venezia e controllata dalla SAVE, società costituita in applicazione dell'art. unico della legge n. 938/1986, che prevedeva per l'esercizio dell'aeroporto di Venezia l'affidamento in concessione per la durata di trent'anni ad una società per azioni appositamente costituita con partecipazione maggioritaria della Regione Veneto.

Contro la decisione del TAR proponeva appello la società che, da un lato, contestava l'applicabilità dell'art. 13 del d.l. n. 248/2006 alla SAVE, in ragione dell'avvenuta parziale privatizzazione della stessa e del collocamento in borsa delle sue azioni, dall'altro negava che le eventuali limitazioni alla capacità di partecipare a gare operanti nei confronti della società controllante potessero estendersi anche alla società controllata.

IL CGA respinge le censure prospettate confermando la sentenza impugnata.

Con riferimento alla SAVE, il Collegio sottolinea come la legge del 1986, attribuendo compiti di gestione dell'aeroporto veneziano agli enti locali e disponendone l'affidamento in concessione ad una società appositamente costituita per pubblica iniziativa, fissi quella relazione di strumentalità che l'art. 13 del Decreto Bersani pone alla base dei limiti della capacità contemplati dalla norma. Anche se il contributo pubblico, mai dimesso interamente, nel tempo si è ridotto lasciando maggior spazio a quello privato (o di altri enti locali costituiti a loro volta in società), tale legge non è stata mai abrogata. Peraltro, né la formale costituzione della società per atto notarile né l'oggetto sociale enunciato all'atto di costituzione della società possono fare superare la strumentalità insita nella legge, i fini perseguiti, le ragioni che hanno portato all'affidamento totale in concessione.

Nessun dubbio può quindi sussistere in ordine alla riconducibilità della società concessionaria dell'aeroporto di Venezia tra i destinatari del disposto dell'art. 13, "in quanto amministrazione partecipata da amministrazioni pubbliche, creata appositamente per lo svolgimento di compiti propri di tali enti e, dunque, strumentali alla loro attività".

Il giudice d'appello procede quindi ad esaminare la questione dell'applicabilità delle limitazioni di SAVE anche alla società appellante, controllata dalla prima e dalla stessa appositamente creata per gestire tutte le attività di ristorazione e di duty free interne all'aeroporto di Venezia.

Secondo il CGA, l'ampiezza della concessione della quale è beneficiaria la società controllante porta a ritenere che l'attività di ristorazione direttamente gestita dalla società controllata non costituisca una mera attività commerciale, ma sia invece riconducibile alla categoria dei servizi originario oggetto della concessione di SAVE dal quale è stata estrapolata, con la creazione di una nuova società, a sua volta assegnataria diretta della gestione dei suddetti servizi. L'attività in parola infatti appare strumentale e funzionale alla corretta gestione dell'aeroporto e può pertanto considerarsi ricompresa nelle attribuzioni di cui alla legge n. 938/1986.

Ad avviso del Collegio, la circostanza che l'appellante non benefici direttamente del finanziamento pubblico è argomento insufficiente per affermare che la sua esclusione dalla gara si ponga in contrasto con la Costituzione e con la normativa comunitaria, in quanto limitazione ingiustificata della capacità di agire della società commerciale nel libero mercato. “Invero – precisa il Consiglio – sono applicabili al caso in esame i medesimi principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326 dell'1 agosto 2008 nella parte in cui afferma che le disposizioni di cui all'art. 13 più volte citato “*mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati*” apprestando strumenti idonei ad evitare che a tale effetto distorto si possa pervenire “*indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni*”.

L'affidamento diretto di servizi e la strumentalità dell'attività fornita dalla società appellante consentono in conclusione di affermare l'applicabilità alla stessa dei limiti di capacità fissati dal primo comma dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, e conseguentemente la legittimità della sua esclusione dalla gara.

3. *Accordi sostitutivi del provvedimento*

Un Comune rilasciava una concessione edilizia per la costruzione di un fabbricato al proprietario di un lotto di terreno, che, attraverso un atto d'obbligo allegato alla concessione, si impegnava contestualmente a cedere all'ente un'area di sua proprietà, a scapito della maggiore somma determinata dagli oneri di urbanizzazione. Successivamente il Comune rilasciava un nuovo titolo concessorio, a modifica e integrazione della concessione originaria, cui era allegato un nuovo atto unilaterale con cui la ditta si obbligava a realizzare sulla predetta area le opere necessarie a renderla completamente funzionale.

A seguito del trasferimento delle aree in questione, i nuovi proprietari chiedevano la voltura della concessioni edilizie, e, ritenendosi liberi dagli atti unilaterali sottoscritti dai loro danti causa, versavano nelle casse del Comune le somme relative agli oneri concessori. L'Amministrazione diffidava quindi i nuovi proprietari ad adempiere alla stipula dell'atto pubblico per il trasferimento del terreno e alle altre obbligazioni contenute nell'atto unilaterale, restituendo le somme percepite. Dopo ulteriori diffide, perdurando l'inadempimento, il Comune adiva il TAR per la Sicilia per ottenere la condanna dei proprietari a trasferire gratuitamente la proprietà dell'area all'ente e a realizzare i lavori di urbanizzazione indicati nell'atto d'obbligo.

IL TAR Sicilia, sede Catania, dopo aver affermato la propria giurisdizione, accoglieva il ricorso. Contro tale decisione proponevano appello i proprietari delle aree, sostenendo che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto applicabile alla fattispecie l'art. 11 della legge 241/1990, dal momento che l'impegno

unilaterale assunto dai precedenti titolari, non avrebbe avuto la funzione di sostituire, quale modulo alternativo consensuale, alcun provvedimento unilaterale autoritativo e si sarebbe pertanto collocato al di fuori dell'esercizio di un potere amministrativo.

Il CGA, con sentenza **n. 1483 del 13 dicembre 2010**, conferma la decisione del TAR, negando che l'atto d'obbligo possa considerarsi alla stregua di un impegno del tutto autonomo e avulso dalla sottostante vicenda relativa al rilascio delle concessioni edilizie. Rileva infatti il Consiglio, che dall'esame degli atti emerge con evidenza come il predetto atto si inserisse in una fattispecie complessa in cui la parte privata ambiva a conseguire gli assenti edilizi e il Comune mirava a conseguire le aree. In questo contesto, la circostanza che l'atto d'obbligo avesse struttura unilaterale non muta la natura convenzionale del complessivo rapporto instauratosi tra privato e pubblica amministrazione, "natura convenzionale che deve essere correttamente ricostruita su un piano causale siccome risultante dal convergente concorso di un provvedimento amministrativo (*id est* la concessione edilizia) e di un impegno privato "a scomputo" degli oneri concessori."

Diversamente argomentando, precisa il Collegio, dovrebbero ritenersi nulli gli atti in questione perché relativi a obblighi assunti in totale assenza di una giustificazione funzionale di tipo economico, funzione che, per contro, sussiste in quanto discende dal predetto nesso di collegamento con il procedimento volto al rilascio dell'assenso edilizio.

Guardata da questa diversa prospettiva, la sussistenza della giurisdizione esclusiva amministrativa ai sensi dell'art. 11 della L. n. 241/1990 appare al giudice d'appello incontrovertibile perché incontestabile è la sussistenza di un accordo, che può definirsi "sostitutivo" in quanto stipulato in luogo del provvedimento (o della sequenza di provvedimenti) che il Comune avrebbe potuto assumere per realizzare lo stesso scopo in via autoritativa.

Né colgono nel segno le difese degli appellanti, quando affermano che la sopravvenuta decadenza delle concessioni avrebbe comportato l'inefficacia dell'atto d'obbligo. Osserva infatti il CGA che l'obbligo di corrispondere gli oneri concessori si perfeziona con il rilascio dell'assenso edilizio e non con la realizzazione delle opere assentite che può anche mancare, come verificatosi nella fattispecie, per fatto del concessionario. Si applica pertanto al caso la regola civilistica secondo la quale il fatto che una parte non abbia sfruttato, per sua responsabilità, l'utilità derivante dalla prestazione della controparte non priva quest'ultima del diritto di pretendere l'adempimento della controprestazione.

Doverosamente pertanto, conclude il CGA, il Comune ha dichiarato "scadute" le concessioni e nondimeno, legittimamente, ha comunque preteso l'adempimento degli obblighi in precedenza assunti dai privati. "Nella vicenda non vi è dunque alcunché di "assurdo", come ritenuto dagli appellanti: si è semplicemente al cospetto di una specifica declinazione di uno dei principi fondativi della civiltà giuridica, cioè del canone "*pacta sunt servanda*".

4. *Responsabilità della pubblica amministrazione*

La giurisprudenza recente del CGA mostra significative aperture in tema di risarcimento del danno conseguente all'esercizio illegittimo del potere amministrativo.

La sentenza **n. 1368 del 4 novembre 2010** affronta la questione del danno cagionato al cittadino dal ritardo nella conclusione del procedimento alla luce del nuovo art. 2 bis della L. 241/1990.

La controversia oggetto della decisione trae origine dalla richiesta di autorizzazione per un impianto di energia elettrica alimentato da fonti alternative (biomasse) presentata da un'impresa ai sensi dell'art. 12 D.P.R. n. 387/2003 dapprima allo sportello unico per le attività produttive del Comune di Modica e successivamente all'Assessorato all'Industria. Il progetto veniva approvato in sede di conferenza di servizi da tutte le amministrazioni coinvolte "previa acquisizione dell'autorizzazione alle emissioni in atmosfera di competenza dell'ARTA". L'impresa si attivava quindi per ottenere tale autorizzazione presso il competente Assessorato, dove il procedimento si arenava nonostante reiterare richieste e plurime sollecitazioni della parte istante.

A fronte dell'inerzia dell'amministrazione, l'impresa si rivolgeva al giudice amministrativo chiedendo l'annullamento della procedura e la condanna delle amministrazioni coinvolte al risarcimento del danno. Il TAR Sicilia- Palermo con la sentenza n. 1478 del 9 settembre 2009 annullava gli atti impugnati, accogliendo in parte la domanda aquiliana. In particolare, il giudice di primo grado riconosceva la sussistenza "della colpa dell'Amministrazione intesa come apparato", rinvenendone i presupposti, tra l'altro, nella mancata partecipazione dell'ARTA alla conferenza di servizi indetta dall'AI ai sensi dell'art. 12 D. lgs n. 387/03 e del nesso di causalità tra il comportamento dell'amministrazione e la mancata conclusione del procedimento finalizzato all'emissione dell'autorizzazione unica (cui era di ostacolo soltanto l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera), ma respingeva la quantificazione del danno prospettata dalla ricorrente (che chiedeva anche il risarcimento per la perdita del contributo comunitario in conseguenza dell'impossibilità di realizzare il progetto nei termini previsti) giudicandola eccessiva. Il TAR, ritenuto che, in mancanza delle ulteriori determinazioni dell'amministrazione, non potesse considerarsi provata né la spettanza del bene della vita atteso (l'autorizzazione unica) né la revoca del finanziamento comunitario, condannava l'amministrazione a risarcire un danno quantificato nella misura del 25 per cento del reddito annuo netto che l'impresa avrebbe potuto conseguire in caso di realizzazione dell'impianto, per il periodo della perdurante inerzia dell'amministrazione.

Il CGA respinge l'appello proposto dall'amministrazione, che contestava tra l'altro la sussistenza dell'elemento soggettivo (adducendo la complessità della questione e l'incertezza della normativa applicabile *ratione temporis*) e la mancata dimostrazione della realizzabilità dell'impianto.

Quanto al primo profilo, il Collegio precisa che il modulo procedimentale della conferenza di servizi previsto dall'art. 12 è precipuamente finalizzato alla definizione in un unico contesto di tutte le eventuali difficoltà interpretative o operative legate ad un determinato intervento, che costituiscono un evento ordinario e prevedibile. Di tali circostanze il legislatore ha tenuto conto nel fissare i termini di durata del procedimento, postulando la capacità dell'amministrazione di risolverle in tempi ragionevoli. Per tali ragioni non può riconoscersi l'errore scusabile dell'amministrazione, risultando al contrario accertata una palese violazione della lettera (unicità e durata massima del procedimento) e della *ratio* (unificatrice e semplificatoria) della norma citata.

Sul secondo aspetto, in parte superato dal fatto che nel corso del giudizio d'appello l'autorizzazione era stata rilasciata, il CGA ribadisce che il danno subito dall'impresa è derivato dal ritardo nella conclusione del procedimento, dovuto anche all'adozione di atti illegittimi. "Tale danno – chiarisce il Collegio – in disparte la questione dell'applicabilità diretta alla fattispecie dell'art. 2-*bis* della L. n. 241/1990 (sebbene i relativi principi fossero già viventi nell'ordinamento prima dell'entrata in vigore della norma e nonostante il ritardo dell'amministrazione sia comunque perdurato successivamente all'entrata in vigore della disposizione), sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo" poiché l'inservanza del termine massimo di durata del procedimento ha comportato, quale immediata e pregiudizievole conseguenza, l'assoluta imprevedibilità dell'azione amministrativa e quindi l'impossibilità per l'impresa di rispettare la programmata tempistica dei propri investimenti e la crescita dei costi. "Non può difatti oblitarsi che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. "rischio amministrativo" e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento. In ogni caso, come sopra accennato, la possibilità di una previsione, già in prime cure, in ordine alla positiva, futura conclusione del procedimento in questione è stata ampiamente comprovata dall'avvenuto rilascio dell'autorizzazione unica".

Tali argomenti, oltre a supportare la reiezione dell'appello proposto dall'amministrazione giustificano, secondo il CGA, l'accoglimento di quello incidentale. Il Collegio condanna pertanto l'amministrazione a risarcire all'impresa, oltre alle somme già liquidate dal TAR in primo grado, l'intero importo dell'ingente finanziamento comunitario (euro 12.929.504,00) già concesso e definitivamente revocato nelle more del giudizio d'appello.

Nella sentenza **n. 1226 del 21 settembre 2010**, si affronta la questione dell'onere della prova in relazione all'*aliunde perceptum* da parte dell'impresa illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione di un appalto.

Due imprese componenti un'ATI classificatasi seconda in una gara per l'affidamento di un appalto integrato di progettazione ed esecuzione di lavori, adivano il TAR della Sicilia chiedendo l'annullamento della procedura di gara e l'aggiudicazione del contratto, o, in subordine, il risarcimento per equivalente. Il TAR Sicilia sezione Catania, con sentenza n. 1681 del 9 ottobre 2009, annullava gli atti impugnati, ma accoglieva solo in parte la richiesta di risarcimento del danno riconoscendo alle ricorrenti il lucro cessante nella misura del solo danno curriculare. Il giudice di primo grado negava invece il risarcimento per la perdita dell'utile che le imprese avrebbero potuto conseguire dall'appalto che avrebbe dovuto essere loro aggiudicato, poiché le stesse, che pure avevano dimostrato l'entità di tale danno, non avevano dato prova "di non avere eseguito nel periodo che sarebbe stato impegnato dal contratto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quelle per la cui mancata esecuzione si chiede il risarcimento del danno".

Il CGA riforma la decisione del TAR Catania contestando che la mancata prova dell'*aliunde perceptum* possa giustificare la reiezione di una domanda di risarcimento.

Secondo il Collegio, nell'argomento del primo giudice, pur condiviso da una parte della giurisprudenza, si annida "un'evidente quanto fallace inversione dell'onere della prova": il TAR ha riconosciuto la sussistenza e la prova del fatto costitutivo della domanda, ossia la prova dell'utile che le imprese avrebbero conseguito qualora si fossero aggiudicate l'appalto, ma ha fatto ricadere sulle stesse le conseguenze della mancata prova di un fatto estintivo o modificativo della pretesa quale è la compensazione per *aliunde perceptum*, dimostrazione che spettava invece alla parte debitrice, cioè all'amministrazione.

Sottolinea il CGA come la regola di giudizio seguita dal TAR conduca a "manifeste aporie applicative" in quanto da un lato, costringerebbe il ricorrente a fornire la prova di una circostanza deponente *contra se*, dall'altro, produrrebbe risultati paradossali e ingiusti: se portata alle estreme conseguenze tale regola infatti finirebbe per precludere in ogni caso il risarcimento del mancato utile, data l'impossibilità di provare un fatto negativo (consistente nel non avere beneficiato di alcun *aliunde perceptum*). La tesi fatta propria dal primo giudice si appalesa illogica, secondo il Collegio, anche da un altro punto di vista: sulla base di essa si perverrebbe infatti al risarcimento soltanto a favore delle imprese che durante l'intero svolgimento della vicenda procedimentale e del processo fossero rimaste inattive, o peggio fossero fallite (unico caso in cui forse è dimostrabile l'assenza di altri guadagni). Conclusione questa che pare al CGA inaccettabile sia sul piano logico sia su quello equitativo.

Sulla base delle precedenti considerazioni l'appello viene accolto e l'ammi-

nistrazione condannata a risarcire alle appellanti il mancato guadagno, liquidato in via equitativa nella misura del 10 per cento dell'importo totale dell'appalto, diminuito del ribasso d'asta, detratto quanto eventualmente già percepito dalle appellanti a titolo di risarcimento.

5. *Competenza del CGA*

A seguito dell'annullamento disposto dal CGA (decisioni n. 478 e 479 del 25 maggio 2009) della procedura di un concorso per dirigenti scolastici, ed in ottemperanza della relativa decisione, l'amministrazione scolastica regionale provvedeva a rinnovare la procedura di reclutamento in questione fissando il calendario delle relative prove. Pochi giorni prima della data prevista per l'espletamento delle prove scritte, il Direttore generale dell'Ufficio scolastico per la Sicilia emetteva un decreto con cui, in dichiarata esecuzione di un'ordinanza cautelare emessa dal TAR Lazio nel corso di un differente giudizio avente ad oggetto il medesimo concorso, differiva *sine die* l'inizio delle prove scritte.

Il CGA, con sentenza **n. 1383 del 4 novembre 2010**, dichiara nullo il suddetto decreto, per violazione del giudicato, ritenendo inidonea a sorreggere la validità del provvedimento la circostanza che questo costituisse esecuzione della sospensione disposta in via cautelare dal TAR del Lazio. Dette misure cautelari infatti interferiscono, secondo il Collegio, con una competenza riservata, funzionale e inderogabile del CGA a decidere delle sorti e della validità dei provvedimenti che costituiscono diretta esecuzione delle proprie decisioni, competenza esclusiva, già sussistente prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 104/2010 ed oggi espressamente confermata dal combinato disposto degli artt. 14, comma 3 e 113, comma 1 del predetto decreto.

Osserva il Consiglio, come il nuovo Codice di rito conferisca allo stesso la legittimazione a regolare d'ufficio la competenza rispetto ai TAR, in quanto il CGA costituisce, per norma costituzionale, sessione staccata del Consiglio di Stato, e come tale, così come ogni altra sezione dello stesso può regolare d'ufficio la competenza qualora se ne presenti la necessità. Tale potere si ricava, a parere del Collegio, tra l'altro dall'art. 62, comma 4 del Codice del processo amministrativo ai sensi del quale il giudice competente per l'appello cautelare deve regolare d'ufficio la competenza secondo quanto previsto dall'art. 15, comma 4. La disposizione, seppur riferita al procedimento cautelare, può considerarsi espressione di un principio di carattere generale "atteso che il complesso dispositivo codicistico preordinato a far emergere, ai fini del contrasto al cd. turismo giudiziario, le violazioni delle regole sulla competenza (...) è stato evidentemente congegnato in relazione ai rapporti tra organi di giustizia amministrativa di primo grado, mentre non viene in rilievo nei casi in cui si ponga, in astratto, un conflitto potenziale tra la competenza di un TAR e quella funzionale di un

giudice superiore (Consiglio di Stato o CGA).” In effetti, continua il Collegio, l’art. 15, comma 4 prevede che la pronuncia del Consiglio di Stato (e quindi anche del CGA) sulla competenza vincola i T.A.R. e non il contrario. Non può pertanto ritenersi che la pronuncia implicita sulla competenza effettuata da un TAR in sede cautelare possa vincolare il CGA, tanto più se questa è in contrasto con precedenti decisioni dello stesso. Sarebbe d’altra parte manifestamente illogico, conclude il Collegio, pensare che la legge imponga al CGA, in presenza di un caso di interferenza tra la propria competenza e decisioni emesse da giudici amministrativi di primo grado, di rivolgersi per dirimere il conflitto alle sedi romane del Consiglio di Stato, in quanto queste sono in tutto pariordinate al Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia.

Rassegna della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali. Speciale in tema di danno da ritardo

di Sara Forasassi

SOMMARIO: 1. Condizioni e presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo. – 2. Gli elementi costitutivi della fattispecie dannosa e l'onere probatorio. – 3. L'articolo 2-bis, legge 241 del 1990 e l'articolo 117, Codice del processo amministrativo.

In questa rassegna si darà conto delle decisioni dei tribunali amministrativi regionali sulla delicata questione del risarcimento del danno da ritardo, recentemente disciplinato con l'introduzione dell'art. 2 bis, intitolato *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento* nella legge n. 241 del 1990 ad opera dell'art. 7, comma 1, lett. c), legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

La materia è stata oggetto di plurime elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali volte al riconoscimento o meno di un interesse procedimentale meritevole di tutela per violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere e, conseguentemente, sulla possibilità o meno per il cittadino di agire per il risarcimento del c.d. danno da ritardo puro.

La novella di cui all'art. 2-bis necessariamente si collega all'integrale sostituzione dell'art. 2, legge 241 del 1990 sulla conclusione del procedimento e positivizza uno strumento di tutela del privato nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione, la richiesta di risarcimento del danno. Entrambe le norme testè menzionate trovano la propria *ratio* nell'assicurare la *certezza dei tempi di conclusione del procedimento*, secondo la chiara rubrica dell'articolo 7, legge n. 60 del 2009.

In questa sede, si riferisce anche in ordine alle modifiche apportate all'articolo 2-bis dall'art. 4, comma 1, punto 14), allegato 4 del decreto legislativo n. 104 del 2010, *Codice del processo amministrativo*, che ha abrogato il comma 2 nel quale si attribuivano, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno da ritardo. Ad oggi, pertanto, la norma in esame dispone: "Le pubbliche amministrazio-

ni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". In risposta alla citata abrogazione si riporta il testo dell'articolo 133, comma 1, lett. a): "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo".

Infine, completano il quadro normativo in materia di danno da ritardo anche in rapporto con il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione, il comma 3 dell'art. 30, *Azione di condanna* e gli articoli 31, *Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, e 117, *Ricorsi avverso il silenzio*, Codice del processo amministrativo.

1. *Condizioni e presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo*

La materia del risarcimento del danno da ritardo, ancor prima della sua previsione ad opera dell'art. 2-*bis*, come accennato in premessa, aveva generato un acceso dibattito.

In particolare, in dottrina si erano registrate posizioni contrastanti in ordine all'affermazione ovvero alla negazione della figura della responsabilità del danno da ritardo come tutela risarcitoria concettualmente e giuridicamente autonoma da quella di tipo demolitorio offerta dall'annullamento dell'atto amministrativo.

In giurisprudenza, invece, l'orientamento dominante si era attestato sulla risarcibilità del danno da ritardo ma solo con riferimento al provvedimento cui legittimamente aspirava il soggetto danneggiato e, quindi, non nell'ipotesi di mero ritardo. In altre parole, il giudice amministrativo riconosceva il risarcimento per ritardo nell'emanazione del provvedimento solo nell'ipotesi di lesione di un interesse pretensivo. La logica sottesa alla scelta operata era quella già avallata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 500 del 1999 ossia della spettanza del bene della vita e, quindi, la valutazione circa il risarcimento del danno da ritardo presupponeva la valutazione della spettanza dell'utilità finale da conseguire per il tramite del provvedimento richiesto, sempre che l'agire amministrativo fosse caratterizzato da discrezionalità. La posizione descritta aveva trovato conferma nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 15 settembre 2005, n. 7 che aveva ammesso appunto il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento inerte dell'Amministrazione solo qualora fosse stata accertata la spettanza al bene della vita, ovvero nelle sole ipotesi in cui non fosse stato emanato o fosse stato emanato in ritardo un provvedimento vantaggioso per l'interessato. In sostanza, secondo la Plenaria non era risarcibile il danno da ritardo provvedimento c.d. «mero», dovendosi, altresì, verificare se il bene della vita finale, sotteso all'interesse legittimo azionato, fosse o meno

dovuto. Nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale, vi erano, inoltre, coloro secondo i quali il titolo andava accertato azionando il procedimento del silenzio e sindacando il successivo diniego espresso e chi, al contrario, era dell'avviso che il giudice adito in via risarcitoria dovesse effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo ai soli fini del risarcimento (in argomento si veda *infra*).

Diversamente, si poneva la tesi minoritaria che, nel delineare una responsabilità da contatto qualificato (Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204 e 15 aprile 2003, n. 1945), aveva rilavato come, nel nuovo modello introdotto dalla legge n. 241 del 1990, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, posizioni soggettive di natura strumentale, gli interessi c.d. procedurali, la cui violazione integrerebbe un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita. Proprio a tale categoria di interessi, la richiamata posizione riconduceva il danno da ritardo così ammettendo la risarcibilità come conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti.

Per una veloce disamina degli orientamenti delineatisi *ante* novella si veda **TAR Lazio, Roma, Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 1245**.

Con l'introduzione dell'art. 2-*bis* e in attesa delle pronunce giurisprudenziali che diano attuazione alle previsioni contenute nel Codice del processo amministrativo, il panorama che si offre all'interprete non pare essere mutato caratterizzandosi per la presenza di posizioni contrastanti.

Un primo orientamento, che pare tuttora dominante, si rinviene in quelle pronunce che fondano il proprio convincimento sulle linee tracciate dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005.

Una seconda posizione, invece, si pone all'attenzione per riconoscere il risarcimento del c.d. danno da ritardo puro qualificandolo come bene della vita leso dall'agire della pubblica amministrazione. Il presupposto da cui muove la tesi è proprio l'introduzione dell'art. 2-*bis* con il quale si pone nel nulla una delle ragioni che aveva portato l'Adunanza Plenaria a negare il riconoscimento del danno da ritardo, ossia l'assenza di una sua disciplina positiva nell'ordinamento giuridico.

Con riferimento al primo orientamento si richiama **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2011, n. 28** pronunciatosi, per quel che ivi interessa, in ordine alla richiesta di risarcimento danni avanzata in via subordinata dai ricorrenti, tutti dipendenti del Ministero dell'economia e delle finanze, per le lungaggini che avevano contraddistinto la procedura selettiva alla quale gli stessi avevano partecipato. *In primis*, il giudice configura la fattispecie sottoposta al suo vaglio quale richiesta risarcitoria per c.d. danno da ritardo asseritamente patito in conseguenza della tardiva conclusione della procedura concorsuale a cui era seguito il ritardato inquadramento nella qualifica dirigenziale dei partecipanti. Al riguardo, si evidenzia come l'art. 2-*bis*, legge n. 241 del 1990 non consenta, stante

il suo tenore letterale, il risarcimento del danno da ritardo fine a se stesso bensì in relazione ad un bene della vita ingiustamente sottratto a colui che poteva nutrire una legittima aspettativa di conseguirlo. In altre parole, sottolinea il Collegio, la norma subordina il risarcimento alla causazione di un danno ingiusto a sua volta generato dalla tardiva conclusione del procedimento ovvero mediante una condotta illecita imputabile all'amministrazione apparato a titolo di dolo o colpa. Tenendo conto dei principi ora descritti e, pertanto, procedendo alla loro applicazione nel caso concreto, si è considerato come il concorrente che partecipa ad un concorso per l'arruolamento nel pubblico impiego, al fine di poter pretendere il risarcimento dei danni subiti a causa della ingiustificata durata del relativo procedimento, dovrebbe dimostrare, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione al concorso, di aver già acquisito il "titolo giuridico" ad essere assunto e quindi ad ottenere il provvedimento favorevole da parte dell'Amministrazione procedente corrispondente all'inserimento nella graduatoria dei vincitori ovvero che tale "titolo" si sia maturato nel corso della procedura ma comunque prima della sua conclusione. Nell'impossibilità di una siffatta dimostrazione, il Tribunale ha respinto la domanda risarcitoria sottolineando, peraltro, come l'ipotesi trattata debba tenersi distinta da una richiesta risarcitoria per ritardata assunzione rispetto alla conclusione del procedimento concorsuale.

In argomento si veda anche quanto deciso da **TAR Lazio, Roma, Sez. I, 22 settembre 2010, n. 32382**: "La norma, come si evince dal suo tenore letterale, non consente il risarcimento da ritardo fine a se stesso, ma in relazione ad un bene della vita ingiustamente sottratto a colui che poteva nutrire una legittima aspettativa di conseguirlo". Nella fattispecie, la ricorrente era stata esclusa dalla procedura concorsuale, relativa alla copertura di 814 posti di vigile del fuoco del corpo nazionale dei Vigili del fuoco, per mancanza di uno dei requisiti richiesti dal bando di partecipazione: età non superiore agli anni 30 con esclusione di qualsiasi elevazione; per gli iscritti da almeno un anno negli elenchi del personale volontario del CNVVF il limite massimo d'età di 37 anni, con esclusione di qualsiasi elevazione". Proprio con riferimento a quest'ultimo requisito, la ricorrente fondava la propria pretesa, sostenendo di essere in possesso del requisito medesimo al tempo della presentazione della domanda di iscrizione agli elenchi del personale volontario del CNVVF, avvenuta in data 1 ottobre 2007, senza che l'amministrazione, dopo averla preavvisata che sarebbe stata chiamata a visita medica, concludesse il procedimento nel termine di 120 giorni previsti dal decreto n. 142 del 2000. Il giudice di *prime cure* ha giudicato infondato il ricorso non configurando, nel caso sottoposto al suo vaglio, il silenzio assenso, come sostenuto da parte ricorrente, sul presupposto che la richiamata figura si possa formare solamente a fronte di attività vincolata nell'*an* e nel *quid* e richiamando invece il silenzio inadempimento contro il quale l'ordinamento offre il rimedio della speciale procedura di cui all'art. 21-*bis*, legge n. 1034 del 1971. In ogni caso, il Tribunale ha valutato la pretesa della ricorrente destituita di giuridico e

fattuale fondamento non possedendo la stessa il requisito richiesto per la presentazione della domanda, sul presupposto che, alla data di scadenza del bando, non fossero ancora decorsi i 120 giorni fissati *ex lege* per la conclusione del procedimento di iscrizione nell'elenco. Nessun addebito, pertanto, poteva essere mosso alla pubblica amministrazione in ordine ai tempi per la definizione dell'iter procedurale e nessuna violazione del termine procedimentale era stata perpetrata in danno della ricorrente. Al di là delle suesposte considerazioni, il Collegio ha ritenuto utile svolgere alcune valutazioni con riferimento all'art. 2-*bis* affermando come oggetto della richiesta di risarcimento non sia una aspettativa all'agire legittimo dell'amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si anelava al momento della proposizione dell'istanza. Sul punto, si sottolinea: "La norma, infatti, subordina il risarcimento alla causazione di un danno ingiusto (art. 2043 c.c.), a sua volta generato (nesso di causalità) dalla tardiva conclusione del procedimento ovvero mediante una condotta illecita imputabile all'amministrazione apparato a titolo di dolo o di colpa". Il giudice amministrativo prosegue osservando come, a sostegno della tesi testè esposta in ordine alla non risarcibilità del c.d. danno da ritardo puro, militi anche un argomento di natura storico – testuale. Il riferimento è all'A.S. n. 1859, caduto a causa della interruzione anticipata della scorsa legislatura, nella parte in cui conteneva una norma analoga a quella dell'odierno art. 2 *bis*, comma 1, accompagnata però dall'inciso "indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto" e da un'altra previsione che, indipendentemente dalla sussistenza del danno ingiusto, obbligava la P.A. a corrispondere al privato una somma forfetaria per il solo fatto del ritardo. In particolare, dalla circostanza che il legislatore non abbia riproposto i suddetti incisi nella odierna previsione, depone a favore della tesi della non risarcibilità del danno derivante dal mero ritardo, indipendente dalla spettanza del bene della vita preteso.

Negli stessi termini si è pronunciato **TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 23 febbraio 2010, n. 496** che ha negato la configurabilità del risarcimento del c.d. danno da ritardo puro sempre richiamando l'AS. n. 1859 e la circostanza che nella legge n. 69 del 2009 non si rinvenga traccia degli incisi sopra trascritti. Nel caso di specie, il giudice amministrativo ha rigettato la domanda risarcitoria sostenendo appunto che il danno da ritardo presuppone l'addebitabilità della inerzia alla P.A., non riscontrabile nella fattispecie esaminata. Ed infatti, il Collegio non ha rinvenuto comportamenti illegittimi ascrivibili alla Provincia di Verona che, in modo condivisibile, aveva reiterato il divieto di conferire nuovi rifiuti sopra la cella 'incriminata' al fine di consentire, ove del caso, di effettuare ulteriori controlli sui rifiuti a un primo esame risultati difformi.

Ugualmente **TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 9 febbraio 2010, n. 806**. La sentenza richiamata si palesa particolarmente interessante in quanto dettaglia schematicamente i passaggi logici che il giudice deve seguire nel giudizio risarcitorio sottoposto al suo vaglio. Il Collegio, infatti, dopo aver osservato

come il ritardo da parte della P.A., nella definizione delle istanze del privato, non possa comportare, per ciò solo, l'affermazione di una responsabilità per danni (così aderendo all'orientamento espresso dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 7 del 2005), esclude, peraltro, che il giudizio risarcitorio possa svolgersi con le forme del rito speciale previsto per l'accertamento del silenzio rifiuto statuendo che: “- in ogni caso, per la sua definizione occorre in via preliminare verificare che sia vantaggioso per il privato (con determinazione divenuta intangibile) il provvedimento la cui tardiva adozione si assume fonte di responsabilità, ovvero che sia ravvisabile una effettiva inerzia del pregiudizio dedotto al procedimento nel cui ambito si sia verificato il ritardo che si assume fonte di responsabilità; – nel giudizio risarcitorio è, in effetti, sempre necessaria un'attività istruttoria (onde accertare la sussistenza del “diritto” al ristoro e determinarne l'ammontare), il cui espletamento non appare compatibile con le esigenze di celerità e speditezza a presidio delle quali si pone la previsione del rito speciale camerale *ex art. 21-bis* l. n. 1034 del 1971, finalizzato all'accertamento della sola inerzia della P.A.; – risulta indiscutibilmente estraneo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cui va invece ricondotta la controversia risarcitoria) il giudizio speciale sul rifiuto”. Il Tribunale ha, quindi, dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria avanzata a seguito dell'omissione a provvedere sull'istanza di ricostruzione della carriera di parte ricorrente in cui è incorsa la pubblica amministrazione sia per la mancanza di qualsivoglia indicazione circa la tipologia e consistenza dei danni pretesamente subiti sia, appunto, per essere stata irritualmente proposta nell'ambito del giudizio sul silenzio rifiuto.

Ancora si fa riferimento a quanto statuito da **TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582** sul ricorso avente ad oggetto, tra l'altro, la domanda di risarcimento dei danni patrimoniali subiti per effetto della mancata conclusione del procedimento finalizzato al rilascio di una concessione demaniale marittima e consistente nel mancato guadagno connesso all'impossibilità di esercitare, sulla predetta aerea, un'attività commerciale di deposito e parcheggio custodito di auto. In proposito, il Collegio ha ritenuto infondata la domanda sul presupposto che la ritenuta legittimità del provvedimento di diniego della richiesta di concessione demaniale postula l'impossibilità di configurare il risarcimento di un danno da ritardo puro non connesso alla spettanza del bene vita sotteso. Prosegue il giudice, richiamando la consolidata giurisprudenza amministrativa formata prima dell'introduzione dell'art. 2-*bis*, legge n. 241 del 1990: “In caso di inerzia dell'Amministrazione, a fronte di istanze di privati, occorre preliminarmente accertare la ‘spettanza’ del bene della vita; pertanto, è possibile solo il risarcimento del danno da ritardo; ma il ritardo non è risarcibile *ex se*; il ritardo da parte della P.A. nella definizione delle istanze del privato non comporta, per ciò solo, l'affermazione della responsabilità per danni. Il sistema di tutela degli interessi pretensivi consente il passaggio a riparazioni per equiva-

lente solo quando l'interesse pretensivo assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nell'emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un bene della vita); deve, pertanto, ritenersi che non sia possibile accordare il risarcimento del danno da ritardi della P.A. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in esse contenute siano divenute intangibili". In particolare, il Tribunale ha ritenuto l'orientamento citato non superabile, neanche in ragione della novella legislativa di cui all'art. 7, legge n. 69 del 2009 richiamando sia la tesi secondo cui la norma avrebbe, invero, natura meramente ricognitoria rispetto alle posizioni cui era giunta la giurisprudenza amministrativa, avanzata dai primi commentatori della stessa, sia la mancata riproposizione del testo contenuto nel disegno di legge Nicolais, ossia la consapevole scelta del legislatore del 2009 di abdicare alla possibilità di riconoscere una più pregnante e significativa tutela alle posizioni giuridiche incise dal ritardo dell'azione amministrativa di cui si è già ampiamente detto *supra*.

Fa riferimento alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005, uniformandosi alle statuizioni in essa contenute, anche **TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 settembre 2009, n. 1539**.

Di diverso avviso **TAR Lazio, Roma, Sez. III, 6 maggio 2010, n. 9940** pronunciatosi in ordine alla declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dal Ministero dello Sviluppo economico – Comunicazioni – sulla domanda presentata dalla società Elemedia Spa per la modifica della frequenza del segnale radiofonico irradiato dall'impianto sito in località Bettona e per la contestuale modifica del segnale radiofonico irradiato dall'impianto sito in località Lacugnano, nonché alla richiesta di risarcimento del danno *ex art. 2-bis*, legge n. 241 del 1990. Il Giudice, una volta acclarato che, nella fattispecie considerata, la scadenza del termine per provvedere qualifica la condotta dell'amministrazione procedente come inadempimento, ha osservato come da tale qualificazione discendano *ex lege* due conseguenze: la fondatezza della pretesa della ricorrente, con conseguente condanna dell'amministrazione inadempiente a provvedere; e, sul piano patrimoniale, la responsabilità dell'amministrazione procedente per il danno da ritardo che, a parere del giudicante, reca una fattispecie espressa di responsabilità risarcitoria per danno da mero ritardo nel provvedere. Così statuendo, il Collegio ha, infine, rimesso a ruolo la causa per la trattazione in udienza pubblica, ritenendo la domanda risarcitoria incompatibile con il giudizio a rito speciale sul silenzio rifiuto avendo il giudice amministrativo giurisdizione esclusiva per le controversie relative all'applicazione dell'art. 2-*bis*.

Ugualmente si è espresso **TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 11 febbraio 2010, n. 440**. Il giudice amministrativo, prendendo in esame la domanda di risarcimento del danno connesso alla protratta inerzia dell'amministrazione sulla proposta di Programma Integrato di Riqualificazione Urbanistica ed Ambientale per

l'attuazione dell'intervento urbanistico attuativo di edilizia residenziale pubblica presentata dalla ricorrente, ha osservato che la disposizione contenuta nell'art. 2-*bis* sembra affermare il principio della risarcibilità del danno prodotto dal ritardo o dall'inerzia dell'amministrazione in sé considerati, superando così la prevalente giurisprudenza del giudice amministrativo, consolidata a partire dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005. Nella sentenza si legge, altresì, come l'articolo citato costituisca una disposizione dal carattere evidentemente sostanziale, ampliando il novero delle situazioni tutelabili e richiedendo, per la sua applicazione, la sussistenza di specifici elementi costitutivi della fattispecie che è onere della parte provare.

Si riporta anche **TAR Puglia, Bari, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 2100**, chiamato a decidere in ordine all'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione in merito alla richiesta di approvazione di un piano di lottizzazione che ha osservato come l'art. 2-*bis*, legge n. 241 del 1990, rechi una fattispecie espressa di responsabilità risarcitoria per danno da ritardo. Ed infatti, ritiene il giudicante: "quantomeno a partire dall'entrata in vigore della l. 18 giugno n. 2009, n. 69, soccorre la eventuale responsabilità risarcitoria per il danno da ritardo in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, per la quale vi è giurisdizione del G.A.".

Infine, appare degna di nota la sentenza del **TAR Abruzzo, Aquila, Sez. I, 14 gennaio 2010, n. 2** che, pur non applicando l'art. 2-*bis* nel caso sottoposto al suo esame *ratione temporis*, sembra condividere l'assunto secondo il quale la norma richiamata introduca un'ipotesi di danno da ritardo c.d. puro. La pronuncia viene in rilievo relativamente a diversi aspetti. *In primis*, si evidenzia come, ancor prima della novella che ha interessato la legge n. 241 del 1990, venisse riconosciuto il danno da ritardo in presenza di alcune condizioni, e cioè: una pronuncia giudiziaria, che avesse qualificato il ritardo dell'amministrazione o comunque annullato un esplicito (ma illegittimo) diniego; una specifica impugnativa (anche in ottemperanza) sull'eventuale ulteriore silenzio amministrativo *post iudicium*, ovvero sull'atto sopravvenuto, se di contenuti reiettivi dell'istanza; infine, la necessaria dimostrazione dell'ingiusto danno economico scaturito dal ritardo a provvedere, in ordine ad una pretesa fondata e comunque non meramente ipotetica. Relativamente a quest'ultimo punto il giudice osserva come, pur accedendo alla giurisprudenza restrittiva confermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005, non possa esigersi la spettanza del bene della vita laddove il danno consista non già nella ritardata acquisizione di tale bene, bensì proprio nell'impossibilità di conseguirlo (e quindi anche di accertarlo) per l'irreversibile arresto istruttorio determinato dallo *ius superveniens*. In particolare, nella fattispecie sottoposta al suo esame, il tribunale ha riconosciuto a parte ricorrente il risarcimento del danno sul presupposto che il ritardo in cui è incorsa la Regione nella conclusione del procedimento ha reso di fatto impossibile l'adozione del provvedimento finale in virtù di una disposizione

legislativa entrata in vigore nelle more dell'iter procedurale. Nella specie, il Comitato di coordinamento regionale ha prima indebitamente sospeso il procedimento, pur in presenza di una norma che avrebbe consentito di rendere la valutazione richiesta. Successivamente, nonostante il chiaro disposto della pronuncia del Consiglio di Stato circa l'obbligo di concludere il procedimento, il Comitato si è determinato ad ottemperare solamente quando era ormai entrata in vigore la norma ostativa agli insediamenti ricettivi extraurbani e, quindi, alla richiesta di approvazione di un piano di lottizzazione per un complesso alberghiero avanzata da parte ricorrente. Di fronte ai fatti così come succedutisi, il Collegio osserva: "non può esigersi la spettanza della pretesa (*ex se* inconfigurabile in un danno che consiste proprio nella sopravvenuta impossibilità di concludere tale accertamento di spettanza), dovendosi piuttosto verificare la ragionevole aspettativa di una positiva conclusione dell'istruttoria troppo a lungo rimasta aperta; situazione quest'ultima sicuramente compresente nella vicende in esame". Ancora, il giudice adito, relativamente all'onere probatorio sull'elemento soggettivo della colpa, ha affermato come esso sia prevalentemente a carico dell'amministrazione intimata, chiamata ad allegare puntuali elementi di discolorpa mentre, sulla sussistenza e quantificazione del danno, ha ritenuto potesse senz'altro presumersi un riverbero negativo sugli interessi economici del ricorrente a causa del comportamento dilatorio dell'amministrazione. Su tali considerazioni, è stato riconosciuto il danno da ritardo generato dall'amministrazione regionale intimata che il Collegio ha quantificato in via equitativa *ex art.* 1226, cod. civ. nella misura di € 15.000.

2. *Gli elementi costitutivi della fattispecie dannosa e l'onere probatorio*

Presupposto da cui prendere le mosse nell'affrontare la materia oggetto di indagine è necessariamente la considerazione per cui la responsabilità da lesione di interesse legittimo, secondo l'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale, è da ricondursi nell'alveo dell'art. 2043, cod. civ. Ed in tale contesto deve essere indagata anche la disposizione contenuta nell'art. 2 *bis* della legge n. 241 del 1990, postulando la risarcibilità del danno da ritardo il necessario accertamento della colpa dell'inerzia della pubblica amministrazione, non essendo invero sufficiente il mancato rispetto del termine di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990. Sul punto, al di là della problematica evidenziata nel paragrafo precedente, si è affermato: "È palese, dalla lettura della disposizione, che l'antigiuridicità del fatto debba essere ricercata in un'ulteriore difformità dell'azione amministrativa dal diritto obiettivo, peraltro rivestita dai canoni del dolo e della colpa".

In questo senso si richiama **TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 31 agosto 2010, n. 5145** che ha precisato come la sola violazione del termine di conclu-

sione del procedimento di per sé non dimostra l'imputabilità del ritardo, potendo la particolare complessità della fattispecie e il sopraggiungere di evenienze non imputabili all'amministrazione escludere la sussistenza della colpa. Ancora, nella sentenza richiamata, si legge come l'onere della prova che incombe sull'attore non possa non ricomprendere anche la prova della colpa, tanto più per i danni la cui fonte sia collegata a una colpevole inerzia nella definizione del procedimento attributivo di utilità finali per il ricorrente. Negli stessi termini si veda **TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 197**.

Secondo la giurisprudenza pronunciata in argomento è, altresì, necessaria la prova relativa alla quantificazione del danno subito a causa del ritardo nell'adozione del provvedimento da parte della pubblica amministrazione. In proposito, si rinvia a **TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 16 marzo 2009, n. 2694** chiamato a decidere sul ritardo nel rilascio di una concessione edilizia e alla conseguente domanda di risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente prima dell'introduzione dell'art. 2-bis ad opera della legge n. 69 del 2005, le cui risultanze, quantomeno in ordine all'onere probatorio, sono tuttora attuali. Sul punto, il Tribunale si è espresso affermando che, data la sua natura extracontrattuale, il danno da inerzia provvedimento richiede la prova della quantificazione dello stesso con riferimento sia al danno emergente che al lucro cessante, in quanto elementi costitutivi della relativa domanda, ai sensi dell'art. 2697 c.c. Alla luce delle suesposte considerazioni, il giudice ha ritenuto, nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, inammissibile la richiesta di risarcimento del danno giudicata sommaria in quanto effettuata indicando una cifra forfettaria e generica del danno subito, e richiesta senza fornire specifici elementi di prova, la cui indicazione grava sulla parte richiedente il risarcimento.

3. *L'articolo 2-bis, legge 241 del 1990 e l'articolo 117, Codice del processo amministrativo*

Le brevi note che seguono hanno lo scopo di riportare sommariamente l'orientamento registratosi in giurisprudenza prima e dopo l'introduzione dell'art. 2-bis, legge n. 241 del 1990 in ordine ai rapporti tra il ricorso *ex art. 21-bis*, legge Tar, (trasfuso nell'art. 117, d. lgs. n. 104 del 2010) e il danno cagionato dal ritardo nel provvedere da parte della pubblica amministrazione.

La questione in realtà pare oggi superata dal disposto di cui all'art. 117, comma 6, Codice del processo amministrativo che statuisce: "Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria".

In attesa dell'applicazione giurisprudenziale della disposizione testè richiamata si osserva come prima dell'introduzione dell'art. 2-bis nella legge n. 241 del

1990, secondo l'opinione dominante, a fronte del ritardo della pubblica amministrazione, il privato potesse agire attraverso lo strumento di cui all'art. 21-*bis* legge Tar, (il cui contenuto oggi è stato inserito nell'art. 117, Codice del processo amministrativo) attivando il giudizio accelerato contro il silenzio-inadempimento. Nel caso in cui, invece, egli non avesse proposto il ricorso in parola, in assenza di una normativa che qualificasse come illecito il ritardo dell'amministrazione, al privato non era riconosciuta la possibilità di adire il giudice per ottenere il risarcimento del danno, giudicando l'inerzia di per sé rilevante solamente a seguito del ricorso previsto *ex art. 21-bis*. In altre parole, si sosteneva che, solamente dopo la proposizione nonché l'accoglimento del ricorso menzionato, fosse configurabile la responsabilità dell'amministrazione che non avesse eseguito la sentenza dichiarativa del suo obbligo di provvedere con un ulteriore ricorso per la richiesta del risarcimento. Peraltro, si sosteneva l'inammissibilità dell'azione risarcitoria nel rito speciale *ex art. 21-bis*, legge n. 1034 del 1971 in quanto quest'ultimo, per sua natura accelerata e semplificata, si riteneva potesse riferirsi solo all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, e non consentisse l'esame di domande ulteriori, quale quella di risarcimento del danno, che dovevano trovare la loro collocazione nell'ambito del rito ordinario, in pubblica udienza, e non in camera di consiglio. In questi termini si rinvia a **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 12568** e **TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 8 agosto 2008 n. 1666**.

In realtà, anche con l'introduzione dell'art. 2-*bis* non si sono registrate posizioni divergenti. Ed infatti, si è affermato come la norma abbia carattere evidentemente sostanziale, ampliando il novero delle situazioni tutelabili, ma non consenta invece di fondare e giustificare una inversione di tendenza rispetto al sopra richiamato orientamento che considera non compatibile l'azione risarcitoria con il rito sul silenzio, visto il carattere acceleratorio e semplificato dello stesso. *Ex multis* si veda **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1418** che si è pronunciato in ordine alla richiesta di annullamento del silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza di concessione della cittadinanza italiana, nonché sulla condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa e colposa del termine di conclusione del procedimento. In particolare, il giudice, mentre ha annullato il silenzio-rifiuto in considerazione del fatto che il Ministero dell'Interno non aveva adottato il provvedimento conclusivo del procedimento entro il termine di settecentotrenta giorni come richiesto dalla legge n. 91 del 1992, ha invece dichiarato inammissibile la domanda risarcitoria affermando: "Anche dopo le modifiche apportate alla legge 241/1990 dall'art. 7, c), legge 69/2009, che ha introdotto l'art. 2-*bis* (...), l'azione risarcitoria risulta improponibile nell'ambito del rito speciale sul silenzio *ex art. 21-bis* della l. n. 1034/1971 in quanto, come ripetutamente sottolineato dalla dottrina e giurisprudenza, quest'ultimo è configurato dal legislatore quale rimedio giurisdizionale per addivenire all'emanazione dell'atto, finalità

diversa da quella risarcitoria, e, per la sua natura accelerata e semplificata, che ben si attaglia all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, in quanto tale, e non ai fini del risarcimento del danno, e non consente l'esame di questioni fattuali complesse, quali la valutazione della sussistenza degli elementi soggettivi ed oggettivi per il risarcimento del danno, che devono trovare la loro collocazione nell'ambito del rito ordinario, in pubblica udienza, e non in camera di consiglio; e tali caratteri e limiti mantiene anche a seguito della riforma sopra richiamata".

Osservatorio parlamentare regionale

Osservatorio parlamentare regionale n. 1/2011

a cura del Servizio Studi e Affari europei dell'Assemblea regionale siciliana

A cura dell'Assemblea regionale siciliana prosegue la consueta rassegna delle più importanti problematiche affrontate nell'esercizio dell'attività legislativa da parte del Parlamento regionale relativamente all'ultimo quadrimestre del 2010.

Il lavoro prevede, come nei numeri precedenti, una panoramica delle leggi approvate con la predisposizione di schemi di accompagnamento e grafici relativi agli aspetti quantitativi, qualitativi e concernenti la tipologia e l'iniziativa dei provvedimenti esaminati. Tale documentazione è stata predisposta dal Servizio studi e affari europei.

In ultimo si riportano le tabelle relative agli atti ispettivi e di indirizzo politico presentati e svolti dall'Assemblea nel periodo preso in esame, anch'esse predisposte a cura del Servizio studi e affari europei.

Si ricorda, infine, che ulteriori elementi conoscitivi sull'attività in questione sono presenti sul sito dell'Assemblea www.ars.sicilia.it al quale rinviamo per gli approfondimenti sui contenuti e sul percorso procedurale nonché sul dibattito relativo alle leggi in esame.

ATTIVITÀ LEGISLATIVA

a cura del SERVIZIO STUDI E AFFARI EUROPEI
DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA

Abstracts delle leggi approvate dal 1° settembre al 31 dicembre 2010

Legge regionale 5 ottobre 2010, n. 20

Interventi per la eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria

Pubblicazione GURS n. 44 dell'8 ottobre 2010

Iniziativa governativa: d.d.l. n. 336

Esercizio di potestà legislativa concorrente in materia di igiene e sanità pubblica, ex art. 17, lett. b) dello Statuto della Regione Siciliana

Legge di settore

Tecnica legislativa: mista

La delibera legislativa “Interventi per l’eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria” era stata approvata dall’Assemblea il 5 agosto 2010. La stessa era stata impugnata, parzialmente, dal Commissario dello Stato con ricorso depositato il 27 luglio 2010, di cui si parlerà in seguito. L’Assemblea regionale nella seduta n. 197 del 21 settembre scorso aveva poi approvato l’ordine del giorno per la pubblicazione parziale della delibera medesima. La pubblicazione della legge con l’omissione delle parti impuginate è avvenuta l’8 ottobre scorso.

Nel capo I del provvedimento legislativo in esame vengono apportate modifiche alla legge regionale 9 marzo 2005, n. 3 “Interventi per la rimozione delle carcasse di animali morti in allevamenti o abbandonati. Misure finanziarie urgenti e norme per l’assetto idrogeologico”. Viene in particolare abrogato il comma 3 della stessa legge, che prevede la corresponsione del contributo per la eliminazione delle carcasse animali nella misura del 100 per cento in favore di comuni svantaggiati o di montagna. Vengono altresì modificati gli articoli 4 e 5, relativi all’individuazione dei soggetti e delle modalità di gestione delle relative operazioni: in luogo dei consorzi volontari costituiti dagli allevatori, si prevede che a tale gestione provveda l’Associazione regionale allevatori Sicilia (ARAS) mediante contratti con imprese autorizzate, individuate mediante procedure ad evidenza pubblica.

Vengono abrogati anche gli articoli 6 e 7 della legge regionale n. 3 del 2005, relativi alle modalità di erogazione dei contributi e al contributo per l’avviamento e la gestione dei consorzi.

Si provvede alla individuazione delle risorse finanziarie necessarie per la realizzazione delle finalità di cui agli articoli da 1 a 5 della legge regionale 9 marzo 2005, n. 3, come modificate dalla delibera in esame.

Nel capo II vengono previsti, in un’ottica di salvaguardia dell’ambiente e della salute pubblica, finanziamenti a favore delle associazioni animaliste regolarmente iscritte nell’apposito Albo che gestiscano da almeno due anni rifugi per animali, ai fini dello svolgimento del servizio di ritiro, raccolta ed eliminazione delle carcasse di animali di compagnia. Agli stessi fini è altresì prevista l’adozione, da parte dell’Assessore regionale per la salute, di un piano di ripartizione di contributi a favore dei comuni che si impegnino nell’eliminazione delle carcasse di animali di compagnia.

L’art. 5 della delibera legislativa in esame, riguardante “modifiche all’art. 11 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, recante “Interventi a favore dei Comuni in crisi finanziaria”, è stato oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato. Esso apporta una modifica all’art. 11, comma 1 della legge regionale 14 maggio 2009, n. 6, estendendo da tre a dieci anni il tempo concesso per il recupero, da parte della Regione, di anticipazioni di cassa a carico del bilancio regionale concesse ai comuni per far fronte ad esigenze di ordine pubblico o a situazioni di emergenza comprese quelle relative alla gestione integrata dei rifiuti.

Il Commissario aveva sostenuto che nella norma censurata fosse stata omessa non solo la necessaria quantificazione degli oneri finanziari da essa derivanti, ma anche l'indicazione delle risorse con cui farvi fronte, in contrasto con il precetto posto dall'art. 81, IV comma della Costituzione.

Legge regionale 15 novembre 2010, n. 21
“Assestamento del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010”

Pubblicazione Gurs n. 50 del 19 novembre 2010

Iniziativa governativa: d.d.l. n. 594

Esercizio di potestà legislativa, ex art. 19 Statuto Regione siciliana.

Legge di bilancio

Tecnica legislativa: mista

La legge in esame apporta anzitutto variazioni allo stato di previsione dell'entrata ed a quello della spesa relativi all'esercizio finanziario 2010, variazioni rispettivamente riportate nella Tabella A e nella Tabella B allegate alla legge stessa. Apporta altresì talune variazioni al Quadro di previsione di cassa per l'esercizio finanziario 2010.

Si prevede il versamento in entrata al bilancio della Regione, da parte del Commissario liquidatore dell'Ente siciliano per la promozione industriale (ESPI), di un acconto sul risultato della liquidazione pari ad euro 15.000, da destinare al finanziamento di lavori di manutenzione straordinaria di bacini di carenaggio situati nel porto di Palermo.

Si autorizza infine l'utilizzazione, da parte dell'Assessore regionale per le autonomie locali e la funzione pubblica, di somme da destinare al rimborso di spese sostenute dai comuni per ricoveri di minori disposti dall'autorità giudiziaria occorsi nel corso degli anni 2008 e 2009.

Legge regionale 15 novembre 2010, n. 22
“Rendiconto generale della Regione siciliana e dell'Azienda delle foreste demaniali per l'esercizio finanziario 2008”

Pubblicazione Gurs n. 50 del 19 novembre 2010

Iniziativa governativa: ddl n. 447

Esercizio di potestà legislativa, ex art. 19 Statuto Regione siciliana.

Legge di bilancio

Tecnica legislativa: testo nuovo

La legge in commento espone i risultati di gestione relativi all'esercizio finanziario 2008 in due distinte parti:

- il conto generale del bilancio, che riporta le risultanze ed i saldi relativi alla gestione di competenza delle entrate e delle spese dell'anno (accertamenti ed impegni), alla gestione dei residui attivi e passivi (consistenza iniziale e finale e variazioni determinatesi nel corso dell'esercizio finanziario) e delle attività e passività finanziarie (fondo di cassa, crediti e debiti di tesoreria);
- il conto generale del patrimonio, riguardante il complesso delle attività e passività finanziarie e patrimoniali con le relative variazioni derivanti anche dalla gestione del bilancio.

Con la stessa impostazione viene presentato ed approvato l'allegato Rendiconto della Azienda delle foreste demaniali.

L'approvazione del rendiconto generale da parte dell'Assemblea, alla stregua di quanto disposto per il bilancio della regione, è prevista dall'articolo 19, comma 3, dello Statuto regionale. Con legge regionale sono, invece, fissati i limiti per la gestione finanziaria del bilancio di previsione e approvati i risultati della gestione medesima. La struttura del rendiconto e i termini di presentazione del disegno di legge sono regolati in conformità alle corrispondenti disposizioni legislative nazionali in attuazione del rinvio contenuto nell'art. 52, comma 10 della legge regionale n. 6 del 2001. Sul punto, infatti, non esiste una specifica disciplina nella legge regionale di contabilità (legge regionale 8 luglio 1977, n. 47 ("Norme in materia di bilancio e contabilità della Regione Siciliana").

Legge regionale 15 novembre 2010, n. 23

"Rendiconto generale dell'Amministrazione della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2009"

Pubblicazione Gurs n. 50 del 19 novembre 2010

Iniziativa governativa: ddl n. 595

Esercizio di potestà legislativa ex art. 19 Statuto Regione siciliana.

Legge di bilancio

Tecnica legislativa: testo nuovo

La legge in commento espone i risultati di gestione relativi all'esercizio finanziario 2009 in due distinte parti:

- il conto generale del bilancio (articoli da 1 a 6), che riporta le risultanze ed i saldi relativi alla gestione di competenza delle entrate e delle spese dell'anno (accertamenti ed impegni), alla gestione dei residui attivi e passivi (consistenza iniziale e finale e variazioni determinatesi nel corso dell'esercizio finanziario) e delle attività e passività finanziarie (fondo di cassa, crediti e debiti di tesoreria);

- il conto generale del patrimonio (articolo 7) riguardante il complesso delle attività e passività finanziarie e patrimoniali con le relative variazioni derivanti anche dalla gestione del bilancio.

Occorre segnalare che, a partire dall'esercizio finanziario 2009, per effetto della legge regionale 16 dicembre 2008, n. 19 "Norme per la riorganizzazione dei dipartimenti regionali. Ordinamento del Governo e dell'amministrazione della Regione" e del successivo regolamento di attuazione emanato con Decreto Presidenziale 5 dicembre 2009, n. 12, l'Azienda delle foreste demaniali è stata trasformata in Dipartimento regionale dell'Assessorato regionale delle risorse agricole e alimentari. Pertanto, a partire dallo stesso esercizio, il bilancio ed il rendiconto dell'Azienda foreste non è più allegato al bilancio della Regione essendo i relativi capitoli ricompresi in apposita rubrica del medesimo bilancio.

Si ricorda che, come precisato nella sintesi relativa alla legge n. 22/2010, l'articolo 19 comma 3 dello Statuto regionale prevede che anche il rendiconto generale, così come il bilancio della Regione, sia sottoposto all'approvazione dell'Assemblea. Con legge regionale sono, invece, fissati i limiti per la gestione finanziaria del bilancio di previsione e sono approvati i risultati della gestione medesima.

La struttura del rendiconto e i termini di presentazione del disegno di legge sono regolati in conformità alle corrispondenti disposizioni legislative nazionali in attuazione del rinvio contenuto nell'art. 52, comma 10 della legge regionale n. 6 del 2001. Sul punto, infatti, non esiste una specifica disciplina nella legge regionale di contabilità (legge regionale 8 luglio 1977, n. 47 "Norme in materia di bilancio e contabilità della Regione siciliana").

Legge regionale 29 dicembre 2010, n. 24 "Proroga di interventi per l'esercizio finanziario 2011. Misure di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato"

Pubblicazione Gurs n. 57 del 31 dicembre 2010

Iniziativa governativa: ddl n. 645

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali, ex art. 14, lett. p) Statuto Regione Sicilia e concorrente in materia di legislazione sociale e rapporti di lavoro ex art. 17, lett. f) Statuto Regione siciliana.

Legge di settore

Tecnica legislativa: novella

Nel Capo I si autorizza, nelle more della definizione dei relativi processi di stabilizzazione, da completarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge,

la proroga dell'utilizzazione da parte dell'Amministrazione regionale di soggetti a vario titolo impegnati, in virtù di contratti di lavoro a tempo indeterminato, nel settore della protezione civile, ambientale e del territorio, delle acque e dei rifiuti. Si prorogano gli interventi in favore dell'Ente autonomo Fiera di Palermo e dell'Ente autonomo Fiera di Messina, di cui alla l. r. 12 maggio 2010, n. 11. Si autorizza e si finanzia la prosecuzione dell'attività relativa ai soggetti di cui al comma 9 dell'art. 51 della legge regionale n. 11 del 2010 (che stanziava risorse per la realizzazione di progetti da destinare a politiche attive del lavoro in contesti di particolare degrado sociale ed occupazionale). Si consente la proroga sino al 31 dicembre 2011 dell'utilizzazione di personale precario degli enti parco, del Centro per la formazione permanente e l'aggiornamento del personale del Servizio sanitario (CEFPAS), delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, dei consorzi per le aree di sviluppo industriale.

Nel Capo II si impone all'Amministrazione regionale intesa, ai sensi dell'art. 1 della legge regionale n. 10 del 1991, come comprensiva degli enti comunque dipendenti dalla Regione e degli enti locali, di procedere esclusivamente ad assunzioni a tempo indeterminato, con la possibilità di ricorrere a forme di lavoro flessibile solo nei limiti previsti dall'art. 36 del d.l.vo 30 marzo 2001, n. 165. Si autorizzano peraltro le stesse amministrazioni a procedere eccezionalmente, nel rispetto della normativa statale vigente e in particolare nei limiti stabiliti dal decreto legge n. 112 del 2008, alla stabilizzazione del personale destinatario del regime transitorio dei lavori socialmente utili di cui al fondo unico per il precariato istituito dall'art. 71 della l. r. n. 17 del 2004.

Si consente comunque alle stesse Amministrazioni di proseguire, nelle more della stabilizzazione e nei limiti degli stanziamenti di bilancio, i contratti dello stesso personale destinatario del regime transitorio dei lavori socialmente utili di cui al fondo unico per il precariato istituito dall'art. 71 della l. r. n. 17 del 2004. È altresì autorizzata, prevedendo un apposito stanziamento di risorse del bilancio regionale, la prosecuzione per gli anni 2011 e 2012 degli interventi regionali a favore dei soggetti LSU di cui all'art. 1 della l. r. n. 17/2001.

Si ribadisce, per il quinquennio 2011-2015, il divieto di procedere ad assunzioni di nuovo personale sia a tempo determinato che indeterminato stabilito per le amministrazioni regionali dal comma 10 dell'art. 1 della legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25, fatta eccezione per i predetti processi di stabilizzazione di soggetti già destinatari del regime transitorio dei lavori socialmente utili.

Si prevede che le amministrazioni di cui all'art. 1 della legge regionale 30 aprile 1991, n. 10 possano ricorrere, entro certi limiti, alle procedure di cui all'art. 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, relativo al passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse.

Si richiede la predisposizione di un piano di rientro da parte degli enti regionali o locali che procedano all'assunzione a tempo indeterminato in violazione dei limiti di cui all'art. 76 del decreto legge 112/1998. Si prevedono sanzio-

ni nel caso del mancato raggiungimento degli obiettivi annuali fissati nel Piano, cui viene altresì collegata una fattispecie di responsabilità dirigenziale.

Nel Capo III si autorizzano le amministrazioni che utilizzino personale precario di cui alla l. r. n. 16 del 2006 a ridurre l'orario di lavoro ai fini di consentire il part-time. Si stabiliscono limiti di spesa per la realizzazione degli obiettivi stabiliti nei capi I e II, e si prevedono altre norme di carattere finanziario.

Nel Capo IV è inserito un articolo relativo ad interventi di sostegno nei confronti delle aziende vinicole che hanno subito danni a causa della prospera della vite, procedendo alla individuazione delle necessarie risorse finanziarie.

Si fa presente che le seguenti disposizioni del disegno di legge n. 645 sono state oggetto di impugnativa da parte del Commissario dello Stato:

Art. 1, comma 4, primo periodo per violazione degli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione: esso infatti, autorizzando una generalizzata proroga di tutti i contratti di lavoro determinato dai consorzi di bonifica senza alcuna correlazione ad esigenze obiettive, specifiche e particolari delle amministrazioni, né in connessione all'avvio di procedure di stabilizzazione, e senza alcun riferimento alla normativa statale, introduce uno strumento surrettizio per consentire l'immissione in ruolo dei dipendenti indipendentemente da qualsiasi procedura selettiva pubblica.

Art. 2, comma 1, secondo periodo per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione: esso, estendendo al personale dell'Ente autonomo Fiera di Messina e dell'Ente autonomo Fiera di Palermo il trattamento riservato al personale di soppressi enti pubblici, parifica situazioni obiettivamente non omogenee e determina disparità di trattamento rispetto alla generalità dei dipendenti di altri enti prossimi alla liquidazione.

Art. 6, comma 2, comma 4 e comma 7 per violazione degli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione: il comma 1, infatti, prevedendo la stabilizzazione di personale LSU utilizzato con contratti posti in essere prima del 31 dicembre 2009 amplia in misura non quantificabile la portata delle procedure di stabilizzazione e, in combinato disposto con il comma 4, che estende alle assunzioni dei lavoratori da inquadrare nelle qualifiche superiori talune previsioni legislative riguardanti l'accesso alle qualifiche inferiori, configura una singolare modalità di privilegiato e semplificato accesso alla P.A., lesiva del principio del concorso pubblico. Il comma 7, invece, disponendo la trasformazione di rapporti di lavoro presso gli enti locali da tempo determinato a tempo indeterminato e richiedendo come mera condizione che i soggetti interessati siano stati immessi a seguito di concorso pubblico con superamento di una prova scritta, si risolve in una deroga ingiustificata alla regola della selezione pubblica.

Art. 10, comma 1 e comma 2 per violazione degli articoli 3, 51, 97 e

81 comma 4 della Costituzione: in quanto sostanzialmente mira a consentire una proroga indiscriminata e generalizzata sino al 2013 di rapporti di lavoro precario, senza peraltro prevedere in alcun modo la copertura dei rilevanti oneri finanziari a carico degli esercizi futuri.

Articolo 11 per violazione degli articoli 3, 51, 97 della Costituzione: in quanto, riferendosi indistintamente a tutti coloro che hanno svolto una qualsiasi attività a favore delle amministrazioni pubbliche ai fini dell'assunzione, non identifica alcuna peculiare situazione giustificatrice alla deroga rispetto al principio del concorso pubblico.

Articolo 13, comma 2, ultimo periodo e 4 per violazione dell'art. 81, comma 4 della Costituzione: in quanto nulla dispone sulla copertura finanziaria degli oneri di spesa derivante dalla proroga dei rapporti di lavoro precario limitandosi a richiamare l'art. 71 della l. r. 17/2004 che istituisce nel bilancio regionale un capitolo denominato fondo unico per il precariato ma non indica le risorse con cui far fronte alla spesa.

Art. 15 per violazione dell'art. 81, comma 4 e 97 della Costituzione: in quanto, includendo nell'elenco delle spese obbligatorie le spese imputabili a due specifici capitoli di bilancio, rischia di renderne arduo il controllo e la quantificazione da parte dell'amministrazione regionale, nonchè la individuazione della copertura finanziaria ai sensi dell'art. 81, comma 4 Cost.

Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1.

“Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza”

Pubblicazione Gurs n. 2 dell'11 gennaio 2011

Iniziativa governativa: ddl n.659

Esercizio di potestà legislativa, ex art. 19 Statuto regione siciliana.

Legge di bilancio

Tecnica legislativa: testo nuovo

La legge in esame autorizza l'esercizio provvisorio del bilancio per l'anno 2011, in attesa che l'Assemblea regionale approvi la legge di bilancio.

L'autorizzazione all'esercizio provvisorio è stata concessa per un periodo pari a tre mesi, cioè fino al 31 marzo 2011. Sono state previste alcune deroghe alle limitazioni all'assunzione di impegni, imposte dalla vigente normativa contabile. La legge, infatti, dispone che la limitazione per dodicesimi nell'assunzione degli impegni e nell'effettuazione dei pagamenti non si applichi alle spese

concernenti la realizzazione degli interventi comunitari, previsti sia nei Programmi operativi comunitari 2007-2013 che nel PAR-FAS 2007-2013, al fine di consentirne la piena utilizzazione.

Si propone, altresì, con l'articolo 2, una misura di carattere urgente finalizzata a garantire la copertura finanziaria del debito residuo e consolidato alla data del 31 dicembre 2010 a fronte delle anticipazioni concesse nell'anno 2010 e negli anni precedenti ai sensi dell'articolo 11 della legge regionale 6/2009, dell'articolo 46 della legge regionale n. 11/2010 e dell'articolo 21, comma 17, della legge regionale n. 19/2005 a favore dei Comuni in particolari situazioni di emergenza pubblico-sanitaria ed ambientale.

Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2.

“Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni”

Pubblicazione Gurs n. 2 dell'11 gennaio 2011

Iniziativa parlamentare: ddl n. 661

Esercizio di potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e degli enti regionali, ex art. 14 lett. p), Statuto Regione siciliana.

Legge di settore

Tecnica legislativa: testo nuovo

Con la legge regionale n. 2 del 2011 si interviene in materia di personale dei consorzi di bonifica e in tema di divieto di assunzioni.

L'art. 1, in particolare, stabilisce che le disposizioni di cui all'articolo 17, commi 10, 11 e 12 del decreto legge n. 78/2009 trovano applicazione anche per i consorzi di bonifica che sono autorizzati ad avvalersi del personale con contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 3 della legge regionale n. 76 del 1995, nelle more delle procedure di stabilizzazione da effettuarsi entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge in commento e sino al 31 gennaio 2011 (Norme per il personale dell'assistenza tecnica, dell'ESA, dei consorzi di bonifica e degli Enti parco. Disposizioni varie in materia di agricoltura). Tale autorizzazione si fonda su una serie di presupposti. In primo luogo, devono ricorrere “esigenze straordinarie inerenti ai compiti istituzionali”; devono essere rispettate, inoltre, le disposizioni contenute nell'articolo 9, comma 28 e nell'articolo 14, commi 24 bis e 24 ter del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica).

Il decreto legge n. 78/2010, al comma 28 dell'articolo 9 stabilisce che, a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di colla-

borazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. L'articolo 14, commi 24 bis e 24 ter del medesimo decreto, aggiunge che tale limite può essere superato in ragione della proroga dei rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati dalle regioni a statuto speciale, nonché dagli enti territoriali facenti parte delle predette regioni, a valere sulle risorse finanziarie aggiuntive appositamente reperite da queste ultime attraverso apposite misure di riduzione e razionalizzazione della spesa certificate dagli organi di controllo interno.

Per quanto concerne l'articolo 17, commi 10, 11 e 12 del decreto legge n. 78/2009, esso individua alcune fattispecie in cui le pubbliche amministrazioni ivi indicate possono avviare dei processi di stabilizzazione del personale; segnatamente, si configurano le seguenti ipotesi: bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato con una riserva di posti, non superiore al 40 per cento dei posti messi a concorso, per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti indicati; bandire concorsi pubblici per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare con apposito punteggio l'esperienza professionale maturata dal personale indicato; assumere, limitatamente a talune qualifiche, il personale in possesso di determinati requisiti di anzianità.

L'articolo 2 della legge in commento stabilisce che il divieto di assumere nuovo personale, sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato, posto dal comma 10 dell'articolo 1 della legge regionale 29 dicembre 2008, n. 25, non si applica alle predette stabilizzazioni di cui all'articolo 17, commi 10, 11 e 12 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78.

Elenco leggi approvate tra il 1° settembre e il 31 dicembre 2010

Estremi legge	Leggi approvate tra il 1° settembre e il 31 dicembre 2010 Titolo della legge
L. r. n. 20/2010	Legge regionale 5 ottobre 2010, n. 20 Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria
L. r. n. 21/2010	Legge regionale 15 novembre 2010, n. 21 Assestamento del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010
L. r. n. 22/2010	Legge regionale 15 novembre 2010, n. 22 Rendiconto generale della Regione siciliana e dell'Azienda delle foreste demaniali per l'esercizio finanziario 2008
L. r. n. 23/2010	Legge regionale 15 novembre 2010, n. 23 Rendiconto generale dell'Amministrazione della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2009
L. r. n. 24/2010	Legge regionale 29 dicembre 2010, n. 24 Proroga di interventi per l'esercizio finanziario 2011. Misure di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato

Estremi legge	Leggi approvate tra il 1° settembre e il 31 dicembre 2010 Titolo della legge
L. r. n. 1/2011	Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1 Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza
L. r. n. 2/2011	Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2 Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni

Classificazione delle leggi per macrosettore e per materia

Leggi approvate fra il 1° settembre e il 31 dicembre 2010

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Ordinamento istituzionale	Organi della Regione (<i>ad esclusione di quanto classificato alla voce successiva</i>)	
	Sistema di elezione e casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti la Giunta	
	Rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni	
	Personale e amministrazione	Legge 29 dicembre 2010, n. 24 – Proroga di interventi per l'esercizio finanziario 2011. Misure di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato
		Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 2. Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni
	Enti locali e decentramento	
	Altro (per es: persone giuridiche private, sistema statistico regionale, etc.)	
Sviluppo economico e attività produttive	Artigianato	
	Professioni (incluse le nuove figure professionali)	
	Industria	
	Sostegno all'innovazione per i settori produttivi	
	Ricerca, trasporto e produzione di energia	
	Miniere e risorse geotermiche	
	Commercio, fiere e mercati	
	Turismo (incluso agriturismo e turismo rurale, ittiturismo)	
	Agricoltura e foreste	

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Sviluppo economico e attività produttive	Caccia, pesca e itticoltura	
	Casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; Enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale	
	Altro (per es.: programmazione negoziata, programmi economici, supporto e assistenza allo sviluppo locale, etc.)	
Territorio ambiente e infrastrutture	Territorio e urbanistica (incluso demanio; edilizia)	
	Protezione della natura e dell'ambiente, tutela dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti	
	Risorse idriche e difesa del suolo	
	Opere pubbliche (per es.: edilizia scolastica; porti; aeroporti; etc.)	
	Viabilità	
	Trasporti	
	Protezione civile	
Servizi	Tutela della salute e alla comunità	Legge 5 ottobre 2010, n. 20 Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria.
	Alimentazione	
	Servizi sociali	
	Istruzione scolastica e universitaria	
	Formazione professionale	
	Lavoro e formazione professionale	
	Previdenza complementare e integrativa	
	Beni e attività culturali	
	Ricerca scientifica e tecnologica	
	Ordinamento della comunicazione	
	Spettacolo	
	Sport	
Altro (per es.: sicurezza personale, polizia locale; tutela degli utenti e consumatori; contrasto all'usura; etc.)		
Finanza regionale	Bilancio e contabilità	Legge regionale 15 novembre 2010, n. 21 Assestamento del bilancio della Regione per l'anno finanziario 2010 Legge regionale 15 novembre 2010, n. 22

Macrosettore	Materia	Estremi e titolo completo della legge
Finanza regionale		Rendiconto generale della Regione siciliana e dell'Azienda delle foreste demaniali per l'esercizio finanziario 2008 Legge regionale 15 novembre 2010, n. 23 Rendiconto generale dell'Amministrazione della Regione siciliana per l'esercizio finanziario 2009 Legge regionale 7 gennaio 2011, n. 1 Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza
	Contabilità regionale	
	Tributi	
	Multisetto	

Note: Ogni legge è stata classificata, in base al criterio della prevalenza, in un solo macrosettore ed in una sola materia, tranne quelle che interessano più settori e materie indicate nell'ultima casella della tabella.

Leggi approvate dal 1° settembre al 31 dicembre 2010

DATI QUANTITATIVI

Leggi approvate dal 1° settembre al 31 agosto 2010*	
numero totale delle leggi	7
numero delle leggi di iniziativa governativa	6
% delle leggi di iniziativa governativa	86%
numero delle leggi di iniziativa parlamentare	1
% delle leggi di iniziativa parlamentare sul totale delle leggi	14%

* Si segnala che nel periodo considerato è stata pubblicata la legge regionale n. 20/2010, "Interventi per l'eliminazione delle carcasse di animali e per la prevenzione del randagismo. Interventi in favore dei comuni in crisi finanziaria", che era stata approvata dall'Assemblea il 5 agosto precedente. La stessa era stata impugnata, parzialmente, dal Commissario dello Stato con ricorso depositato il 27 luglio 2010. L'ARS, nella seduta n. 197 del 21 settembre scorso aveva approvato l'ordine del giorno per la pubblicazione parziale (senza le parti impuginate e specificamente con l'omissione dell'articolo 5) della delibera medesima. La legge è, ovviamente, ricompresa nel numero totale delle leggi di cui alla presente tabella e alle tabelle che seguono.

Sono ricomprese in tale numero anche le leggi regionali nn. 1 e 2 del 2011, relative rispettivamente a "Autorizzazione per l'esercizio provvisorio per l'anno 2011. Consolidamento del debito residuo a fronte delle anticipazioni concesse ai comuni per particolari situazioni di emergenza" e "Norme in materia di personale dei consorzi di bonifica. Disposizioni in materia di divieto di assunzioni", in quanto tali leggi, sebbene pubblicate nel 2011, sono state approvate nel dicembre 2010.

DURATA DELL'ITER DI APPROVAZIONE DELLE LEGGI

Numero totale delle leggi approvate	7
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 1 e 30 giorni	2
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 31 e 90 giorni	1
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 91 e 180 giorni	3
numero delle leggi il cui iter è compreso tra 181 e 360 giorni	0
numero delle leggi il cui iter è stato superiore a 360 giorni	1

Note: Per l'inizio dell'iter si considera la data della prima seduta nella quale è stata avviata la discussione del relativo disegno di legge da parte della competente commissione. Per la fine dell'iter si considera la data di approvazione da parte dell'ARS della relativa delibera legislativa.

TECNICA REDAZIONALE*

XV LEGISLATURA (dal 1° settembre al 31 dicembre 2010)	
Numero totale delle leggi	7
Testo nuovo	4
Novella	1
Tecnica mista**	2

* La presente tabella classifica le leggi in questione sulla base della tecnica legislativa prescelta e non del contenuto dell'atto.

** Voce da utilizzare dove non sia possibile o agevole dare un giudizio di prevalenza di una tecnica sull'altra (ad esempio: leggi generali di riordino normativo; leggi di semplificazione (quando contengono, oltre ad una serie di abrogazioni di norme, anche disposizioni nuove o di manutenzione dell'ordinamento); etc.

CLASSIFICAZIONE DELLE LEGGI

XV LEGISLATURA (dal 1° settembre al 31 dicembre 2010)	
Numero totale delle leggi	7
Leggi istituzionali	0
Leggi di settore	3
Leggi intersettoriali	0
Leggi provvedimento	0
Leggi di manutenzione normativa (incluse le leggi di interpretazione autentica)	0
Leggi di bilancio	4

LEGENDA

Leggi istituzionali: sono quelle che recano le discipline istituzionali a carattere generale (per es: disciplina generale delle nomine, etc.); le leggi istitutive di singoli enti (per es: istituto zooprofilattico, museo, ente economico, etc. vanno inserite nelle leggi settoriali, e quindi nel macrosettore e nella materia di competenza.

Leggi di settore: leggi che incidono su singoli settori dell'ordinamento (per es: istituzione di un museo, etc.), specificando le leggi di riordino;

Leggi intersettoriali: leggi che incidono contestualmente su più settori, specificando le leggi di riordino;

Leggi provvedimento: leggi a contenuto puntuale per singoli beneficiari (per es: intervento a favore del museo di...; incentivo per sanare un'azienda, etc.):

Leggi di manutenzione normativa: leggi che si limitano a modificare o integrare la normativa previgente

N.B.: le leggi di settore si classificano come tali quando il loro contenuto innovativo prevale sulla mera manutenzione normativa; quando le leggi, anche settoriali, si limitano a modificare e novellare leggi previgenti vanno classificate come leggi di manutenzione normativa.

ATTIVITÀ ISPETTIVA E DI INDIRIZZO POLITICO

a cura del Servizio Studi e Affari europei

Dal 1° settembre 2010 al 31 dicembre 2010

INTERROGAZIONI	TOTALE
PRESENTATE	248
CON RICHIESTA DI RISPOSTA ORALE	168
CON RICHIESTA DI RISPOSTA SCRITTA	70
CON RICHIESTA DI RISPOSTA IN COMMISSIONE	10
SVOLTE (risposte in Aula o in Commissione)	21
TRASFORMATA IN SCRITTA (risposte in Aula o in Commissione)	23
RISPOSTE SCRITTE PERVENUTE (risposta scritta o trasformata in scritta)	69
INTERPELLANZE	TOTALE
PRESENTATE	9
SVOLTE	2 ¹
INTERPELLANTI SODDISFATTI (solo se concluse)	0
INTERPELLANTI PARZIALMENTE SODDISFATTI (solo se concluse)	0
INTERPELLANTI NON SODDISFATTI (solo se concluse)	0
MOZIONI	TOTALE
PRESENTATE	18
DISCUSSE	2
APPROVATE	2
RITIRATE	0
RESPINTE	0
SUPERATE	1
ORDINI DEL GIORNO	TOTALE
ANNUNCIATI	31
DISCUSSI	6
APPROVATI	23
ACCETTATI COME RACCOMANDAZIONE	4
RITIRATI	2
RESPINTI	1
SUPERATI	1

¹ Si tratta di interpellanze per le quali vi è stata una mera presa d'atto della risposta dell'Assessore.

Il contenzioso costituzionale sui criteri di riparto tra Stato e Regione del gettito dei tributi erariali

di Salvatore Di Gregorio

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il luogo di riscossione come criterio di spettanza del gettito dei tributi. – 3. L'applicazione dell'art. 37 dello Statuto. – 4. Le clausole di riserva allo Stato di entrate riscosse in Sicilia. – 5. La riserva allo Stato delle imposte di produzione e delle entrate dei monopoli dei tabacchi e del lo lotto.

1. *Introduzione*

Sui criteri in base ai quali operare il riparto tra lo Stato e la Regione del gettito dei tributi erariali, si è prodotto nel tempo un ampio ed articolato contenzioso che ha attraversato l'intera storia dell'autonomia siciliana e che, a tutt'oggi, dopo innumerevoli pronunce della Corte Costituzionale, la istituzione di tavoli tecnici, la stipula di protocolli di intesa e l'adozione di nuove norme di attuazione, presenta ancora importanti problemi irrisolti. La disciplina statutaria di riferimento di tali problematiche è negli articoli 36 e 37 dello Statuto e nelle correlate norme di attuazione in materia finanziaria¹. Nel ricostruire l'assetto della finanza regionale, la Corte Costituzionale è intervenuta in più occasioni a porre in evidenza il peculiare rapporto tra la disciplina statutaria e le norme di attuazione² del 1965 che hanno finito con il tradurre la previsione statutaria dell'art. 36 (secondo la quale la Regione provvede al suo fabbisogno... *a mezzo di tributi deliberati dalla medesima...*) in un sistema di finanziamento sostanzialmente basato sulla devoluzione alla Regione del gettito dei tributi erariali riscosso nel suo territorio. In questo senso l'art. 1 delle citate norme di attuazione stabilisce

¹ D.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 e D. Lgs. 3 novembre 2005 n. 241

² Si veda al riguardo in particolare la sentenza della Corte costituzionale 02/04/1999, n. 111 nella quale si pone in evidenza una condizione per la quale, mentre lo Statuto con l'art. 36 delinea "... un modello ispirato ad una netta separazione fra finanza statale e finanza regionale..." nella sua concreta attuazione, "... l'ordinamento finanziario della Regione Siciliana sia stato costruito, in base alle norme di attuazione dello statuto, e anche allontanandosi dal disegno originariamente sotteso alla formula testuale dell'art. 36 dello statuto, ...".

che la Regione provvede al proprio fabbisogno finanziario mediante le entrate tributarie ad essa spettanti (oltre che mediante le entrate derivanti dai suoi beni demaniali e patrimoniali o connesse all'attività amministrativa di sua competenza).

Quali sono le entrate tributarie spettanti alla Regione? A tenore dell'art. 2 delle norme di attuazione del 1965, oltre alle entrate tributarie dalla stessa deliberate, sono da considerarsi di spettanza regionale tutte le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, dirette o indirette, comunque denominate, con eccezione delle nuove entrate tributarie il cui gettito sia destinato con apposite leggi alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato, specificate nelle leggi medesime e delle entrate derivanti dalle imposte di produzione, dal monopolio dei tabacchi e dal lotto e lotterie nazionali che, ai sensi dell'art. 36 secondo comma dello Statuto, spettano allo Stato.

Di converso, l'articolo 7 del D.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074, in applicazione dell'art. 37 dello Statuto, assegna alla Regione, per le imprese industriali e commerciali private e pubbliche, che hanno sede centrale fuori dal territorio, la quota dei redditi soggetti alla imposta di ricchezza mobile afferente agli stabilimenti ed impianti ubicati in Sicilia ed i tributi relativi ai redditi di lavoro dipendente degli addetti agli stabilimenti situati nel territorio regionale. Questo in sintesi il quadro di riferimento di rango statutario che disciplina il riparto dei tributi erariali tra lo Stato e la Regione. In queste note si ripercorrono gli aspetti essenziali delle problematiche applicative di tale disciplina, del contenzioso che ne è derivato, dei suoi effetti sull'assetto della finanza regionale e del ruolo svolto nel tempo dalla Corte Costituzionale che ha dovuto risolvere sostanzialmente sul terreno interpretativo, il mancato adeguamento delle norme di attuazione del 1965 alle successive riforme del sistema tributario, con i problemi che ne sono derivati.

2. Il luogo di riscossione come criterio di spettanza del gettito dei tributi

Le questioni più acute afferenti il contenzioso finanziario Stato-Regione circa la spettanza del gettito dei tributi erariali, nascono con la riforma tributaria del 1971. Una riforma che comportò una profonda modifica nei principi e nell'assetto dei principali tributi (ad esempio la trasformazione delle imposte reali in imposte personali ha determinato incertezze circa la corrispondenza tra i tributi soppressi e quelli di nuova istituzione e quindi sulla spettanza di questi alla Regione) oltre che nelle modalità di riscossione (dal luogo in cui si trovano i beni produttivi del reddito a quello di residenza fiscale del contribuente). A quella riforma andava associata la riscrittura delle norme di attuazione in materia finanziaria che, emanate nel 1965, erano parametrate all'assetto tributario pre riforma. La necessità di adeguare quella disciplina al nuovo assetto tributario era

stato avvertito sia dal legislatore della riforma che inserisce nella legge delega (legge 825/1971) la previsione di nuove norme di attuazione dello Statuto siciliano in materia finanziaria al fine di coordinare il nuovo sistema tributario con i principi statutari, che dalla Corte Costituzionale³. Non essendosi proceduto in tal senso, è toccato alla Corte stessa il compito di regolare la trasposizione sul nuovo assetto dei tributi, delle norme di attuazione preesistenti. Ed in effetti il contenzioso comincia subito nel 1971 con la Regione che solleva due distinti conflitti di attribuzione su una nota del Ministero delle Finanze con la quale veniva negata alla Regione la spettanza dei proventi dell'imposta generale sull'entrata (IGE) riscossa da uffici finanziari dello Stato per atti economici compiuti nel territorio siciliano, e delle ritenute operate sui redditi da lavoro dei dipendenti dello Stato e degli enti parastatali che prestano servizio in Sicilia.

La controversia è risolta con due distinte sentenze⁴ nelle quali la Corte offre la sua lettura delle norme di attuazione nel nuovo assetto tributario dello Stato e ne desume i conseguenti criteri di riparto del gettito dei tributi erariali tra Stato e Regione. Qual'è la ricostruzione della Consulta?

Il punto di partenza è ancora nel peculiare ruolo che le norme di attuazione hanno svolto nel delineare il concreto assetto finanziario della Regione. A fronte di norme statutarie in materia finanziaria, che la Corte avrà modo di definire *particolarmente generiche e laconiche*⁵, la disciplina dei criteri per il riparto tra Stato e Regione dei proventi dei tributi erariali è sostanzialmente da ricondurre alle norme di attuazione. A tale funzione è segnatamente preordinato l'art. 2 del DPR 1074/1965 che fissa il principio generale che presiede a tale riparto ovvero la spettanza alla Regione di tutte le entrate tributarie riscosse nel suo territorio. Se dunque il criterio generale è quello dell'attribuzione alla regione delle entrate *riscosse* nel suo territorio, come va interpretato l'art. 4 delle stesse norme di attuazione che attribuisce alla Regione anche le entrate relative a fattispecie tributarie che, sebbene maturate nell'ambito regionale, affluiscono, per esigenze amministrative, ad uffici finanziari situati fuori dal territorio della regione? Sostiene la Corte che tale disposizione non può che interpretarsi in senso conforme alla regola generale con la quale non può certo entrare in contraddizione. Dunque l'art. 4 non reca in sé un criterio alternativo a quello generale ma deve essere letto in stretta correlazione con l'articolo. 2, con una funzione che la Corte definisce di *salvaguardia del sistema...* nel senso che, una volta stabilito che alla Regione spettano tutte le entrate tributarie riscosse nel suo territorio, l'art. 4 delle norme di attuazione deve garantire che la eventuale *affluenza* di

³ Corte costituzionale sentenza del 27/12/1974, n. 298. In tale pronuncia la Consulta sottolinea appunto che "... il nuovo ordinamento fiscale nazionale... pone problemi attinenti alla modifica della pregressa disciplina dei rapporti tributari tra Stato e Regione...".

⁴ Corte costituzionale sentenze del 6/06/1973, n. 71 e del 19/06/1973, n. 81.

⁵ Corte costituzionale sentenza del 22/04/1999, n. 138.

entrate spettanti alla Regione, ad uffici situati fuori dalla Regione stessa, per mere esigenze amministrative, non può incidere sui criteri di spettanza dei tributi; la finalità dunque di impedire di sottrarre impropriamente alla Regione entrate ad essa spettanti.

Ma allora perché non possono considerarsi di spettanza della Regione le ritenute sui dipendenti dello Stato e degli enti pubblici operanti in Sicilia e l'IGE riscossa dagli uffici statali e dunque fuori dalla Regione? Perché, secondo la Corte, in questi casi non si tratta di entrate la cui riscossione avrebbe dovuto o potuto aver luogo nel territorio regionale siciliano e che affluiscono ad uffici situati fuori di quel territorio solo per "*esigenze amministrative*" Qual è il discrimine?

Per la Corte si hanno entrate che affluiscono ad uffici finanziari fuori del territorio regionale per mere esigenze amministrative⁶ (e dunque da considerare di spettanza della Regione) allorché l'Amministrazione può stabilire, nell'esercizio di una sua facoltà, il luogo della riscossione e non quando il luogo di riscossione risulti determinato sulla base del sistema impositivo connaturato alla struttura ed alla disciplina del singolo tributo dettata dallo Stato nell'esercizio di una sua indiscussa prerogativa, sicché la stessa Regione, nell'esercizio della sua potestà in materia di riscossione, non potrebbe modificare tale assetto⁷. In questo senso sia la disciplina del sostituto di imposta come anche il meccanismo di riscossione dell'IGE (che non consente di imputare atti agli stabilimenti ubicati in Sicilia), sono da considerarsi profili connaturati alla struttura del tributo e dunque non integrano la previsione dell'art. 4 delle norme di attuazione, ovvero quelle mere esigenze amministrative che sole consentirebbero di derogare dal principio generale riscossione/spettanza.

2.1. *Un cambio di impostazione nella giurisprudenza della Corte: dal criterio del luogo di riscossione a quello del luogo dove matura l'obbligazione tributaria*

Quando e come cambia questa impostazione negli orientamenti della Corte? Cambia sostanzialmente con la Sentenza n. 138/99⁸. Il mutamento di

⁶ Al riguardo anche Corte costituzionale sentenza del 10/07/1973, n. 116.

⁷ Nella citata sentenza Corte cost. n. 116/1973 così come nella sentenza Corte cost. n. 71/1973, la Corte fa esplicito riferimento, come criterio per ripartire il gettito dei tributi erariali tra Stato e Regione, al parallelismo tra ambito della potestà normativa della Regione sulla disciplina dei tributi erariali e sulle relative modalità di riscossione e attribuzione del relativo gettito sostenendo che "In correlazione all'ambito della potestà normativa, alla Regione è statutariamente attribuita altresì la potestà di acquisire entrate tributarie".

⁸ Una pronuncia importante anche sotto tanti altri aspetti ma che qui consideriamo limitatamente al problema di cui ci stiamo occupando. Con questa pronuncia la Corte perviene ad una lettura molto diversa dell'art. 2 delle norme di attuazione, sostenendo che tale disposizione "*non va*

impostazione della Corte⁹ riposa sostanzialmente nel diverso rapporto che viene configurato tra art. 2 e 4 delle norme di attuazione. Mentre nella precedente giurisprudenza l'art. 4 veniva letto in una chiave sostanzialmente confermativa del tenore letterale dell'art. 2, ora invece diventa la chiave per una sua lettura non più testuale ma evolutiva del sistema di riparto del gettito dei tributi, che contempla la possibile scissione riscossione/spettanza, e consente di collegare la spettanza del gettito, non più ad un ristretto criterio di territorialità della riscossione ma al diverso criterio della capacità fiscale che si manifesta nel territorio della Regione. Lo stesso art. 37 dello Statuto e l'art. 7 delle norme di attuazione, attribuendo alla Regione le quote di reddito degli stabilimenti ubicati in Sicilia, più che rappresentare una eccezione, hanno esse stesse natura di conferma del sistema generale della spettanza delineato dalle norme di attuazione così come riletti dalla Corte con questa più recente giurisprudenza. Naturalmente, forte di questo mutamento di indirizzo, la Regione riapre la partita della spettanza di taluni tributi il cui gettito era stato attribuito allo Stato, nella convinzione di risolverla a proprio favore in forza dei nuovi orientamenti enunciati dalla Consulta.

2.2. *La Sentenza 116/2010: il ritorno alla originaria lettura*

La recente sentenza 116/2010 nasce appunto dalla impugnativa dei provvedimenti con i quali lo Stato rigetta le richieste della Regione ad avere riconosciuto il gettito di una serie di tributi, proprio in applicazione dei principi costituzionali ora enunciati

I tributi il cui gettito la Regione sollecita che gli venga riconosciuto, in questi ricorsi, sono l'imposta sulle assicurazioni riscossa fuori dal territorio siciliano, per fattispecie contrattuali assicurative maturate nell'ambito regionale; l'imposta sul valore aggiunto (IVA) sulle operazioni imponibili il cui presupposto si realizza in Sicilia; l'imposta sugli interessi, premi ed altri frutti soggetti a ritenuta da parte dell'Ente poste italiane e degli istituti di credito che hanno il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale e le ritenute d'acconto operate dalle Amministrazioni dello Stato o da altri Enti pubblici, su stipendi ed altri emolumenti

intesa nel senso che sia sempre decisivo il luogo fisico in cui avviene l'operazione contabile della riscossione" ma piuttosto nel senso che... "essa tende ad assicurare alla Regione il gettito derivante dalla "capacità fiscale" che si manifesta nel territorio della Regione stessa, quindi dai rapporti tributari che hanno in tale territorio il loro radicamento, vuoi in ragione della residenza fiscale del soggetto produttore del reddito colpito (come nelle imposte sui redditi), vuoi in ragione della collocazione nell'ambito territoriale regionale del fatto cui si collega il sorgere dell'obbligazione tributaria".

⁹ Impostazione che verrà confermata nella successiva sentenza della Corte costituzionale del 21/10/2004, n. 306.

corrisposti in favore di dipendenti o altri soggetti che abbiano espletato stabilmente la propria attività lavorativa nel territorio della regione.

Come detto, il punto di forza delle pretese regionali è nelle conclusioni cui giunge la Corte nelle richiamate pronunce del 1999 e del 2004 circa la spettanza alla Regione del gettito di tributi riscossi fuori dal territorio regionale, il cui presupposto di imposta si sia verificato nell'ambito del territorio regionale.

La forza dei ricorsi della Regione è nella loro aderenza alle tesi della Corte ed è interessante sottolineare come di questo sia consapevole l'Avvocatura dello Stato che, nell'argomentare la tesi resistente (oltre ovviamente a riproporre la lettura delle norme di attuazione nella chiave che aveva condotto alle pronunce degli anni 70) si concentra principalmente a sviluppare argomentazioni molto analitiche sulla struttura di ciascuno dei singoli tributi oggetto del contenzioso con l'obiettivo di mettere in discussione l'assunto secondo cui il loro gettito potesse essere univocamente riconducibile a presupposti che maturano nel territorio regionale.

Come dire "anche ad accedere alla tesi della spettanza non in base al criterio della riscossione ma al criterio del luogo in cui si realizza il presupposto di imposta, i tributi in parola non integrerebbero il presupposto evocato". Ed in tutti i casi, conclude l'Avvocatura (come a volere comunque attenuare gli effetti finanziari di una pronuncia favorevole alla Regione) se la Corte dovesse prendere per buone le pretese della Regione, allora dovrebbe riconoscere parallelamente due principi insiti nella conseguente modifica dei criteri di riparto del gettito tra Stato e Regione: il principio di reciprocità (riconoscere allo stato il gettito di tributi riscossi nella Regione i cui presupposti maturano fuori dal suo territorio) e quello di equivalenza tra funzioni svolte e livello di risorse disponibili (le maggiori assegnazioni rispetto alla situazione vigente, deve accompagnarsi all'assegnazione di corrispondenti funzioni di spettanza della regione e finanziate dallo stato).

Nella realtà, la Corte risolve il problema in termini ben più radicali, dichiarando non condivisibili le pretese della Regione giudicandole in contrasto con l'interpretazione letterale, sistematica e storica delle norme di attuazione dello statuto. Naturalmente per supportare tale affermazione la Corte Costituzionale deve ammettere il mutamento di impostazione rispetto ai propri orientamenti espressi nelle sentenze 138/99 e 306/2004 attribuendoli *ad un erroneo assunto interpretativo dello Statuto* (e ancor più, come vedremo, delle norme di attuazione) e riaffermare la validità del sistema di riparto del gettito dei tributi erariali evidenziato dalle sentenze n. 81 e 71 del 1973¹⁰.

Lo schema interpretativo al quale si ritorna è dunque il seguente. Il criterio generale che presiede al riparto tra Stato e Regione del gettito dei tributi erariali è dettato dall'art. 2 del dpr 1074/65 ed è quello del luogo di riscossione dei tributi; di contro il criterio di riparto basato sul luogo di realizzazione del pre-

¹⁰ Corte costituzionale sentenza del 25/03/2010, n. 116.

supposto di imposta non trova alcun appiglio testuale nell'art. 2; lo stesso art. 4 che pure attribuisce alla regione anche quelle entrate relative a fattispecie maturate nell'ambito regionale e che affluiscono altrove per esigenze amministrative deve essere letto in coerenza con l'art. 2 e dunque non può recare un criterio *illogicamente diverso e contrapposto*...rispetto al precedente; la sua funzione sarebbe quella di garantire che non venga sottratto alla regione il gettito di quei tributi che potrebbero essere riscossi in Sicilia (e dunque di spettanza della regione) e che per mere esigenze amministrative venissero fatti affluire altrove. Le ritenute effettuate dallo Stato e da enti pubblici con sede fuori dalla regione, così come le altre pretese in ordine alle imposte indirette, non hanno le caratteristiche richieste dall'art. 4 delle norme di attuazione per essere attribuite alla Regione, in quanto non sono riscosse fuori *per mere esigenze amministrative* ma sulla base di un principio connaturato alla disciplina dei tributi medesimi e dunque non solo non sono riscosse nella Regione, ma non sono riscuotibili in essa in forza della pur riconosciuta competenza regionale sulla disciplina dei tributi erariali e sulla loro riscossione. A conferma che questo sia lo schema da considerare, è confermato, ad avviso della Corte, dalla circostanza per cui il legislatore delle norme statutarie e di attuazione dello statuto, quando ha voluto fare applicazione del diverso criterio di riparto basato sul luogo di realizzazione del presupposto d'imposta, lo ha espressamente stabilito, come accade infatti per gli artt. 37 dello Statuto e 7 delle norme di attuazione; ma tali disposizioni per la Corte costituiscono al contempo conferma ed eccezione rispetto al sistema generale, perché consentono di attribuire alla Regione (limitatamente alla imposta sul reddito delle imprese industriali e commerciali) la quota di reddito attribuibile agli stabilimenti ed impianti che vi hanno sede; mentre il comma 2 dell'art. 7 del dpr 1074/65 estende tale previsione alle trattenute sui redditi dei lavoratori dipendenti di quegli stabilimenti. Al di fuori di queste tipologie di soggetti (imprese industriali e commerciali) e di imposte (sul reddito delle imprese e ritenute sui dipendenti), i principi dell'art. 37 non si possono ritenere applicabili, proprio perché hanno valenza derogatoria rispetto al criterio generale.

Questa ricostruzione della Corte, non sembra tuttavia considerare adeguatamente la diversa lettura che di tale problematica è possibile operare (e che la stessa Corte in alcune significative pronunce ha nel tempo operato) sempre che le norme di attuazione del 1965 vengano lette all'interno del contesto giuridico che gli è proprio e dunque in relazione al sistema tributario vigente al momento della loro adozione¹¹. Quale il senso di questa diversa lettura? L'articolo 36 dello

¹¹ Si vedano in tal senso S. SAMMARTINO intervento al Seminario organizzato dalla Segreteria generale dell'ARS – 21 giugno 2010 su “L'evoluzione dei rapporti finanziari tra Stato e Regione nelle sentenze della Corte costituzionale del 25/03/2010, n. 115, n.116/2010, del 10/06/2010, n. 201” e E. DE MITA “In Sicilia solo le imposte riscosse in loco” – Il Sole 24 del 26-09-2010.

Statuto (come evidenziato dalla stessa Corte¹² delinea nella sua impostazione un sistema tributario regionale autonomo in forza del quale la Regione provvede al suo fabbisogno *mediante tributi deliberati dalla medesima...* Nella realtà questo sistema nella sua concreta applicazione, mediante le norme di attuazione del 1965, si è tradotto in un modello di compartecipazione al gettito dei tributi erariali. Ma in tutti i casi, laddove, nei termini previsti dallo Statuto, la Regione avesse dovuto effettivamente applicare tributi da essa deliberati, questi non potevano che valere per presupposti tributari che si realizzano in Sicilia. L'art. 36 dello Statuto in effetti non parla di entrate riscosse in Sicilia; di riscossione come criterio attributivo alla Regione del relativo gettito, ne parlano le norme di attuazione e segnatamente l'art. 2 del dpr 1074/1965. Ma quel riferimento delle norme di attuazione al criterio della riscossione, va appunto contestualizzato rispetto all'assetto tributario del tempo, nel quale la riscossione avveniva mediante ruolo e, quindi, il luogo dove si prelevavano i tributi era esattamente il luogo dove si produceva la ricchezza da colpire. Non si poneva in quel contesto (diversamente che nell'assetto post riforma) il problema di un diverso criterio di ripartizione del gettito dei tributi erariali, l'uno facente riferimento al luogo di realizzazione del presupposto del tributo e l'altro al criterio della riscossione¹³. In questo senso lo stesso art. 37 dello Statuto non può considerarsi *una deroga* rispetto al criterio generale dell'art. 36 ma un criterio di lettura per l'intero impianto finanziario della Regione e l'art. 4 del dpr 1074/1965 letto in connessione sistematica con il quadro statutario, conferma e specifica il senso da attribuire all'art. 2 delle medesime norme di attuazione.

3. *L'art. 37 dello Statuto*

Per quanto le pronunce del 1973 di cui si è detto sopra abbiano avuto come parametro di giudizio l'art. 36 dello Statuto e gli articoli 2 e 4 delle norme di attuazione ad esso correlate, la Corte a sostegno della sua impostazione circa i criteri per ripartire il gettito dei tributi erariali tra Stato e Regione, aveva avuto modo di mettere a punto una sua lettura dell'art. 37 dello Statuto¹⁴ configurando

¹² Corte cost. n. 111/1999.

¹³ E. DE MITA "In Sicilia solo le imposte riscosse in loco" – Il Sole 24 del 26-09-2010 cit.

¹⁴ In questo senso nella citata sentenza Corte cost. n. 81/1973 per cui l'art. 37 dello Statuto "... lungi dall'esprimere un principio generale, attribuisce, in via eccezionale, alla Regione una quota di imposta sui redditi prodotti da imprese aventi sede fuori del territorio, commisurata al reddito prodotto da stabilimenti ed impianti situati in Sicilia", per cui "... al di fuori della materia attinente alle imprese (industriali e commerciali) con stabilimenti ed impianti in Sicilia, e che abbiano la loro sede in altra parte del territorio nazionale, non esistono altre ipotesi nelle quali sia possibile identificare tributi che, riscossi e ritenuti da enti non aventi sede nella Regione, siano di spettanza di questa ultima".

quale disposizione di natura eccezionale che limitatamente alla quota di reddito delle imprese commerciali ed ai redditi dei dipendenti addetti agli stabilimenti ubicati in Sicilia (questi ultimi sulla base dell'art. 7 c. 2 delle norme di attuazione piuttosto che dell'art. 37 che non contiene tale previsione) consente di rompere il nesso riscossione/spettanza attribuendo alla Regione entrate che essa non avrebbe potuto acquisire in base all'art. 36 dello Statuto. E tuttavia, proprio in ragione di questa sua natura eccezionale, di esso non può proporsi alcuna lettura estensiva e quindi al di fuori delle specifiche fattispecie previste dall'art. 37, si deve ritornare al nesso spettanza/riscossione che rappresenta il criterio generale di riparto. Una impostazione che la Consulta confermerà nelle successive pronunce che hanno specifico riferimento all'art. 37 dello Statuto e art. 7 delle norme di attuazione. Un primo aspetto attinente in maniera specifica all'articolo 37 dello Statuto, viene affrontato nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale sollevato dalla Regione sull'art. 5 del dpr 602/1973 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito) adottato in attuazione della delega sulla riforma tributaria e del ricorso per conflitto di attribuzione, della circolare del Ministro delle finanze che deve attuare quella disposizione. La norma e la circolare stabiliscono che i versamenti delle ritenute sui redditi di lavoro dei dipendenti degli stabilimenti esistenti nell'Isola, debbono essere operati presso l'esattoria in cui le imprese hanno la loro sede legale e non già direttamente presso l'esattoria siciliana nella cui circoscrizione ha sede lo stabilimento. La Regione lamenta la violazione dell'art. 37 dello Statuto e 7 del DPR n. 1074 del 1965 pur in presenza di una disciplina che prevede comunque il versamento separato da parte dei sostituti d'imposta e la separata contabilizzazione da parte delle esattorie, delle ritenute di acconto sui redditi di lavoro riferibili agli stabilimenti operanti in Sicilia ma con domicilio fiscale fuori del suo territorio. Nelle due sentenze che decidono i ricorsi (Sent. nn. 298 e 299 del 1974) la Corte rigetta le argomentazioni della regione ed esclude che possa considerarsi lesivo di prerogative statutarie il meccanismo di riscossione recato dalle disposizioni impugnate perché, anche nel nuovo sistema viene comunque salvaguardata la spettanza alla Regione dell'imposta sul reddito dei lavoratori dipendenti dagli stabilimenti siti nel suo territorio anche se la materiale percezione di tali tributi non può più avvenire sulla base delle superate disposizioni del dpr 1074/65 (dunque con il versamento diretto nelle esattorie siciliane)¹⁵. In questione viene quindi la pote-

¹⁵ Corte cost. n. 298/1974. In tale pronuncia, con riferimento alla imposta di ricchezza mobile, la Corte argomenta la propria conclusione rilevando che "... questa imposta è stata soppressa... a seguito dell'entrata in vigore della riforma tributaria ed è evidente che non poteva sopravvivere il preesistente sistema della sua riscossione mediante ruoli. Strutturalmente diversa è ora l'imposta sul reddito delle persone giuridiche, presupposto della quale è il possesso di redditi provenienti da qualsiasi fonte, come pure, diversa è la procedura di riscossione mediante versamento diretto alla esattoria... Ciò è sufficiente per escludere che possa porsi a raffronto la nuova normativa fiscale

stà di diretta riscossione del nuovo tributo piuttosto che la spettanza del relativo gettito. Sotto questo aspetto particolarmente illuminante è la sentenza 299/1974 che, nel risolvere a favore della Regione il problema della attribuzione delle ritenute sui redditi di lavoro dei dipendenti degli stabilimenti esistenti nell'Isola, richiama ed utilizza le medesime argomentazioni della precedente sentenza ed associa le due fattispecie tributarie nel definirne la spettanza nella nuova situazione post-riforma. L'occasione è colta dalla Corte per sottolineare la necessità di aggiornare le norme di attuazione al nuovo assetto dei tributi conseguito alla riforma¹⁶. In questo modo la Corte perviene al riconoscimento della piena legittimità del regime transitorio introdotto dall'art. 5 del dpr 602/1973 che disciplina le modalità operative per garantire alla Regione entrate che sono certamente di sua spettanza senza pregiudicare (ma anzi ponendosi in termini funzionali con quel processo) il necessario coordinamento tra prerogative statutarie e nuovo sistema tributario, riservato alle norme di attuazione. Nel giudicare su entrambe le questioni sollevate (la spettanza delle ritenute di acconto sui redditi di lavoro riferibili agli stabilimenti operanti in Sicilia ma con domicilio fiscale fuori del suo territorio e l'imposta di ricchezza mobile gravante sulla quota del reddito prodotto dagli stabilimenti e dagli impianti operanti in Sicilia, ma con sede legale dell'impresa fuori del suo territorio), fondamentale appare nel ragionamento della Corte, la considerazione per cui, a garantire le prerogative statutarie, nel nuovo regime fiscale e nel diverso sistema di riscossione, che è connaturato alla struttura dei nuovi tributi nati con la riforma, debbano provvedere nuove norme

nazionale in materia con norme dello Statuto e di attuazione riferentesi a fattispecie di tributi non più esistenti. In altri termini, non sussistendo più il vecchio tributo di ricchezza mobile sui redditi commerciali ed industriali oggetto della previsione degli artt. 37 dello Statuto e 7 delle norme di attuazione e riguardando l'art. 5 del d.P.R. n. 602 la riscossione mediante versamento diretto di nuove imposte tra le quali quella sul reddito delle persone giuridiche è da escludere che tale norma sia lesiva di un potere di riscossione regionale non più operante perché afferente a fattispecie tributaria soppressa”

¹⁶ Corte costituzionale sentenza del 27/12/1974, n. 299. Sul punto scrive la Corte “La necessità di un coordinamento tra entrate tributarie siciliane e nuovo ordinamento tributario nazionale è stata avvertita dallo stesso legislatore in sede di delega ed all'uopo l'art. 12, punto 4, della legge n. 825 del 1974 ha demandato il coordinamento ad apposito decreto legislativo da emanarsi proprio nel rispetto della procedura indicata dall'art. 43 dello Statuto, che la difesa della Regione assume essere stato violato dalla circolare ministeriale. Le istruzioni ministeriali (*impugnate dalla Regione*) non pregiudicano le soluzioni che potranno essere adottate in sede di emanazione della disciplina di coordinamento, ed in loro attesa, – **dato che non v'è dubbio che trattasi di tributi spettanti alla Regione**, in quanto espressamente previsti dall'art. 7, comma secondo, del d.P.R. n. 1074 del 1965 tuttora in vigore – hanno disposto che i sostituti d'imposta facciano separate distinte di versamento delle ritenute sui redditi di lavoro dei dipendenti di stabilimenti e impianti siti in Sicilia con la specifica annotazione che trattasi di ritenute relative a detto personale. Per effetto di queste istruzioni e sulla base peraltro della disciplina dettata dal d.P.R. n. 602 del 1973 in tema di versamenti diretti e relativi termini riscosse tali entrate, dovrà immediatamente trasmettere il relativo importo alla Regione”

di attuazione dello Statuto. Modifica che naturalmente va operata con le procedure dell'art. 43 dello Statuto e non può certo essere la legge ordinaria a farsene carico. Quest'ultima, nel caso in esame, ad avviso della Corte, si è limitata correttamente, nelle more di tale coordinamento, ad introdurre una specifica modalità di riscossione dei tributi, garantendo al contempo il riversamento alla Regione di quelle entrate di spettanza della stessa ai sensi dell'art. 37 dello Statuto. Dunque necessità di nuove norme di attuazione ma anche garanzia per la Regione (anche nel regime transitorio), a vedersi riconosciute entrate ad essa certamente spettanti.

3.1. *Gli effetti delle Sentenze sull'art. 37*

Rispetto a queste conclusioni sulla portata dell'art. 37 dello Statuto, in realtà, la effettiva applicazione di tali principi è stata ben più problematica ed a tutt'oggi non può dirsi del tutto risolta. Per quello che riguarda le ritenute operate sui redditi dei lavoratori dipendenti occupati in stabilimenti ubicati in Sicilia, la Sentenza 299/1974 ne aveva riconosciuto la spettanza alla Regione anche se riscosse fuori dal suo territorio. Questo riconoscimento tuttavia è rimasto a lungo inapplicato e queste entrate hanno continuato ad affluire alle casse dello Stato e solo nel 1993 (a vent'anni da quella pronuncia) vennero emanate le istruzioni ministeriali per disciplinare gli adempimenti a carico dei concessionari atti a garantire il riversamento di quel gettito alla Regione. Il credito determinatosi per la Regione (per gli anni dal 1974 al 1993) venne regolato nell'ambito delle compensazioni seguite ai lavori della Commissione Brancasi¹⁷. Ancor più complesso ed a tutt'oggi irrisolto il problema della quota di imposta sul reddito delle persone giuridiche (IRPEG prima ed IRES poi) da attribuire agli stabilimenti ubicati in Sicilia di spettanza della Regione ai sensi del primo comma dell'art. 37 dello Statuto¹⁸. Tutto ciò ad onta del contenuto dell'art. 37 dello Statuto e dell'indirizzo applicativo formulato dalla Corte Costituzionale anche con riferimento al regime transitorio seguito alla riforma tributaria pur nelle more delle nuove norme di attuazione.

¹⁷ La Commissione presieduta dal prof. Antonio Brancasi venne istituita nel 1997 per definire i diversi contenziosi inerenti i rapporti finanziari pregressi tra stato e regione. Essa concluse i propri lavori nel 1998 con un documento "Studio preliminare alla definizione dei pregressi rapporti finanziari tra lo Stato e la Regione" contenente una serie di proposte analitiche sui diversi aspetti di tale contenzioso.

¹⁸ Nell'ambito dei lavori della citata Commissione Brancasi, i rappresentanti delle amministrazioni statali ribadirono l'orientamento che fosse inammissibile ipotizzare una ripartizione dell'IRPEG che, invece del criterio del domicilio fiscale, facesse riferimento al luogo di produzione del reddito in quanto una soluzione del genere trasformerebbe l'IRPEG da imposta personale ad imposta reale e finirebbe per stravolgere un aspetto importante della riforma tributaria.

Sta di fatto che anche in sede di conclusione dei lavori della Commissione Brancasi, al di fuori della fattispecie specifica presa in considerazione dalla sentenza 299/1974 (le ritenute di acconto sui redditi di lavoro riferibili agli stabilimenti operanti in Sicilia ma con domicilio fiscale fuori del suo territorio) non si fece luogo ad alcun riconoscimento di gettito alla Regione legato all'attuazione dell'art. 37 dello Statuto.

3.2. *Le nuove norme di attuazione dell'art. 37*

La stessa emanazione delle ulteriori norme di attuazione dello Statuto adottate con D. Lgs. 241/2005¹⁹ non ha portato, a tutt'oggi, alla risoluzione delle questioni connesse alla integrale applicazione dell'art. 37 dello Statuto. Due essenzialmente le questioni applicative che andavano definite per dare attuazione alla nuova disciplina applicativa dell'art. 37: definire il criterio da utilizzare per il calcolo della IRES da attribuire alla Regione sulla base delle quote di reddito afferenti agli impianti localizzati nel territorio; specificare le funzioni da trasferire alla Regione in relazione al principio di simmetria contemplato dal dlgs 241/2005. In ordine ai criteri per il calcolo della quota di IRES da attribuire alla Regione, si è addivenuti presto ad un criterio condiviso, individuandolo in quello contenuto nell'art. 3 c. 1 della legge 289/2002 relativo alla regionalizzazione della base imponibile IRAP²⁰. Ben più complessa si è presentata invece la questione relativa alla individuazione delle funzioni da trasferire alla Regione simmetricamente rispetto alle nuove risorse. Com'è noto sul significato da attribuire

¹⁹ Testo dlgs del 3/11/2005, n. 241: "1. In base all'art. 37 dello Statuto della regione siciliana, le relative quote di competenza fiscale dello Stato sono trasferite alla Regione. Simmetricamente sono trasferite alla Regione competenze previste dallo Statuto fino ad ora esercitate dallo Stato. 2. Con decreto dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze, d'intesa con l'Assessorato del bilancio e delle finanze, si provvede alla definizione delle modalità applicative.

²⁰ Si tratta di una disposizione che ha, per altro, valore di norma di indirizzo per l'Alta Commissione per il federalismo fiscale ai fini della regionalizzazione del gettito dei tributi. In effetti nei documenti conclusivi dei lavori dell'Alta Commissione vi è un solo esplicito riferimento alla Regione Siciliana allorché viene proprio sottolineato che mentre per le altre regioni, la legge istitutiva della Commissione, rimette a quest'ultima la determinazione dei criteri da applicare per la regionalizzazione delle imposte, per la Regione Siciliana, il medesimo criterio, per la Sicilia, viene individuato direttamente dalla legge (art. 3 legge del 27/12/2002, n. 289), disponendosi che ai soggetti passivi IRPEF ed IRPEG che hanno sede legale fuori dal territorio regionale, ma in essa dispongono di stabilimenti od impianti, si applicano i criteri di riparto stabiliti dall'art. 4 c. 2 del decreto legislativo del 15/12/1997, n. 446 relativo all'IRAP nell'ipotesi in cui l'attività sia esercitata nel territorio di più regioni. Ed aggiunge la Commissione "Tale disposizione è intesa a dare piena attuazione all'art. 37 dello statuto..." Si consideri che in una prima stesura delle norme di attuazione dell'art. 37 veniva fatto esplicito riferimento a tale criterio; nella stesura definitiva adottata, scompare tale riferimento e compare il criterio della simmetria.

al criterio della simmetria tra le nuove spettanze finanziarie riconosciute statutariamente alla Regione e trasferimento di funzioni di spettanza della Regione, ancora esercitate dallo Stato, fino al 2008 (allorché sul punto si pronuncerà la Corte Costituzionale) si prospettarono due diverse interpretazioni. La prima, di parte statale, interpretò la simmetria come contemporaneità tra attribuzione delle nuove risorse e corrispondente trasferimento di nuove funzioni di spettanza regionale ancora esercitate dallo Stato. Un processo da intendersi, in sostanza, senza oneri aggiuntivi per la finanza statale e, di converso, a saldo zero anche per la finanza regionale. La conseguenza di una eventuale attribuzione di risorse finanziarie alla Regione non correlata, anche sotto il profilo temporale, al corrispondente conferimento di funzioni esercitate dallo Stato, renderebbe, secondo la interpretazione di parte statale, la norma in questione priva di copertura finanziaria, con conseguente violazione dell'art. 81 della Costituzione.

La seconda interpretazione, di parte regionale, pur riconoscendo che la ordinata corrispondenza tra attribuzione delle entrate e trasferimento delle funzioni è nello spirito dello Statuto, nel contesto delle nuove norme di attuazione, attribuisce al criterio del trasferimento simmetrico di risorse e funzioni, una valenza eminentemente programmatica atteso che, diverse sono le procedure e gli organi chiamati a definire i due processi: per la parte delle risorse finanziarie, l'intesa Ministero dell'Economia – Assessorato al Bilancio e relativo provvedimento dirigenziale; per il trasferimento di funzioni, la deliberazione della Commissione Paritetica ex art. 43 dello Statuto e l'adozione dei relativi decreti legislativi. Per quello che riguarda il problema della neutralità finanziaria della disposizione per il bilancio dello Stato, si sostiene che questa potrebbe essere invocata se si trattasse di risorse di spettanza dello Stato che vengono attribuite alla Regione e non già di risorse riconosciute costituzionalmente di spettanza della Regione in quanto radicate nella previsione statutaria.

3.3. *Il criterio della simmetria nella sentenza 145/2008*

Con la Sentenza n.145/2008, la Corte Costituzionale interviene sul punto e fornisce una interpretazione del criterio della simmetria che differisce in maniera sostanziale da entrambe le impostazioni prima riassunte. Il giudizio da cui origina la pronuncia citata, consegue alla impugnativa di parte regionale del comma 661 dell'art. 1 della legge 296/2006 per violazione appunto del decreto legislativo 241/2005. Nel ricorso la Regione censura la disposizione in quanto nel prevedere il trasferimento di funzioni alla regione senza trasferimento di risorse economiche o con il trasferimento di risorse inferiori al necessario non rispetta il criterio di simmetria tra trasferimento di funzioni e di risorse stabilito dall'evocato decreto legislativo di attuazione dello Statuto. La Corte respinge l'eccezione di costituzionalità prospettata dalla Regione sostenendo che il crite-

rio di simmetria indicato nel decreto legislativo 241/2005 è riferibile esclusivamente alle sole funzioni connesse alla riscossione dei tributi conferiti con quella disposizione e dunque non trova applicazione nel caso di specie²¹. Ma neanche tale pronuncia della Consulta ha finora consentito di risolvere il contenzioso. In sede di riunione del tavolo tecnico Stato-Regione convocato per la predisposizione del decreto dirigenziale previsto dal dlgs 241/2005, la parte statale ha sostenuto²² che *“la mera considerazione delle sole spese di riscossione non consentirebbe di eseguire quella simmetria che espressamente viene richiamata dal dlgs 241/2005 per assicurare la necessaria neutralità finanziaria che deve caratterizzare un provvedimento di attuazione qual è quello in esame...”*. Aggiungendo, con riferimento alla sentenza 145/2008 che *“la pronuncia dell’Alta Corte non ha riguardato le disposizioni del richiamato decreto legislativo²³ limitandosi a richiamare il disposto recato dall’art. 1 comma 661 della legge 296/2006 e che prima della cennata sentenza il criterio di simmetria veniva riferito al complesso delle funzioni statutarie ancora da trasferire e, quindi, inteso come strumento di garanzia della necessaria neutralità finanziaria per il bilancio dello stato e della Regione”*. Insomma si ritorna al punto di partenza con un sostanziale *disconoscimento* della pronuncia della Consulta²⁴.

4. *Le clausole di riserva allo Stato di entrate riscosse in Sicilia*

L’art. 2 del dpr 1074/1965 nell’attribuire alla Regione tutte le entrate erariali riscosse nel suo territorio riconosce allo Stato la spettanza delle *“nuove entrate tributarie il cui gettito sia destinato con apposite leggi alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato specificate nelle leggi medesime”*. Le difficoltà interpretative di tale clausola di riser-

²¹ Corte costituzionale, sentenza del 16/05/2008, n. 145. Al riguardo si legge nella pronuncia *“l’art. 1 del d.lgs. n. 241 del 2005, nel dare attuazione all’art. 37 dello statuto, si limita a disporre che, con riferimento all’imposta relativa alle quote del reddito da attribuire agli stabilimenti ed impianti siti nel territorio della Regione di imprese industriali e commerciali aventi la sede centrale fuori da tale territorio, sono trasferite alla Regione – simmetricamente – al trasferimento del gettito di tale imposta – anche le competenze previste dallo Statuto sino ad ora esercitate dallo Stato, e cioè esclusivamente le competenze in ordine alla riscossione di tale imposta.*

²² Si veda al riguardo il verbale della riunione del tavolo tecnico del 24 luglio 2008.

²³ Invero si è visto come il dlgs 241/2005 venga esplicitamente evocato dalla Regione nel ricorso alla Corte e considerato dalla Corte medesima come parametro per il relativo giudizio di costituzionalità.

²⁴ Nell’ambito della discussione della legge finanziaria 2009, la Camera approvò un ordine del giorno che impegnava il governo ad adottare le disposizioni attuative del dlgs 241/2005, in coerenza con la interpretazione data dalla corte Costituzionale. Dello stesso tenore le mozioni discusse ed approvate dalla Camera stessa nel febbraio 2009.

va, sia in ordine alla qualificazione di una entrata tributaria come “nuova”, sia con riferimento alle caratteristiche che deve avere la finalizzazione di tale entrata perché lo Stato possa riservarsela, sia ancora in relazione alle particolari garanzie procedurali che devono assistere l'adozione di tali provvedimenti che incidono sugli ordinari criteri di riparto dei tributi, hanno prodotto un esteso contenzioso di costituzionalità che, anche in questo caso, ha avuto un primo sbocco (sotto il profilo della regolazione finanziaria) nei lavori della Commissione Brancasi con la intesa sulla quantificazione dei crediti dello Stato derivanti da tali riserve e, successivamente, con la declaratoria di incostituzionalità di numerose norme che recavano tali riserve e quindi con la cessazione degli effetti delle disposizioni statali introduttive delle riserve medesime. Esaminiamo i diversi profili di tale contenzioso e le soluzioni che ne ha indicato la giurisprudenza costituzionale.

4.1. *La qualificazione di nuova entrata tributaria*

Un primo aspetto riguarda la definizione di nuova entrata tributaria. La questione viene affrontata dalla Corte Costituzionale in relazione ad una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione, riguardante un provvedimento (art. 1, c. 2, legge 356/1967) di proroga della addizionale pro Calabria che era stata istituita con una precedente legge del 1955. Eccepisce la Regione nel suo ricorso che non può considerarsi una nuova imposta nel senso preteso dalla norma di attuazione, la proroga di una addizionale di imposta che preesisteva e dunque il relativo provento non potrebbe essere riservato allo Stato. Pronunciandosi su tale ricorso la Corte Costituzionale²⁵, nell'assegnare allo Stato i proventi in questione, argomenta che l'addizionale di imposta pur non potendosi considerare un nuovo tributo, è comunque un'entrata tributaria nuova; per la Corte in effetti le norme di attuazione richiedono la novità del provento, non del tipo di imposta. Ad analoga conclusione giunge nella sentenza n.49/1972 nella quale ribadisce il principio per cui, per nuova entrata debba intendersi non un tributo nuovo ma solo una entrata derivante da un atto impositivo nuovo, in mancanza del quale l'entrata non si sarebbe verificata. Non fondato viene ritenuto dalla Corte anche un ricorso della Regione per conflitto di attribuzione, avverso un decreto del Ministero delle finanze che definisce le modalità di determinazione e di attribuzione di incrementi di imposte che lo Stato si era riservato con precedenti provvedimenti. Nel ricorso la Regione senza porre in discussione la spettanza allo Stato di tali entrate, ritiene censurabile in quanto irragionevole, il sistema di calcolo delle nuove entrate da riservare allo Stato

²⁵ Corte costituzionale, sentenza del 16/05/1968, n. 47.

basato sulla determinazione presuntiva delle variazioni di gettito, indotti dai provvedimenti adottati, sui tributi considerati²⁶. Nel decidere su tale ricorso la Corte argomenta nel senso che una volta assunta la legittimità della destinazione allo Stato del maggiore gettito di imposta non può considerarsi lesiva delle prerogative regionali la modalità di calcolo del gettito che nel caso specifico viene operata proiettando su base regionale l'incremento percentuale delle entrate stimate su base nazionale²⁷. Fondato viene invece ritenuto dalla Corte, il ricorso della Regione sull'art. 3 della legge 28 dicembre 1995, n. 549 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica) nella parte in cui destina all'erario (con la finalità di concorrere alla copertura degli oneri del debito pubblico ed al riequilibrio del bilancio) il 50% delle entrate derivanti dalla tassa di concessione governativa sulla partita IVA. Sostiene in questo caso la Regione che le disposizioni impugnate non determinano variazioni nell'importo del tributo e non ne incrementano il flusso delle entrate, riguardando esclusivamente le modalità di versamento della tassa di concessione governativa sulla partita IVA²⁸.

Con una successiva pronuncia²⁹ la Corte affronta un doppio profilo di costituzionalità sollevato dalla Regione: la qualificazione delle riserve di gettito all'erario previste come nuove entrate secondo l'art. 2 delle norme di attuazione e le garanzie procedurali che devono assistere le modalità di attuazione della clausola di riserva. Nel ricorso che promuove il giudizio, la Regione impugna due disposizioni che riservano all'erario, rispettivamente, le entrate derivanti dai commi da 133 a 165 dell'art. 2, e le entrate derivanti complessivamente dalla legge n. 662/1996, destinandole "*alla copertura degli oneri per il servizio del debito pubblico, nonché alla realizzazione delle linee di politica economica e finanziaria in funzione degli impegni di riequilibrio del bilancio assunti in sede comunitaria*". Osserva la Regione che la legge n. 662/1996 contiene, oltre a diverse disposizioni che istituiscono nuovi tributi, altre che sostituiscono imposte esistenti con altro tipo di imposizioni, ed elevano aliquote di tributi. Interventi molteplici e di varia natura caratterizzati dall'intento di ridisegnare fattispecie tributarie, cause di de-

²⁶ La determinazione del maggiore gettito spettante allo Stato, veniva determinato dal decreto impugnato sulla base del raffronto con la previsione di competenza dei capitoli di bilancio cui quelle entrate erano destinate ad affluire, in modo da ottenere per ciascun capitolo l'incidenza percentuale prodotta dagli incrementi provocati dalle nuove leggi; le percentuali così ottenute sono state poi applicate alle corrispondenti previsioni del bilancio della Regione, così ottenendo il prevedibile incremento delle imposte riscosse nella regione, da attribuire allo Stato.

²⁷ Corte costituzionale sentenza del 16/07/1996, n. 253.

²⁸ Corte costituzionale sentenza del 30/12/1996, n. 430. Ed in effetti, riconosce la Corte che "Se l'importo della tassa sulla concessione governativa per la partita IVA non è stato variato... il gettito di tale imposta non può, in forza della stessa legge, essere attribuito, neppure in parte allo Stato" in quanto "Rimane preclusa, in generale, la devoluzione allo Stato di entrate tributarie erariali riscosse nel territorio della regione siciliana, ma prive del carattere di novità".

²⁹ Corte costituzionale sentenza del 13/04/2000, n. 98.

trazione e di deduzione, o di allargare la base imponibile (ad esempio attraverso l'aumento delle rendite catastali), ma sostanzialmente rivolti a procurare maggiori entrate. A fronte di tale complessità di contenuti manca nei provvedimenti ogni indicazione dei criteri per distinguere i proventi nuovi da ciò che nuovo non è; in particolare ad avviso della Regione mentre vanno considerate "nuove entrate tributarie" nell'accezione che l'art. 2 del d.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074, consente di riservare allo Stato quelle derivanti dalla istituzione di nuovi tributi o dall'incremento delle aliquote di tributi preesistenti, tali non sono gli interventi sulla base imponibile di tributi esistenti. Relativamente alle modalità attuative della riserva, il provvedimento si limita "a rinviare ad un decreto ministeriale per la indicazione dei criteri selettivi". Per la Regione tale modalità impedirebbe il controllo sul corretto esercizio della deroga, e verrebbe meno la prevedibilità delle relative decisioni, con violazione della certezza del diritto³⁰.

Le censure relative alla nozione di nuova entrata tributaria e la difficoltà di definirne la portata nell'ambito del provvedimento, sono risolte dalla Corte con una declaratoria di non fondatezza, rilevando che dalle clausole di riserva all'erario contenute nei provvedimenti "non si desume affatto che il legislatore statale abbia considerato come nuove entrate tributarie, derivanti dalle stesse leggi, entrate cui invece non si possa riconoscere tale carattere. Esse, d'altra parte, non potrebbero che essere applicate in senso conforme a ciò che prevede la normativa di attuazione statutaria. Ove poi, in sede applicativa, sorgesse controversia circa il carattere di nuova entrata tributaria attribuibile a questo o a quel gettito, sarà in quella sede, e con gli strumenti ad essa appropriati – ivi compreso, se del caso, il conflitto di attribuzioni – che la Regione potrà difendere la propria autonomia finanziaria da eventuali illegittime lesioni". La medesima argomentazione è utilizzata dalla Corte in due successive sentenze del 2000³¹, nelle quali nel respingere i ricorsi della Regione (limitatamente allo specifico aspetto³² relativo alla clausola di devoluzione allo Stato delle entrate di provvedimenti che, per la loro complessità, importano effetti di gettito non tutti riconducibili alla nozione di nuova entrata, ribadisce come tali clausole comunque, in sede applicativa, debbano essere interpretate in senso conforme alle norme di attuazione e dunque non sono di per sé idonee a configurare come nuove entrate tributarie, entrate che invece non avessero tale caratteristica: riconoscendosi, in tal caso alla regione, ogni possibilità di tutela, allorché in fase di attuazione sorgessero problemi applicativi della riserva stessa³³.

³⁰ Questo secondo profilo concernente le garanzie procedurali, viene svolto nel successivo punto 4.3; in questa sezione si approfondisce solo l'aspetto relativo alla nozione di nuova entrata

³¹ Corte costituzionale sentenze del 25/07/2000 nn. 347 e 348.

³² Come per la sentenza Corte cost. n. 98/2000, anche in questi giudizi la Corte dichiarerà invece fondato il ricorso della Regione per l'aspetto che prevede l'attribuzione ad un decreto del ministero delle finanze, le modalità di attuazione delle riserve. Il tema è trattato nel successivo punto 4.3.

³³ Citata sent. Corte cost. n. 348/2000 Al riguardo ribadisce la Consulta "Questa Corte ha già

Cosa succede invece quando la clausola di riserva all'erario è riferita a provvedimenti che, comprendono assieme, sia misure accrescitive delle entrate (introduzione di nuovi tributi, aumento di aliquote o estensione delle basi imponibili di tributi preesistenti) che misure destinate a ridurre le entrate (soppressione di tributi esistenti, riduzione di aliquote o restrizioni di basi imponibili di tributi)? La questione è oggetto del giudizio nella citata sentenza 348/2000 con riferimento alla eccezione di costituzionalità sollevato dalla Regione sul comma 22 dell'art. 17 della legge 449/1997. La Regione lamenta che il citato comma 22 preveda una riserva di entrata a favore dello Stato che non sarebbe legittima in quanto non riguarderebbe nuovi tributi né aumento di aliquote, bensì rideterminazione di base imponibile o riduzione di entrate per soppressione di preesistenti tributi di spettanza regionale. L'art. 17 della legge citata in effetti contiene una serie di misure, alcune delle quali comportano maggiori entrate ed altre che comportano minori entrate. Per quanto riguarda in particolare le entrate derivanti dalle tasse automobilistiche (il cui gettito riscosso nella Regione Siciliana è di spettanza di quest'ultima), la stessa disposizione impone di configurarne le nuove tariffe in modo tale da fornire *“un gettito equivalente a quello delle stesse tasse vigenti al 31 dicembre 1997, maggiorato di un importo pari a quello delle soppressioni e riduzioni di tributi previste dalla medesima disposizione”*. Non sono dunque previste nuove entrate nette derivanti dalle tasse automobilistiche, e non opera dunque, in proposito la riserva di entrate a favore dell'erario di cui all'art. 64 della legge. Sul punto infatti la Corte sancisce il principio per cui, le nuove entrate che possono essere riservate allo Stato *“devono intendersi, nel silenzio della legge, solo le maggiori entrate nette derivanti dalla legge, e dunque solo le maggiori entrate che eccedono le minori entrate contemporaneamente derivanti dallo stesso provvedimento*. Così non fosse, all'aumento delle entrate per lo Stato farebbe riscontro non già – come è conforme alla ratio delle clausole di riserva di nuove entrate all'erario – l'invarianza del gettito a favore della Regione, ma una diminuzione di quest'ultimo: il che andrebbe al di là di ciò che prevede la norma di attuazione, quando consente di sottrarre alla Regione, per riservarlo a finalità specifiche dello Stato, il gettito aggiuntivo di entrate tributa-

avuto occasione di chiarire che clausole legislative generiche come quella in esame, che si limitano a riservare all'erario le entrate “derivanti” da altre disposizioni contenute negli stessi provvedimenti legislativi in cui sono contenute, e cioè le entrate che trovano in essi la loro fonte, non comportano che si considerino come nuove entrate tributarie, riservate allo Stato, entrate cui non si debba invece riconoscere tale carattere, perché non sono “nuove” nel senso ora detto: onde è in sede di applicazione concreta di tali clausole che la Regione, ove riscontri che lo Stato pretende di avocare a sé entrate prive di detto carattere, potrà difendere la propria autonomia finanziaria dalla lesione che ne deriverebbe, attraverso gli strumenti appropriati, ivi compreso, se del caso, il conflitto di attribuzioni (Corte cost. n. 98/2000).

rie altrimenti spettanti alla Regione (cfr. sentenza n. 198 del 1999, nonché sentenza n. 49 del 1972).

Sempre con riferimento alla definizione della nozione di *nuova entrata* cui è applicabile il regime della riserva, con una pronuncia del 2004³⁴ la Corte affronta un ulteriore aspetto che riguarda il gettito conseguente la introduzione di imposte sostitutive. Nel caso affrontato dalla ricordata sentenza, il ricorso della Regione aveva ad oggetto alcuni articoli della legge 383/2001 ed in particolare l'art. 1 che prevede per gli imprenditori l'applicazione, sull'incremento dell'imponibile risultante dalla dichiarazione di emersione dal lavoro nero, di un'imposta sostitutiva dell'IRPEF, dell'IRPEG e dell'IRAP, con tassazione separata rispetto al rimanente imponibile ed un regime fiscale agevolato per i lavoratori i cui rapporti vengono ad emersione: anche ai redditi di lavoro di tali soggetti si applica un'imposta sostitutiva dell'IRPEF, con tassazione separata rispetto al rimanente imponibile. Lo stesso art. 1 dispone altresì che la dichiarazione di emersione, su richiesta degli imprenditori interessati, può anche valere come proposta di concordato tributario e previdenziale ai fini dell'applicazione di una ulteriore imposta sostitutiva dell'IRPEF, dell'IRPEG, dell'IRAP e dell'IVA e dei contributi previdenziali, con tassazione separata rispetto al rimanente imponibile (art. 1, comma 3). Detto articolo prevede ancora che i lavoratori "emersi" possono estinguere i loro debiti fiscali e previdenziali, connessi alla prestazione di lavoro irregolare, mediante il pagamento di una somma stabilita in quota fissa per ciascun anno pregresso senza applicazione di sanzioni e interessi. L'articolo in questione prevede infine che le maggiori entrate derivanti dal recupero della base imponibile connessa ai programmi di emersione, con esclusione di quelle contributive, affluiscono ad uno specifico fondo istituito dall'art. 5 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. Sostiene la Regione che il richiamato articolo 1 della legge n. 383 del 2001 sarebbe lesivo delle prerogative della Regione Siciliana in materia finanziaria, in quanto *"non configura né una imposta di nuova istituzione né una entrata derivante da un aumento di aliquota di un'imposta preesistente, ma detta una specifica disciplina nel presupposto di una emersione di basi imponibili, le quali, qualora tutti i contribuenti avessero correttamente adempiuto gli obblighi, precipuamente tributari, sugli stessi gravanti, avrebbero già da tempo costituito presupposto di imposte di spettanza regionale"*. Sul punto concorda anche la Corte convenendo che nella specie, non si tratta di una nuova entrata, ma di una imposta sostitutiva di tributi di pacifica spettanza regionale e di conseguenza si è fuori dall'ipotesi eccezionale prevista a favore dello Stato dall'art. 2 delle norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria³⁵.

³⁴ Corte costituzionale sentenza del 23/01/2004, n. 29.

³⁵ Tuttavia la Corte in sentenza, dichiara infondato il ricorso della Regione perché il provvedimento impugnato è da ritenersi non applicabile alla Sicilia in quanto "l'art. 1 della legge n. 383 del

4.2. *La clausola di finalizzazione delle entrate riservate allo Stato*

Come detto, la eccezione al principio della spettanza alla Regione del gettito delle nuove entrate tributarie erariali riscosse nel suo territorio, prevista dall'art. 2 del dpr 1074/1965 disponendone la loro devoluzione allo Stato, postula che la legge istitutiva (confermativa o maggiorativa) dei tributi erariali, rechi una apposita clausola che destini tali maggiori entrate *“a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato, specificate nelle leggi medesime”*. Anche l'ambito di applicazione della clausola di finalizzazione delle nuove entrate è stato al centro di un ampio contenzioso di costituzionalità tra lo Stato e la Regione. Un particolare aspetto di tale problematica viene affrontato dalla Corte con la già citata sentenza n. 47/1968. Oggetto della impugnativa regionale è la ricordata proroga dal 1967 al 1972 della addizionale pro-Calabria con riserva allo Stato dei relativi proventi (art. 1 legge 356/1967). Rispetto a tale disposizione la Regione contesta il fatto che la norma impugnata non recasse espressamente la particolare esigenza al cui soddisfacimento veniva destinato il gettito (finalità invece ben presente nella originaria legge istitutiva della medesima addizionale che nasce appunto come imposta di scopo pro-Calabria nel 1955). La Corte dichiara infondato il ricorso della Regione, sostenendo che *“... la proroga di un'imposta introdotta per un certo scopo, com'è l'addizionale pro Calabria, di regola non può avere altro fine da quello originario, sì che un'ulteriore specificazione sarebbe superflua...”* e ciò significa che *“quando un nuovo provento sia diretto a soddisfare particolari finalità, non se ne può contestare l'appartenenza allo Stato. Vale a dire che la norma d'attuazione è rispettata nella sostanza anche se il collegamento fra l'entrata e la spesa non sia oggetto d'una esplicita e puntuale disposizione normativa e se una parte del provento sia impiegato per fini diversi da quello che ha ispirato la legge istitutiva...”* Nella giurisprudenza successiva, la Corte tuttavia mitigherà la portata di tale enunciato che porta a riconoscere la possibilità di un collegamento *per implicito* tra la riserva allo stato della nuova entrata e la sua finalizzazione. A favore della Regione viene in effetti risolto il

18/10/2001 nel prevedere che il gettito delle entrate sostitutive è destinato al fondo di cui all'art. 5 della legge finanziaria n. 388 del 2000, richiama non solo quest'ultimo articolo, ma, implicitamente, anche il suo regime, che si incentra sulla clausola di salvaguardia di cui all'art. 158, comma 2, della stessa legge n. 388 del 2000, secondo il quale le disposizioni in questione sono applicabili alle Regioni a statuto speciale ed alle Province di Trento e Bolzano *“compatibilmente con le norme dei rispettivi statuti”*. Ne consegue che, per quanto riguarda la Sicilia, la confluenza del gettito delle imposte sostitutive al fondo di cui all'art. 5 della citata legge n. 388 del 2000 non è possibile, poiché in contrasto, come sopra si è visto, con l'art. 2 delle norme di attuazione dello statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria. Non si configura dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla Regione, alcuna lesione di prerogative statutarie regionali.

contenzioso per conflitto di attribuzione³⁶ sollevato su una nota del Ministero delle finanze con la quale veniva negata alla Regione la partecipazione al gettito dell'aumento (disposto dall'art. 6 della legge 801/1970) di una addizionale già istituita per l'anno 1967 con una precedente disposizione del 1966 (art. 80 d.l. 976/1966) e successivamente prorogata (d.l. 1132/1967) ed il cui gettito era, dalle disposizioni che avevano istituito e prorogato l'addizionale, esclusivamente riservato a particolari finalità di competenza dello Stato secondo la previsione dell'art. 2 delle norme di attuazione. Sulla disposizione in contestazione che dispone l'attribuzione allo Stato del gettito dell'aumento di quella addizionale senza che la norma stessa esplicitasse la formula di destinazione dei proventi, a fronte della argomentazione dell'Avvocatura dello Stato nel giudizio secondo la quale *“l'aumento dell'addizionale precedente... non può che spettare per intero allo Stato, pur senza la riserva, non necessaria, a favore dell'Erario, trattandosi di aumento di contributo già ad esso per intero riservato”* la Corte ne dichiara invece la incompatibilità con l'art. 2 delle norme di attuazione sancendo la spettanza alla Regione di quel gettito. La motivazione del giudizio muove da una analitica ricostruzione della sequenza dei provvedimenti che avevano istituito, prorogato e disposto la finalizzazione dei proventi dell'addizionale escludendo che, al provvedimento di incremento dell'addizionale si potesse attribuire quel collegamento *implicito* con la originaria finalità che l'Avvocatura dello Stato evocava. Piuttosto, rileva la Corte, la disposizione che ha introdotto l'aumento della addizionale va considerata *in stretta connessione con l'intero testo legislativo entro cui si colloca*. Si tratta, come detto, della legge 28 ottobre 1970, n. 801 che reca sgravi fiscali a favore dei lavoratori a più basso reddito. Dunque se di connessione si deve parlare (in assenza di una esplicita indicazione contenuta nella norma) questa è piuttosto tra l'aumento dell'addizionale e gli sgravi fiscali contestualmente disposti dalla stessa legge, essendo evidente che il provento derivante dalla maggiorazione delle aliquote dell'addizionale in esame, è destinato a compensare unicamente la diminuzione delle entrate causata dalla concessione delle agevolazioni fiscali. Ed aggiunge la Corte che se anche *“lo Stato, come ente sovraordinato e sovrano, può disporre in merito alla imposizione o abrogazione di tributi in piena libertà, anche se si tratti di tributi spettanti alle Regioni, non per questo esso può attribuire a se stesso l'intero gettito di una entrata chiaramente sostitutiva, quando il tributo sostituito non è di sua esclusiva spettanza.”* E dunque la disposizione non integra *le particolari finalità* pretese dall'art. 2 del D.P.R. 26 luglio 1965, n. 1074 per potere riservare allo Stato quei proventi, perché nella specie si tratta di un'entrata sostitutiva del gettito di tributi di sicura spettanza regionale.

³⁶ Corte costituzionale sentenza 15/03/1972, n. 49.

Analogamente la Corte sosterrà la spettanza alla Regione dei proventi dell'aumento di una addizionale già riservata all'erario con una precedente disposizione, poiché la norma impugnata si era limitata a disporre il mantenimento alla riserva statale dei proventi dell'aumento del tributo nell'ambito della clausola di copertura finanziaria della spesa recata dal provvedimento medesimo, il che, argomenta la Corte, non può considerarsi rispondente alla previsione dell'art. 2 delle norme di attuazione che richiede una specifica clausola di destinazione³⁷. Nell'ambito di tale giudizio la Corte richiama esplicitamente la Sentenza 47/1968, sottolineando la specificità di quella pronuncia relativa alla addizionale pro-Calabria dove *la peculiarità dello scopo era immanente nella legge originaria* e dunque la reiterazione della finalità poteva considerarsi implicita nella disposizione di proroga. Un ulteriore giudizio di inadeguatezza della clausola di riserva allo Stato di nuove entrate è quello pronunciato dalla Consulta³⁸ in relazione all'art. 4-bis, primo comma, del decreto-legge 30 settembre 1989, n. 332. Tale articolo al primo comma disponeva che l'aumento del 50 per cento delle tasse automobilistiche ivi previsto venisse acquisito per intero al bilancio dello Stato ed al quarto comma prevedeva che tali somme (nei limiti di un importo di 700 milioni e per il solo anno 1990) fossero ripartite tra i Comuni e le Province. Nel giudizio promosso dalla Regione, la tesi resistente dell'Avvocatura evidenzia la connessione tra il primo ed il quarto comma dell'articolo per cui l'assegnazione ai comuni di quella quota di proventi rappresenterebbe quella destinazione *a particolari finalità* pretesa dall'art. 2 delle norme di attuazione perché lo Stato, si possa riservare il gettito di un tributo altrimenti di sicura spettanza regionale. Ma anche in questo caso la Corte perviene alla conclusione opposta escludendo che l'aumento di entrata previsto dalla disposizione impugnata potesse farsi rientrare nell'eccezione disposta dalle norme di attuazione. La disposizione in realtà si limitava a porre una disciplina (valida per un solo anno) con il vincolo di destinare successivamente le somme riscosse, nei limiti di un importo pari a 700 miliardi di lire, a una ripartizione tra i comuni e le province secondo criteri individuati dalla normativa per la finanza locale per quell'anno; una finalizzazione che nel giudizio della Corte *“non può essere considerata equivalente a quella specifica e diretta indicazione delle particolari finalità che autorizza il legislatore a derogare alle norme statutarie che attribuiscono alla Regione Siciliana tutte le entrate fiscali riscosse nel territorio della regione medesima”*.

³⁷ Corte costituzionale sentenza del 2/03/1987 n. 61. Nel respingere le argomentazioni dello Stato secondo cui, in via generale, sia sostenibile la tesi per cui *“... l'adempimento delle rigorose prescrizioni finalistiche si deve considerare soddisfatto dall'originaria destinazione degli aumenti...”* la Corte esclude che *“... la sola reiterazione della riserva è sufficiente ad assicurare il permanente collegamento tra la esigenza sopra specificata e l'attribuzione del provento allo Stato...”*.

³⁸ Corte costituzionale sentenza del 25/05/1990, n. 260.

Nel corso degli anni 90 sono molti i provvedimenti che recano una particolare specifica clausola che riserva allo Stato il gettito di nuove entrate per destinarle *“alla copertura degli oneri per il servizio del debito pubblico, nonchè alla realizzazione delle linee di politica economica e finanziaria in funzione degli impegni di riequilibrio del bilancio assunti in sede comunitaria”*. La questione è affrontata dalla Corte nell’ambito del giudizio che risolve il conflitto di costituzionalità sollevato dalla Regione sulla legge di conversione del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica” e sulla legge di conversione del decreto-legge 19 settembre 1992, n. 384 recante: *“Misure urgenti in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impiego, nonchè disposizioni fiscali”*³⁹. In ordine alla clausola di riserva⁴⁰, la Regione contesta sostanzialmente il fatto che la formula recata dalle leggi impugnate, possa considerarsi corrispondente a quelle specifiche finalità pretese dalle norme di attuazione, alla luce della formulazione piuttosto generica della clausola di finalizzazione che ne indica la destinazione agli oneri derivanti dal debito pubblico o al riequilibrio del bilancio statale e, per di più *“senza limiti di tempo e senza lo scopo di far fronte ad una situazione eccezionale e contingente”*. Di parere opposto è la Corte che nel rigettare tali motivi di impugnativa, considera soddisfatti i presupposti per devolvere allo Stato le nuove entrate in quanto nelle leggi impugnate le finalità sono *“chiaramente individuate e riferite all’emergenza finanziaria, in relazione alla quale le nuove entrate hanno una funzione essenziale anche in adempimento di precisi impegni comunitari, ai quali la legge fa esplicito riferimento”*. Parimenti privo di consistenza viene considerato il rilievo per cui la riserva allo Stato delle nuove entrate non sia circoscritta nel tempo, alla luce del fatto che *“l’art. 2 delle norme di attuazione dello statuto siciliano, prevede la possibilità della riserva stessa anche in relazione a finalità “continuative” (oltre che contingenti), come tali destinante ad essere perseguite senza limitazioni cronologicamente determinate*. Alla stessa stregua, per la Corte, non può ritenersi *“che la riserva possa operare solo in riferimento ad eventi naturali imprevedibili* (di finalizzazione a situazioni eccezionali e contingenti parla la Regione nel ricorso), *ai quali lo Stato debba fare fronte, non essendo rinvenibile una simile limitazione nella lettera del citato art. 2 ed essendo la stessa incompatibile con la sua ratio, che è quella di consentire alla legge dello Stato di istituire nuove entrate tributarie destinate alla realizzazione di finalità proprie all’intera comunità nazionale”*.

³⁹ Corte costituzionale sentenza del 30/07/1993, n. 362.

⁴⁰ La impugnativa della Regione dei citati provvedimenti riguarda anche altri profili di costituzionalità.

4.3. *Le garanzie procedurali: il principio della leale cooperazione*

Alcune sentenze pronunciate nel corso del 2000⁴¹ introducono un elemento di novità nel contenzioso di costituzionalità concernente l'ambito di applicazione del principio della riserva allo Stato di nuove entrate da destinare a particolari finalità; una novità che attiene alle garanzie procedurali che devono accompagnare l'applicazione delle riserve stesse.

Nel giudizio di legittimità costituzionale risolto con la Sentenza n. 98/2000, tra gli altri motivi di impugnativa⁴² la Regione lamenta che le norme impugnate non contengono alcuna indicazione dei criteri per distinguere i proventi nuovi da ciò che nuovo non è, limitandosi a rinviare ad un decreto ministeriale la indicazione dei criteri selettivi, impedendo in tal modo il controllo sul corretto esercizio della deroga. Ancor più grave il vulnus al principio di leale cooperazione poiché il provvedimento non prevede alcuna forma di partecipazione e consultazione nella determinazione dei maggiori proventi derivanti dagli interventi in parola ed anzi la Regione sarebbe stata totalmente ignorata, in quanto il Presidente della Regione non sarebbe stato invitato al Consiglio dei ministri in cui si è discussa e approvata la normativa in questione, e il decreto ministeriale verrebbe a determinare discrezionalmente, senza alcuna partecipazione della stessa, il quantum dei maggiori proventi riservati allo Stato. La Corte, sia pure accogliendo solo parzialmente le prospettazioni della Regione, dichiara costituzionalmente illegittime le disposizioni impugnate *“nella parte in cui non prevedono, ai fini della loro attuazione, un procedimento che contempra la partecipazione della Regione interessata, la quale deve essere posta in grado di interloquire sulle scelte tecniche e sulle stime da effettuare, e di rappresentare il proprio punto di vista”*. Le ragioni di tale illegittimità stanno per la Corte nel fatto che *“... la necessità di operare complesse valutazioni tecnico-finanziarie per la corretta applicazione della riserva pone, dal punto di vista costituzionale, l'esigenza di un procedimento che non escluda la partecipazione della Regione, in forme adeguate al caso. Le clausole di riserva di nuove entrate all'erario costituiscono infatti un meccanismo derogatorio, consentito al legislatore statale, rispetto al principio, sancito dalla norma di attuazione dello statuto, della attribuzione alla Regione dell'intero gettito dei tributi erariali (eccettuati alcuni) riscossi nell'ambito del territorio regionale; la loro attuazione incide pertanto direttamente sulla effettiva garanzia dell'autonomia finanziaria della Regione, oltre che sugli interessi attinenti alle specifiche finalità statali, alle quali sono destinate per legge le maggiori entrate. Il principio, dunque, di leale cooperazione fra Stato e Regione, che domina le relazioni fra i livelli di governo là dove si verificano interferenze fra le rispettive sfere e i rispettivi ambiti finan-*

⁴¹ Corte cost. nn. 98, 347 e 348/2000.

⁴² Sugli altri motivi di impugnativa e sul tenore delle norme impugnate si veda sopra al punto 4.1.

ziari, *esige che si attui tale meccanismo mediante procedimenti non unilaterali, ma che contemplino una partecipazione della Regione direttamente interessata*". Nella successiva Sentenza n. 347/2000 con la quale si esamina una questione analoga, la Corte chiarisce ulteriormente le proprie conclusioni e *corregge* la prospettazione regionale anzitutto precisando che la garanzia di partecipazione della Regione al procedimento, in attuazione del principio di leale cooperazione, non ha nulla a che vedere con il meccanismo dell'art. 21 dello Statuto, pure invocato dalla Regione, che prevede la partecipazione del Presidente della Regione Siciliana alla seduta del Consiglio dei ministri, in cui si delibera su materie che interessano la regione⁴³. Piuttosto, per la Corte, sono altre le forme di partecipazione regionale che devono assicurare il rispetto del principio di leale cooperazione nel caso delle riserve *"giacché la titolarità in capo allo Stato di un determinato potere – nella specie di identificare i casi di riserva a sé di specifiche entrate – non è sufficiente a fare escludere la necessità di un coordinamento con la regione interessata in tutti i casi nei quali esso collida con poteri spettanti a quest'ultima determinando un'interferenza tra i rispettivi ambiti finanziari. Nella ricorrenza di tali casi è necessario che l'attuazione del meccanismo di deroga al principio di attribuzione del gettito dei tributi erariali riservati alla regione avvenga attraverso un procedimento non unilaterale, affinché sia garantita alla regione stessa la possibilità di interloquire in vista della tutela dei propri diritti"*. Quindi una forma di tutela ancor più ampia rispetto a quella prevista dall'art. 21 dello Statuto; una tutela che si estende alla fase della adozione dei provvedimenti attuativi anche se, garantite tali forme di partecipazione, deve riconoscere la Corte, *"spetta poi allo Stato di adottare le determinazioni finali..."*. E comunque, la conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale fondata sul difetto di previsione nel procedimento, della necessaria concertazione con la Regione comporta *"la necessità del rinnovo del procedimento di attuazione, da cui derivano i criteri tecnici di ripartizione delle entrate localmente riscosse"*.

Conclusioni suscettibili di riaprire il giudizio sulla legittimità di una serie di disposizioni statali adottate tra il 1992 ed il 1996 che introducevano le riserve di gettito non rispettando i requisiti procedurali ora evidenziati dalla Corte. Ed in effetti la svolta avviene allorché la Regione solleva conflitto di attribuzione del decreto 23 dicembre 1997 del Ministero delle finanze che reca le modalità di attuazione delle riserve all'erario, a partire dal 1997, del gettito derivante dagli interventi in materia di entrate finanziarie della Regione siciliana, emanati dal 1992. Nel quadro di tale giudizio, la Corte adotta due ordinanze con le quali sospende, nelle more del giudizio, la esecuzione del decreto (Ordinanza 41/

⁴³ Al riguardo la Corte osserva tra l'altro che "... trattandosi di un atto legislativo produttivo di effetti sull'intero territorio nazionale, difettava *"un interesse giuridicamente differenziato della Regione Sicilia"*.

2001) e solleva (Ordinanza n. 42/2001) questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 36 dello Statuto *nonché al principio di leale cooperazione fra Stato e Regioni* del complesso delle disposizioni emanate fra il 1992 ed il 1996⁴⁴ *“nella parte in cui dette disposizioni, nello stabilire che le modalità della loro attuazione siano definite con decreto ministeriale, non prevedono la partecipazione della Regione Siciliana al relativo procedimento”*.

La Corte risolve la questione di legittimità costituzionale⁴⁵ sollevata in via incidentale, dichiarando la incostituzionalità di tutte le norme sottoposte a giudizio e ribadisce al riguardo le conclusioni enunciate con le sentenze nn. 98, 347 e 348/2000 ribadendo che la mancanza di una clausola che, in attuazione del principio di leale cooperazione, garantisca la partecipazione della Regione nel procedimento attuativo delle riserve *ne comporta la dichiarazione di illegittimità costituzionale*⁴⁶. A tale pronuncia segue l'art. 52 della legge 448/2001 che, a decorrere dall'1 gennaio 2002, dispone la cessazione dell'applicazione delle clausole di riserva all'erario già disposte con leggi entrate in vigore anteriormente. Il problema degli effetti finanziari delle disposizioni annullate con le pronunce del 2001 e del 2002 è stato oggetto di valutazione sia nell'ambito dei lavori della Commissione Brancasi che nel Protocollo di intesa che Stato e Regione hanno sottoscritto nel 2003 sulla base delle conclusioni della citata Commissione⁴⁷. Per gli anni che precedono il 1997 la Commissione Brancasi (che opera nel corso

⁴⁴ Si tratta in particolare: a) dell'art. 13, comma 2, del decreto legge 19 settembre 1992, n. 384 (Misure urgenti in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impiego, nonché disposizioni fiscali), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre 1992, n. 438; dell'art. 16, comma 17, secondo periodo, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica); dell'art. 16, comma 2, del decreto legge 30 dicembre 1993, n. 557 (Ulteriori interventi correttivi di finanza pubblica per l'anno 1994), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1994, n. 133; dell'art. 47, secondo periodo, del decreto legge 23 febbraio 1995, n. 41 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree depresse), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 1995, n. 85; dell'art. 3, comma 241, secondo periodo, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica); dell'art. 12, secondo periodo, del decreto legge 20 giugno 1996, n. 323 (Disposizioni urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1996, n. 425, nella parte in cui dette disposizioni, nello stabilire che le modalità della loro attuazione siano definite con decreto ministeriale, non prevedono la partecipazione della Regione Siciliana al relativo procedimento; b) dell'art. 18, comma 7, del decreto legge 22 maggio 1993, n. 155 (Misure urgenti per la finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 243, nella parte in cui non prevede che all'attuazione della riserva di entrate all'erario statale, ivi disposta, si provveda con la partecipazione della Regione siciliana;

⁴⁵ Corte costituzionale sentenza del 25/07/2001, n. 288.

⁴⁶ Con autonomo successivo giudizio (sentenza del 24/04/2002, n. 133) la Corte Costituzionale dichiarerà incostituzionale anche il decreto del 1997 già sospeso con l'ordinanza del 14/02/2001, n. 41 attuativo delle disposizioni dichiarate a loro volta incostituzionali con la sentenza Corte cost. n. 288/2001.

⁴⁷ Protocollo di intesa tra lo Stato e la Regione del 10 maggio 2003

del 1997 e dunque ben prima la declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni) riconosce per gli anni fra il 1993 ed il 1996 il *“formarsi di una posizione creditoria a favore dello Stato conseguente alla mancata attuazione delle disposizioni attuative delle riserve”*⁴⁸. Un credito che lo Stato quantifica in 1.867.365 milioni di lire e che la Regione *riconosce* per 1.276.365 milioni di lire. Il protocollo di intesa del 2003, prende invece atto della Sentenza della Corte Costituzionale n. 133/2002 (e, se pure non esplicitamente richiamata, della sentenza 288/2001) e dell'art. 52 della legge 448/2001, per cui Stato e Regione convengono di *soprassedere sulla individuazione di tale voce contabile* nell'ambito della definizione della situazione debitoria e creditoria reciproca.

5. *La riserva allo stato delle imposte di produzione e delle entrate dei monopoli dei tabacchi e del lotto*

In attuazione del secondo comma dell'art. 36 dello Statuto, l'art. 2 del dpr 1074/1965 prevede la riserva allo Stato delle entrate derivanti dalle imposte di fabbricazione, dal monopolio dei tabacchi, dal lotto e dalle lotterie nazionali. Le tabelle annesse alle richiamate norme di attuazione, con riferimento all'assetto tributario pro-tempore vigente, elencano i tributi che, in applicazione di tali previsioni, sono assegnati allo Stato (tabelle A, B e C) e quelli di spettanza della Regione (tabella D). Anche se nel tempo non sono mancati contenziosi sull'ambito di applicazione di tale riparto, è con la recente sentenza n. 115/2010 che la Corte Costituzionale inquadra organicamente tutta la materia, proponendone una lettura non priva di elementi di novità. La sentenza decide un ricorso del 2008 per conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione avverso una nota del Ministero dell'Economia con la quale viene rigettata la pretesa della Regione medesima di avere riconosciuta la spettanza del gettito derivante dalla tassazione sul consumo di taluni prodotti energetici per i quali sollecita altresì l'emana-zione delle opportune disposizioni e l'adozione dei provvedimenti necessari per consentire l'acquisizione al bilancio regionale del gettito relativo⁴⁹.

⁴⁸ Al riguardo va considerato che le disposizioni attuative di quelle riserve introdotte tra il 1992 ed il 1996 dalle disposizioni dichiarate illegittime con la sentenza 288/2001, erano state adottate solo nel dicembre 1997 con decreto del Ministero del Tesoro impugnato dalla Regione presso la Corte Costituzionale che prima ne sospende la esecuzione (Corte cost. ordinanza 41/2001) e successivamente ne dichiara la incostituzionalità (Corte cost. n. 133/2002).

⁴⁹ Parallelamente al ricorso alla Consulta, il Governo regionale presenta in Assemblea un ddl (n. 489 del 2008) che dispone che *“le entrate tributarie spettanti alla Regione sul consumo degli oli minerali, loro derivati e prodotti analoghi, sotto forma di accise, devono essere direttamente versate alle casse regionali... e pone il relativo adempimento a carico dei “... soggetti ubicati nel territorio della regione, obbligati al pagamento delle accise sugli oli minerali, loro derivati e prodotti analoghi”*.

Gli argomenti addotti dalla Regione a sostegno della propria pretesa possono riassumersi nei termini seguenti. Lo Statuto e le norme di attuazione sanciscono la spettanza alla Regione di tutti i tributi erariali, in qualsiasi modo denominati, con le eccezioni previste sia dal secondo comma dell'art. 36 dello Statuto che dall'art. 2 del menzionato D.P.R. n. 1074 del 1965 (cioè le entrate derivanti dalle imposte di produzione, dal monopolio dei tabacchi, dal lotto e dalle lotterie carattere nazionale); le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 26 del 2007 al "Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative" (decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504 hanno determinato (in particolare per taluni prodotti quali: gas naturale, carbone, lignite e coke, per cui, in effetti, l'oggetto del contenzioso riguarderà esclusivamente l'attribuzione del gettito delle accise su tali prodotti)⁵⁰ un «nuovo assetto» normativo che comporta lo spostamento del presupposto impositivo dalla produzione al consumo. In ragione di tali modifiche normative, secondo la prospettazione della Regione, non è più possibile configurare la tassazione dei prodotti in questione come imposta di produzione, con conseguente attribuzione allo Stato del relativo gettito ma da intendersi di spettanza regionale ai sensi dell'art. 36 dello Statuto speciale e delle correlate norme di attuazione in materia finanziaria, che prevedono la spettanza alla Regione di tutte le entrate tributarie erariali, dirette ed indirette, comunque denominate, riscosse nell'ambito del suo territorio, con la eccezione prima richiamata delle entrate derivanti dalle imposte di produzione (assieme alle altre ivi elencate).

Nel rigettare le pretese della Regione, la Corte Costituzionale argomenta anzitutto sulla configurazione giuridica della accisa, centrando la propria atten-

⁵⁰ La ricostruzione del nuovo quadro normativo dal quale la Regione deriva la propria pretesa viene ricostruito nei termini seguenti: "l'art. 1 del d.lgs. n. 26 del 2007... ha integralmente sostituito gli artt. 21 (Prodotti sottoposti ad accisa) e 26 (Disposizioni particolari per il gas naturale) del citato d.lgs. n. 504 del 1995, determinando un «nuovo assetto» di tali imposte indirette, con lo spostamento del momento impositivo – per alcuni prodotti energetici quali il carbone, la lignite, il coke ed il gas naturale – da quello della produzione a quello della fornitura e del relativo consumo; il comma 6 dell'art. 21, come sostituito, prevede, infatti, che «I prodotti di cui al comma 2, lettera b) [cioè: carbone, lignite e coke], sono sottoposti ad accisa, con l'applicazione dell'aliquota [...] al momento della fornitura [...] e che «Si considera fornitura anche l'estrazione o la produzione dei prodotti di cui al comma 2, lettera b), da impiegare per uso proprio»; analogamente il comma 1 dell'art. 26, come sostituito, prevede, a sua volta, che: «Il gas naturale destinato alla combustione per usi civili e per usi industriali, nonché all'autotrazione, è sottoposto ad accisa, con l'applicazione delle aliquote di cui all'allegato I, al momento della fornitura ai consumatori finali ovvero al momento del consumo per il gas naturale estratto per uso proprio». La Corte Costituzionale chiarirà in premessa al giudizio che in effetti il conflitto verte esclusivamente sulle accise relative a tali prodotti (si veda al riguardo il punto 3.1 dei Considerato in diritto. È da rilevare che il ddl presentato in Assemblea ha un perimetro diverso e dispone il versamento alla Regione delle accise sugli oli minerali (si veda Dossier Ufficio speciale Bilancio-Assemblea regionale siciliana).

zione, al di là dei richiami dottrinali sulla nozione, sul dato normativo che la definisce. Al riguardo, l'art. 1 c. 2 lett. b) del citato testo unico modificato definisce l'accisa "*l'imposizione indiretta sulla produzione e sui consumi prevista con la denominazione di imposta di fabbricazione e di consumo...*" mentre l'art. 2 comma 1 dispone che "*Per i prodotti sottoposti ad accisa l'obbligazione tributaria sorge al momento della fabbricazione o della importazione*" ed il successivo comma 2 che "*L'accisa è esigibile all'atto della immissione in consumo del prodotto nel territorio dello Stato...*".

La ricostruzione del dato normativo porta la Corte a concludere che "non ha rilevanza nella struttura dell'accisa la distinzione – pure astrattamente prevista dalla legge – tra imposte indirette sulla produzione ed imposte indirette sul consumo, perché in tale struttura vengono in considerazione, per ambedue i tipi di imposta, esclusivamente il «fatto generatore» del tributo ... costituito dalla «fabbricazione» (id est, dalla produzione), e la «condizione (sospensiva) di esigibilità» del tributo stesso, costituita dalla «immissione in consumo». Proprio con riferimento a tale distinzione tra fatto generatore e condizione di esigibilità del tributo, l'art. 1, comma 2, lettera f), del citato decreto legislativo – al pari del corrispondente art. 1, comma 2, lettera d), del decreto-legge n. 331 del 1993 – definisce «regime sospensivo» il regime fiscale applicabile all'accisa sul bene fabbricato (o prodotto) fino al momento dell'esigibilità dell'accisa medesima".

Una normativa che configura dunque una nozione unitaria di accisa (come imposta relativa a specifici settori di produzione) rispetto alla quale "il consumo rileva esclusivamente come destinazione del bene prodotto (o importato) ed ai fini dell'esigibilità di un'obbligazione tributaria già sorta sin dal momento della fabbricazione (o importazione). Del resto la nuova formulazione normativa (conseguente alle modifiche introdotte dal citato d.lgs. n. 26 del 2007) è considerata dalla Corte sostanzialmente confermativa della previgente disciplina della quale riproduce "*la struttura e la funzione... senza alterare la natura di imposte di produzione propria delle precedenti accise... modificando solo il momento della loro esigibilità*". La conclusione è dunque che "dette accise – anche quando, in un qualche significato, siano definibili sul consumo... presentano le caratteristiche proprie delle «imposte di produzione» e dunque da considerare "riservate allo Stato dal secondo comma dell'art. 36 dello statuto regionale e dal secondo comma dell'art. 2 delle correlative norme di attuazione"⁵¹.

Risolto in tal modo il nodo della spettanza allo Stato dei proventi che formano oggetto del contenzioso (secondo la perimetrazione che la stessa Corte opera in premessa alla pronuncia: si veda al riguardo la nota n. 52), la Corte tuttavia non chiude il giudizio ma va oltre ed affronta una questione più generale che concerne la spettanza alla Regione della generalità delle imposte qualificabili

⁵¹ Cfr. in tal senso il Dossier Ufficio Bilancio dell'ARS sul ddl del governo regionale

come imposte di consumo, offrendo sul punto una lettura dell'art. 36 secondo comma dello Statuto, dell'art. 2 del dpr 1074/1965 e delle tabelle annesse alle stesse norme di attuazione che rappresenta indubbiamente l'elemento di maggiore novità della pronuncia⁵².

Sul punto, l'argomento fondamentale sottolineato dalla Corte riguarda il fatto che mentre l'art. 36, secondo comma, dello Statuto riserva allo Stato il gettito delle imposte di produzione, lo stesso non contiene analogo riferimento alle «imposte sul consumo» come categoria di imposte di spettanza della Regione. Solo nelle norme di attuazione ed in particolare solo nelle tabelle annesse alle norme di attuazione vengono menzionati alcuni tributi denominati «imposte sul consumo» per essere attribuiti alla Regione. Da tale ricostruzione, la Corte desume la considerazione per cui mentre tutte le «imposte di produzione» spettano, come stabilito in via di principio dallo Statuto, allo Stato, non è configurabile un corrispondente principio generale di riserva alla Regione delle imposte di consumo. Le tabelle annesse alle norme di attuazione non possono che riflettere, per la Corte, tale asimmetria che deriva proprio dalla disciplina statutaria, per cui, mentre l'elenco delle imposte contenuto nella tabella A) annessa alle norme di attuazione (ovvero quelle riservate allo Stato in base all'art. 36 dello Statuto secondo comma) è da considerarsi meramente esemplificativo (e dunque suscettibile di includere altri tributi aventi le medesime caratteristiche delle imposte elencate nella menzionata tabella A in forza appunto della loro spettanza allo Stato come criterio statutario di ordine generale), la medesima valenza non può riconoscersi a quelle rientranti nella elencazione della tabella D) che individua invece le imposte che tassativamente sono da considerarsi di spettanza della Regione.

Lo stesso riferimento contenuto nella tabella D) che prevede – al numero 5 – la spettanza alla Regione di quelle «Entrate eventuali e diverse», concernenti, genericamente, «le imposte sul consumo e le dogane», nella lettura della Corte non è sufficiente a rendere aperto l'elenco della tabella D concludendo che “... *il legislatore delle norme di attuazione statutaria, attraverso tale richiamo... ha solo voluto attribuire alla Regione medesima quei tributi che erano denominati come imposte di consumo dalla legislazione dell'epoca*”.

Sul punto appare decisivo per la Corte la valutazione della inidoneità delle norme di attuazione dello statuto ad introdurre un criterio generale di riparto del gettito tributario tra Stato e Regione, basato sulla distinzione tra imposte di produzione e imposte sul consumo, senza che quest'ultima categoria trovi rispondenza in alcuna norma statutaria (diversamente da quanto accade per le «impo-

⁵² Si vedano al riguardo le considerazioni svolte da CARLO TRAMONTANA nel seminario organizzato dalla Segreteria generale dell'ARS – 21 giugno 2010 su “L'evoluzione dei rapporti finanziari tra stato e regione nelle sentenze nn. 115, 116 e 201 del 2010”.

ste di produzione»). Di converso non compare nel giudizio alcun riferimento al primo comma dell'art. 2 delle norme di attuazione stesse che pure fissa il principio generale della spettanza alla Regione di *tutte le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, dirette o indirette, comunque denominate...* con la eccezione di quelle che lo stesso articolo indica come riservate allo Stato; evidentemente la Corte non attribuisce a tale formula la valenza di una clausola di spettanza residuale generalizzata alla Regione dei tributi erariali, con le eccezioni esplicitamente riservate allo Stato⁵³.

⁵³ Su questa lettura dell'art. 36 dello Statuto e delle norme di attuazione si consideri anche la giurisprudenza costituzionale risalente agli anni settanta ed in particolare la Sentenza 138/1971 per la quale "l'art. 36 dello Statuto siciliano non attribuisce alla Regione tutte le entrate erariali ad eccezione di quelle testualmente riservate allo Stato, ma va interpretato – come questa Corte ha accertato nella sua più recente giurisprudenza (sent. n. 146 del 1967; cfr. anche sent. n. 47 del 1968) – nel senso che, indicati i proventi che non possono essere attribuiti alla Regione (imposte di produzione, entrate dei monopoli dei tabacchi e del lotto), si affida alle norme di attuazione di stabilire, rispettato quel limite negativo, quali entrate siano di spettanza della Regione, quali, invece, debbano restare allo Stato. E perciò il regime provvisorio dettato dal decreto n. 507 del 1948 (e lo stesso è a dirsi del regime definitivo introdotto dal d.P.R. n. 1074 del 1965) trova, certo, il suo fondamento nell'art. 36 dello Statuto, ma è espressione di una scelta discrezionale: sicché nell'interpretazione del suo contenuto non si può tener conto di un insussistente obbligo costituzionale dello Stato di assegnare alla Regione, con le sole già richiamate eccezioni, tutti i proventi erariali".

Hanno collaborato a questo numero:

Luis Federico Arias

Giudice amministrativo del Dipartimento giudiziario di La Plata in Argentina

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo y Jean Monnet “ad personam” de Derecho Constitucional europeo y Globalización

Guido Corso

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Roma Tre

Maria De Benedetto

Professore straordinario di Diritto amministrativo dell’economia nell’Università degli Studi di Roma Tre

Maria Teresa Denaro

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico nell’Università degli Studi di Catania

Salvatore Dettori

Ricercatore di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Teramo

Salvatore Di Gregorio

Vice Segretario generale Assemblea Regionale Siciliana

Sara Forasassi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico nell’Università di Bologna

Maria Immordino

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Palermo

Antonio Saitta

Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Messina

Fabio Saitta

Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Catanzaro

Paola Savona

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

Antonella Sciortino

Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo

Ornella Spataro

Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo

Finito di stampare nel mese di aprile 2011
presso Arte Tipografica s.a.s. - Napoli
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.

