

Note e commenti

L'impatto della nuova *governance* economica europea sull'ordinamento italiano

di *Daniele Cabras*

La recente crisi economica e finanziaria ha indotto le istituzioni europee, al termine di un'ampia discussione, ad elaborare una complessiva strategia volta al rafforzamento della *governance* economica dell'Unione europea. La prima iniziativa a riguardo è stata deliberata dal Consiglio economia e finanza (ECOFIN) del 7 settembre 2010, che ha previsto l'introduzione, a decorrere dal mese di gennaio del 2011, del c.d. semestre europeo, introducendo le conseguenti modifiche al Codice di condotta sull'attuazione del Patto di stabilità e crescita. Il semestre europeo si sostanzia nella previsione di una procedura organica volta al coordinamento *ex ante* delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri, finalizzata a consentire una discussione e un confronto in sede europea sulle politiche fiscali nazionali e sui principali interventi di riforma con effetti economico-finanziari. Il semestre europeo copre tutti i profili della sorveglianza macroeconomica, incluse le politiche intese a garantire la disciplina di bilancio e la stabilità macroeconomica e a favorire la crescita e la competitività, conformemente alla Strategia dell'Unione per la crescita e l'occupazione (Strategia Europa 2020). Tale Strategia, che sostituisce la strategia di Lisbona, è incentrata su cinque fondamentali obiettivi, relativi ai livelli di occupazione, alle spese per ricerca e sviluppo, alla riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, al miglioramento dei livelli di istruzione ed alla riduzione della povertà.

Il semestre europeo ha inizio a gennaio con la presentazione, da parte della Commissione europea, dell'indagine annuale sulla crescita e prosegue a febbraio/marzo con l'elaborazione, da parte del Consiglio europeo, delle linee guida trasversali di politica economica e di bilancio a livello dell'Unione europea volte a orientare la programmazione a livello nazionale. Entro il mese di aprile, gli Stati membri sottopongono contestualmente i Programmi di stabilità e convergenza, elaborati nell'ambito del Patto di stabilità e crescita,

e i Programmi nazionali di riforma, elaborati nell'ambito della strategia Europa 2020. Nel mese di giugno il Consiglio ECOFIN e, per la parte di competenza, il Consiglio occupazione e affari sociali, approvano le raccomandazioni in materia di politica economica e di bilancio relative ai singoli Stati membri proposte dalla Commissione europea. Nella seconda metà dell'anno, gli Stati approvano le rispettive leggi di bilancio, tenendo conto delle raccomandazioni ricevute. Il semestre si sostanzia quindi in una nuova procedura svolta nell'ambito dell'Unione ma destinata ad influenzare l'attività di programmazione economico-finanziaria dei singoli Stati membri.

A trarre le conseguenze sul piano interno dell'introduzione del semestre provvede una proposta di legge di iniziativa parlamentare approvata dalla Camera (C. 3921) e quindi, con modificazioni, dal Senato (S. 2555), e della quale è attualmente in corso la terza lettura. Tale proposta realizza una piena coincidenza tra programmazione europea e programmazione nazionale, facendo del Programma di stabilità (PS) e del Programma nazionale di riforma (PNR), da presentare congiuntamente alle istituzioni europee nel mese di aprile, i principali atti della programmazione economico-finanziaria nazionale. La proposta di legge, anticipando sensibilmente la tempistica stabilita dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante la nuova disciplina in materia di contabilità e finanza pubblica, prevede che, entro il 10 aprile di ogni anno, il Governo presenti alle Camere, per le conseguenti deliberazioni parlamentari, il Documento di economia e finanza, che incorpora gli schemi del PS e del PNR e costituisce l'atto fondamentale della programmazione economico-finanziaria a livello nazionale. Tale Documento, in considerazione dei contenuti del PS e del PNR stabiliti dal Codice di condotta, presenta un patrimonio informativo più ricco e indica una serie di obiettivi più ampi rispetto alla Decisione di finanza pubblica, disciplinata dalla legge n. 196 del 2009, che costituisce attualmente il principale strumento di programmazione. Inoltre, in coerenza con le procedure europee, la proposta di legge in questione prevede che, nel mese di settembre, il Governo presenti alle Camere la Nota di aggiornamento al Documento di economia e finanza che dovrà contenere, oltre all'eventuale aggiornamento delle previsioni economiche e degli obiettivi programmatici, le modifiche del predetto Documento che si rendessero necessarie alla luce delle raccomandazioni di politica economica e di bilancio rivolte all'Italia nel mese di giugno dalle istituzioni europee. La medesima proposta di legge introduce inoltre la possibilità di attuare il PNR attraverso i disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica, previsione questa sicuramente pertinente alla luce della *ratio* del semestre europeo.

In tal modo, l'obiettivo del semestre europeo – indurre gli Stati membri ad affrontare contestualmente le politiche per la stabilità finanziaria e le politiche per la competitività e la crescita da realizzare con riforme strutturali, ponendo in evidenza il nesso esistente tra salvaguardia dei conti pubblici e sviluppo dell'economia – diviene anche l'obiettivo della programmazione nazionale.

Un secondo pilastro della nuova *governance* economica europea è rappresentato da sei proposte normative, cinque proposte di regolamento e una proposta di direttiva, avanzate dalla Commissione europea nel settembre del 2010 ed il cui *iter* di approvazione dovrebbe concludersi entro il mese di giugno 2011. In merito a tali proposte, nell'ottobre

scorso, il Consiglio europeo ha approvato una relazione predisposta da una *Task force* presieduta dal Presidente del Consiglio europeo, Herman Von Rompuy, e costituita dai Ministri dell'economia dei Paesi membri dell'UE, e da altri esponenti delle istituzioni europee. Tre regolamenti e la direttiva riguardano le questioni di bilancio, ed in particolare la riforma del Patto di stabilità e crescita, mentre due regolamenti hanno ad oggetto gli squilibri economici emergenti nell'ambito della UE e nell'area dell'euro. Le proposte della Commissione introducono vincoli procedurali e sostanziali ai quali dovranno adeguarsi le politiche economiche e di bilancio adottate a livello nazionale. In particolare, i cinque regolamenti produrranno effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri senza necessità di recepimento, mentre la direttiva potrebbe richiedere l'adozione di norme di attuazione.

Per quanto riguarda la sorveglianza macroeconomica, vengono introdotti meccanismi sia preventivi che correttivi analoghi a quelli già vigenti in materia di finanza pubblica attraverso il Patto di stabilità e crescita (PSC). Nello specifico, la proposta di regolamento (COM(2010)527) demanda alla Commissione una valutazione periodica dei rischi derivanti dagli squilibri macroeconomici in ciascuno Stato membro, da effettuare nel contesto dell'esame dei PNR. La valutazione si baserà su un numero limitato di indicatori economici (*scoreboard*) da individuare in un momento successivo (bilancia delle partite correnti, competitività dei prezzi e dei costi, debito del settore pubblico e privato...) e per ogni indicatore verrà individuata una soglia di allerta. La Commissione dovrà redigere una lista di Stati per cui si ritiene sussista il rischio di uno squilibrio eccessivo e il Consiglio, su proposta della Commissione, potrà adottare raccomandazioni e avviare una procedura per squilibri eccessivi, invitando gli Stati ad adottare misure correttive entro un termine prestabilito. Gli Stati dovrebbero quindi proporre un piano di azione correttiva da attuare entro il termine indicato dal Consiglio. In merito alla parte correttiva degli squilibri macroeconomici, la proposta di regolamento (COM(2010)525) prevede che, qualora uno Stato ometta ripetutamente di dare corso alle raccomandazioni del Consiglio, debba pagare un'ammenda pari allo 0,1% del PIL. La decisione è assunta su proposta della Commissione che si considera approvata dal Consiglio, salvo che non venga da esso respinta con voto a maggioranza qualificata. Per l'Italia come per gli altri Paesi si tratterà quindi di tenere sotto più stretto controllo una serie di indicatori economici, valutando l'impatto sugli stessi delle politiche economiche adottate a livello nazionale. Di tale attività si dovrebbe dare conto anche in sede di presentazione del Documento di economia e finanza disciplinato dalla proposta di legge più volte citata.

La proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1466/97 (COM(2010)526) riguarda invece la parte preventiva del PSC ed è volta a fondare il controllo delle finanze pubbliche sul nuovo concetto di politica di bilancio prudente, al fine di agevolare il percorso di convergenza verso l'obiettivo a medio termine del pareggio del bilancio (MTO). Viene ribadito che il percorso verso l'MTO deve basarsi su di un miglioramento del saldo strutturale pari ad almeno lo 0,5% annuo (per i Paesi con alto livello di debito o con forti squilibri macroeconomici il Consiglio potrebbe peraltro richiedere uno sforzo superiore), introducendo tuttavia un ulteriore criterio, l'evoluzione della spesa. Per i Paesi che hanno

raggiunto l'MTO, la crescita annua della spesa non potrebbe infatti superare il tasso di crescita del PIL a medio termine definito come prudente. Ma chi non ha raggiunto l'MTO dovrebbe prevedere una crescita della spesa inferiore al tasso di crescita prudente del PIL. Da tale proposta deriva che le entrate temporanee siano destinate alla riduzione del debito pubblico. Se tale regola non sarà rispettata, dopo un avvertimento della Commissione, il Consiglio europeo potrebbe raccomandare l'adozione di misure correttive. Sul piano interno, ciò sembrerebbe comportare la necessità di indicare nel predetto Documento di economia e finanza un tasso di evoluzione della spesa primaria coerente con il criterio ora illustrato. La proposta di legge più volte citata prevede che, in sede di esercizio della delega per la riforma del bilancio statale, vengano previsti limiti per tutte le categorie di spesa coerenti con la programmazione triennale.

Sul braccio correttivo del PSC interviene la proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1467/97 (COM(2010)522), modificando la procedura per i disavanzi eccessivi, anche in questo caso al fine contrastare politiche di bilancio suscettibili di pregiudicare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Ad oggi, agli Stati con un debito pubblico superiore al 60% del PIL è richiesto uno sforzo tale da determinare un «ritmo adeguato di riduzione» del debito verso il predetto obiettivo. La proposta prevede invece che in tal caso il debito debba essere ridotto ad un ritmo sufficiente identificato nella riduzione negli ultimi tre anni ad un ritmo di un ventesimo all'anno. In tal modo le politiche fiscali degli Stati membri sono vincolate al perseguimento di un ulteriore obiettivo. La valutazione del debito e la definizione del relativo percorso di riduzione dello stesso dovrebbero peraltro tenere conto anche di altri fattori di rischio, quali la struttura del debito pubblico e il livello di indebitamento del settore privato. La proposta di regolamento (COM(2010)524), relativa all'applicazione della sorveglianza di bilancio nell'area dell'euro, introduce sanzioni finanziarie progressive per chi viola le nuove regole della parte preventiva e della parte correttiva del PSC. Il meccanismo si articola sempre attraverso proposte della Commissione seguite da raccomandazioni del Consiglio che, qualora non accolte, comporterebbero la costituzione di un deposito non fruttifero, pari allo 0,2 del PIL, suscettibile di essere convertito in ammenda.

La proposta di direttiva (COM(2010)523) riguarda le caratteristiche dei quadri di bilancio, intesi come l'insieme degli strumenti, procedure e istituzioni che regolano le decisioni sulle politiche di bilancio. La proposta è finalizzata ad assicurare un più assiduo e tempestivo monitoraggio della situazione di finanza pubblica dei Paesi UE. In particolare, i sistemi contabili dovranno essere soggetti a sistemi di *audit* e di controllo interno, la pubblicazione dei dati di finanza pubblica dovrà avvenire in modo tempestivo e regolare, la programmazione finanziaria dovrà basarsi su previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica realistiche e che utilizzino le informazioni più aggiornate, le previsioni sia macroeconomiche che di finanza pubblica dovranno essere rese pubbliche, evidenziando le metodologie, le ipotesi e i parametri utilizzati. Le eventuali divergenze con le previsioni della Commissione dovranno essere giustificate. La proposta di direttiva richiede di fornire una rappresentazione coerente ed integrata dei sistemi contabili in cui si articola la contabilità pubblica nazionale, di provvedere al coordinamento tra tutti i

sottosettori dell'amministrazione pubblica e di formulare previsioni di bilancio anche in base al criterio delle politiche invariate. La legge n. 196 del 2009 già prevede il concorso di tutte le amministrazioni pubbliche al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, una programmazione su base pluriennale, la costituzione di una banca dati unitaria delle pubbliche amministrazioni e la rilevazione mensile dei flussi di cassa, mentre la proposta di legge parlamentare in discussione adegua le disposizioni in materia di previsioni macroeconomiche e di bilancio ai contenuti della direttiva e prevede la predisposizione di un bilancio di previsione a politiche invariate. Vanno, infine, ricordate le deleghe legislative in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici, ivi inclusi quelli di regioni ed enti locali, previste dalla legge 5 maggio 2009, n. 42, in materia di federalismo fiscale e dalla legge n. 196 del 2009.

La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il *Grundgesetz* «preso sul serio»

di *Federico Pedrini*

Per quanto naturalmente anche nella patria di Otto von Bismarck i cambiamenti della Legge Fondamentale non manchino d'essere oggetto di contingenti tensioni e talvolta anche di veri e propri scontri politici, riuscirebbe difficile sostenere che essi (cambiamenti) costituiscano per tradizione un tabù – come invece talora sembrerebbe accadere altrove –, se è vero che ad oggi possono annoverarsi ben 58 leggi di revisione costituzionale (l'ultima del 21 luglio 2010), non di rado latrici di modifiche tutt'altro che marginali all'impianto originario del *Grundgesetz*. In questo quadro d'insieme, tra le linee di tendenza ormai ampiamente consolidate del legislatore di revisione costituzionale parrebbe attestarsi a pieno titolo anche una sempre più marcata «attitudine europeista» (*Europatauglichkeit*), di recente riconfermatasi – in occasione della seconda riforma del federalismo (*Föderalismusreform* II, del 29 luglio 2009) – pure con l'espressa codificazione all'interno del testo costituzionale del Patto europeo di stabilità e crescita. La disposizione costituzionale specificamente interessata dalla novella è l'attuale art. 109 *GG*, che dopo aver ribadito al suo primo comma – in ossequio ad un principio tipico dello Stato federale – che «*Bund e Länder* sono autonomi e reciprocamente indipendenti in materia di bilancio», precisa ora al suo secondo comma come essi «adempono comunemente (*gemeinsam*) agli obblighi della Repubblica Federale Tedesca derivanti dagli atti della Comunità europea adottati in forza dell'art. 104 del TCE [oggi art. 126 TFUE] sul rispetto della disciplina di bilancio», e soltanto «in questa cornice tengono in considerazione le esigenze dell'*equilibrio economico generale*», concetto che invece aveva costituito il perno della norma in questione a partire dalla fine degli anni '60 (ovvero con l'ultima grande riforma costituzionale sul punto, datata 1969).

La portata innovatrice dell'articolo in parola si può meglio cogliere alla luce della sua peculiare collocazione all'interno della decima sezione (*Abschnitt*) della Costituzione tedesca, (sezione) dedicata nel suo complesso alle relazioni finanziarie (*Finanzwesen*) e già

oggetto della *Föderalismusreform I* (del 28 agosto 2006), in cui l'art. 109 s'inserisce a cavaliere fra la costituzione finanziaria in senso stretto (*Finanzverfassung im engeren Sinne*, artt. da 104a fino a 108 GG) – dove si tratta delle competenze impositive di *Bund*, *Länder* ed altri enti locali, nonché della redistribuzione tra questi ultimi del gettito fiscale e delle relative funzioni da assolvere con esso –, e le disposizioni più specificamente rivolte alla regolazione del bilancio ed alla disciplina del debito pubblico (*Haushaltsverfassung*, artt. da 110 fino a 115 GG).

Una posizione evidentemente «baricentrica» all'interno della sistematica della decima sezione del *Grundgesetz*, pertanto, la cui cifra attuale parrebbe oggi appunto costituita da una convergenza «centripeta» verso i vincoli europei oggi consacrati dall'art. 109, il quale dal canto suo, dopo aver sancito al suo secondo comma (l'obbligo al)la collaborazione fra *Bund* e *Länder* in vista del *fisiologico* rispetto del Patto europeo di stabilità, al quinto comma disciplina anche l'eventuale risvolto *patologico* delle conseguenze finanziarie per il mancato rispetto del Patto, predisponendo delle precise regole per il riparto delle sanzioni inflitte: «le misure sanzionatorie della Comunità europea adottate in forza dell'art. 104 TCE sul rispetto della disciplina di bilancio sono a carico del *Bund* e dei *Länder* nella proporzione di 65 a 35. La totalità dei *Länder* si fa carico solidariamente (*solidarisch*), in proporzione al proprio numero di abitanti, del 35% degli oneri spettanti ai *Länder*; il 65% degli oneri spettanti ai *Länder* grava sui su di essi a seconda della relativa responsabilità nell'aver cagionato l'evento. I dettagli sono regolati da una legge del *Bund*, che necessita dell'approvazione del *Bundesrat*».

In evidente connessione con la costituzionalizzazione dell'attuale art. 126 TFUE (ex art. 104 TCE) risulta inoltre l'intero contenuto dell'art. 109a GG – la cui *ratio* parrebbe segnatamente quella d'evitare in anticipo tutte quelle situazioni che potrebbero concretamente portare a disattendere i criteri del Patto e dunque (anche) all'erogazione delle conseguenti sanzioni da parte dell'Unione europea – dove si prevede una legge del *Bund* (anche qui con la necessaria approvazione del *Bundesrat*) specificamente rivolta «alla prevenzione delle emergenze di bilancio» con la quale si vengono a disciplinare: (1) «la sorveglianza permanente del bilancio di *Bund* e *Länder* attraverso una conferenza comune (il Consiglio di Stabilità)» – al quale appartengono i ministri delle Finanze di *Bund* e *Länder* e il ministro federale per l'Economia e la tecnologia – per le cui decisioni (con le relative motivazioni) è prevista la pubblicazione; (2) «i presupposti e il procedimento per l'accertamento di un'incombente (*drohend*) emergenza di bilancio»; nonché (3) «i principi per la predisposizione e la realizzazione di programmi di risanamento volti a evitare emergenze di bilancio».

Il determinante influsso del diritto europeo sull'attuale costituzione finanziaria e fiscale si palesa infine anche con l'adozione del principio c.d. «*close to balance*», di cui al terzo comma dell'art. 109 GG, ripreso e sviluppato – per quel che attiene al *Bund* – dal secondo comma dell'art. 115 GG. La prima disposizione prevede che «i bilanci di *Bund* e *Länder* sono in linea di principio da pareggiare senza ricorso al credito», là dove delle eccezioni possono essere previste nel caso di congiunture economiche straordinarie (va da sé negative) o allorché si verificano catastrofi naturali o situazioni straordinarie di ne-

cessità che si sottraggano al controllo dello Stato e che pregiudichino in modo rilevante le finanze dello Stato (in tal caso si deve comunque predisporre un piano d'ammortamento per gli ulteriori debiti contratti). I dettagli di questa disciplina sono rinviati per il *Bund* (come già s'accennava) all'art. 115 *GG*, con la precisazione che il principio del «*close to balance*» si ritiene rispettato (per quanto attiene al nuovo indebitamento) se il ricorso al credito non supera lo 0,35% del prodotto interno lordo nominale, mentre i singoli *Länder* sono tenuti ad integrare la disciplina generale del *Grundgesetz* «nell'ambito delle proprie competenze costituzionali», dunque modificando le rispettive Carte fondamentali, fermo restando che qui è lo stesso *Grundgesetz* a puntualizzare – introducendo un'asimmetria rispetto al trattamento riservato al *Bund* – come il principio del «*close to balance*» si può ritenere rispettato a livello periferico soltanto quando non vi sia (sempre con riferimento al nuovo indebitamento) *alcun* ricorso al credito.

Come si può notare anche solo da questo breve scorcio, si tratta d'un tentativo ambizioso di riforma costituzionale, che non ha esitato – andando al di là della tradizionale codificazione di solenni disposizioni di principio – a procedere pure con scelte dotate d'un «tasso tecnico» non propriamente consueto per un testo costituzionale. Parrebbe comunque da segnalare come la redazione apparentemente chiara e ampiamente comprensibile della riforma nelle sue linee di fondo non ha evitato che potessero *ugualmente* derivarne *problemi teorici* anche d'un certo rilievo – che qui possono essere soltanto menzionati – su cui non ha tardato ad intrattenersi la dottrina più recente: per citarne alcuni, quale rango avrebbe la disciplina europea richiamata nella gerarchia delle fonti? Il rinvio sarebbe di tipo *materiale (alla norma)* oppure *formale (alla fonte)*? E, ancora, sono state sollevate *perplexità* circa la realizzabilità pratica dell'obiettivo ora costituzionalizzato e spesso s'è fatto strada un vero e proprio *scetticismo* circa il potenziale d'efficacia della riforma nel suo complesso, a partire dall'affermazione di Peter Struck – nelle sue vesti di presidente della commissione che presentò il progetto di riforma al *Bundestag* – secondo cui alla seconda fase di riforma ne sarebbe dovuta necessariamente succedere anche una terza. Né, infine, mancano oggi all'appello neppure rilevanti *incognite politico-istituzionali*, prima su tutte quella relativa agli esiti (e ai tempi) del futuro adeguamento ai principi del Patto di Stabilità e Crescita che lo stesso art. 109 *GG* prescrive come da effettuarsi nelle costituzioni dei singoli *Länder*.

È ben vero, insomma, come neppure la riforma costituzionale più oculata sembrerebbe in grado, da sola, di governare e risolvere in anticipo *tutti* i problemi interpretativi e applicativi che essa quasi inevitabilmente finisce per innescare. Nondimeno, pure alla luce dell'esperienza tedesca qui riportata, la scelta di procedere *in ogni caso* ad una revisione *espresa* della Costituzione allorché si diano passaggi così cruciali della vita costituzionale del Paese parrebbe confermarsi come una decisione – oltreché verosimilmente *imposta* nell'ordinamento tedesco dalla stessa Legge Fondamentale, che al suo articolo 79 precisa come essa «possa essere modificata soltanto da una legge che cambi o integri il tenore letterale del *Grundgesetz*» – da salutare favorevolmente, anche in una prospettiva più ampia, come esempio virtuoso tanto (d'assunzione) di responsabilità *politica* da parte dei suoi legittimi titolari (e dunque pienamente in linea col principio di sovranità popolare),

quanto di sensibilità *giuridica* nel suo prendere (effettivamente) «sul serio» la Carta costituzionale (a maggior ragione, peraltro, quando così spesso essa parrebbe invocata quale base non solo *normativa*, ma anche *culturale* dell'intera comunità).

Riflessioni ed esercizi di stile sulla «riscrittura» dell'articolo 41 della Costituzione

di Mario Bartolomei

Intendo di seguito formulare alcune considerazioni intorno al Disegno di Legge Costituzionale approvato dal Consiglio dei Ministri n. 125 del 9 febbraio 2011 (il «DDL»). Questo intervento mira a generalizzare il sistema di autocertificazione, a scapito dei meccanismi autorizzatori fino ad ora necessari per l'esercizio di un'attività d'impresa. Tale scopo verrebbe tecnicamente perseguito con due distinte interpolazioni, una per ciascuno dei primi due commi dell'art. 41, nonché con la completa espunzione del 3° ed ultimo comma. *In primis*, alcune semplici parole su un'obiezione preliminare. Poiché il diritto di iniziativa economica è ascrivibile alla categoria dei principi identitari dello Stato repubblicano, esso andrebbe escluso, *ex art.* 139 Cost., da qualsiasi forma di revisione costituzionale e potrebbe essere riformato soltanto ricorrendo ad un'Assemblea costituente, dotata di illimitati poteri sovrani (C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, 1954). Evidente è la forzatura interpretativa di un simile approccio, che si scontra con insuperabili ragioni storiche e di teoria costituzionale. La riforma dell'art. 41 Cost. potrà quindi essere compiuta mediante il procedimento di cui all'art. 138 Cost., che lascerà del tutto impregiudicato il potere della Consulta di verificarne eventualmente la legittimità.

Tre sono gli aspetti chiave del DDL. 1) È risaputo che la Costituzione, parlando di iniziativa economica, intende riferirsi a qualsivoglia attività non immediatamente destinata al consumo personale del soggetto privato (F. Galgano, *Art. 41*, 1982). L'idea che individui e formazioni sociali esercitino attività economiche nei limiti prescritti dall'ordinamento è connaturata al manifestarsi dello stesso fenomeno giuridico e non è affatto oggetto di negoziazione politica. Ogni vicenda umana è infatti suscettibile di produrre rapporti intersoggettivi potenzialmente conflittuali, che come tali meritano di essere regolamentati. Diviene pertanto ininfluente affermare, come fa il DDL, che sia permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. 2) È nella logica del giudizio di costituzionalità (tanto diffuso quanto accentrato) mitigare la naturale tirannia dei diritti fondamentali con altri principi e/o diritti di volta in volta rilevanti nel processo di equilibrata e continua palingenesi del testo costituzionale (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 1992). Non è un segreto che la struttura linguistica della Costituzione imponga di operare, caso per caso, un bilanciamento tra diritti, nel rispetto comunque di parametri di necessità, sufficienza e proporzionalità (A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, 2001). L'aggiunta, da parte del DDL, dei principi fondamentali dell'ordinamento, tra i limiti del diritto di iniziativa economica, si risolve quindi in una modifica del tutto superflua. Per ragioni simili ma di segno opposto, la conclusione di cui sopra si sarebbe dovuta predicare,

almeno parzialmente, anche nel caso in cui si fosse deciso di cancellare i limiti esterni di cui all'art. 41, comma 2, Cost. In particolare, l'eliminazione dei criteri concernenti la sicurezza, libertà e dignità umana non avrebbe comportato alcun sostanziale mutamento. Per ristabilire adeguati assetti normativi fra i diritti fondamentali contemplati in Costituzione, la giurisprudenza avrebbe potuto e dovuto operare una diretta applicazione dell'art. 2 Cost. (cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, 2010). Si tratta di un filone giurisprudenziale ormai prevalente, alla cui stregua l'art. 2 Cost. viene già utilizzato per decodificare il contenuto prescrittivo del principio di buona fede nell'ambito dei rapporti contrattuali cui partecipino almeno un imprenditore, senza che alcun ausilio sia fornito dall'espressa previsione di cui all'art. 41, comma 2, Cost. (*ex multis*, Cass., sez. I, 6 agosto 2008, n. 21250; Cass., sez. I, 23 settembre 2002, n. 13823; Cass., sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321; Cass., sez. I, 21 maggio 1997, n. 4538). Il meccanismo descritto consente all'ordinamento di evolversi, a Costituzione invariata, di fronte all'emersione, palese o insidiosa, di nuove forme di abuso. L'eliminazione del criterio dell'utilità sociale si sarebbe invece potuta prestare ad una maggiore compressione dell'attività economica privata. Questo limite infatti, assicurando che il diritto di iniziativa economica non si ponga in contrasto con la tutela e la salvaguardia di situazioni e/o interessi a carattere oggettivo, ad esempio nella sfera economico-concorrenziale (cfr. Corte cost. n. 270/2010) oppure in quella concernente la tutela dell'ambiente (cfr. Corte cost. n. 190/2001), rende di per sé legittima l'attività normativa primaria che persegua detti obiettivi. 3) L'intervento ablativo sul comma 3 dell'art. 41 Cost. si dimostra suscettibile di letture più articolate, a seconda della prospettiva teorico-interpretativa di partenza. Due sono le posizioni astrattamente coinvolte. Per chi considera la disposizione in esame come il quadro giuridico di riferimento alla programmazione economica generale – ossia all'intervento e alla direzione pubblica dell'economia tramite piani e programmi – l'elisione del comma 3 dell'art. 41 Cost. dovrebbe comportare l'illegittimità costituzionale di quegli stessi piani. In ogni caso, l'esperienza normativo-istituzionale a cui ci si possa richiamare si è esaurita da tempo (cfr. l. 27 luglio 1967, n. 685), con la conseguenza che il DDL si limiterebbe a neutralizzare la più desueta delle possibilità di intervento dello Stato nell'economia. Conviene comunque ricordare che i piani ed i programmi storicamente adottati hanno avuto uno scopo prevalentemente perequativo, con riferimento alle diverse circostanze socio-economico-occupazionali che caratterizzavano, e tuttora affliggono, il territorio italiano (G.F. Ferrari, *Diritto pubblico dell'economia*, 2010). Se così stanno le cose, il vuoto lasciato dalla disposizione in commento potrebbe essere supplito tramite il meccanismo di cui all'art. 119, comma 5, Cost., oppure in forza di normative ispirate al principio di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.), di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) o di piena occupazione (art. 4 Cost.) (A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, 1968). Rimane fermo che dalla programmazione economica generale appena ricordata vanno distinte sia la programmazione economico-finanziaria sia quella della politica comunitaria di coesione economica e sociale. Per quanto riguarda la prima, il Documento di Programmazione Economico-Finanziaria (*i.e.* il DPEF) appartiene – insieme alla legge di Bilancio, alla Finanziaria e al Rendiconto – a quell'attività chiamata manovra annuale di correzione della finanza pub-

blica. Per quanto invece riguarda la seconda, essa trova nella normativa di ascendenza comunitaria la propria fonte giuridica di riferimento e si realizza tramite diversi strumenti finanziari, tra i quali meritano di essere ricordati i Fondi strutturali, il Fondo di coesione e la Banca europea per gli investimenti (*i.e.* la BEI). Per ovvie ragioni e senza bisogno di ulteriori commenti, le due forme di programmazione qui da ultimo menzionate non verranno in alcun modo lambite dall'intervento in oggetto. Se quello sopra riportato è il significato maggiormente condiviso della disposizione di cui all'art. 41, comma 3, Cost. e del suo sistema di relazione con altre norme, esiste una seconda tesi, sicuramente minoritaria, che ha però avuto il pregio di proporre una prima ed interessante via di integrazione tra l'esperienza costituzionale italiana e le conquiste del diritto comunitario in materia di risarcimento dei danni conseguenti ad illecito anticoncorrenziale. È risaputo che fino a tempi recenti la repressione di tali violazioni è in grande prevalenza avvenuta grazie al potere, riconosciuto in capo alla Commissione europea e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di irrogare pesanti sanzioni a carico dei trasgressori delle norme *antitrust*. Soltanto negli ultimi anni è stata avvertita l'esigenza di una sinergia tra un *public* ed un *private enforcement*, ossia tra una tutela preventiva gestita dall'autorità amministrativa ed una tutela successiva di carattere risarcitorio assicurata dall'autorità giurisdizionale. L'art. 41, comma 3, Cost. si presterebbe, secondo questo specifico orientamento, a legittimare i poteri di sindacato del giudice sulle modalità di esercizio della discrezionalità contrattuale, nonché i connessi poteri di accertamento e liquidazione dei danni sofferti dalle imprese concorrenti e dai consumatori a seguito della creazione di intese vietate o di abuso di posizione dominante (A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, 1996). I programmi e i controlli opportuni, ivi citati, costituirebbero quindi un'endiadi e andrebbero riguardati in senso atecnico o comunque in chiave non necessariamente preventiva. Anche volendo avvalorare quest'orientamento, non vi è ragione di pensare che con il DDL si perda la preziosa opportunità di sperimentare l'applicazione privatistico-risarcitoria del diritto della concorrenza. La maggior parte della disciplina *antitrust* è infatti di origine europea (*i.e.* TFUE, fonti primarie e giurisprudenza della Corte di Giustizia), o perlomeno è da questa condizionata, e ha diretta efficacia nell'ordinamento italiano (art. 117, comma 1, Cost.), con la conseguenza che le articolazioni interne dello Stato dovranno assicurarne l'*effet utile*, garantendo un adeguato livello di concorrenza nell'ambito del mercato comune ed una più ampia tutela di tutti i soggetti interessati (Case C-453/99, *Courage Ltd. & Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297). A fini di completezza, la disposizione in commento è stata utilizzata quale parametro di costituzionalità soltanto ventitré volte e, tra queste, in dodici casi si è trattato di ordinanze di inammissibilità (Coste cost. nn. 27/1964; 29/1983; 66/1983; 304/1983; 659/1988; 1138/1988; 303/1989; 93/1993; 404/2001; 436/2002; 237/2003; 373/2003), in sei casi di sentenze di rigetto (Corte cost. nn. 9/1959; 91/1996; 166/1976; 221/1976; 572/1988; 548/1990) e in due casi di sentenze di cessata materia del contendere nell'ambito di conflitti tra Stato e Regioni (Corte cost. nn. 45/1987; 46/1987) (Sen. Stefano Cecanti, Interrogazione a risposta orale, 3.2.2011). Soltanto tre sono state le sentenze più rilevanti (Corte cost. nn. 54/1962; 78/1970; 622/1987), che comunque non sono servite per

avvallare disposizioni ed istituti dal chiaro significato dirigitico o, peggio, per bocciare interventi di liberalizzazione del mercato.

Per concludere, le proposte di cui al DDL realizzano un semplice *dressing up*. Non viene modificata la disciplina tuttora vigente del diritto di iniziativa economica, del suo esercizio e/o svolgimento. In aggiunta, le disposizioni costituzionali in esame esprimono importanti principi di sistema, che non sono pertanto *self-executing*. Essi, potendo essere riempiti di significato soltanto tramite l'intervento del legislatore ordinario ovvero nell'ambito di un'attività giurisdizionale finalizzata ad una loro «interpretazione applicativa», avrebbero richiesto ben altro intervento.

Il c.d. «taglia-leggi»: una vicenda che rimarrà (inevitabilmente) aperta

di *Giuseppe Mobilio*

Passati oltre cinque anni dall'adozione della l. n. 246/2005, legge di «semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005», ci si accinge ad affrontare la «fase III» del c.d. meccanismo taglia-leggi, ovvero della più imponente e discussa opera di smaltimento dello *stock* normativo che sia mai stata avviata nel nostro ordinamento. Senza pretese di esaustività, si cercherà qui di offrire una rapida ricostruzione aggiornata di questo complesso procedimento di semplificazione normativa, fornendo alcuni spunti di riflessione sulla relativa efficacia ed accuratezza. Dopo che nel dicembre 2007 è stata portata a compimento la «fase I» del meccanismo, comprendente la ricognizione delle disposizioni legislative statali vigenti (comma 12), il 16 dicembre 2010 si è conclusa anche la «fase II», con l'abrogazione generalizzata e presuntiva delle disposizioni legislative statali adottate prima del 1 gennaio 1970 (comma 14-*ter*: c.d. «ghigliottina»). Parallelamente, il Governo è stato autorizzato ad adottare appositi decreti legislativi «salvifici» che individuino le disposizioni legislative, adottate prima del 1970, «delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore» (comma 14) e che provvedano altresì «alla semplificazione o al riassetto della materia che ne è oggetto»: previsioni concretizzatesi nel d.lgs. n. 179/2009 «Disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore» e nel d.lgs. n. 66/2010 «Codice dell'ordinamento militare». All'abrogazione sfuggono inoltre le disposizioni rientranti in alcuni settori che la stessa legge n. 246 sottrae *ab origine* alla ghigliottina (commi 14-*bis* e 17). Sempre in questa fase era infine previsto che il Governo potesse adottare decreti legislativi di abrogazione espressa di disposizioni venute alla luce anche dopo il 1970, aventi quindi una vocazione completamente opposta rispetto a quella cui si è fatto prima riferimento (comma 14-*quater*, che ha dato fondamento al d.lgs. n. 212/2010 «Abrogazione di disposizioni legislative statali»). Nell'attuale fase III è invece possibile, entro un anno dalla data di entrata in vigore dei due decreti legislativi «salvifici» menzionati, adottare decreti legislativi recanti «disposizioni integrative, di riassetto, o correttive» (comma 18; tale delega ad oggi si è concretizzata nel d.lgs. n. 213/2010 «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, recante disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970,

di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore»). Stante l'attuale impianto della delega, la IV ed ultima fase consentirà al Governo di adottare decreti legislativi integrativi e correttivi ai decreti delegati attuativi del comma 18 (comma 18-*bis*).

È opportuno formulare un giudizio sull'intera vicenda, partendo da una considerazione di metodo. Restituire coerenza ed organicità ad una normativa spesso caotica che negli anni è andata a stratificarsi farraginosamente nell'ordinamento, non può prescindere dall'uso di una tecnica di abrogazione che sia non solo molto precisa, ma soprattutto coerente e meditata. Da una parte quindi bisogna valutare positivamente il metodo scelto per ricostruire il quadro delle disposizioni vigenti, basandosi in maniera induttiva sulle segnalazioni provenienti «dal basso», cioè dalle amministrazioni che si trovano concretamente ad utilizzare le norme in questione. Dall'altra però va rilevato che, al di là della loro efficacia, l'intervento dei due decreti-legge taglia-leggi (art. 24 del d.-l. n. 112/2008 ed art. 2 del d.-l. n. 200/2008), rispondenti a logiche di abrogazione espressa e quindi molto diverse rispetto a quelle sottese all'impianto iniziale del meccanismo, nonché le modifiche in corso d'opera alla legge di delega stessa (operate principalmente dalla l. n. 15/2009 e dalla l. n. 69/2009), intervenute sostanzialmente per adeguare gli strumenti e le scadenze del procedimento allo stato dei lavori, abbiano seriamente minato la tenuta dell'intero meccanismo ed aggiunto complicazioni. Che il quadro della normativa vigente non sia ancora così stabile lo si evince anche dagli svariati inviti che la Commissione per la semplificazione ha più volte rivolto alle amministrazioni ministeriali (da ultimo, cfr. *Relazione sullo stato di attuazione del procedimento per l'abrogazione generalizzata di norme di cui all'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246*, approvata il 9 febbraio 2011 dalla Commissione parlamentare per la semplificazione della legislazione, Senato della Repubblica-Camera dei deputati, XVI Legislatura, Doc. XVI-*bis*, n. 4) affinché queste segnalino norme che eventualmente dovrebbero essere salvate (perché precedentemente destinate ad abrogazione o già abrogate) o che dovrebbero essere all'opposto abrogate (perché ritenute semplicemente da caducare o perché precedentemente salvate): inviti ai quali nel tempo le amministrazioni hanno sempre reagito con nuove e talvolta contraddittorie risposte. Alla luce di questi rilievi, non è infondato il rischio che norme da mantenere in vigore vengano viceversa abrogate espressamente o cadano sotto l'effetto della ghigliottina abrogativa.

Durante le varie fasi del processo semplificativo sono state molte le occasioni per recuperare atti da mantenere in vigore e destinati invece ad abrogazione: basti pensare che durante la conversione dei due decreti-legge taglia-leggi, il numero degli atti da caducare sia diminuito da 3.574 a 3.370 per il d.-l. n. 112, da circa 29.000 a circa 28.500 per il d.-l. n. 200; la l. n. 69/2009 ha espunto dall'allegato 1 del d.-l. n. 200 ben 1033 atti concernenti ratifica ed esecuzione di trattati internazionali; il d.lgs. n. 212/2010 ha subito una diminuzione da circa 71.000 atti originariamente candidati all'abrogazione a circa 37.000 (a seguito soprattutto del parere favorevole con osservazioni e condizioni reso del Consiglio di Stato in data 22 luglio 2010, n. 3243).

Se in questi casi però il «ripescaggio» è avvenuto prima che si consumasse l'abrogazione, diverse e rilevanti sono state le volte in cui ci si è ravveduti dell'importanza di una disposizione dopo che l'abrogazione era già intervenuta, ed il legislatore, decidendo di non

poter rinunciare all'atto normativo, si è visto costretto a richiamarlo in vita. Il primo caso è quello della l. n. 9/2009, che nel convertire il d.-l. n. 200/2009, ha disposto la reviviscenza di 15 atti normativi già abrogati in data 25 dicembre 2008 ad opera del d.-l. n. 112/2008. Ma, accanto a questi casi isolati di ripensamento «tardivo» nelle more del procedimento, il comma 18 della l. n. 246 ha consentito al Governo di adottare il d.lgs. 213/2010 che, ad esempio, integrando l'allegato 1 del d.lgs. n. 179/2009, ha riportato in vita 36 atti normativi per i quali era già scattata la «ghigliottina». Questo tipo di intervento tuttavia ha sempre avuto l'avallo sia del Consiglio di Stato (da ultimo, si veda il parere della Sezione consultiva nell'adunanza del 25 ottobre 2010, n. 4380, relativa all'A.G. n. 295, futuro d.lgs. n. 213), che della Commissione per la semplificazione (da ultimo, si veda la proposta di parere presentata nella seduta del 24 novembre relativa sempre all'A.G. n. 295).

Quel che però dovrebbe destare più preoccupazione – e verosimilmente è destinato a suscitare sempre di maggiori – è la già inaugurata tendenza ad intervenire non solo in maniera estemporanea sugli elenchi degli atti abrogati o salvati, ma anche tramite provvedimenti che si collocano completamente al di fuori del meccanismo taglia-leggi e talvolta senza passare attraverso atti fonte. Il Governo ha infatti provveduto a determinare la reviviscenza di alcune norme abrogate tramite lo strumento della rettifica, intervenendo sull'allegato del d.lgs. n. 212/2010, depennando o sostituendo norme ivi previste (si veda, ad esempio, G.U. – Serie Generale del 2 febbraio 2011, n. 26, oppure G.U. – Serie Generale del 4 marzo 2011, n.52). Questo fenomeno risulta tanto più importante in quanto interessa un decreto già entrato in vigore, per il quale tra l'altro non è prevista delega integrativa e correttiva. È molto forte quindi il dubbio che in questo modo si siano contrabbandate vere e proprie integrazioni sostanziali ai decreti con una procedura gravemente irrituale. Al di là di questi sospetti, è poi accaduto che l'art. 6.2 del d.-l. n. 64/2010 integri l'allegato 2 del d.lgs. n. 179/2010, aggiungendovi un ulteriore atto allo scopo di sottrarlo – tardivamente – all'abrogazione operata dal d.-l. n. 200/2008. Ma così anche il d.-l. n. 225/2010, che con l'art. 2, comma 50, ha integrato l'allegato 1 del d.lgs. n. 179/2009, facendo rivivere 2 atti già abrogati, mentre ha provveduto ad espungere 4 atti normativi dall'allegato 1 del d.lgs. n. 212/2010 per i quali è già stata consumata l'abrogazione. Vi è dunque il fondato timore che a mano a mano che il legislatore si accorgerà di disposizioni cadute impropriamente sotto la ghigliottina, provvederà a conferire loro nuova efficacia.

In tutti questi casi emergono problemi legati alla *vis* normativa propria dei provvedimenti che dispongono la reviviscenza degli atti per i quali è già incorsa l'abrogazione. Nell'ipotesi in cui ad essi venisse riconosciuta piena forza innovativa nel riprodurre le disposizioni caducate, queste ultime, espressione di una potestà legislativa pienamente sostanziale, una volta riportate in vigore finirebbero col prevalere su tutti gli atti normativi loro successivi, con effetti devastanti per l'ordinamento. La Corte Costituzionale tuttavia, con la recente sent. n. 346/2010, ha riconosciuto al d.lgs. n. 179/2009 una «valenza meramente ricognitiva», in quanto «sprovvisto di una propria e autonoma forza precettiva» (par. 4.5 del *considerato in diritto*); se tale funzione e qualificazione fosse – opinabilmente – estesa ad ogni altro intervento che decidesse di riportare in vigore una norma abrogata, verrebbe all'opposto da chiedersi se comunque un tale tipo di intervento, privo

di forza innovativa, sarebbe in grado di «reintrodurre» nell'ordinamento la norma caducata. Ma ammesso e non concesso che il Governo possa in tal modo far rivivere un atto normativo dopo averlo abrogato – anche solo nelle parti che interessa far rivivere –, vi sarebbero comunque tutta una serie di problematiche relative al lasso di tempo in cui le disposizioni reintrodotte non erano in vigore, soprattutto rispetto a tutte quelle situazioni per le quali il diritto costituisce più diretto fondamento (come costituzione di organi, attribuzione di funzioni amministrative, legittimazione all'adozione di specifici atti da parte di pubblici poteri o di privati).

In conclusione, volendo dunque ipotizzare qualche scenario futuro, le brevi considerazioni sul metodo seguito e sulla prassi cui abbiamo fin qui assistito portano a credere che la vicenda del taglia-leggi rimarrà a lungo – e purtroppo – inevitabilmente aperta.

Legge sui partiti e giustiziabilità delle candidature

di *Gianmario Demuro*

La Corte costituzionale con la sentenza n. 256 del 2010 pone all'attenzione della comunità degli interpreti un tema essenziale per la verificabilità dell'azione democratica dei partiti. La sentenza, pur non avendo attratto l'attenzione degli studiosi, illumina con alcuni passaggi argomentativi il tema riassumibile nella domanda: sono sindacabili le candidature scelte dai partiti? Domanda alla quale sarebbe necessario dare una risposta a breve, in una fase della democrazia italiana nella quale i sistemi elettorali, nei vari livelli di governo, si sviluppano in maniera autonoma rispetto a qualsiasi valutazione imparziale della loro legittimità costituzionale, quasi fossero liberi di fluttuare in assenza di un qualunque controllo. Tanto che per la legge elettorale nazionale vi è chi, apertamente, parla di «modifica tacita» della Carta costituzionale (E. Rossi). Il meccanismo di selezione delle candidature dei parlamentari infatti è totalmente delegato ai partiti e nessuna valutazione appare possibile da parte dei giudici. In un contesto siffatto possiamo cominciare a ritenere che le scelte dei partiti possono essere considerate *justiciable*? Possiamo ritenere che l'articolo 49 della Costituzione sia interpretato *magis ut valeat* e sia in grado di radicare un giudizio di legittimità costituzionale? Possiamo far valere il diritto individuale ad una partecipazione democratica alla scelta delle candidature? Alcuni passaggi della sentenza in questione possono aiutare l'interprete a trovare la strada argomentativa.

Innanzitutto nella sentenza in commento la Corte costituzionale valuta «come non implausibile la statuizione del giudice a quo in ordine alla sussistenza della propria giurisdizione su un giudizio avente ad oggetto, tra l'altro, l'impugnazione di provvedimenti adottati dal competente ufficio elettorale centrale» (Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2010). Si tratta di un primo punto a favore della giustiziabilità delle scelte partitiche. Il giudizio era, infatti, stato introdotto da due sentenze di analogo tenore del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, che avevano sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 30 e 33 del decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570 (Testo unico delle leggi per la com-

posizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali), «nella parte in cui non prevedono il sindacato, da parte dell'Ufficio elettorale centrale, in ordine al rispetto, da parte dei presentatori delle liste, delle disposizioni statutarie o di legge in ordine alla presentazione delle candidature ed alla partecipazione del partito politico ad una competizione elettorale», deducendo la violazione degli articoli 49 e 51 della Costituzione.

In particolare, il giudice *a quo* ha seguito con determinazione l'idea della giustiziabilità delle scelte dei partiti sostenendo che «l'attuale formulazione degli artt. 30 e 33 del d.P.R. n. 570 del 1960 non sarebbe conforme a Costituzione e contrasterebbe, soprattutto, con la previsione dell'art. 49 Cost., il quale garantisce a tutti i cittadini il «diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Il giudice ricostruisce in via interpretativa il parametro e palesa innanzi alla Corte come, allo stato attuale, «la verifica del rispetto delle previsioni statutarie o di legge in materia di formazione delle liste elettorali è del tutto preclusa, proprio nel delicato momento della presentazione delle stesse». In sintesi, il giudice chiede alla Corte di sanare una lacuna nell'ordinamento che non permette al cittadino di far valere il *rule of law* del diritto individuale a verificare la scelta dei candidati alle elezioni.

In particolare, argomenta il TAR, si giunge «al sostanziale paradosso per cui una decisione in ordine alla presentazione di una lista assunta in violazione delle previsioni statutarie», come nella vicenda dedotta in giudizio, «potrebbe essere sindacata dal giudice ordinario in sede di impugnazione della delibera dell'associazione irregolarmente adottata, ma non potrebbe costituire oggetto di alcuna valutazione in sede di presentazione delle liste». Il giudice *a quo* rileva infatti che, secondo l'attuale formulazione delle norme censurate, «la verifica in ordine al rispetto delle previsioni statutarie o di legge in materia di formazione delle liste elettorali è (...) del tutto preclusa». Per tale ragione, la competizione elettorale sarebbe viziata dalla presentazione di una lista che non costituirebbe corretta espressione della volontà degli aderenti alla relativa formazione politica. In assenza di regole e «di una interpretazione costituzionalmente orientata», il giudice «prospetta la necessità di un intervento additivo... diretto alla creazione di una nuova disposizione normativa che attribuisca agli uffici elettorali il compito di provvedere alla verifica che siano state rispettate, da parte dei responsabili dei movimenti politici che formano le liste, le “disposizioni statutarie o di legge in ordine alla presentazione delle candidature ed alla partecipazione del partito politico” alla competizione elettorale».

Il giudice remittente, sostanzialmente, lamenta la mancanza di un efficace e tempestivo metodo di controllo nelle procedure seguite dai partiti politici nella designazione dei candidati alle elezioni comunali e provinciali. A parere del giudice l'unico modo per eliminare la lamentata lacuna sarebbe un intervento additivo, volto ad introdurre nel testo degli artt. 30 e 33 del d.P.R. n. 570 del 1960 una «ipotesi di competenza degli uffici elettorali, relativa alla verifica del rispetto, da parte dei presentatori delle liste, delle normative, di tipo statutario o legislativo (queste ultime, peraltro, neppure indicate), nella fase, politicamente molto delicata, nella quale si individuano i soggetti da candidare e si delineano gli aspetti salienti della stessa partecipazione del partito politico alla competizione elettorale».

La questione viene, tuttavia, dichiarata inammissibile perché «il giudice *a quo* ha chiesto un intervento di tipo manipolativo che non è consentito a questa Corte, in quanto non è ravvisabile, nella specie, una soluzione costituzionalmente obbligata sia per quanto attiene al tipo di tutela che dovrebbe essere introdotta a favore dei soggetti interessati, sia per quanto concerne i criteri in base ai quali gli uffici elettorali medesimi dovrebbero decidere le relative controversie interne alle organizzazioni di ciascun partito politico – le cui normative, ove esistenti, potrebbero presentare profili del tutto specifici in relazione alle rispettive loro organizzazioni – sia, infine, quanto al relativo procedimento. Elementi, questi, in ordine ai quali deve potersi esplicitare pienamente la discrezionalità politica del legislatore, data la pluralità delle possibili soluzioni concretamente adottabili – nel quadro di una più ampia valutazione attinente all’attuazione di quanto previsto dall’art. 49 Cost. – quanto al diritto dei cittadini di associarsi liberamente in partiti politici, per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Tale libertà associativa trova, del resto, nel momento elettorale la più genuina e significativa espressione, in modo che sia garantita per gli elettori «la possibilità di concorrere democraticamente a determinare la composizione e la scelta degli organi politici rappresentativi» (sentenza n. 429 del 1995).

Il legislatore deve dunque intervenire ma, finalmente, l’art. 49 deve essere attuato e, pur nella pluralità di soluzioni adottabili, è necessario ma sufficiente a fondare un diritto individuale a che la partecipazione politica sia democratica. Dopo aver nei suoi oltre cinquant’anni di giurisprudenza citato l’articolo 49 solamente trentacinque volte, senza che fosse utile, ora la tecnica argomentativa del rinvio alla discrezionalità del legislatore permette al parametro di poter esplicitare tutta la forza prescrittiva. Non potrà essere il giudice costituzionale a formulare la soluzione ma, a questo punto, il legislatore è chiamato a fornire una tutela positiva del diritto individuale. Il diritto è già presente in Costituzione, la legge è lo strumento tradizionale di garanzia dei diritti, la sua assenza palesa un’omissione. Si ha ora l’obbligo costituzionale di approvarla altrimenti la libertà associativa rimarrà senza alcuna forma di tutela.

Occorre a tal proposito tener conto del fatto che la Corte costituzionale nelle 35 pronunce in cui l’articolo 49 viene invocato come parametro non lo ha mai considerato parametro sufficiente a fondare una decisione di illegittimità costituzionale. Anche in questo caso l’articolo non riesce ad esprimere tutte le potenzialità intraviste dal giudice *a quo* anche se per la Corte è la natura additiva della richiesta formulata dal remittente a far dichiarare, nella specie, inammissibile la questione perché la materia è riservata alla discrezionalità del legislatore. L’articolo 49 resta così intatto in tutte le sue potenzialità inesprese.

Giudice amministrativo ed effettività della tutela nel contenzioso elettorale

di *Marco Croce*

Con l’ordinanza n. 1000 del 25.1.2011, depositata il 16.2.2011, la V sez. del Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione alle disposizioni

processuali che non consentono al giudice amministrativo di accertare la falsità degli atti pubblici endoprocedimentali nel contenzioso elettorale. La vicenda trae origine dai procedimenti giudiziari seguiti all'elezione a Presidente della Regione Piemonte del candidato sostenuto dal Centro-destra, Roberto Cota. Il giudizio in corso, ora sospeso per l'incidente di incostituzionalità, ha ad oggetto l'asserita illegittima partecipazione, per irregolarità nella raccolta delle firme per la presentazione, della lista «Pensionati per Cota», il cui risultato è stato determinante ai fini della vittoria elettorale. Più precisamente, l'impugnativa è rivolta contro l'atto di proclamazione degli eletti nonché verso i provvedimenti di ammissione della lista «Pensionati per Cota», sulla base della deduzione della «falsità delle dichiarazioni di accettazione delle candidature alla carica di Consigliere regionale e delle relative sottoscrizioni della lista»: secondo i ricorrenti, infatti, sarebbero state false «oltre che le sottoscrizioni di accettazione delle candidature, anche le attestazioni di autenticazione effettuate da vari consiglieri comunali, che avrebbero falsamente attestato di aver autenticato le sottoscrizioni nel Comune nel quale rivestono la carica di consigliere».

Si domandava al giudice amministrativo, in via principale, di accertare autonomamente i fatti penalmente rilevanti emersi al fine di dichiarare l'illegittimità dell'ammissione della lista e, in via subordinata, si formulava espressa riserva di querela di falso: il TAR Piemonte – Torino, sez. I, con la sentenza n. 3196/2010 riteneva priva di fondamento la tesi avanzata in via principale circa la possibilità di diretto accertamento delle dedotte falsità da parte del giudice amministrativo e assegnava il termine per presentare domanda dinanzi al giudice civile. Le ricorrenti impugnavano la decisione insistendo nella richiesta di accertamento della falsità degli atti da parte del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha dunque deciso di sollevare eccezione di incostituzionalità delle disposizioni che precludono, in materia elettorale, al giudice amministrativo di accertare incidentalmente eventuali falsità di atti del procedimento elettorale. Se il requisito della rilevanza appare *prima facie* presente, essendo tali disposizioni – modificate dall'eventuale pronuncia di accoglimento – l'unica via per giungere al risultato chiesto nella domanda principale, più delicata appare invece la valutazione in ordine alla non manifesta infondatezza, in virtù e della pluralità delle disposizioni impuginate e del tipo di domanda che si rivolge al giudice delle leggi: l'obbiettivo sembra conseguibile solo attraverso un intervento di tipo additivo e ci si deve quindi domandare se non venga in questione la discrezionalità legislativa che comporterebbe un'inammissibilità della questione. L'assunto di fondo che spinge a sollevare l'incidente di incostituzionalità sembra difficile da non condividere: il giudice amministrativo ricorda come la riserva al giudice civile dell'accertamento della falsità di atti pubblici tragga origine in un periodo storico «in cui le parti del processo amministrativo e lo stesso g.a. non avevano a disposizione strumenti probatori idonei per siffatti accertamenti»; l'evoluzione della giustizia amministrativa che ha portato al riconoscimento dell'ammissibilità, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di tutti i mezzi di prova previsti nel processo civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, non giustificerebbe più «la permanenza di preclusioni soprattutto in quei giudizi, quali il contenzioso elettorale, caratterizzati da una esigenza “rafforzata” di garantire il principio della ragionevole durata del processo».

Si chiede dunque in primo luogo di dichiarare l'incostituzionalità delle seguenti disposizioni: a) l'art. 8, comma 2, del Codice del processo amministrativo, che riserva all'autorità giudiziaria ordinaria, tra le altre questioni pregiudiziali, «la risoluzione dell'incidente di falso» – nonché i previgenti art. 8 della l. n. 1034/1970 e artt. 28, comma 3, e 30, comma 2, del R.D. n. 1054/1934); b) l'art. 77 dello stesso codice, che impone a chi deduce la falsità di un documento di «provare che sia stata già proposta la querela di falso o domandare la fissazione di un termine entro cui possa proporla» innanzi al giudice di civile e che dispone la sospensione del giudizio amministrativo in attesa dell'esito della querela di falso – nonché le previgenti disposizioni di cui agli artt. 41 – 43 del R.D. n. 2840/1923; c) l'art. 2700 c.c., secondo il quale l'atto pubblico fa piena prova fino a querela di falso. I parametri invocati nel motivare la non manifesta infondatezza sono gli artt. 24, 97, 103, 111, 113 e 117 Cost.: gli artt. 24 e 113 sarebbero violati in quanto «la necessaria devoluzione al giudice ordinario dell'accertamento della falsità degli atti pubblici del procedimento elettorale comprime fortemente l'effettività della tutela giurisdizionale» e svuota di significato, precludendola in radice, la tutela cautelare. Il giudice *a quo* argomenta anche a partire dalla s. n. 236/2010 della Consulta, in cui si legge che nel contenzioso elettorale deve essere garantita «la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese». L'art. 111 Cost. sarebbe violato in quanto la necessaria sospensione del giudizio amministrativo non assicurerebbe la ragionevole durata del processo. L'art. 117, comma 1, per violazione delle norme interposte rappresentate dagli artt. 6 e 13 della CEDU, che garantiscono il diritto a un ricorso effettivo. Gli artt. 103 e 113 perché, per le motivazioni sopra esposte, si sarebbe in presenza di una limitazione della tutela degli interessi legittimi. Queste limitazioni si ripercuoterebbero «sullo stesso buon andamento dell'amministrazione, che cura il procedimento elettorale e che vede accertata solo a distanza di anni la legittimità o illegittimità del suo operato», con violazione dunque anche dell'art. 97, «non potendo essere coerente con il principio del buon andamento un procedimento, quale quello elettorale, in cui anche in presenza di evidenti falsità di atti pubblici gli organi preposti alla procedura elettorale» non possano accertarle. In questa forse sovrabbondante elencazione di parametri sembra che il dato decisivo sia rappresentato dagli artt. 24, 111 e 113: il principio di effettività della tutela, accoppiato alla ratio intrinseca del contenzioso elettorale – ora esplicitata nelle disposizioni del Codice del processo amministrativo attraverso un rito speditissimo (l'unico capace di garantire una ragionevole durata in questo ambito) –, sembra rendere a «rime obbligate» la soluzione, dal momento che non pare avere senso una sospensione del procedimento in attesa del giudizio civile, quanto meno in questa materia e limitatamente «ai soli atti pubblici del procedimento elettorale», che hanno «esclusiva rilevanza ed effetti» solamente nel procedimento stesso. Non sembrano esserci dunque ostacoli alla dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni richiamate nella parte in cui non consentono al giudice amministrativo di accertare incidentalmente, nelle controversie elettorali, l'eventuale falsità degli atti del procedimento elettorale.

Il parametro di cui all'art. 76 Cost. è invece richiamato solo a proposito delle disposizioni del Cod. proc. amm.: oltre agli artt. 8, comma 2, e 77, già menzionati, vengono però

richiamati anche gli artt. 126-131, cioè le disposizioni che regolano il «Contenzioso sulle operazioni elettorali». Se è chiaro che si vuol denunciare il cattivo esercizio della delega di cui all'art. 44 della l. 69/2009 (in cui si legge, fra i criteri direttivi: «assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo», prevedere «un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni»), fornendo un ulteriore argomento per intervenire sulle prime due disposizioni, non è chiaro che cosa si voglia ottenere richiamando gli artt. 126-131 come oggetto del giudizio. A meno che il giudice *a quo* non stia in qualche modo cercando di provocare un'addizione di tutt'altro tipo sull'art. 129: questa disposizione dà la possibilità di impugnare immediatamente solamente i provvedimenti «concernenti l'esclusione di liste o candidati», garantendo, dunque, nei casi di controversie su provvedimenti di ammissione, come quello in esame, una tutela necessariamente non effettiva, che giunge per forza di cose a elezioni effettuate, frustrando l'interesse del candidato, che è quello di partecipare a una consultazione elettorale nella situazione politico-amministrativa esistente alla data prefissata, secondo le regole del gioco; una correzione o riedizione della competizione in un momento successivo non potrebbe essere pienamente soddisfacente, perché influenzata dalle modificazioni, *medio tempore* verificatesi, del contesto politico-ambientale in diretta dipendenza di quegli atti di ammissione illegittimi che hanno condizionato il risultato elettorale (cfr. P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale: una singolare coincidenza*, in www.giustamm.it; Id., *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte»*, *il monito della Corte Costituzionale: un decreto correttivo?*, in www.giustamm.it). Ma una tale estensione della parte dispositiva della sentenza, ossia la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 129 nella parte in cui non consente l'impugnazione immediata anche degli atti di ammissione di liste o candidati sembra impossibile da giustificare per difetto di rilevanza (ammesso *en passant* dallo stesso giudice *a quo* nella parte precedente dell'ordinanza), nonostante sia in realtà questa modifica della disposizione l'unico modo per assicurare effettività della tutela nel contenzioso elettorale ed evitare quello che potrebbe accadere nel caso in questione: scoprire, cioè, di avere avuto in carica, anche per molto tempo, un Presidente di Regione eletto illegittimamente.

La *salus rei publicae* alla prova

di Nicola Garbellini

La vicenda storica dalla quale è scaturito il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dichiarato ammissibile con ordinanza n. 376/2010 della Corte Costituzionale rappresenta un chiaro esempio, non solo della rilevanza dell'istituto del segreto di Stato nell'ordinamento giuridico italiano, ma anche delle degenerazioni che dal suo impiego arbitrario potrebbero derivare in assenza di correttivi idonei a ricondurne l'ambito di applicazione in un sistema di garanzie e limiti costituzionali.

Nel caso *de quo*, il GUP di Perugia in sede di udienza preliminare ha ritenuto di dover proporre conflitto di attribuzione contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, avendo quest'ultimo, con due note del 03.12.2009 e del 22.12.2009, confermato il segreto di Stato opposto durante l'interrogatorio *ex art. 415-bis*, commi 3 e 5, del codice di procedura penale, dall'ex Direttore del SISMI, N. Pollari, e da un collaboratore/dipendente dello stesso Servizio, P. Pompa, in ordine a modalità di retribuzione di quest'ultimo (e di altra dipendente del SISMI, J. Tontodimamma), di finanziamento occulto della sede del SISMI, nonché di attività di raccolta di informazioni su magistrati italiani e stranieri. Dette note del Presidente del Consiglio, infatti, impedivano al GUP di Perugia, in via assoluta, l'accertamento del fatto – reato, non consentendogli, dunque, di pervenire ad una sentenza di non doversi procedere o, diversamente, all'adozione del decreto che dispone il giudizio *ex art. 429 c.p.p.* La citata autorità giudiziaria, con proprio ricorso/ordinanza, quindi, ritenuta la decisione del Presidente del Consiglio non solo incompatibile con le finalità del segreto di Stato individuate nella riforma del 2007 (nonché, *ad abundantiam*, con la precedente del 1977) e, successivamente, specificate nel DPCM del 08.04.2008, ma, altresì, idonea a ledere le proprie attribuzioni costituzionalmente garantite, promuoveva il conflitto di attribuzioni in esame che, in seguito, con ordinanza n. 376/2010 la Corte Costituzionale dichiarava ammissibile. Da una lettura attenta dell'ordinanza in questione emergono taluni profili problematici di natura costituzionale che appare opportuno esaminare.

Il valore che riveste l'istituto del segreto di Stato per il nostro ordinamento è tale da dover considerare la relativa disciplina non data una volta per tutte ma in costante evoluzione a seconda delle situazioni concrete in cui essa si trova ad operare e ad esplicare i propri effetti. La tipizzazione delle ipotesi in cui il segreto può essere apposto/oppo- sto contenuta nell'art. 39 della l. 124/2007 e nell'allegato n. 1 del relativo decreto attuativo del 2008 è stata, infatti, costruita in modo ampio e elastico al fine di consentire una sua piena aderenza alla realtà concreta. Al di là del dato testuale, in ogni caso, in tema di segreto di Stato, l'opera svolta e da svolgersi da parte della giurisprudenza costituzionale risulta assolutamente centrale, avendo inteso il legislatore del 2007 individuare nel possibile intervento del giudice delle leggi il momento di chiusura e di razionalità complessiva dell'intero sistema della sicurezza nazionale. La delimitazione dello spazio, dunque, in cui tale fenomeno giuridico può manifestarsi deve essere effettuata prestando attenzione non solo al dato dispositivo, pur considerato dalla stessa Corte quale elemento di definizione di un potere dell'esecutivo da non potersi considerare «illimitato» (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 110/1998), ma anche a quello normativo, elaborato dalla stessa. In altre parole, non è solo nell'enucleazione delle fattispecie in cui il segreto di Stato può o non può operare che la difesa della *salus rei publicae* perseguita dallo stesso viene contemperata con altre esigenze di rilievo costituzionale, in modo tale da non comportare il sacrificio assoluto di queste ultime: è, soprattutto, nella vita stessa del sistema di informazione per la sicurezza della repubblica nonché nell'assetto complessivo dei rapporti tra i poteri dello Stato coinvolti in esso che tale bilanciamento viene perseguito.

L'intera struttura del sistema, infatti, riflettendo l'architettura complessiva della forma di governo italiana, si fonda sulla ricerca di un equilibrio tra la funzione di deci-

sione ed indirizzo attribuita al Presidente del Consiglio e quella di controllo parlamentare conferita al COPASIR: l'obiettivo è impedire che l'influenza del primo muti in arbitrio.

Nel mosaico del nuovo sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica vi è, tuttavia, un ulteriore tassello da porre in evidenza, oltre a quelli normativo ed organizzativo, ovvero un elemento non esplicitato dal legislatore ma elaborato, seppur in modo trasversale, dalla Corte Costituzionale sin dalla storica sentenza n. 82/1976: si tratta del ruolo di rappresentante dello Stato ordinamento nonché di garante dei suoi valori fondanti attribuito dal Legislatore del 2007 al Presidente del Consiglio dei Ministri. La riforma del 2007 non ha fatto altro, sul punto, che acquisire le risultanze della giurisprudenza costituzionale la quale ha ricondotto, sin dalla sentenza n. 86/1977, la competenza del Presidente del Consiglio in tema di segreto di Stato nel quadro dell'art. 95 Cost., esteso sino ad includere la «suprema attività politica (...) attinente alla difesa esterna ed interna dello Stato». Nella recente sentenza n. 106/2009 la Corte ha, inoltre, confermato come il Presidente del Consiglio in tema di apposizione/opposizione del segreto di Stato sia investito di un ampio potere, che supera i confini della mera discrezionalità amministrativa, risultando esso limitato solamente dalla necessità di esplicitare nei confronti del Parlamento le ragioni della propria determinazione e dal divieto di secretare fonti relative a fatti eversivi dell'ordine costituzionale. Il segreto, dunque, volto a preservare l'interesse più profondo ed inviolabile dello Stato comunità, ovvero la difesa della sua stessa esistenza, richiede che il Presidente del Consiglio impersoni valori alti, che superano logiche di puro calcolo politico, e chiama in causa una responsabilità dello stesso, apparentemente innominata, ma che trova il suo fondamento, nonché *ratio*, nel giuramento reso nelle mani del Presidente della Repubblica all'origine del suo mandato. In sintesi il dovere cui il Presidente del Consiglio è chiamato è quello di garantire la difesa dell'ordine pubblico costituzionale, espressione dei principi costituzionali che connotano l'ordinamento giuridico, contemperando in sede di apposizione/opposizione del segreto gli interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti.

Ebbene, tornando all'ordinanza in esame, il Presidente del Consiglio, confermando il segreto opposto dagli indagati Pollari e Pompa, sul presupposto generico, indimostrato e imprecisato dell'esistenza di «*interna corporis* del Sismi» da preservare ha irrimediabilmente danneggiato il predetto mosaico, rimuovendo i singoli tasselli precedentemente indicati: il primo «normativo», il secondo «organizzativo», il terzo della «responsabilità sostanziale». Innanzitutto, il Presidente del Consiglio con le note indicate in premessa ha oscurato con il velo del segreto di Stato attività estranee alle finalità istituzionali del SISMI impedendo al GUP di Perugia, di fatto, di accertare l'esistenza di fatti di reato. L'art. 26 della l. 124/2007, infatti, delineando la normativa in materia di trattamento dei dati personali, afferma come la loro raccolta ed il loro trattamento debbano esclusivamente essere finalizzati agli scopi istituzionali del Sistema di informazione per la sicurezza, ovvero, in primis, la *salus rei publicae*. Di tutta evidenza è, poi, l'impossibilità di opporre il segreto di Stato in ordine ad illecite modalità di finanziamento del SISMI nonché di retribuzione dei suoi dipendenti. Nel caso in esame, dunque, non solo non vi sono state operazioni di *intelligence*, non solo sono state realizzate attività escluse dall'ambito di applicazione delle cause di giustificazione di cui al capo III della l. 124/2007, non solo non si è verificato

un «singolo atto delittuoso», ma si è sovvertito, «disarticolandolo, l'assetto complessivo delle istituzioni democratiche» (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 106/2007).

Se si volesse, inoltre, porre un problema di fonte competente a disciplinare le fattispecie concrete di cui sopra (la l. 124/2007 o la previgente l. 801/1977), sarebbe sufficiente ricordare come, da un lato, anche il legislatore del 1977 avesse, comunque, negato l'opponibilità del segreto per «reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale» (cfr. art. 204, comma 1, c.p.p. antecedente alla riforma del 2007) e dall'altro come il nuovo art. 204, comma 1-bis, c.p.p. (riformato dall'art. 40 l. 124/2007) contenga un «limite tacito» di natura processuale applicabile anche a fatti antecedenti l'entrata in vigore della legge del 2007: l'inopponibilità del segreto per condotte pur autorizzate ma, in realtà, non autorizzabili, in quanto «insuscettibili di essere giustificate» perché dirette a «perseguire finalità extraistituzionali» (cfr. R. Orlandi, *Segreto di Stato e limiti alla sua opponibilità tra vecchia e nuova normativa*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010).

In secondo luogo, la decisione unilaterale del Presidente del Consiglio di confermare il segreto opposto rende palese l'inefficacia del controllo parlamentare configurato dal legislatore del 2007 in via esclusivamente successiva. Com'è noto, inoltre, l'esito del controllo parlamentare «non ha effetto nel processo penale, potendo portare solo alla responsabilità politica» (cfr. G. Salvi, *Obiettivo 1. Processo Penale e Segreto di Stato. Oltre Abu Omar*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 27.05.2010). Il potere del COPASIR, apparentemente ampio ex art. 30 l. 124/2007, si rivela, dunque, del tutto insufficiente a costituire un argine ai possibili abusi dell'esecutivo, ponendosi in una fase in cui gli effetti della decisione del Presidente del Consiglio si sono già consumati. A maggior ragione, oggi è facilmente comprensibile come la preoccupazione del legislatore del 2007 di non aver percorso tutte le strade possibili per rafforzare i poteri del Comitato di controllo, rendendo più efficace «il sindacato ispettivo, nel quale si esprimeva il principio di responsabilità politica dell'azione dell'esecutivo di fronte all'organo rappresentativo della sovranità popolare» (Sen. Grassi cfr. n. 200, *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Senato della Repubblica, 24 Luglio 2007 ant.) fosse realmente fondata.

A fronte degli evidenti limiti del «correttivo parlamentare», emerge, pertanto, come unica garante della piena conformità costituzionale degli esiti del sistema la Corte Costituzionale. A tal proposito, ed in ordine al terzo profilo, appare indubitabile come l'attività del Presidente del Consiglio diretta ad occultare non *interna corporis*, ma, in definitiva, fattispecie di reato abbia gravemente leso il principio che, per eccellenza, la Corte ha individuato quale limite esterno del sistema: la tutela dell'ordine pubblico costituzionale. Pur nella diversità delle posizioni dottrinali in merito al concetto di ordine costituzionale, ristrette alla tutela dello Stato democratico e dei «valori fondanti» della Repubblica (cfr. A. Morrone, *Il nomos del segreto di Stato, tra politica e Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it) o ampie al punto da ricomprendere le libertà individuali e la difesa dei principi supremi dell'ordinamento, le conseguenze non mutano sul piano processuale: i fatti eversivi dell'ordine costituzionale «non possono mai essere sottratti alla cognizione del giudice né ostacolare l'acquisizione della prova nel processo penale» (cfr. A. Pace,

L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge 124 del 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

In conclusione, la Corte costituzionale, unico soggetto cui il segreto non può essere opposto in ogni caso, senza intervenire nel merito del ricorso, ha ritenuto sussistenti i presupposti oggettivo e soggettivo dello stesso: non resta ora che attendere una decisione che ripristini la legalità violata. Di certo la Corte non potrà sindacare l'opportunità politica che ha spinto l'esecutivo a confermare l'esistenza del segreto, e ciò in virtù tanto del suo orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 106/2007) quanto per effetto della rigida disciplina di cui all'art. 40 l. 124/2007, ma ciò non significa che il giudice della legge non sarà chiamato a decidere se il segreto di Stato debba essere inteso quale connotato del potere esecutivo oppure, come in realtà è, strumento di difesa della *salus rei publicae*.

I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici!

di *Massimo Capantini*

Con le sentenze nn. 24 e 26 del 26 gennaio 2011, la Corte costituzionale si è espressa, ai sensi dell'art. 75 Cost. e della legge n. 352/1970, per l'ammissibilità di due quesiti referendari (rubricati n. 1 e n. 3) aventi ad oggetto l'abrogazione, rispettivamente: dell'art. 23-*bis*, d.-l. 112/2008 (conv. con legge n. 133/2008), principale *sedes materie* dell'attuale disciplina per l'affidamento dei servizi pubblici locali (SPL) a rilevanza economica (quesito n. 1); e di quella parte del c. 1 dell'art. 154, d.lgs. 152/2006 (TUA) in cui si prevede che la tariffa corrisposta per il servizio idrico sia determinata, in via amministrativa, tenendo conto, tra l'altro, *dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito* (quesito n. 3). I due quesiti, che il Governo sottoporrà a consultazione popolare il 12 giugno 2011, hanno portata e complessità differenti. Mentre il n. 3 riguarda un aspetto specifico, ancorché fondamentale, della regolazione dei soli servizi idrici (definiti dall'art. 141, c. 2 TUA), il quesito n. 1 verte invece sull'abrogazione delle disposizioni fondamentali sulle forme di affidamento e gestione della generalità dei SPL a rilevanza economica (idrici inclusi).

Quest'ultima materia, da decenni tormentata dalla perenne ambiguità della stessa nozione di *servizio pubblico*, oltre che dagli interventi di legislatori e giudici sia interni che comunitari, trova nell'art. 23-*bis*, d.-l. 112/2008 (di seguito semplicemente «23-*bis*») e nel regolamento di delegificazione da esso previsto (d.P.R. 168/2010), l'ennesimo tentativo di sistemazione uniforme di tenore pro-concorrenziale (sistemazione che lascia però fuori i servizi energetici, farmaceutici, di trasporto ferroviario regionale, e quelli strumentali all'ente). In base ad essa gli enti locali affidano *ordinariamente* la gestione dei SPL a rilevanza economica con gara: a *imprenditori o società in qualunque forma costituite*, ovvero a S.p.a. miste dedicate e all'uopo costituite, rispetto alle quali la gara sia servita, al tempo stesso, per selezionare il socio privato (che, per scelta autonoma del legislatore interno, non basata cioè su precetti comunitari, deve avere una partecipazione azionaria

pari almeno al 40% e svolgere specifici compiti operativi). L'ente locale può derogare a tale schema di privatizzazione, e trattenere presso di sé il servizio, solo affidandolo direttamente, senza gara, a una società pubblica *in house* di sua proprietà, che abbia i requisiti (piuttosto angusti) posti dalla giurisprudenza comunitaria (c. 3 del 23-*bis*).

Il legislatore del 23-*bis* e del d.P.R. 168/2010, tuttavia, per il ricorso all'*in house*, ha previsto un ulteriore restrittivo adempimento, anch'esso non richiesto dall'UE (punto, questo, sottolineato dalla stessa Corte Cost. nella recente sent. n. 325/2010, e rammentato nella sent. n. 24): prima di affidare il servizio, l'ente locale deve dimostrare, con un'analisi di mercato (da sottoporre al parere positivo dell'Autorità antitrust, se il valore economico del servizio eccede i 200.000 euro annui), che ricorrono *situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*. Nei servizi idrici, tale restrizione, non prevista nella versione originaria del 23-*bis*, è stata introdotta dal c. 1ter dell'art. 15, d.-l. 135/2009, conv. con legge 166/2009 (c.d. *decreto Ronchi*), ancorché con alcuni temperamenti, ribaditi poi dal d.P.R. 168/2010 (che, al riguardo, ha anche provveduto ad adeguare, per i servizi idrici, l'art. 150 del TUA). Vagamente ispirati alle deroghe ammesse nei Trattati comunitari in tema di concorrenza (v. artt. 14, 101, c. 3 e, soprattutto, 106 del TFUE), essi consistono nella possibilità di rappresentare, nel parere richiesto all'Autorità antitrust, specifiche (ma, per la verità, anche ambigue) *condizioni di efficienza* che rendono l'*in house* non distortivo della concorrenza e comparativamente non svantaggioso per i cittadini rispetto a gestioni affidate con gara (art. 4, c. 2 d.P.R. 168/2010).

La sommaria ricostruzione di tale (instabile) matassa normativa chiarisce anzitutto come la *ratio oggettiva* del quesito n. 1 sia consistita non tanto e non solo nell'opporre un «fuoco di sbarramento» alla paventata «privatizzazione dell'acqua», ma, come evidenziato dalla Corte nella sent. n. 26, nel più generale intento di eliminare, in pressoché tutti i SPL di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico), le limitazioni all'opzione dell'*in house* eccedenti i requisiti, già di per sé stringenti, apposti dalla giurisprudenza comunitaria. Su tale punto fa perno la principale critica mossa all'iniziativa referendaria. Sull'onda del dibattito divampato nell'opinione pubblica a seguito del *decreto Ronchi* circa l'ipotesi di privatizzazione di un primario bene (*rectius*: servizio, giacché la proprietà di tutte le risorse idriche, nonché delle reti, è e resterà pubblica per legge, v. 23-*bis*, c. 5 e art. 1, c. 2 d.P.R. 168/2010) come l'acqua, si è sproporzionatamente mirato al «bersaglio grosso» dell'intera disciplina dei SPL a rilevanza economica. Ove prevalesse il «sì», le conseguenze coinvolgerebbero inopportunamente altri nevralgici settori, come rifiuti, trasporti, ecc., senza che vi siano stati presso i cittadini, almeno fino ad oggi, un'informazione e un dibattito adeguati, specie in considerazione del fatto che, per molti di detti servizi, proprio una maggiore liberalizzazione/privatizzazione è da più parti continuamente invocata.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, poi, l'iniziativa presenta incertezze circa il risultato che ne può effettivamente scaturire. Ammesso che il legislatore non intervenga *medio tempore* sulle norme sottoposte a referendum e che questo abbia dav-

vero luogo, l'eventuale abrogazione del 23-bis e del relativo regolamento, per espressa affermazione della Corte (sent. n. 24), lascerebbe una *normativa di risulta* comunque fortemente vincolata ai dettami comunitari direttamente efficaci in tema di concorrenza. Ciò significherebbe, per gli enti locali, la ri-espansione (ancorché in un contesto per molti Comuni divenuto frattanto ostile alla creazione/esistenza di S.p.a. pubbliche: v. art. 14, c. 32, d.l. 78/2010, conv. con legge n. 122/2010) della facoltà di deliberare per l'*in house* o per le spa miste, alle sole condizioni comunitarie, ossia, rispettivamente: senza dover dimostrare quelle *situazioni eccezionali* richieste dal 23-bis, c. 2, e senza che il socio privato della S.p.a. debba svolgere attività operative ed avere almeno il 40% delle azioni. Tuttavia è dubbio che i «limiti» relativi alle *situazioni eccezionali* necessarie a motivare l'*in house* scompaiano davvero. Se si accoglie il principio generale affermato dalla Corte nella sent. n. 325/2010 (prealtro, subito messo implicitamente in discussione dal Consiglio di Stato nella decisione Sez. V, n. 552/2011) per cui all'ente locale è preclusa la gestione diretta del servizio, la delibera con cui si decide come affidare il servizio (a privati, a S.p.a. mista o *in house*) dovrebbe in ogni caso recare un'idonea motivazione. Ove la scelta fosse l'*in house*, l'ente dovrebbe dimostrarne l'opportunità, se non con i parametri del d.P.R. 168/2010, almeno in termini di rispetto di numerosi principi di buona amministrazione, quali quelli di economicità, ragionevolezza e proporzionalità. Principi comunque inveterati nel nostro ordinamento dall'art. 97 Cost. (in tema di buon andamento), oltre che da norme e principi generali di concorrenza e di buona amministrazione di provenienza comunitaria.

La rinuncia a qualsiasi messa in concorrenza del servizio e la sua pubblicizzazione sostanziale, in altre parole, dovrebbero fondarsi su chiare ragioni tecniche e di convenienza (principi di economicità e ragionevolezza). Ragioni obiettive, che legittimino altresì la compressione della libertà di impresa privata, protetta dall'art. 41, c. 1 Cost. (principio di proporzionalità). Senza dimenticare, poi, che simile decisione, se non sufficientemente motivata, svilirebbe il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, c. 4 Cost., ove si accettasse una lettura, suffragata ormai da consistente dottrina e giurisprudenza (cfr. G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, 2010), che applica tale principio anche alla libertà di iniziativa economica.

Proprio nei servizi idrici, curiosamente, tali considerazioni trovano conforto nella normativa settoriale di risulta, e in particolare in ciò che (già oggi) sopravvive dell'art. 150 TUA. Anche a fronte dell'abrogazione del 23-bis e del regolamento, e quindi al netto dei rinvii al d.P.R. 168/2010 che l'art. 150 contiene, in esso si legge, infatti, che l'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico mediante gara comunitaria a imprese o S.p.a. miste, ovvero a società *in house* degli enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, *qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche*. Quanto al quesito n. 3, l'eventuale abrogazione della norma che impone una regolazione tariffaria del settore idrico attenta anche alla redditività del capitale investito dagli operatori, pone di per sé minori interrogativi in chiave giuridica (M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, 2011). Va tuttavia rilevato che *rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua* (sent. n. 26, par. 5.2 dei *considerato in diritto*), per un verso, rischia di pena-

lizzare, da un'ottica costituzionale, i valori della libertà di impresa e della sussidiarietà orizzontale; per l'altro, sarebbe il segnale di una sfiducia nella capacità, per i pubblici poteri, di svolgere anche nel settore idrico una funzione di *regulation* che, in altri servizi essenziali (elettricità e gas), appare invece consolidata ed in grado di conciliare interessi pubblici e remuneratività del capitale privato.

Semmai, come segnalato dai critici dell'iniziativa referendaria, preoccupa che l'abrogazione possa in futuro indurre (peraltro non necessariamente) a prendere in considerazione forme giuridiche di gestione *non profit* (come fondazioni o cooperative), poco consone alla conduzione di attività industriali estese e complesse come il servizio idrico integrato. Ma soprattutto, che la penalizzazione dello scopo di lucro raffreddi l'interesse di imprese private verso il settore, allontanando così la prospettiva di quei nuovi investimenti, che sono da ogni parte invocati e che non è ragionevole attendersi a carico di enti locali oggi stremati dalla crisi economica.

L'interruzione di gravidanza fra Stato e Regioni in una decisione del giudice amministrativo

di *Francesca Biondi*

Con la sentenza depositata il 29 dicembre 2010 la III sez. del TAR per la Lombardia ha accolto il ricorso presentato da alcuni medici operanti in strutture sanitarie della Regione per ottenere l'annullamento delle linee guida in tema di interruzione volontaria della gravidanza adottate dagli organi politico-amministrativi della Regione con l'obiettivo di imporre una applicazione uniforme e restrittiva della l. n. 194/1978. Tali linee guida regionali, infatti, «specificavano» la l. n. 194/1978, stabilendo che il c.d. aborto terapeutico in caso di pericolo fisico o psichico della donna non avrebbe potuto essere effettuato oltre la ventiduesima settimana più tre giorni, là dove invece la legge statale lascia libero il medico di valutare in concreto la situazione. In secondo luogo, «integravano» la legge statale, introducendo disposizioni volte ad aggravare le procedure per il ricorso all'aborto: si creava un registro regionale dove inserire i dati, anonimi, relativi ai risultati delle indagini prenatali e all'accertamento eseguito sul feto abortito, al dichiarato scopo di verificare l'accuratezza diagnostica delle indagini prenatali; si imponeva al ginecologo di avvalersi della collaborazione di specialisti al fine di accertare la sussistenza dei presupposti patologici, mentre la legge statale lascia il medico libero di decidere se confrontarsi con colleghi di altre discipline; inoltre, si prescriveva che il certificato medico e la documentazione attestante il percorso di valutazione clinica che aveva portato alla certificazione dell'interruzione della gravidanza oltre il novantesimo giorno dovesse essere sottoscritto, anziché da uno, da due ginecologi e dal dirigente della struttura sanitaria per presa visione. Infine, le linee guida disciplinavano la materia in modo «differente» rispetto alla l. n. 194/1978, in quanto, in diversi punti, si invitavano le strutture sanitarie ad un maggior coinvolgimento della coppia e della famiglia, quando, invece, la legge statale volutamente riserva ogni decisione solo alla donna.

Quella del TAR per la Lombardia è una decisione che merita di essere segnalata, perché conferma che il giudice amministrativo possiede gli strumenti per poter intervenire efficacemente nel garantire il riparto delle competenze fra Stato e Regioni, soprattutto laddove l'atto non legislativo sia suscettibile di incidere sul godimento di diritti individuali.

Il ragionamento del giudice amministrativo muove dal fatto che la l. n. 194/1978 costituisce il frutto del bilanciamento operato dal legislatore statale tra la tutela del concepito (art. 2 Cost.) e quella della vita e della salute della madre (art. 32 Cost.) (Su questi temi cfr. D'Amico, *I diritti contesi*, Milano 2008, 30, e Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli 2009, 835). Richiamando la nota sentenza della Corte costituzionale n. 35/1997, si osserva come il punto di equilibrio individuato con la l. n. 194/1978 renda quest'ultima una legge «a contenuto costituzionalmente vincolato»: tutto ciò – secondo il TAR – comporta, non solo che questa legge non possa venire meno, ma anche che essa segni «il limite di tutela di quei medesimi interessi». Più precisamente, poiché si ritiene che definire il limite di tutela di un diritto o, meglio, che fissare le prestazioni da garantire ad esso, altro non sia che stabilire il contenuto del diritto stesso, il giudice amministrativo giunge alla conclusione secondo cui la l. n. 194/1978 costituisce «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Ammessa la legittimità dell'intervento statale in materia, il TAR prosegue valutando se le linee guida, in quanto atti di natura secondaria, si pongano in contrasto con la l. n. 194/1978. Esso si sofferma, dapprima, sull'indicazione del termine di ventidue settimane e tre giorni, sottolineando come il fatto stesso di fissare un termine rigido per il ricorso all'aborto terapeutico costituisca una violazione della legge. Analogamente, il TAR ritiene che costituiscano una violazione della legge statale gli aggravamenti procedurali, secondo cui il ginecologo dovrebbe sempre farsi assistere dallo psicologo o dallo psichiatra e il certificato firmato da due medici. Per questi motivi, perché l'atto amministrativo generale impugnato viola la fonte primaria, il TAR lo annulla nella sua totalità.

Un primo profilo della decisione che merita di essere analizzato è quello relativo all'individuazione della competenza statale e regionale in materia. Come anticipato, la decisione del TAR per la Lombardia muove dall'affermazione secondo cui le disposizioni contenute nella l. n. 194/1978 costituirebbero la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, per poi concludere nel senso che la Regione non ha alcun titolo per intervenire nella materia. Così ragionando, il giudice amministrativo si discosta, però, dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte costituzionale, infatti, pur ammettendo che le prestazioni possono incidere sul contenuto del diritto, ha affermato che la competenza «trasversale» ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost. può essere invocata solo con riferimento alle «prestazioni», restando il contenuto del diritto, costituzionalmente o legislativamente sancito, altra cosa (v. già sent. n. 282/2002). Inoltre, allo scopo di evitare che tale competenza possa essere invocata dallo Stato per individuare il fondamento costituzionale della disciplina di interi settori materiali, essa ha più volte chiarito che l'intervento trasversale non può escludere o ridurre radicalmente il ruolo delle Regioni. Il TAR, invece, si discosta

consapevolmente da questa giurisprudenza, osservando come la competenza *ex art.* 117, comma 2, lett. *m*), Cost. non possa limitarsi a definire gli standard strutturali e qualitativi, dovendo comprendere anche le «condizioni» di accesso a determinate prestazioni. In tal modo, però, esso finisce per confondere la determinazione delle prestazioni con la definizione del contenuto del diritto (v. emblematicamente Corte cost., sent. n. 271/2005).

Il medesimo risultato avrebbe potuto essere più correttamente conseguito inquadrando la disciplina contenuta nella l. n. 194/1978 nell'ambito nella materia, di competenza concorrente, «tutela della salute». La l. n. 194/1978, infatti, garantisce i diritti del concepito e la vita e la salute della donna, bilanciandoli tra loro. Le disposizioni che individuano termini e condizioni per il ricorso all'interruzione della gravidanza non costituiscono delle «prestazioni», bensì evidentemente dei «principi», fissati dal legislatore statale e non derogabili da quello regionale. A supporto di tale argomentazione, basti ricordare che la Corte, in più occasioni (sentt. nn. 355/1994 e 430/2007), ha affermato che «la specificità delle prescrizioni, di per sé, neppure vale ad escludere il carattere di principio della norma, qualora esse risultino legate al principio stesso da un evidente rapporto di coesenzialità e di necessaria integrazione». Ma, prima ancora, pare necessario notare che le prescrizioni contenute nella l. n. 194/1978 sono dei principi poiché segnano «il limite di tutela» degli interessi coinvolti. In altre parole, ciò che qualifica e distingue la l. n. 194/1978 è proprio il fatto di essere una legge di bilanciamento fra diritti: una legge che detta le condizioni per la tutela di un diritto – quello della salute della donna – contemperandolo con altro diritto – quello alla vita del concepito – non può che essere una normativa di principio. Il problema è che una legislazione di principio che costituisce il frutto di un bilanciamento costituzionalmente imposto lascia pochi spazi al legislatore regionale, poiché anche incidendo solo sulla procedura si sposta il punto di contemperamento fra i diritti coinvolti. In altre parole, anche se la «tutela della salute» è di competenza concorrente, in questa materia il legislatore regionale potrà intervenire in modo assai limitato, in quanto, nella l. n. 194/1978, la definizione delle condizioni per la tutela di un diritto sono espressamente definite in relazione ad un altro diritto, rispetto al quale viene contemperato e non potrà, dunque, la Regione garantire maggiormente uno dei diritti (nel nostro caso, la vita del concepito) quando ciò importi il sacrificio del contenuto essenziale di un altro diritto (la tutela della salute della madre). Qualora decidesse di farlo, diverso sarà il giudice chiamato a valutare il rispetto dei principi statali rispetto all'autonomia regionale: la Corte costituzionale, se la Regione interviene con legge; il giudice amministrativo, se viene adottato un atto di natura secondaria.

Nonostante qualche riserva in merito all'individuazione della competenza statale, la decisione del TAR merita di essere segnalata per le affermazioni che rende in tema di aborto. Si pensi anzitutto alla fissazione di un termine ultimo per il ricorso all'aborto terapeutico. Si tratta di un profilo delicatissimo, poiché, se nella prassi medica si tende a non ammettere l'interruzione della gravidanza una volta superate le ventiquattro settimane, molti hanno osservato come i progressi della scienza consentano oggi anche a neonati più prematuri di sopravvivere (v. D'Amico, *op. cit.*, 35). L'assenza di un termine per il ricorso all'interruzione della gravidanza pone dunque evidenti problemi di contemperamento tra i diritti del

nascituro e la salute della donna, ma anche tra la responsabilità del medico e la scelta dei genitori: è, tuttavia, da valutare se sia opportuno fissare un limite rigido e, in caso di risposta positiva, a chi spetti farlo. Sul punto il giudice amministrativo sembra prendere una posizione chiara, affermando che la scelta di demandare al medico l'individuazione del termine è giustificata dalla possibilità di operare valutazioni caso per caso sulle concrete possibilità per il feto di vivere in maniera indipendente, anche alla luce del progresso scientifico. Il passaggio è importante poiché, ponendosi in un solco già tracciato dalla Corte costituzionale (v. sent. n. 151/2009, ma anche sentt. nn. 338/2003 e 282/2002), il TAR sembra optare per una disciplina non rigida, che, al contrario, valorizzi l'autonomia e la responsabilità del medico.

Altro punto della sentenza che merita di essere segnalato è quello in cui il TAR, nel dichiarare l'illegittimità delle linee guida nella parte in cui intervengono sulle procedure per il ricorso all'interruzione della gravidanza, presuppone che certi aggravamenti possano per ciò stesso incidere sul contenuto dei diritti coinvolti. Questa affermazione – condivisibile, e coerente con l'idea che il legislatore statale con la l. n. 194/1978 abbia determinato il contenuto di un diritto anziché, più semplicemente, il livello delle prestazioni – è già in qualche modo presente nella giurisprudenza costituzionale (v. sent. n. 35/1997), ma trova in questa decisione un esplicito riconoscimento. Infine, il giudice amministrativo, sanzionando quelle parti delle linee guida regionali volte a coinvolgere il padre del concepito o la famiglia della donna minorenni nella procedura antecedente, mantiene saldo il «principio» secondo cui l'unico soggetto coinvolto nella scelta è la donna.

Internet, libertà di informazione e responsabilità editoriale

di *Nicola Lucchi*

Con la sentenza n. 35111 del luglio 2010 la Corte di cassazione (Cass. Pen., sez. V, sent. n. 35511/2010) ha di fatto riaperto un dibattito peraltro mai sopito, tra giuristi, giornalisti ed editori. Si tratta della controversa questione relativa alla responsabilità del direttore di un giornale *on-line* e della possibile estensione interpretativa delle norme penali sulla responsabilità per omesso controllo dei direttori della stampa periodica. La questione era difatti rimasta, almeno sino ad ora, aperta a soluzioni giurisprudenziali alquanto eterogenee. La Suprema Corte, inserendosi in tale contrasto interpretativo, ha ritenuto non punibile ai sensi dell'art. 57 del Codice penale («reati commessi con il mezzo della stampa periodica») il direttore di una testata giornalistica telematica. Come noto, la fattispecie in questione sanziona il direttore responsabile di una testata giornalistica che colposamente non impedisca il perpetrarsi di reati per il tramite della pubblicazione sul proprio mezzo di informazione. L'art. 57 c.p. regola, infatti, la responsabilità penale del direttore di «stampe o stampati», categoria riferibile alle «riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione» (cfr. art. 1, l. 47/1948). Il caso esaminato dalla Corte risale al 2001, quando, nella sezione dedicata ai commenti di una rivista *on-line* regolarmente registrata, un lettore inseriva un commento anonimo diffamatorio nei confronti di alcuni politici. Benché si trattasse di

un'opinione espressa da soggetti sui quali la redazione non aveva modo di svolgere alcuna forma preventiva di moderazione o di filtro dei contenuti, veniva citato in giudizio, per omesso controllo, il direttore della testata. Condannato sia in Tribunale che in Appello, la Cassazione infine annullava la sentenza impugnata perché il fatto contestato non è previsto dalla legge come reato. In altri termini, l'informazione diffusa per via telematica viene considerata del tutto diversa e non equiparabile a quella cartacea, cui fa invece espresso richiamo l'art. 57 c.p. A giudizio della Corte – stante il principio di tassatività e il divieto di analogia in *malam partem* per le norme penali – la previsione del codice non sarebbe pertanto estendibile alle pubblicazioni *on-line*. Dilatare la portata incriminatrice di una norma penale sostanziale sarebbe, infatti, in contrasto con il principio di legalità che impedisce di imporre responsabilità e oneri che non abbiano il loro fondamento in norme di legge. Nello specifico, la Cassazione ritiene pertanto di escludere che nelle testate telematiche il direttore responsabile debba rispondere per omesso controllo di quanto viene pubblicato dai propri lettori nelle sezioni dedicate ai commenti degli articoli.

In termini generali, il problema è essenzialmente connesso ai progressi realizzati nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione: lo strumento informatico è sempre più determinante nell'attività di diffusione e reperimento di notizie, ovvero per informare ed essere informati. Nell'eterogenea gamma di piattaforme informative disponibili in rete (*blog, social network, forum, wikis, giornali telematici* etc.) è sempre più complesso e incerto identificare, caso per caso, un'organica disciplina applicabile agli aspetti critici delle forme di manifestazione del pensiero tramite Internet (cfr. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, 2009, 163 e ss.). Grazie alle nuove tecnologie e alle forme di giornalismo partecipativo e bidirezionale, lo stesso concetto di «stampa» ha subito un'evoluzione difficile da circoscrivere all'interno di una norma previgente sicura e univoca. La decisione in esame assume quindi un valore determinante nella definizione delle tendenze evolutive del diritto vivente: in assenza di un definito regime giuridico, la giurisprudenza interviene con una interpretazione «costituzionalmente orientata» sulle regole dell'informazione telematica (così C. Melzi d'Eril, *Roma locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on-line*, in *Dir. inf.*, 2010, 900).

Come osservato dalla stessa Suprema Corte, in giurisprudenza si è già ampiamente dibattuto circa la possibile estensione del concetto di stampa nei confronti di altri mezzi e strumenti di comunicazione. Sul punto si è dapprima escluso «che fosse assimilabile al concetto di stampato la videocassetta preregistrata» (Cass. pen., sez. I, 3 febbraio 1989, n. 259). Successivamente, si è negato che al direttore della testata televisiva fosse applicabile la normativa dell'art. 57 c.p., «stante la diversità strutturale tra i due differenti mezzi di comunicazione (la stampa da un lato, la radiotelevisione dall'altro), la vigenza nel diritto penale del principio di tassatività» (Cass. pen., sez. II, 23 aprile 2008, n. 34717; Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 1996, n. 1291), nonché del divieto di analogia in *malam partem*, ambedue estrinsecazione del più generale principio di legalità. L'argomento *a fortiori* consente di escludere l'estensione dei medesimi criteri di imputazione nel caso specifico di diffamazione a mezzo internet (Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2000, n. 4741). Similmente, la

dottrina ha sin dal principio teso ad escludere l'applicabilità della normativa penale sulla stampa alle comunicazioni telematiche (cfr. Z. Zencovich, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in *Dir. inf.*, 1998, 15; M. Cuniberti, *Disciplina della stampa e dell'informazione giornalistica e informazione in rete*, in M. Cuniberti, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, 216).

A questo punto, mette conto osservare come sia le formulazioni della legge sulla stampa, sia quelle del codice penale appaiano difficilmente sovrapponibili alla fenomenologia della stampa *on-line*. Si pensi, in particolare, al concetto di periodicità, ovvero alla cadenza quotidiana, settimanale, bisettimanale, quindicinale, mensile, etc. della «pubblicazione»; un parametro di aggiornamento evidentemente non misurabile nel contesto della stampa *on-line*. Quasi nessuna testata telematica segue, infatti, un criterio di aggiornamento periodico. Persino le versioni telematiche dei quotidiani cartacei sono aggiornate con cadenza assolutamente irregolare. Piuttosto, si preferisce seguire un aggiornamento in tempo reale così da far fronte alla tempestività dell'informazione e alla gestione progressiva delle notizie di più recente attualità. In questi ultimi anni, non sono tuttavia mancati giudici di merito che hanno ritenuto ascrivibile al direttore di un giornale *on-line* la responsabilità per omesso controllo di quanto pubblicato nel sito da lui diretto (e.g. Tribunale di Firenze, 13 febbraio 2009, n. 982). Ora, l'intervento della Cassazione sembra risolvere (forse) definitivamente il problema dell'estensione della disciplina della stampa all'informazione diffusa tramite internet: tale assimilazione oltre a non trovare riscontro nel testo di legge, costituisce altresì il frutto di un'evidente forzatura interpretativa del testo normativo.

Ai sensi dell'art. 1 della l. n. 47 del 1948 (legge sulla stampa), la stampa in senso giuridico è individuabile se sussistono due condizioni: *i*) che vi sia una riproduzione tipografica, *ii*) che il prodotto dell'attività tipografica sia rivolto alla pubblicazione, e dunque sia concretamente distribuito tra il pubblico. La riproduzione attraverso mezzi tipografici costituisce, pertanto l'elemento imprescindibile della nozione di stampa accolta dalla legge. È indiscutibile che tali condizioni non sono affatto riscontrabili nelle comunicazioni telematiche. Come a suo tempo rilevato in una storica decisione della Corte Suprema americana sulla legittimità costituzionale del titolo V del *Telecommunications Act* del 1996 (*ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824), è quindi necessario riconoscere l'assoluta eterogeneità della telematica rispetto agli altri media sinora conosciuti e, in particolare, rispetto alla stampa. In questo contesto, i Giudici di legittimità hanno riscontrato che «gli *access provider*, i *service provider* e gli *hosting provider*» non sono responsabili dei reati commessi in rete «a meno che non fossero al corrente del contenuto criminoso del messaggio diramato». Allo stesso modo, «qualsiasi tipo di coinvolgimento va escluso per i coordinatori dei *blog* e dei *forum*» e, dunque, anche per «la figura del direttore del giornale diffuso sul *web*». Tale interpretazione, a giudizio della Corte, non contrasta con quanto disposto dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, recante «Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416». Tale provvedimento, infatti, si è limitato a «introdurre la registrazione dei giornali *on line* (che dunque devono necessariamente avere al vertice un direttore) solo per ragioni amministrative e, in ultima

analisi, perché possano essere richieste le provvidenze previste per l'editoria». Tali finalità sono peraltro state esplicitate dal terzo comma dell'art. 7 del d.lgs. n. 70 del 2003, secondo cui «la registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62». È dunque evidente che l'eventuale registrazione della pubblicazione telematica non rileva per l'applicabilità di quanto disposto all'art. 57 c.p. Con questa notazione finale la Corte vuole forse implicitamente rilevare la necessità di una specifica disciplina per i giornali telematici. Pertanto, alla luce delle incongruenze riscontrate e delle specificità dell'informazione diffusa via *web*, non si può che auspicare, in una prospettiva *de iure condendo*, una completa integrazione normativa in grado di «adattare alla nuova realtà tecnologica i principi costituzionali» di riferimento (cfr. M. Cuniberti, *op. cit.*, 242).