

Andrea Buratti

# Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro

(doi: 10.1439/86711)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 2, giugno 2017

**Ente di afferenza:**

*Università Luiss (luiss)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

## Lezioni dal referendum: per un rinnovato dialogo istituzionale

di Andrea Manzella

Nel numero scorso, il nitido editoriale di Giuditta Brunelli sul dopo-referendum individua, per la nostra Rivista, un punto *indiscutibile*: *la questione delle riforme resti sul tavolo*.

È una posizione in perfetta coerenza, d'altronde, con l'editoriale del primo numero di Quaderni Costituzionali (aprile 1981, 36 anni fa). Vi fu, anzi, allora una impegnativa affermazione di *responsabilità* dei costituzionalisti nei confronti di una opinione pubblica che da essi esige «valutazioni rigorose e proposte precise, non condizionate né dalla emotività dell'emergenza né dal peso eccessivo delle opzioni ideologiche». Su questa *responsabilità* si sono addensati molti dubbi nella convulsa fase iper-politica e iper-personalizzata che ha contrassegnato la campagna referendaria. L'opinione pubblica ha registrato, infatti, con crescente perplessità, non già la differenza di opinioni sui temi referendari (differenza normale tra giuristi) bensì il nostro arruolamento oggettivo, cioè spesso *a nostra insaputa*, in contrapposti schieramenti politici, a seconda di nostre motivate opinioni. Questa specie di coscrizione obbligatoria ci ha riguardato tutti: e non ha risparmiato neppure i molti, tra noi, che si sono limitati a semplici valutazioni tecniche, astenendosi dal partecipare alle molteplici forme della campagna referendaria in senso proprio.

Probabilmente, vi sono stati, da parte nostra, errori di valutazione sulla congiuntura politica e su questa sorta di *totalitarismo* che ne sarebbe inevitabilmente derivato: tale da rendere apparentemente impossibile una posizione di terzietà. Quel che è certo è che, come suggerisce Brunelli, compito attuale è quello di riguadagnare il nostro ruolo presso l'opinione pubblica, nell'unico modo consentito: ricominciare a lavorare sui nostri assetti istituzionali, ristabilire la *koinè* perduta, disinquinare il mestiere dalle recenti tossine accumulate.

Quaderni Costituzionali può essere strumento essenziale per questo compito, se appena si ricorda la definizione che ne fu data in quell'esordio del 1981: «“porto franco” aperto a tutti, non condizionato dai pedaggi più pesanti dell'accademia e delle ideologie».

Ora ci accorgiamo, infatti, che il referendum non è stato vinto da nessuno ed è stato perduto da tutti. Ma c'è qualcosa di peggio che perdere un referendum. È perdere anche il dopo-referendum. E questo può avvenire se il risultato del referendum non venga interpretato complessivamente. Come nel principio di complementarità in fisica, i *si* e i *no* si escludono a vicenda ma sono entrambi inseparabili per capire veramente quella che è la realtà (nel nostro caso, la situazione istituzionale).

Perciò i referendum (e ancor più i loro risultati) vanno maneggiati con cura, come sappiamo. La costituzione tedesca – non per un caso – non li prevede. Quando il 12 maggio 1949, gli Alleati che occupavano la Germania diedero il via libera a Konrad Adenauer per la l'approvazione della Legge fondamentale da parte del Consiglio parlamentare di Bonn, avevano preso le loro precauzioni. Su impulso diretto del premier Clement Attlee, il governo britannico aveva posto, infatti, un veto. Niente referendum. «They are the weapon of dictators and tyrants». Nel Regno Unito se ne sono amaramente ricordati, nei giorni di Brexit, come per un fatale contrappasso: avendo ceduto alla insostenibile leggerezza di un referendum c.d. consultivo. E, tuttavia, con la *resilience* tipica della loro grande tradizione parlamentare (mentre ancora infuriavano conseguenze elettorali e persino minacce di disarticolazione nazionale) la Camera dei comuni ha pubblicato, il 12 aprile scorso, il documento *Lessons learned from the EU Referendum* (HC 496). Una indicazione di merito su come una democrazia debba riflettere su sé stessa dopo uno shock, per quanto divisivo esso sia stato.

Ma quali lezioni si possono trarre dalla vicenda referendaria italiana? A me pare (ovviamente, potrei sbagliare) che esse siano principalmente due.

La prima. C'è stato un periodo in Italia in cui le riforme costituzionali dovevano *per necessità* essere condivise, votate da tutto o quasi il Parlamento. È durato 22 anni – dal 1948 al 1970 – semplicemente perché non c'era ancora la legge attuativa del referendum. In quel periodo, il Parlamento, con le maggioranze previste, ha modificato sei articoli della Costituzione. Non da poco. Come la parificazione temporale delle legislature di Camera e Senato. Come la polemica riduzione della durata in carica dei giudici costituzionali e il divieto della loro *prorogatio*.

Ma anche dopo il 1970, il dogma della condivisione delle revisioni costituzionali in Parlamento continuò ad essere largamente osservato. A maggioranza, il nostro Parlamento ha approvato l'abolizione di una sua storica tutela: l'autorizzazione a procedere contro i parlamentari. E poi, il voto per gli italiani all'estero. Il ritorno in Italia dei discendenti di casa Savoia. L'abolizione della pena di morte. Il principio del giusto processo. L'elezione diretta dei cd. governatori nelle Regioni. La pratica impossibilità dei periodici strumenti della misericordia italiana: l'amnistia e l'indulto. Per finire, con la introduzione del – famoso o famigerato – vincolo europeo del pareggio di bilancio.

Insomma, nella prassi del nostro sistema, la revisione parlamentare della Costituzione è stata la regola; il ricorso alla conferma popolare con il referendum costituzionale, l'eccezione. La regola sembrava anzi inoculata nel sistema, come *controlimite* materiale a ogni modificazione. È significativo sul punto il *caveat* che Leopoldo Elia (componente indimenticabile del nostro Comitato scientifico) avanzava sulla proposta di abolire l'ul-

timo comma dell'art. 138 della Costituzione (per ammettere, così, in ogni caso, la possibilità di referendum confermativo). «Il Parlamento rinuncerebbe – sia pure quando venissero toccati i livelli di altissimo consenso all'interno dell'Assemblea – a una revisione costituzionale deliberata esclusivamente» in esso (A.P. Camera, 28 ottobre 1993, p. 19752). E attribuiva il «significato di un precedente» al fatto che l'Assemblea costituente non avesse avvertito il «bisogno di un altro referendum» sul «complesso di scelte che fuoriuscivano completamente dall'ambito del referendum del 2 giugno 1946». Un *precedente*, dunque, «che affidava a un'Assemblea – successivamente per un lungo periodo al Parlamento – la possibilità esclusiva di provocare, con deliberazione parlamentare, una revisione costituzionale» (*ivi*, pp.19750-51).

Questa regola *parlamentare* sembrò infrangersi nel 2001 quando la maggioranza di centro-sinistra pensò di inseguire, con la Lega nord, il mito dell'Italia federale con un positivo referendum confermativo. Ma i successivi *no* del 2006 e del 2016 restituiscono a quel dogma l'antica effettività. Il contesto *normale*, se non necessario, del processo riformatore è dunque ancora quello parlamentare.

Tuttavia, la necessità di riforma, specie in un sistema parlamentare a grande frammentazione, può ricorrere alla *eccezione*, cioè alla chiamata in garanzia del corpo elettorale a sostegno di deliberazioni parlamentari costituzionalmente maggioritarie. Possibilità ammessa, oltre che dalla Costituzione, dal buon senso comune.

Qui, però, interviene la seconda grande lezione che si può trarre dalle nostre laceranti esperienze di referendum costituzionale. La lezione della necessaria *chiarezza* del quesito referendario, di una *matrice razionalmente unitaria* della revisione proposta: per una sua comprensibilità da parte dell'interlocutore popolare. I principi, insomma enunciati dalla nostra Corte costituzionale per il referendum abrogativo: «criteri validi, tuttavia, per ogni tipo di consultazione referendaria» (ancora Elia, Senato, 24 luglio 1991, p. 12).

Ma, allora, nel nostro destino sono possibili solo riforme puntuali o anche riforme complessive? Per rispondere, dovremmo chiederci perché il referendum sulla riforma complessiva del 2001 fu approvato e gli altri due no. Quel primo referendum costituzionale fu approvato – bene o male (più male che bene) – perché conteneva, appunto, un quesito unificante, comprensibile: cioè il passaggio da uno Stato accentrato a uno Stato simil-federale. Non fu importante, dunque, il numero e la qualità degli articoli della Costituzione modificati. Fu importante che il quesito lo riassume in una idea, una formula, un messaggio. E che questo concetto – in bianco e nero – incidesse sul personale status del cittadino nei confronti della Repubblica.

Non così può dirsi per il 2006 e il 2016: quando è stato proposto ai cittadini un insieme di revisioni eterogenee senza una sola idea unificante e, soprattutto, senza che i cittadini fossero messi in grado di capire in che cosa esattamente si voleva modificare il loro rapporto con la Repubblica. Insomma, con le riforme fallite, non si proponevano alternative referendarie del tipo presidenzialismo/semipresidenzialismo/cancellierato/premierato elettivo/o magari la creazione di macro-regioni o l'introduzione di garanzie forti contro le opposte degenerazioni: come la sfiducia costruttiva e il ricorso delle minoranze parlamentari alla Corte costituzionale. Non era, insomma, in gioco la cittadinanza né per la

forma di Stato né per la forma di governo. C'era una miscellanea di riforme – magari ognuna bellissima – ma senza un filo conduttore (introvabile persino dagli specialisti: da qui la polemica sul cd. spaccettamento). Insomma, riforme fallite non per *troppo di vigore* ma per *manco di vigore* cioè per mancanza della radicalità necessaria per un *sì* o un *no* informati, per la necessaria comprensione.

In altri termini, il Parlamento, a maggioranza *consensuale* di due terzi può permettersi di operare revisioni multiformi. L'esperienza sembra, invece, aver dimostrato che, senza una chiamata forte a uno scopo unitario, l'analoga impresa ha scarsissime possibilità di legittimarsi davanti al corpo elettorale.

Ecco, credo che se queste due lezioni saranno bene intese, il lavoro comune può utilmente riprendere (anzi, è già ripreso se guardiamo agli esempi provenienti dai due lavori collettanei, impostati senza indugio, subito dopo il referendum, sulla basilare riforma dei regolamenti parlamentari: il Quaderno Filangieri e il volume Astrid). E vi è, ancora, come nel 1981, una precisa nostra «responsabilità» per questo. Nel drammatico mutamento delle forme della politica *politicienne*, ragionare sulla politica delle istituzioni – sulla conservazione del loro senso valoriale, sulle loro trasformazioni in accompagnamento ai mutamenti della comunità – risulta, in fondo, un doveroso servizio pubblico.

ANDREA MANZELLA è direttore del Centro di studi sui Parlamenti dell'Università Luiss Guido carli di Roma.

## **Il referendum costituzionale del 16 aprile 2017 in Turchia: una ulteriore tappa verso lo smantellamento dello stato di diritto**

di Tania Groppi

La retrogressione democratica della Turchia, secondo l'espressione utilizzata da Aziz Huq e Tom Ginsburg per indicare la progressiva erosione democratica che in questi ultimi anni coinvolge diversi ordinamenti, anche europei, (A. Z. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 18 gennaio 2017, disponibile alla pagina SSRN <https://ssrn.com/abstract=2901776>) sembra essere arrivata a un punto di svolta con il referendum del 16 aprile 2017.

Con una ristretta maggioranza (secondo i risultati proclamati dal Consiglio elettorale supremo – YSK – e pubblicati sulla Gazzetta ufficiale del 27 aprile 2017 il *sì* avrebbe ottenuto il 51,4%: <http://www.hurriyetdailynews.com/>) gli elettori hanno approvato un pacchetto di emendamenti costituzionali fortemente voluti dal partito di governo, l'AKP, e dal suo leader, il presidente della Repubblica Erdoğan, che sanciscono l'abbandono del percorso verso la democrazia e lo Stato di diritto avviato dal paese nel post-1989. Un percorso non sempre lineare, già da anni messo in discussione da una *escalation* di misure autoritarie, intensificatesi ulteriormente dopo il tentato colpo di stato del luglio 2016, che trovano oggi copertura costituzionale negli emendamenti adottati.

La revisione, infatti, introduce una serie di modifiche all'attuale forma di governo semipresidenziale, determinando una enorme concentrazione di poteri nelle mani del presidente, in assenza di adeguati *checks and balances*. In nome di un onnipotente principio di maggioranza, incarnato da un presidente-sultano che sembra riportare la storia indietro di diversi secoli, essa svuota simultaneamente il potere di controllo del parlamento e quello degli organi di garanzia, aprendo la strada verso un regime autoritario e personalistico, come ha messo in evidenza la Commissione di Venezia (Opinion No. 875/2017 adottata nella seduta del 10-11 marzo 2017, <http://www.venice.coe.int/>).

Il presidente – che, con una previsione di immediata entrata in vigore, può fin da subito cumulare questa carica con quella di leader del proprio partito – unico titolare del potere esecutivo, viene eletto per cinque anni, contestualmente all'assemblea legislativa monocamerale, secondo il principio *simul stabunt, simul cadent*. Ma mentre egli può in qualsiasi momento sciogliere l'assemblea (con la conseguente cessazione anche del proprio mandato), quest'ultima per autosciogliersi, determinando altresì nuove elezioni presidenziali, ha bisogno della maggioranza dei 3/5. Il presidente può essere rieletto soltanto una volta, ma se l'autoscioglimento dell'assemblea avvenisse durante il secondo mandato, egli potrebbe correre per un terzo mandato, e se l'ipotesi si ripettesse, per un quarto ecc. Il presidente dispone di enormi poteri: può proclamare lo stato di emergenza; adottare decreti-legge di emergenza; adottare decreti sulle materie non riservate alla legge; porre il veto su qualsiasi legge (che potrebbe essere superato soltanto a maggioranza assoluta); nominare e revocare i suoi vicepresidenti, i ministri e gli alti funzionari dello Stato. Ancora più grave è l'ulteriore incremento del suo ruolo circa le nomine nel potere giudiziario e nella Corte costituzionale. Già la costituzione attuale riconosce al presidente un significativo potere al riguardo, ma va ricordato che si tratta del presidente di una Repubblica parlamentare. Il Consiglio dei giudici e dei procuratori, composto di 13 membri, sarà presieduto dal ministro della giustizia e ne sarà membro di diritto anche il sottosegretario alla giustizia. Ad essi si aggiungono altri 11 membri scelti tra giudici, pubblici ministeri, professori universitari: 4 nominati dal presidente, 7 eletti dal parlamento a maggioranza dei 3/5. In totale, il presidente potrà nominare direttamente 6 membri su 13, e dato che disporrà del supporto della maggioranza parlamentare, non è improbabile che arrivi a controllare agevolmente il Consiglio e, di conseguenza, la magistratura. Quanto alla Corte costituzionale, l'unica modifica formale riguarda la riduzione del numero dei componenti, da 17 a 15, come conseguenza dell'abolizione dei giudici militari in tempo di pace. Tuttavia, la trasformazione della figura del presidente enfatizza ulteriormente i problemi già oggi esistenti nella sua composizione: ben 12 giudici sono di nomina presidenziale e tre sono eletti dal parlamento (dal terzo scrutinio, è sufficiente la maggioranza semplice).

Ma c'è di più. Come l'opposizione non cessa di denunciare (vedi ad esempio <http://www.hurriyetdailynews.com/>), come la stessa Commissione di Venezia sottolinea nel citato parere e come messo in evidenza dalla Risoluzione 2156 (2017) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, approvata nella seduta del 25 aprile 2017 (<http://assembly.coe.int/>), tutto il procedimento, referendum compreso, si è svolto in violazione della costituzione turca e degli standard democratici europei.

La fase parlamentare si è esaurita nel giro di poche settimane (il disegno di legge era stato presentato dalla maggioranza parlamentare il 10 dicembre 2016 ed è stato approvato il 21 gennaio 2017, con 339 voti favorevoli su 550, ottenendo quindi i necessari 3/5 per poter essere sottoposta al referendum, sulla base dell'art. 175), senza alcuna consultazione e partecipazione pubblica, in violazione delle norme del regolamento parlamentare e della costituzione sul voto segreto, in quanto molti deputati della maggioranza hanno mostrato apertamente il proprio voto favorevole alla revisione nel corso della seduta parlamentare del 21 gennaio 2017 (ai sensi dell'art. 148, la Corte costituzionale può sindacare la costituzionalità, per vizi formali, degli emendamenti costituzionali, ma l'opposizione ha rinunciato a presentare ricorso: <http://www.hurriyetdailynews.com/>).

Quel che è più grave, la revisione è avvenuta durante lo stato di emergenza, in presenza di gravi limitazioni della libertà di espressione, con più di 150 giornalisti incarcerati, 12 parlamentari in stato di arresto e, più in generale, in un clima di intimidazione e paura, determinato dalle misure adottate con decreti-legge immotivati ed insindacabili, che hanno determinato il licenziamento di migliaia di dipendenti pubblici (circa 150.000 secondo il Consiglio d'Europa, 96.000 dei quali direttamente sulla base di liste allegate ai decreti legge), compresi giudici e docenti universitari, la chiusura di giornali, radio, televisioni, scuole, fondazioni, associazioni, accompagnata dalla confisca senza indennizzo dei loro beni, il tutto in assenza di prove definite e precise, sulla base della semplice allegazione di una «connessione», «affiliazione», «relazioni» o «contatti» con organizzazioni terroristiche. Queste misure non hanno colpito unicamente persone sospettate di legami con l'organizzazione di Gülen, ritenuta dal governo responsabile del fallito colpo di stato, ma hanno preso di mira gli esponenti dell'opposizione, come dimostra il licenziamento, con decreto 7 febbraio 2017, del professor Ibrahim Kaboğlu, costituzionalista, uno dei più incessanti oppositori della riforma costituzionale.

Il potere giudiziario in particolare è stato completamente rimaneggiato: non solo due membri della Corte costituzionale sono stati rimossi e arrestati, ma almeno 3.659 giudici sono stati licenziati, tra cui 173 giudici delle giurisdizioni superiori, mentre d'un colpo, il 29 novembre 2016, sono stati nominati 3940 nuovi giudici e pubblici ministeri.

Si aggiunga che il decreto-legge n. 687, dell'8 febbraio 2017, ha sottratto all'YSK il potere di sanzionare le emittenti che non rispettino le norme sulla distribuzione degli spazi nella campagna elettorale e ha liberalizzato le pubblicità elettorali sulle reti private: in queste condizioni il destino della campagna referendaria era segnato e non possono certo stupire i dati che dimostrano l'impari ripartizione degli spazi tra i sostenitori del sì e del no (vedi il rapporto degli osservatori dell'OSCE che riferisce che il 77% degli spazi sui media sono stati a favore del sì, contro il solo 23% del no: <http://www.osce.org/>).

La decisione adottata dal medesimo Consiglio, alla vigilia dell'apertura delle urne, nella serata del 16 aprile, di considerare valide le schede (circa due milioni e mezzo) sprovviste di timbro degli uffici elettorali, ha rappresentato soltanto l'ultima di molteplici irregolarità denunciate dai partiti di opposizione CHP e HDP. I loro ricorsi sono stati respinti dal Consiglio, le cui decisioni sono inappellabili, come non ha mancato di ricordare



il Consiglio di Stato, successivamente adito. I ricorrenti hanno annunciato che si rivolgeranno alla Corte di Strasburgo (<http://www.hurriyetdailynews.com/>).

L'alternanza di fasi di democratizzazione e di involuzioni autoritarie non è cosa nuova per la Turchia: essa ha caratterizzato la storia della Repubblica a partire dalla sua proclamazione un po' meno di un secolo fa, il 29 ottobre 1923. Basti pensare che le due costituzioni successive a quella di Atatürk (del 1924) sono state adottate, nel 1961 e nel 1982, a seguito di colpi di stato militari (vedi I. Ö. Kaboğlu, E. Sales, *Le droit constitutionnel turc. Entre coup d'Etat et démocratie*, L'Harmattan, Paris, 2015).

Gli eventi di questi ultimi anni presentano però rilevanti elementi di novità. Siamo infatti di fronte alla instaurazione di un regime autoritario attraverso una revisione costituzionale che non si limita a ratificare uno *status quo*, come avviene quando una nuova costituzione autoritaria è adottata a seguito di un colpo di stato: qui è la revisione costituzionale stessa che introduce un assetto istituzionale contrario ai principi dello stato di diritto, con l'avallo del voto popolare, espresso attraverso un referendum svoltosi in un quadro giuridico e fattuale già pregiudicato da gravi violazioni dei diritti fondamentali e del *rule of law*.

In altre parole, stiamo assistendo a un fallimento della democrazia costituzionale, quella forma di stato che, a seguito delle vicende tragiche della prima metà del XX secolo, ha cercato di introdurre meccanismi giuridici finalizzati a proteggere la democrazia proprio nei confronti delle maggioranze politiche, potenziando lo stato di diritto attraverso strumenti di garanzia dei diritti fondamentali e della rigidità delle costituzioni. Ricordando il titolo del celebre saggio di Elster, su Ulisse e le sirene, la scena che si delinea sotto i nostri occhi mostra un Ulisse che si è sciolto dai lacci troppo deboli che lo legavano e in procinto di tuffarsi verso un mare popolato da attraenti, quanto pericolose, sirene.

Non è il primo fallimento a cui ci tocca assistere. Dopo la decade trionfale degli anni '90, nei quali l'espansione globale dello stato costituzionale ha fatto parlare della «fine della storia», il XXI secolo ci ha portato in un'epoca di incertezza e instabilità, nella quale anche in Europa molti degli *acquis* del secolo precedente sembrano rimessi in discussione. Il primo paese a cadere sotto i colpi di maggioranze antidemocratiche è stata l'Ungheria, ove la costituzione del 2011 ha rappresentato un regresso rispetto al precedente ordinamento instaurato dopo la fine del comunismo. Per quanto riguarda la Turchia, possiamo certamente sottolineare la fragilità dello stato di diritto, costruito incrementalmente anche grazie alla condizionalità europea, il fatto che non sia mai stato scardinato completamente il retaggio autoritario, ma non possiamo negare che essa faccia pienamente parte dello spazio giuridico europeo e che abbia intrapreso, proprio nel post-1989, un cammino verso l'instaurazione della democrazia costituzionale, che si è progressivamente arenato, fino ad arrivare all'attuale arretramento.

Che fare di fronte a queste nuove sfide, impensate fino a pochi anni fa, quando sembrava che le «magnifiche sorti e progressive» della democrazia costituzionale non potessero conoscere battute d'arresto? Non pretendo qui di proporre risposte, ma soltanto di sottolineare la centralità di questa tematica – ovvero quella dell'attacco allo stato costituzionale, in Turchia e altrove – per gli studiosi di diritto costituzionale. E la questione,



strettamente legata, di chi possano o debbano essere i suoi difensori, a livello domestico e internazionale. Cercando di ricordare che non siamo meri osservatori, come potrebbero, forse, esserlo degli entomologi. Nella consapevolezza che attraverso la scelta dei nostri temi di ricerca, attraverso le nostre collaborazioni accademiche, attraverso il nostro contributo alla formazione dei giuristi, attraverso la nostra presenza nella società civile, siamo attori, anzi, siamo chiamati ad essere protagonisti dei fenomeni che studiamo.

TANIA GROPPÌ è professore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Siena.

## **La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio (sentenza n. 35 del 2017)**

*di Pasquale Pasquino*

Tutte le decisioni della Corte costituzionale sono *politiche* poiché tutte incidono sulla vita della *polis*. Ma più di tutto lo sono quelle in materia di formule elettorali. Le motivazioni della sentenza n. 35/2017 impongono un'attenta disamina. È quanto mi propongo di fare, limitatamente però ad un solo aspetto, che mi pare decisivo: la dichiarazione di incostituzionalità del secondo turno o ballottaggio, quale prospettato dalla legge n. 52/2015, unitamente agli *effetti concreti* della sentenza sulla vita e la realtà politica del paese. Con una premessa. Quando la Cassazione, in virtù di una lunga e ampiamente motivata ordinanza, pose alla attenzione della Corte la legge Calderoli, la maggior parte della dottrina, si espresse contro l'ammissibilità della questione incidentale: essa non rientrava nel modello di controllo concreto stabilito dalla legge n. 87 del 1953. Una minoranza però era convinta che la Consulta avrebbe invece deciso di decidere dichiarando ammissibile la questione, per il semplice motivo che dove esiste un vuoto di esercizio di autorità, non è verosimile che quello spazio resti a lungo inoccupato, indipendentemente dal dettato della legge. In quella fase il Parlamento, pur deprecando o facendo finta di deprecare la legge elettorale vigente, non sembrava avere alcuna possibilità di raggiungere un accordo su una legge diversa. E la Corte, decidendo di decidere, ha re-introdotto nell'ordinamento, in virtù della necessaria normativa di risulta, un sistema proporzionale, pur con soglie di sbarramento diverse fra le due Camere.

Non ci si deve stupire perciò se nella rinnovata fase di immobilismo parlamentare, originata dalla bocciatura del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 (che lasciava al paese il suo singolare bicameralismo ripetitivo), la Corte è tornata a pronunciarsi, bocciando l'elemento decisivo della nuova legge elettorale n. 52/2015, che il Parlamento era riuscito con fatica ad approvare per porre rimedio sia alla cancellazione delle parti maggioritarie della legge Calderoli sia alla normativa di risulta della decisione n. 1/2014. Il risultato del referendum infatti aveva menomato la legge del 2015, e il Parlamento sarebbe dovuto intervenire a sanare la differenza fra la legge elettorale della

Camera e quella di risulta frutto della sentenza 1/2014 relativa al Senato. Invece esso ha atteso passivamente la decisione della Corte, la quale non ha esitato a ritenere necessario auto-attribuirsi quel controllo *ex ante*, su una legge ancora mai applicata, che proprio la riforma bocciata avrebbe introdotto in costituzione.

Prima di discutere le ragioni addotte dalla Corte per cancellare il ballottaggio, osservo che le due sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, segnano inequivocabilmente l'estendersi del campo di intervento della Corte a partire da *fictiones litis* e da azioni di accertamento, di fatto trasformando il modello italiano del ricorso incidentale; si tratta di un'estensione che rischia di far approdare il controllo sulla legge su lidi ignoti, perfino al di là del «ricorso diretto» tedesco, che presuppone in generale l'esaurimento dei rimedi giudiziali prima che si possa portare la legge dinanzi alla Corte di Karlsruhe (pur definita l'*entgrenzte Gericht*, il tribunale senza confini, v. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger, Berlino, 2011). E anche se è inevitabile che la giustizia costituzionale estenda il suo sindacato su *tutte* le leggi che minaccino di rompere il patto fra cittadini e stato (cioè la costituzione), la tendenza verso la trasformazione dello stato di diritto costituzionale in uno *Justizstaat* rischia di dar luogo a una deformazione del carattere poliarchico della democrazia rappresentativa, pericolosa per la Corte stessa. C'è il rischio in prospettiva di contraccolpi da parte degli organi elettivi: perciò la moderazione della Corte, oltre ad essere una virtù in sé, sarebbe una forma necessaria di autotutela preventiva.

Ma veniamo alla sostanza della sentenza n. 35. Non prima di chiedersi cosa sia una legge elettorale e quale la sua funzione in una democrazia costituzionale specie se di forma parlamentare. Si tratta di un meccanismo di aggregazione volto a creare *sia* una rappresentazione in scala della pluralità di concezioni e di interessi, inerenti al corpo sociale *sia* organi di governo, in grado di esercitare autorità legittima nei confronti dei cittadini e sotto il controllo di questi attraverso le elezioni. Queste ultime producono in un sistema democratico, al tempo stesso, rappresentanti (Parlamento), governo (esecutivo) e legittimità delle norme da essi prodotte (se compatibili con la costituzione). Ciò premesso, quale standard o parametro ha adoperato la Consulta per dichiarare incompatibile con la Costituzione il ballottaggio della legge elettorale sottoposta al suo scrutinio? Non una norma della Costituzione (invocata peraltro dalle ordinanze di remissione), ma il principio o criterio, meno univoco, al quale essa fa spesso ricorso, di «ragionevolezza». Alla luce di questo parametro bisogna capire in che senso il ballottaggio sarebbe irragionevole o disciplinato in modo irragionevole (e perciò incostituzionale).

Ora l'argomento centrale addotto dalla sentenza n. 35/2017 contro il ballottaggio, quale previsto dalla legge n. 52/2015, è tratto direttamente dalla sentenza n. 1/2014. Questa aveva negato la legittimità di un premio di maggioranza assegnato alla *lista* o *coalizione* giunta in testa alle elezioni, nel caso in cui questa avesse ottenuto un numero di voti troppo esiguo (senza precisare una percentuale minima). Secondo la sentenza n.35, la soglia del 40%+1 dei voti assegnati ad una sola *lista* rappresenterebbe una soglia tale da rendere legittimo un premio di maggioranza potenzialmente in grado di garantire la

governabilità (col che intendo un governo sufficientemente stabile e responsabile, senza di che una comunità politica è più vicina a una condizione di anarchia che a uno stato di diritto). Si noti che si tratta in effetti di un livello di consensi – oggi nelle attuali democrazie – straordinariamente alto. Per questo la legge n. 52/2015, si preoccupava, in via subordinata, di disciplinare il caso (tanto più realistico col presente formato del sistema partitico italiano), che nessuna lista fosse in grado di raggiungere tale soglia, introducendo (ad evitare l'ingovernabilità) un secondo turno, di ballottaggio, al quale avrebbero avuto accesso le due liste che avessero ottenuto il maggior numero di voti al primo turno.

Ma qui la Corte ragiona come se il ballottaggio fosse un secondo primo turno più che la necessaria integrazione del primo, e sembra considerare la lista vincitrice non già l'espressione di una maggioranza di almeno 50%+1 di tutti gli elettori, bensì la semplice meccanica amplificazione dei voti dati al primo turno ad una minoranza, come era il caso del premio previsto dalla legge Calderoli censurata nel 2014. Questa amplificazione sarebbe prodotta, in questo caso, dall'esclusione dal ballottaggio di tutte le liste tranne le prime due. Tuttavia, con la legge Calderoli, il premio veniva assegnato ad una minoranza, *senza* che il corpo elettorale fosse chiamato ad esprimersi ulteriormente; col ballottaggio previsto dalla legge 52/2015 cancellato dalla sentenza, il premio di maggioranza sarebbe stato assegnato grazie ad una apposita consultazione popolare (meccanismo che ai giudici sembra irragionevole).

Intanto la Corte sembra trascurare del tutto che la formula bocciata aveva un vantaggio importante rispetto ai sistemi maggioritari a turno unico (incluse le leggi Mattarella, almeno nella parte dei  $\frac{3}{4}$  dei collegi uninominali): nei sistemi caratterizzati dalla regola *first past the post*, i voti che non vanno al candidato arrivato in testa al collegio – sia anche per un voto, hanno un valore eguale a zero (non contano per la selezione dei rappresentanti). Ragionando in astratto (come fa la Corte), con la Mattarella, il 75% dei seggi di ciascuna Camera avrebbero potuto andare anche tutti allo stesso partito (come accadde in un paio di regioni). Invece una tale distribuzione dei seggi non sarebbe stata possibile con la legge n. 52/2015, poiché quasi metà dei seggi (275, il 45%) sarebbero stati assegnati con riparto proporzionale a tutti i partiti perdenti, con una soglia di sbarramento bassa: il 3%. In altre parole, la legge bocciata avrebbe *comunque* garantito un'ampia rappresentanza del pluralismo politico della società italiana alla Camera. Beninteso questo ragionamento vale salvo non si pretenda, come fanno taluni fautori del sistema proporzionale, che il pluralismo debba essere rappresentato non solo in seno al Parlamento, ma anche in seno al governo: quasi che solo governi di coalizione siano compatibili con lo stato costituzionale; quasi che democrazie come quella britannica, non siano accettabili (come con una certa arroganza ha sostenuto la Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul Trattato di Lisbona); quasi che pluralismo politico significhi per forza democrazia consociativa.

Il punto di fondo che è sembrato sfuggire ai giudici costituzionali è che, il secondo turno, nel caso della legge esaminata, non è una ripetizione del primo. Mentre il primo produce rappresentatività, il secondo produce governabilità e responsabilità chiara dell'esecutivo di fronte al corpo elettorale. In particolare, il secondo turno si caratterizza per due aspetti fondamentali che è difficile far valere in un voto a turno unico. Innanzitutto, esso fa appello

a quello che la scienza politica consolidata definisce come la *seconda preferenza* degli elettori. Giustificati nel far valere un voto «espressivo» al primo turno (ciascuno vota per il partito, grande medio o piccolo che preferisce, più vicino alle proprie posizioni), al secondo turno gli stessi elettori sono chiamati a scegliere fra due liste (non fra due partiti, v. avanti) quella che considerano più vicina alle (o meno lontana dalle) loro posizioni. Questa logica spinge le due liste in ballottaggio a concessioni nei confronti dei potenziali elettori, a partire da quelli che al primo turno hanno votato per liste escluse dal ballottaggio. Nessuna delle due liste può sperare di vincere la maggioranza dei voti se resta sulle proprie posizioni di partenza: esse devono allargare la loro proposta al fine di ottenere il voto (ecco la *seconda preferenza*) degli elettori che non avevano votato per loro al primo turno; devono proporre un programma e una piattaforma di governo più inclusivi ed accoglienti. Inoltre, il secondo turno ha il vantaggio di permettere una deliberazione supplementare (lo osserva Bernard Manin). Così gli elettori nel loro complesso daranno il voto a quello fra i contendenti presenti al ballottaggio che è in grado di accogliere in misura più ampia anche le richieste di coloro i cui partiti o liste non sono più presenti sulla scheda.

È questa logica che sfugge alla Corte, a me pare. Insisto: gli elettori che danno il loro voto ad una delle due liste in competizione al ballottaggio non coincidono semplicemente con quegli stessi elettori che avevano votato la medesima lista al primo turno, ma rappresentano un insieme più ampio di aventi diritto al voto, persuasi dalla campagna che precede il secondo turno a scegliere l'una piuttosto che l'altra lista in competizione, sulla base delle loro libere preferenze. Ciò non accade nel caso del turno unico maggioritario, dove se non vince un solo partito, il compromesso dovrà farsi in Parlamento fra i partiti che ottengono rappresentanti, escludendo il corpo elettorale dal processo che deve condurre a formare una coalizione di governo. Certo: in linea di principio, la Corte non ha escluso *ogni forma* di ballottaggio o di secondo turno. Ma non sembra essersi resa conto del fatto che il secondo turno, col ballottaggio, attribuisce al voto popolare una importante potere di scelta (forse *il più importante*). Non basta: il ballottaggio previsto fra liste, almeno potenzialmente, avrebbe potuto permettere anche *liste di più partiti*, con trasformazione del ballottaggio in scelta fra due *coalizioni* potenziali, altra circostanza sfuggita alla Corte. Certo i sistemi elettorali sono algoritmi complessi e difficili da valutare. Ciò non assolve la base argomentativa fatta propria dalla Corte per cancellare il ballottaggio in assenza di una espressa base costituzionale.

I giudici hanno ripetuto nelle motivazioni che essi non stavano imponendo al Parlamento alcuna legge elettorale. Ma nel contesto attuale a null'altro poteva equivalere il decidere di decidere sulla mai applicata legge n. 52/2015. È un fatto che, dalla pubblicazione della sentenza n. 35, una nuova disciplina per eleggere le due Camere esiste, ed è quella scritta dalle due sentenze della Corte. La decisione che per la Camera impone un sistema proporzionale in assenza di una lista che raggiunga un del tutto improbabile 40%+1 dei voti validi, ha già prodotto i suoi effetti: essa induce il sistema dei partiti a un'ulteriore frammentazione. Con essa non vince nessuno, ma c'è spazio per tutti.

La Corte, se, come si vorrebbe sperare, segue le vicende politico partitiche del paese, non poteva non sapere che questo Parlamento è con ogni verosimiglianza incapace di

darsi una legge elettorale diversa da un sistema proporzionale, riportando il paese all'epoca prima delle leggi Mattarella. La Corte non poteva non sapere che il sistema frutto delle sue decisioni produceva il rischio di avere rappresentanza ma non governo. E un Parlamento senza maggioranza, è una rappresentanza impotente, nei regimi parlamentari. Qualcuno (Valerio Onida per esempio) ha sostenuto la tesi secondo la quale il maggioritario, e in particolare il doppio turno, servono solo se c'è un sistema bipolare. In realtà se il sistema è bipolare *qualsiasi* legge elettorale produce governo. È invece proprio quando un paese è diviso in tre o più parti, difficilmente in grado di formare (e sostenere) una coalizione di governo, che il sistema elettorale deve funzionare da strumento per impedire la paralisi (tipo quelle prodotte da sistemi proporzionali a Weimar e ora in Spagna: dove però la sfiducia costruttiva permette al governo di sopravvivere anche senza maggioranza).

Una Corte, certo, potrebbe, come il Pilato della leggenda, lavarsene le mani. Ma sarebbe allora una Corte impolitica nel senso peggiore del termine – una Corte fuori del mondo. Forse i giudici della Consulta hanno fatto la loro scelta per motivi diversi. Ma questi nelle motivazioni della sentenza non ci sono, e non possono essere oggetto di questa nota.

PASQUALE PASQUINO è distinguished Professor in Politics and Law presso la New York University e Directeur de recherche CNRS – EHESS, Paris.

## **Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?**

*di Marilisa D'Amico*

Le delibere adottate da alcuni ospedali italiani che, con modalità diverse, intendono riservare posti a medici che siano disposti a garantire una prestazione completa per l'applicazione della legge n. 194 del 1978 fanno molto discutere. Assunte per rispondere a una situazione di difficoltà applicativa della legge n. 194, a causa del ricorso massiccio e, come vedremo, ben oltre i limiti ipotizzati dallo stesso legislatore all'obiezione di coscienza, le delibere stesse sono state oggetto di polemiche non solo in sede scientifica, ma anche politica, per il loro presunto carattere discriminatorio rispetto al diritto del medico di dichiarare obiezione di coscienza nei confronti dell'applicazione della legge, ai sensi dell'art. 9.

In questa sede vorrei svolgere alcune considerazioni non solo sulla legittimità del ricorso a tali provvedimenti, ma anche sul fatto che essi siano espressione di una totale inversione del corretto rapporto che dovrebbe sussistere, in uno Stato laico, fra l'applicazione di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato, che, come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella decisione n. 35 del 1997, garantisce diritti supremi, come la libertà di scelta della donna e il suo diritto alla salute fisica e psichica (art. 2 e 32 Cost.) e il diritto del nascituro (art. 2 Cost.), condizionato alla scelta della prima,

non coercibile e non condizionabile, di continuare la gravidanza, oltre che il diritto individuale del medico di dichiarare obiezione di coscienza.

Il diritto ad obiettare riconosciuto dall'art. 9 della legge n. 194 è stato infatti statuito come una *eccezione* rispetto ai doveri generali dei medici, immaginato soprattutto per chi fosse già in servizio a quell'epoca, e limitato da un punto di vista qualitativo «alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza», con l'obbligo di intervenire comunque quando fosse «indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo». Non solo, ma il legislatore, proprio per garantire una piena applicazione della legge, ha posto un dovere in capo alle strutture ospedaliere, che debbono assicurare «in ogni caso» il trattamento richiesto, ricorrendo a idonei modelli organizzativi e anche all'ausilio delle Regioni, dovere a cui si richiamano i recenti, discussi, provvedimenti.

Negli ultimi vent'anni, come è noto, a poco a poco è iniziata da parte dei medici un ricorso all'art. 9 inimmaginabile, dal punto di vista quantitativo e qualitativo. Ormai le percentuali di obiettori sono amplissime (si vedano la documentazione relativa ai due Reclami collettivi presentati contro l'Italia, in [www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter), su cui si tornerà poco oltre, e le osservazioni critiche di G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 815 ss.) e soprattutto il ricorso all'obiezione si estende ben oltre i limiti che l'art. 9 garantisce, comprendendo le attività che precedono l'intervento interruttivo di gravidanza come lo svolgimento di esami e visite specialistiche; le attività che riguardano la predisposizione della sala e il trasporto della paziente; le attività dei consultori; le attività dei farmacisti e quelle connesse alla somministrazione di farmaci anticoncezionali o con effetti abortivi; le attività di assistenza successive all'intervento; fino alla possibile obiezione del giudice tutelare nel caso di donna minorenni, espressamente esclusa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 196 del 1987 (cfr. in argomento l'ampia ricostruzione di B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 601 ss.).

In questa situazione, per le donne in Italia il ricorso all'interruzione della gravidanza sta diventando sempre più difficile e pericoloso. Per questo motivo l'Italia è stata condannata dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) in ben due occasioni: nella prima, resa nel caso *International Planned Parenthood Federation European Network v. Italy* (Reclamo collettivo n. 87 del 2012), il CEDS ha condannato l'Italia per violazione del diritto alla salute delle donne (art. 11, Carta sociale europea) e del principio di non discriminazione (art. E, Carta sociale europea). Importante notare che la condanna è stata basata sull'ampia documentazione offerta dall'organizzazione reclamante sulla concreta situazione in alcune zone del paese e in alcuni ospedali, rispetto alla quale il CEDS ha accertato che l'Italia non garantirebbe la corretta applicazione dell'art. 9 da parte delle strutture ospedaliere e delle Regioni stesse. Alla prima condanna, resa nota l'8 marzo del 2014 è seguita a breve una seconda, questa volta su un reclamo collettivo presentato dalla Confederazione generale italiana del lavoro anche sotto il profilo della lesione dei diritti



dei medici lavoratori non obiettori: condanna resa nota l'11 aprile 2016, nell'ambito del Reclamo collettivo n. 91 del 2013, fondata non solo sugli artt. 11 ed E, ma anche sull'art. 1 (diritto al lavoro) e sull'art. 26 (dignità sul lavoro) della Carta sociale europea (sulle pronunce sia consentito il rinvio a M. D'Amico, *The Decision of the European Committee of Social Rights on the conscientious objection in case of voluntary termination of pregnancy (Collective Complaint No. 87/2012)*, in M. D'Amico e G. Guiglia (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 219 ss. Si veda, inoltre, L. Busatta, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine*, 2016, 2).

Proprio per rispondere alla situazione concreta e anche alla luce degli obblighi gravanti sugli ospedali e sulle stesse Regioni, le aziende ospedaliere S. Camillo Forlanini e Policlinico Umberto I, nel Lazio, e Pugliese Ciaccio di Catanzaro hanno emanato i bandi di cui si discute. In particolare, l'Ospedale S. Camillo, di concerto con la Regione Lazio, ha bandito due concorsi pubblici per individuare due medici dirigenti specializzati in Ostetricia e ginecologia «per l'applicazione della legge n. 194 /1978», con contratto a tempo indeterminato; il Policlinico Umberto I ha bandito un incarico per laureati «per una collaborazione coordinata e continuativa di un anno, per l'esclusiva e totale applicazione della legge n. 194», mentre l'azienda ospedaliera Pugliese Ciaccio di Catanzaro ha bandito un posto di dirigente medico in Ginecologia e ostetrica per 6 mesi «riservato ai soli dirigenti medici non obiettori». Si tratta di bandi discriminatori?

Evidentemente no, in quanto la finalità è quella già contenuta e autorizzata nell'art. 9 della legge n. 194 del 1978 e rafforzata dalla condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali, condanna che comporta un onere per lo Stato italiano di dimostrare al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che si stanno adottando misure che consentano di superare la situazione di violazione del Trattato e di tali misure l'Italia deve rendere conto nei rapporti nazionali resi nell'ambito dell'attività del CEDS. Da notare che il decreto della Regione Lazio dell'8 giugno 2015, n. U00227, che autorizza l'Ospedale S. Camillo ad assumere i due medici, fa riferimento proprio all'accertamento della violazione della Carta Sociale Europea del CEDS. La peculiarità della situazione giustifica anche il riferimento più specifico contenuto nel bando riservato ai non obiettori contenuto nella delibera dell'ospedale Pugliese Ciaccio (cfr. su tale profilo B. Liberali, *Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194': una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni?*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017, e la giurisprudenza amministrativa ivi citata).

E tuttavia l'aspetto a mio avviso più rilevante non è tanto la discussione generata sulla presunta discriminazione a danno degli obiettori, quanto proprio la struttura delle delibere che, per evitare di apparire discriminatorie, riservano le posizioni richieste ai medici «disposti ad applicare integralmente la legge n. 194 del 1978». Giustificata, come abbiamo visto dal contesto, l'iniziativa di questi ospedali, tale impostazione deve farci



tuttavia riflettere, perché espressione di un'inversione pericolosa in uno Stato laico, fondato sul principio di eguaglianza di diritti e doveri nei confronti della legge. Se davvero la coscienza individuale diventasse il punto di riferimento per ogni cittadino, sia pure nell'esercizio di funzioni pubbliche, come è quella del medico, nell'applicazione della legge, potremmo assistere inevitabilmente alla disgregazione dello Stato laico e pluralista. Come efficacemente ha dimostrato Michele Saporiti (in un recente libro dal titolo *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, 2014), «La disobbedienza civile mascherata da obiezione è un lupo camuffato da agnello: usando strumenti democratici, tutti i dissenzienti, in quanto obiettori, si limitano inoffensivamente ad esercitare un loro diritto, esentati da qualsiasi conseguenza sanzionatoria; l'effetto dell'esercizio in blocco di tale prerogativa giuridica, però, è l'annichilimento degli interessi collettivi perseguiti proprio da quella legge che consente loro di obiettare. È prospettabile una soluzione che impedisca l'innescarsi di tale meccanismo?».

A mio avviso l'unica soluzione per impedire l'innescarsi di tale meccanismo rimane il richiamo al corretto rapporto fra applicazione e obbedienza a una legge come regola e appello alla coscienza individuale come eccezione. Il che si traduce, nelle problematiche attinenti all'interruzione volontaria della gravidanza, e andando oltre le specifiche vicende originate dai bandi in questione, in un rinnovato spirito da parte di tutti i medici, che limiti, sia dal punto di vista individuale, sia dal punto di vista delle strutture ospedaliere, il ricorso all'art. 9 della legge a casi seri e documentati di coscienza, alla circoscrizione ai soli atti interruttivi della gravidanza; alla formazione culturale e giuridica delle nuove generazioni all'applicazione della legge n. 194 come uno dei doveri del medico che si accinga a scegliere il campo della ginecologia.

MARILISA D'AMICO è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

## **Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge**

*di Davide Paris*

Con l'obiettivo dichiarato di garantire l'attuazione della legge n. 194/78, nella Regione Lazio sono stati adottati due provvedimenti che, in maniera diversa, limitano l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza garantito dall'art. 9 della stessa legge. Il decreto del Commissario ad acta 12 maggio 2014, n. U00152, nel dettare «Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari», ribadisce che l'obiezione di coscienza dei medici ginecologi riguarda soltanto «l'attività degli operatori impegnati esclusivamente nel trattamento dell'interruzione volontaria di gravidanza», e sottolinea che «il personale operante nel consultorio familiare non è coinvolto direttamente nella effettuazione di

tale pratica, bensì solo in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione attestante la richiesta inoltrata dalla donna di effettuare IVG».

Il decreto solleva la questione dell'estensione del diritto all'obiezione di coscienza, cioè di quali atti siano legittimamente rifiutabili invocando l'obiezione di coscienza. Il punto è disciplinato dall'art. 9 della legge n. 194, il cui primo comma consente di non prendere parte «alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza», mentre il successivo comma terzo limita l'obiezione al «compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza», escludendo invece «l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento». Questa disciplina è stata oggetto di ampie critiche per la sua scarsa precisione nel definire l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione dell'obiezione di coscienza (per tutti A. D'Atena, *Commento all'art. 9*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 1650). Va detto, peraltro, che analoghe difficoltà interpretative si sono poste anche in altri ordinamenti europei, dando luogo a un certo contenzioso (per alcuni riferimenti rinvio a D. Paris (2015), *Il diritto all'obiezione di coscienza nel Regno Unito*, in *BioLaw Journal*, 3, p. 199).

Al netto di tali difficoltà interpretative è tuttavia da ritenere che la firma del documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta rientri pianamente fra le attività che il medico obiettore può legittimamente rifiutare. Dirimente è, a mio avviso, il dato letterale dell'art. 9, il cui primo comma, come accennato, si riferisce espressamente alle procedure di cui all'art. 5. Quest'ultimo disciplina il rilascio dei documenti che consentono alla donna di accedere all'IVG, trascorso un periodo di sette giorni (documento attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, art. 5, c. 5) oppure immediatamente (certificato attestante l'urgenza dell'intervento, art. 5, c. 3). L'espresso riferimento alle procedure di cui all'art. 5 rende pertanto insostenibile l'affermazione contenuta nel decreto commissariale secondo cui l'obiezione di coscienza si riferisce soltanto all'intervento di interruzione della gravidanza. Così ritenendo, la lettera del comma 1 dell'art. 9 viene privata di qualsiasi significato normativo (per una più ampia argomentazione rinvio a D. Paris (2011), *Medici obiettori e consultori pubblici*, in [www.statoeche.it](http://www.statoeche.it), p. 5; nello stesso senso, recentemente, A. Pioggia (2015), *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Ist. fed.*, p. 132).

Il TAR del Lazio, di fronte al quale l'atto è stato impugnato da alcune associazioni *pro life*, ha invece ritenuto legittimo il decreto commissariale (TAR Lazio, sez. III quater, 2 agosto 2016, n. 8990). Secondo il giudice amministrativo, le attività in esame «non [sono] rivolte ad attuare 'specificamente e necessariamente' l'interruzione di gravidanza, ma a prestare la necessaria 'assistenza antecedente e seguente all'intervento', posto soprattutto che la decisione relativa alla interruzione della gravidanza pure in presenza di detta certificazione spetta all'interessata che può recedere da tale proposito». Al disconoscimento del valore prescrittivo del comma 1 dell'art. 9, si aggiunge quindi un'incomprensibile riconduzione delle attività di firma dei documenti/certificati fra le «attività di assistenza antecedente e seguente» un intervento che, come sottolinea il TAR, potrebbe ancora non aver luogo. A sostegno della tesi il giudice amministrativo richiama una pronuncia della

Cassazione (Cass. pen., sez. III, 2 aprile 2013, n. 14979), che tuttavia si riferisce a un caso di mancata assistenza da parte di un medico obiettore nel momento immediatamente successivo all'IVG e non a procedure, come quelle in esame, così distanti in termini di tempo e di spazio dall'(ancora non certo) intervento abortivo da non poter essere considerate come attività di assistenza a esso connesse.

In attesa della pronuncia del Consiglio di Stato al quale è stato proposto appello, si consolida così un'interpretazione *contra legem* dell'art. 9 della legge n. 194 già fatta propria da altro giudice amministrativo (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477). Certamente si può discutere dell'opportunità della scelta del legislatore di estendere l'obiezione di coscienza anche alle attività prodromiche all'IVG. Meno discutibile è invece che la discrezionalità interpretativa del giudice debba fermarsi di fronte al dato letterale della legge.

Maggiore eco nel dibattito pubblico ha avuto la seconda vicenda qui esaminata, cioè l'indizione di un concorso pubblico per la copertura, a tempo indeterminato, di un posto di dirigente medico nella disciplina ostetricia e ginecologia «da destinare al settore di Day Hospital e Day Surgery per l'applicazione della Legge n. 194/1978 – interruzione volontaria della gravidanza» presso l'azienda ospedaliera San Camillo – Forlanini di Roma, autorizzata dal decreto del Commissario ad acta 8 giugno 2015, n. U00227» (iniziative simili sono state adottate anche da altre aziende sanitarie, come segnala M. D'Amico in questo fascicolo).

Senza espressamente escludere dalla partecipazione chi abbia già esercitato il diritto all'obiezione di coscienza, il bando specifica che il vincitore sarà assegnato al menzionato settore per l'applicazione della legge n. 194 e richiede, nella domanda di partecipazione, di dichiarare la propria disponibilità a prestare servizio presso tale settore. Si richiede, in sostanza, che il vincitore non presenti dichiarazione di obiezione di coscienza oppure revochi la dichiarazione già presentata. Nel bando non viene tuttavia specificato a quali conseguenze vada incontro il medico così assunto, qualora successivamente presenti dichiarazione di obiezione di coscienza. La legge n. 194, infatti, consente di presentare tale dichiarazione anche in un momento successivo all'assunzione (art. 9, c. 2). Si tratta di un punto decisivo, che potrebbe essere definito nel contratto di lavoro individuale fra il medico e l'amministrazione.

Il provvedimento solleva in questo caso il tema della garanzia dell'attuazione della legge nonostante l'obiezione di coscienza e degli strumenti con cui questa possa essere perseguita. L'obiezione di coscienza *secundum legem*, infatti, non è, e non può essere, uno strumento per consentire di ostacolare l'attuazione di una legge non condivisa. Essa è invece uno strumento a difesa del pluralismo che mira a tutelare contemporaneamente le ragioni della legge e quelle della coscienza. È dunque compito del legislatore, nel momento in cui sceglie di riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza, predisporre contestualmente strumenti adeguati per far sì che la legge cui si consente di obiettare possa comunque trovare attuazione nonostante l'obiezione di coscienza (ho cercato di argomentare ampiamente questo punto in D. Paris, *L'obiezione di coscienza*, Passigli, 2011). Nel caso dell'obiezione di coscienza all'aborto, inoltre, a seguito della decisione del

Comitato europeo dei diritti sociali *IPPF EN v. Italy* (Complaint No. 87/2012, 10 marzo 2014) l'obbligo di assumere adeguate misure per compensare le difficoltà create dall'elevato numero di obiettori di coscienza e assicurare un'adeguata garanzia degli interventi di IVG ha assunto il carattere di obbligo internazionale.

Sotto questo profilo la legge n. 194 appare insoddisfacente. L'art. 9, c. 4, mentre impone agli enti ospedalieri l'obbligo di garantire «in ogni caso» l'esecuzione degli interventi di IVG, non specifica con quali mezzi le Regioni, incaricate di controllare e garantire l'attuazione di quest'obbligo, possano svolgere il loro compito. Si menziona soltanto la mobilità del personale, strumento che può essere efficace quando le difficoltà siano concentrate in uno specifico ospedale, non quando il tasso di obiezione sia particolarmente elevato e uniformemente diffuso sul territorio regionale. Un bando come quello in esame può essere considerato uno strumento legittimo cui ricorrere per garantire l'attuazione della legge? Sul punto si possono astrattamente considerare due diversi approcci. Da una parte è possibile ritenere che la disposizione di cui all'art. 9, c. 2 abbia carattere assoluto, cioè non consenta alcuna limitazione del diritto di esercizio della clausola di coscienza, nemmeno se finalizzata al perseguimento di un interesse che la stessa legge 194 tutela espressamente al successivo c. 5. Forte del dato letterale dell'art. 9, c. 2, questa lettura rischia tuttavia di portare alla conclusione che la legge 194 non prevede strumenti adeguati a garanzia della sua stessa attuazione, ciò che influisce negativamente sulla sua ragionevolezza e, forse, sulla sua costituzionalità (D'Atena, cit., p. 1660 e, recentemente, F. Grandi (2014), *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Ed. Scientifica, p. 184; sul punto vedi anche la nota seguente di A. Buratti).

Diversamente si può ritenere che il richiamo alle procedure di mobilità del personale di cui all'art. 9, c. 5, non sia l'unico strumento cui le Regioni possono ricorrere. La disposizione, del resto, recita: «*anche* attraverso la mobilità del personale». Si tratterebbe allora di sottoporre il bando in esame, il decreto che lo autorizza e la successiva disciplina contrattuale, a un giudizio di proporzionalità fra la compressione del diritto all'obiezione di coscienza e l'esigenza di garantire l'attuazione della legge, per valutare se la seconda giustifichi la prima. Tale giudizio dovrebbe prendere in considerazione diversi fattori: le effettive difficoltà riscontrate nell'azienda sanitaria nell'attuare la legge n. 194, il numero di posti così banditi, il carattere perpetuo o temporalmente limitato della rinuncia alla dichiarazione di obiezione, le conseguenze che seguirebbero a tale ipotetica dichiarazione, l'impossibilità di utilizzare altri strumenti meno restrittivi del diritto all'obiezione di coscienza. Su alcuni di questi punti, il decreto commissariale che autorizza l'indizione del concorso in esame contiene importanti indicazioni da considerare nel giudizio di proporzionalità.

Resta ferma, tuttavia, l'opportunità che sia il legislatore a definire con maggior precisione le condizioni di ammissibilità del ricorso da parte dell'amministrazione a strumenti come quello esaminato o simili. Per quanto politicamente difficile, un intervento di modifica della legge 194 potrebbe inoltre utilmente prevedere una qualche forma di coinvolgimento degli obiettori di coscienza in attività compatibili con le loro convinzioni,

al fine di scoraggiare un esercizio dell'obiezione dettato più da ragioni di convenienza che di coscienza.

DAVIDE PARIS è research fellow della Alexander von Humboldt Foundation presso il Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

## **Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro**

di *Andrea Buratti*

Ha suscitato accese polemiche il bando dell'Azienda Ospedaliera San Camillo-Forlanini (in B.U.R. Lazio 24.11.2015) che ha previsto l'assunzione di due dirigenti medici da assegnare «al settore Day Hospital e Day Surgery per l'applicazione della legge 194/1978». In realtà, non si tratta del primo caso di concorso indirizzato a medici non obiettori: già in passato alcune Regioni avevano emanato bandi riservati, e la giurisprudenza amministrativa aveva affrontato il tema con indicazioni contrastanti (a favore TAR Emilia Romagna, sez. Parma, n. 289/1982; in senso contrario, invece, TAR Liguria, n. 396/1980 e TAR Campania, n. 78/1989). In un caso più recente, il TAR Puglia ha ammesso la legittimità di tali metodi di reclutamento mirato (n. 3477/2010, su cui M.P. Iadicicco (2011), *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali*, in *Giur. Cost.*, pp. 2000 ss.). Il bando della Regione Lazio, peraltro, si differenzia in parte da questi precedenti, perché non contiene un'esplicita riserva di posti a medici non obiettori, ma soltanto un'indicazione della destinazione dei vincitori al servizio di interruzione della gravidanza; un'indicazione da cui pure discende un implicito impegno dei candidati a non avvalersi dell'opzione per l'obiezione di coscienza alla pratica dell'interruzione della gravidanza. Si tratta, come si vede, di una particolarità che, se rende il bando più coerente con i tradizionali canoni di legittimità, non sposta di molto le questioni di fondo sottese al caso odierno.

La vicenda solleva un duplice ordine di problemi giuridici: il primo attiene alla compatibilità con la Costituzione e con la legge di un bando che – di fatto – comporta la rinuncia al diritto all'obiezione di coscienza alle pratiche abortive (tutelato dall'art. 9 della legge n. 194); la seconda riguarda le conseguenze dell'eventuale insorgenza dell'obiezione di coscienza durante il rapporto di lavoro instauratosi all'esito del concorso, e la loro compatibilità con la legge 194 e i diritti nel rapporto di lavoro dei dirigenti medici nelle strutture sanitarie pubbliche. Il primo ordine di problemi conduce a un delicato bilanciamento tra diritti individuali contrapposti: quello della donna a decidere l'interruzione di gravidanza e a praticarla all'interno di una struttura sanitaria pubblica, seppure alle condizioni poste dalla legge n. 194, e quello del medico ad esercitare l'obiezione di coscienza alle pratiche abortive.

Ambedue i diritti possono vantare una connessione con diritti fondamentali protetti dalla Costituzione. Il diritto della donna all'interruzione di gravidanza è infatti connesso al diritto costituzionale alla salute della donna, protetto dall'art. 32 Cost., come ricono-

sciuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 27/1975; il diritto all'obiezione di coscienza è stato valorizzato dalla Corte Costituzionale – seppure in termini generali e con riferimento ad altra fattispecie concreta – nella sentenza n. 467/1991, in cui si è voluto collegare la protezione della coscienza individuale al valore costituzionale della dignità umana e al fondamento dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). Secondo la Consulta, la coscienza presenta «un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)».

Nella stessa sentenza da ultimo citata, peraltro, la Corte Costituzionale offriva una via d'uscita per regolare il conflitto tra valori – apparentemente irriducibile – prospettato dal diritto all'obiezione di coscienza: la Corte riconosceva infatti l'esigenza di «una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne le possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale».

Ebbene, nel caso dell'aborto questa «delicata opera» è stata compiuta dal legislatore con la legge 194, a cui si deve dunque porre attenzione, esaminandone sia il tenore testuale che la concreta applicazione. Indagata sotto il profilo del suo tenore testuale, emerge come la legge 194 instauri un rapporto di preferenza tra la finalità di garantire il diritto all'interruzione della gravidanza della donna e la possibilità del medico di esercitare il diritto all'obiezione di coscienza. La subordinazione della tutela dell'obiezione di coscienza rispetto alla tutela del diritto alla salute della donna è evidente in particolare nell'art. 9, che dopo aver ammesso il diritto all'obiezione di coscienza precisa che «*gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare (...) l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti*» (corsivo mio).

Quanto al contesto sociale e alle condizioni di effettiva applicazione della norma, è noto come sia emersa una difficoltà crescente di praticare l'interruzione di gravidanza in ragione del numero sempre più elevato di medici obiettori: difficoltà che in alcuni contesti – quali la Regione Lazio – è divenuta vera e propria impossibilità (D. Paris (2011), *L'obiezione di coscienza*, Passigli, p. 187); ciò può determinare ostacoli insuperabili all'esercizio del diritto, specie per persone che si accingano all'interruzione di gravidanza in condizioni di disagio. Questo contesto è evidentemente elusivo della *ratio* della norma di legge che aveva istituito il diritto all'obiezione di coscienza all'interno di un sistema legislativo mirato a garantire anzitutto il diritto all'interruzione di gravidanza, seppure a determinate condizioni.

Il contesto applicativo di sostanziale elusione dell'intento perseguito dal legislatore, e il ribaltamento di fatto del rapporto tra i due diritti che la legge 194 organizza in termini di preferenza, non può non incidere nella valutazione del caso (così pure F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, ES 2014, spec. 184). Sebbene la struttura del bando in commento – con l'esplicita indicazione del servizio da erogare – determini una preclusione soggettiva alla partecipazione al concorso e una compressione del diritto all'obiezione di coscienza, tale distinzione risulta ragionevole e conforme alla Costituzione e



rispettosa dello spirito della legge, in quanto volta alla tutela di un diritto fondamentale che, anche alla luce del contesto sociale, merita una protezione privilegiata. Conferma la valutazione di ragionevolezza degli atti amministrativi anche il rilievo che il bando in commento è in realtà parte (minoritaria) di un più ampio processo di reclutamento di dirigenti medici ginecologi nella medesima struttura ospedaliera, senza previsione specifica di destinazione al servizio di IVG.

Il secondo ordine di riflessioni attiene alle conseguenze dell'eventuale opzione per l'obiezione di coscienza maturata in seguito all'assunzione, sulla premessa che il contratto stipulato con il dirigente medico risultato vincitore del bando indicherà espressamente la destinazione al servizio di interruzione di gravidanza. Occorre qui distinguere due ipotesi: la manifestazione dell'obiezione durante il periodo di prova e la manifestazione successiva allo stesso.

Secondo il CCNL dei dirigenti medici nel SSN, il periodo di prova dura sei mesi. «Decorsa la metà del periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal rapporto in qualsiasi momento (...). Il recesso dell'azienda deve essere motivato» (art. 15 CCNL). L'eventuale insorgenza dell'obiezione di coscienza nell'arco dei sei mesi di prova potrà dunque determinare il legittimo recesso dal rapporto di lavoro da parte dell'azienda sanitaria, e non si ravvedono vizi di legittimità nell'espressa indicazione in tal seno all'interno del bando. Ciò in quanto durante il periodo di prova è riconosciuta all'amministrazione pubblica un'ampia discrezionalità circa la decisione di recedere dal rapporto di lavoro, fermo l'obbligo di motivazione e lo scrutinio giurisdizionale della sua congruità. D'altronde, la congruità della motivazione «non implica di certo un'omologazione della disciplina della giustificazione del recesso in prova, rispetto a quello per giustificato motivo o giusta causa» (Cass. 8/1/2008 n. 143). Il venir meno, in questo caso, della possibilità di destinare il medico al servizio oggetto del bando rappresenta un'evidente ragione a giustificazione del recesso dell'azienda.

Il quadro cambia una volta decorso il periodo di prova, perché al diritto del medico all'obiezione di coscienza viene a sommarsi il corredo di diritti nel rapporto di lavoro, riconosciuti dalle leggi e dai contratti collettivi, e il principio di uguaglianza rispetto agli altri medici dipendenti del SSN, diritti e principi tutti vincolanti il contratto di lavoro. Il contratto di lavoro non potrebbe dunque impedire al medico di manifestare l'obiezione di coscienza; né l'obiezione sopravvenuta potrebbe comportare il licenziamento automatico del medico. Qualora il contratto sottoscritto tra azienda ospedaliera e dirigente medico prevedesse tale automatismo, risulterebbe illegittimo, sia per violazione di legge, sia perché sproporzionato rispetto al fine di garantire la continuità del servizio di interruzione della gravidanza, e quindi eccessivamente lesivo del diritto all'obiezione di coscienza e dei diritti nel rapporto di lavoro. L'eventualità dell'obiezione sopravvenuta dovrà dunque essere gestita dall'azienda sanitaria, cui incombe la responsabilità di modulare le azioni da intraprendere per garantire, al contempo, l'esigenza di continuità del servizio e il rispetto dei diritti del medico obiettore, misurando le diverse possibili soluzioni organizzative applicabili, da reperire all'interno delle azioni previste dal CCNL del settore e dalle leggi, seppure tenendo in debita considerazione gli impegni – riassunti in sede contrat-



tuale – gravanti proprio sui medici vincitori del bando in oggetto ai fini dell’assunzione di soluzioni organizzative speciali e differenziate. Una volta consolidatosi il rapporto di lavoro, dunque, il dovere dell’amministrazione di erogare il servizio di interruzione di gravidanza al fine di garantire il diritto della donna dovrà entrare in una logica di contemperamento con il diritto all’obiezione di coscienza e con i diritti del lavoratore, attraverso la modulazione di strumenti di tipo organizzativo.

ANDREA BURATTI è ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell’Università degli Studi di Roma «Tor Vergata».

## **Sicurezza urbana 2.0: luci e ombre del decreto Minniti**

di *Tommaso F. Giupponi*

Il decreto legge n. 14/2017 (convertito con modificazioni dalla legge n. 48 del 2017) contiene diverse disposizioni in materia di sicurezza pubblica e di sicurezza urbana, al fine non solo di rafforzare i poteri del Sindaco in tale delicato settore, ma anche di attuare più efficaci forme di coordinamento tra Stato e autonomie regionali e locali nella gestione delle relative politiche integrate sul territorio.

Tre, nel complesso, le principali linee di intervento di questo nuovo *pacchetto sicurezza*: a) la previsione, a distanza di più di quindici anni dalla riforma del Titolo V del 2001, di una prima serie di misure volte all’attuazione dell’art. 118, terzo comma, Cost.; b) la riforma dei poteri sindacali di ordinanza in materia di sicurezza e degrado urbani, attraverso una nuova definizione legislativa dei rispettivi ambiti di intervento; c) l’introduzione di nuove misure di prevenzione personale, di competenza del Sindaco e del Questore, volte a garantire la piena fruibilità di determinati luoghi pubblici.

Dal primo punto di vista, il d.l. disciplina «modalità e strumenti di coordinamento» tra Stato, Regioni ed Enti locali «in materia di politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata» intesa come «l’insieme degli interventi assicurati» da ciascun livello territoriale «al fine di concorrere, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all’attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali» (art. 1). A tal fine si prevedono tutta una serie di strumenti di coordinamento, a partire dall’adozione di «linee generali» per la promozione della sicurezza integrata, adottate dalla Conferenza unificata su proposta del Ministro dell’interno, e volte ad individuare strumenti di collaborazione tra le forze di polizia statali e locali, con particolare riferimento allo scambio informativo, all’interconnessione delle rispettive sale operative a livello territoriale e alla previsione di forme integrate di aggiornamento professionale (art. 2).

Sulla base e in attuazione di tali «linee generali», lo Stato e le Regioni (oltre che le Province autonome) possono concludere specifici accordi per la promozione della sicurezza integrata sul territorio, con particolare riferimento alla previsione di interventi a sostegno dell’aggiornamento professionale del personale della polizia locale, di sostegno

finanziario ai comuni maggiormente interessati da fenomeni di criminalità diffusa, di rafforzamento dei presidi di sicurezza sul territorio da parte delle forze di polizia statali (art. 3).

Infine, a livello locale e in coerenza con le «linee generali», i sindaci e i prefetti possono stipulare *patti* per la sicurezza urbana, nel rispetto di specifiche «linee guida» adottate dalla Conferenza Stato-Città, su proposta del Ministro dell'interno, al fine di: a) prevenire e contrastare la criminalità diffusa e predatoria nella zone maggiormente interessate da degrado, anche attraverso il coinvolgimento delle associazioni di volontari e di sistemi di videosorveglianza (per cui si prevede lo stanziamento di apposite risorse finanziarie); b) promuovere e tutelare la legalità, attraverso iniziative di dissuasione di ogni forma di condotta illecita, con particolare riferimento all'occupazione abusiva di immobili, il commercio di beni contraffatti e altri comportamenti che impediscano la libera fruizione degli spazi pubblici; c) promuovere il rispetto del decoro urbano, con particolare riferimento alle aree urbane su cui siano insediati plessi scolastici e universitari, musei, aree archeologiche o protette, parchi pubblici e altri luoghi «interessati da consistenti flussi turistici»; d) promuovere l'inclusione sociale attraverso interventi volti ad eliminare i fattori di marginalità e di esclusione sociale, anche in collaborazione con le associazioni del «privato sociale» (art. 5). Inoltre, si prevede la creazione di un Comitato metropolitano per la sicurezza urbana, presieduto dal prefetto e dal Sindaco della Città metropolitana, e composto dai sindaci dei Comuni del territorio interessato, con compiti di analisi, valutazione e confronto in materia di sicurezza urbana, ferme restando, però, le competenze del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica (art. 6).

A parte il dubbio (di ordine generale, cfr. la sent. n. 220/2013 della Corte cost.) circa la possibilità di intervento tramite decreto legge al fine di dare attuazione, in via stabile e sistematica, alla previsione costituzionale in questione, il decreto contiene un insieme particolarmente ricco di strumenti di coordinamento, in parte coerenti con l'esperienza dei *patti per la sicurezza* che, soprattutto a partire dal 2006-2007, hanno vissuto una stagione di grande diffusione sul territorio, anche se con scarsi risultati sul piano dell'attuazione. L'efficacia di tali previsioni, tuttavia, dipenderà anche dalla rapidità con cui verranno adottati linee generali, accordi e linee guida cui spesso il decreto rinvia (in relazione ad ambiti non sempre ben definiti) oltre che dalla loro coerenza.

Il secondo settore di intervento riguarda, invece, i poteri sindacali di ordinanza, con particolare riferimento alla sicurezza urbana. Il decreto, anche alla luce delle indicazioni della sent. n. 115/2011 della Corte cost., cerca di individuarne meglio i presupposti e gli ambiti di intervento, riproponendo, però, alcuni dubbi sollevati in merito al precedente *pacchetto sicurezza* del 2008, in parte dichiarato illegittimo.

Prima di tutto, viene definito a livello legislativo il concetto di sicurezza urbana, inteso come quel «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città», da tutelare attraverso una variegata serie di interventi volti a: 1) riqualificare sul piano urbanistico, sociale e culturale le aree degradate; 2) eliminare i fattori di marginalità e di esclusione sociale; 3) prevenire la criminalità, con particolare riferimento a quella di tipo predatorio;

4) promuovere la cultura della legalità e più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile (art. 4). A tali compiti sono chiamati tutti i livelli di governo, ciascuno nel rispetto delle proprie competenze.

Risulta quindi superata la scelta di rinviare la definizione degli ambiti operativi dei poteri sindacali di ordinanza ad un decreto ministeriale (cfr. il d.m. 5 agosto del 2008), che dubbi aveva sollevato in relazione al rispetto del principio di legalità sostanziale e della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., volti a limitare la discrezionalità amministrativa in materia. La sicurezza urbana, dunque, appare un anello della sicurezza integrata (una sorta di sicurezza integrata *minore*), non limitandosi ad intervenire nel tradizionale ambito di competenza statale dell'ordine e della sicurezza pubblica, ma chiamando in causa le competenze (legislative e amministrative) degli altri livelli di governo, quale sicurezza intesa in senso lato. Questo ha delle inevitabili conseguenze anche sul piano della configurazione dei connessi poteri di ordinanza sindacale.

Il decreto legge 14/2017, infatti, modifica sia l'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL), sia il successivo art. 54. Come noto, entrambe le disposizioni prevedono ipotesi di ordinanze sindacali contingibili e urgenti: la prima, che chiama in causa il Sindaco quale rappresentante dell'amministrazione e della comunità locale, consente di intervenire «in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica di carattere esclusivamente locale»; la seconda, già riformata nel 2008, attribuisce al Sindaco, quale ufficiale del Governo, il potere di adottare provvedimenti contingibili e urgenti «al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana».

In relazione all'art. 50, si prevede ora che il Sindaco possa intervenire anche «in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche». Si ampliano, quindi, i casi in cui il Sindaco può intervenire con ordinanze contingibili e urgenti quale rappresentante della comunità locale e nell'esercizio delle sue competenze amministrative, al di fuori di ogni vincolo gerarchico nei confronti del Ministro dell'interno. Si ripropone, però, la questione dell'esatta definizione legislativa di tali rinnovati poteri al fine di delimitare l'eccessiva discrezionalità dell'amministrazione locale.

In merito all'art. 54, invece, è specificato che i provvedimenti contingibili e urgenti adottati dal Sindaco quel Ufficiale del Governo (in rapporto di *subordinazione* con l'amministrazione statale) sono diretti a salvaguardare l'integrità fisica dei cittadini e, con particolare riferimento alla sicurezza urbana, mirano a «prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili», fenomeni di abusivismo, di illecita occupazione di spazi pubblici e di violenza, anche legati all'abuso di alcool o di sostanze stupefacenti.

Nel complesso, quindi, si è delimitato l'ambito dei poteri sindacali di ordinanza in materia di sicurezza urbana, ampliando però nel contempo i poteri del Sindaco quale

rappresentante della comunità locale. Entrambe le previsioni, in ogni caso, concorrono a delineare quella concezione integrata di sicurezza cui appare ispirato l'intero provvedimento legislativo, anche se i confini dei due diversi poteri sindacali di ordinanza a tratti rischiano di non essere del tutto chiari e potranno, nella pratica, comportare rischi di sovrapposizione.

Il terzo ambito in cui intervengono diverse disposizioni del decreto riguarda le misure di prevenzione personale, e in particolare l'introduzione dell'ordine di allontanamento (art. 9) e del divieto di accesso (art. 10) in relazione a determinati luoghi considerati particolarmente *sensibili*, quali stazioni ferroviarie, porti, aeroporti e infrastrutture del trasporto pubblico locale, oltre che (se previsto dai regolamenti locali di polizia urbana) scuole, siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali e culturali o comunque luoghi «interessati da consistenti flussi turistici» o adibiti a verde pubblico.

Il decreto legge n. 14/2017, infatti, prevede che chiunque ponga in essere «condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione» di tali luoghi e infrastrutture, non solo sia soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria che va da cento a trecento euro, ma allo stesso venga ordinato dal Sindaco, con provvedimento motivato, l'allontanamento dai luoghi in cui è stato commesso il fatto. Analogo provvedimento di allontanamento è disposto nei confronti di chi, nei medesimi luoghi, si renda responsabile di ubriachezza, atti contrari alla pubblica decenza, commercio abusivo o svolga abusivamente l'attività di parcheggiatore (tutte fattispecie già punite con apposite sanzioni amministrative pecuniarie). L'ordine ha un'efficacia di quarantotto ore dall'accertamento del fatto e, in caso di una sua violazione, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista è aumentata del doppio. Di fronte ad una reiterazione delle condotte in questione, il Questore può disporre, con provvedimento motivato, il divieto di accesso di uno più dei luoghi indicati per un periodo non superiore a sei mesi (da sei mesi a due anni nel caso le condotte siano commesse da soggetti condannati in via definitiva o in appello negli ultimi cinque anni per reati contro la persona o contro il patrimonio).

Nel primo caso, è previsto comunque che il Sindaco debba trasmettere copia del provvedimento di allontanamento al Questore, oltre che segnalare la circostanza ai servizi socio-sanitari (ove necessario). Nel secondo caso, con il provvedimento di divieto di accesso, il Questore deve individuare «modalità applicative [...] compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto».

Si tratta, come appare evidente, di misure in qualche modo analoghe, da un lato, al foglio di via obbligatorio, di competenza del Questore (art. 2 del d.lgs. 159/2011) e, dall'altro, al c.d. DASPO, previsto nell'ambito della disciplina delle manifestazioni sportive (art. 6 della l. n. 401/1989). Di tali misure, come noto, dottrina e giurisprudenza sottolineano da tempo diversi profili problematici, da ultimo condivisi anche dalla Corte EDU (cfr. la sent. De Tommaso c. Italia, del 23 febbraio 2017). In particolare, la nostra Corte ha più volte sottolineato l'incostituzionalità di ogni forma di pericolosità presunta o generica (cfr., ad es. la sent. n. 177/1980), per cui qualche dubbio sembra porsi in relazione all'automata applicazione dell'ordine di allontanamento da parte del Sindaco, senza alcuna

valutazione della concreta pericolosità sociale del soggetto (prevista, invece, nel caso di divieto di accesso di competenza del Questore, il quale deve valutare se dalla condotta del soggetto possa derivare *pericolo per la sicurezza*).

TOMMASO F. GIUPPONI è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna

## **Verso un finanziamento privato dei partiti: ma con quali regole?**

*di Francesca Biondi*

Il finanziamento pubblico diretto ai partiti – che, dal 1974, ha costituito la principale, se non l'unica, loro forma di sostentamento – è stato sostituito, con il d.l. n. 149 del 2013 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 13 del 2014) da due forme di finanziamento pubblico indiretto: agevolazioni fiscali per donazioni private e facoltà, per il contribuente, di destinare il due per mille al partito prescelto. Dai dati resi disponibili nei primi anni di applicazione della nuova disciplina emerge che i partiti hanno ottenuto, attraverso il meccanismo del due per mille, finanziamenti pubblici di entità davvero limitata. Si deve a ciò aggiungere che, poiché sta terminando il regime transitorio, il quale prorogava, sia pure riducendolo progressivamente, il precedente meccanismo, i partiti, a partire dall'esercizio finanziario 2017/2018, non riceveranno più alcun contributo statale. Ne consegue che si sta ormai completando la transizione da un sistema di finanziamento dei partiti prevalentemente pubblico ad uno prevalentemente privato. Non possono in questa sede richiamarsi le molteplici ragioni che determinano l'incidenza di un determinato sistema di finanziamento sull'assetto dei partiti, sia con riguardo ai rapporti tra questi ultimi, le istituzioni e la società, sia nelle dinamiche intra-partitiche. È, invece, qui utile sottolineare come il passaggio dall'uno all'altro sistema renda oltremodo opportuna la presenza di regole che riducano le eventuali conseguenze negative che un finanziamento prevalentemente privato può avere sull'indipendenza degli attori politici e sulla trasparenza dei processi decisionali. A tal fine, il legislatore può, infatti, intervenire fissando limiti qualitativi e quantitativi a tali finanziamenti e introducendo meccanismi preordinati a rendere noto chi finanzia i partiti.

La legislazione italiana si presenta, invece, piuttosto carente e lacunosa, oltre che di difficile comprensione, a causa della stratificazione normativa che ha caratterizzato questa materia.

Inoltre, vi è una questione «di fondo» che il complesso normativo lascia insoluto: se le singole prescrizioni – che saranno di seguito illustrate – si applichino solo ai partiti registrati, ossia ai partiti che, per beneficiare dei finanziamenti pubblici indiretti, hanno chiesto l'iscrizione nel registro dei partiti politici tenuto dalla «Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici», oppure siano dirette anche ai partiti non registrati, vale a dire a quelli che non possiedono i requi-

siti per l'iscrizione nel registro o che, per convenienza o per scelta politica, hanno deciso di non iscriversi.

Venendo ora alla disciplina attualmente vigente, è importante anzitutto ricordare che – sin dalle origini dell'introduzione del finanziamento pubblico – il legislatore vieta agli organi della pubblica amministrazione, degli enti pubblici e delle società con partecipazione pubblica superiore al venti per cento, o da queste ultime controllate, di finanziare i titolari di cariche elettive, i partiti e le loro articolazioni e i gruppi parlamentari (art. 7 della l. n. 195 del 1974 e art. 4, comma 1, della l. n. 659 del 1981). Nessun altro divieto – come sarebbe stato opportuno in vista del passaggio ad un sistema privato di finanziamento dei partiti e come è previsto in altri ordinamenti – è stato, invece, introdotto dalle più recenti leggi in materia. Ne consegue, ad esempio, che le concessionarie pubbliche possono erogare finanziamenti o contributi ai partiti, come pure possono farlo i sindacati; i partiti possono finanziarsi tra loro; e sono ammissibili anche le donazioni estere (per approfondimenti, v. G. Tarli Barbieri, in G. Tarli Barbieri e F. Biondi (a cura di) (2016), *Il finanziamento della politica*, p. 129). Alla luce del mero riferimento ai partiti, i ricordati divieti risultano vincolanti per tutte le formazioni politiche, registrate e non registrate. Per queste ultime è, tuttavia, rimesso all'autorità giudiziaria il compito di valutare quando il soggetto beneficiario sia identificabile come partito, dal momento che il sopracitato art. 7 non ne contiene una definizione precisa. Ciò potrebbe rendere difficile verificare se soggetti giuridici che non sono qualificabili come partiti sulla base dei tradizionali indici sintomatici, ma che agiscono come tali, partecipando anzitutto alla competizione elettorale, violino tali divieti.

È il d.l. n. 149 del 2013 ad avere, invece, introdotto, per la prima volta, limiti quantitativi ai finanziamenti privati. Vi si prevede che ciascuna persona fisica non possa fare erogazioni liberali in denaro o comunque corrispondere contributi in beni o servizi in favore di un singolo partito politico per un valore complessivamente superiore a centomila euro annui (art. 10, comma 7) e che i soggetti diversi dalle persone fisiche possano finanziare i partiti per un valore complessivo annuo di centomila euro (art. 10, comma 8). In caso di violazione di tali limiti, sono previsti meccanismi compensativi rispetto ai finanziamenti ottenuti in eccesso, tra i quali anche la riduzione del finanziamento pubblico eventualmente spettante al partito attraverso il due per mille. In alternativa, la Commissione applica una sanzione amministrativa.

Tale disciplina lascia irrisolte ameno due questioni. Anzitutto, il limite massimo dei centomila euro annui è facilmente eludibile attraverso le fondazioni, che – anche se formalmente collegate ad un partito (ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.l. n. 149) – tale limite non incontrano. In secondo luogo, è assai dubbio che tali limiti massimi ai finanziamenti erogati dai privati si applichino anche ai partiti non registrati. Sul punto, si consideri che l'art. 18 del d.l. n. 149 del 2013 stabilisce che, «ai fini del presente decreto», si intendono per partiti politici i partiti, i movimenti e gruppi politici organizzati che abbiano presentato candidati sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo delle Camere, dei Consigli regionali e del Parlamento europeo, nonché i partiti e i movimenti politici cui dichiarati di fare riferimento un gruppo parlamentare o una componente poli-

tica del gruppo misto. Tale norma consente, dunque, all'interprete di trovare nel testo del d.l. n. 149 disposizioni che, non facendo espresso riferimento ai partiti iscritti nel registro, devono intendersi destinate anche a quelli non registrati. Si potrebbe quindi assumere che le ricordate norme sui limiti massimi di contribuzione privata si applichino a tutti i partiti che possiedono i requisiti indicati nell'art. 18, e non solo a quelli registrati. A conclusioni opposte si potrebbe, però, giungere osservando che tali limiti sono contenuti in una disposizione prevalentemente destinata ai partiti registrati e, soprattutto, che non esistono meccanismi idonei a consentire alla Commissione di verificare se un partito non registrato abbia superato i limiti anzidetti, in modo tale da accertarne la violazione e irrogare le sanzioni pecuniarie.

La questione è, invero, assai delicata. Si può, infatti, ragionevolmente ritenere, che, per garantire l'eguaglianza delle *chances* di tutte le forze politiche, limiti massimi di contribuzione privata debbano imporsi a tutti i partiti che sono rappresentati in organi elettivi. Si potrebbe, però, anche argomentare che tale limite debba costituire un vincolo solo per i partiti che intendono beneficiare dei contributi pubblici, quale «contropartita» rispetto a questi ultimi. Ma anche questa soluzione non è priva di conseguenze, dovendosi considerare che, a fronte del progressivo azzeramento del finanziamento pubblico, si corre il concreto rischio che, inasprendo i vincoli per i partiti registrati, questi ultimi non siano più incentivati ad iscriversi nel registro e a rispettare quel complesso di regole in termini di democrazia interna e trasparenza che il legislatore vi ha ricollegato: per quale ragione, infatti, costringersi a rispettare limiti e a sottoporsi a controlli, se tali oneri non sono più bilanciati da un qualche vantaggio di natura economica? Ciò contribuirebbe a vanificare la prima disciplina sui partiti introdotta nell'ordinamento italiano.

Problema interpretativo analogo si pone anche in relazione all'applicabilità delle regole volte a garantire la trasparenza dei finanziamenti, che, come accennato, costituisce invece un'esigenza ineludibile in un sistema prevalentemente fondato sui contributi privati. Anche sotto questo aspetto, dalla trama del d.l. n. 149 del 2013 si evince che il grado di trasparenza è diverso a seconda che si tratti di partiti registrati ovvero di partiti non registrati. La tracciabilità dei finanziamenti privati è sempre stata affidata all'istituto della dichiarazione congiunta, che il soggetto che eroga un contributo superiore ai cinquemila euro annui e il partito beneficiario devono trasmettere alla Presidenza della Camera dei deputati ai sensi dell'art. 4 della l. n. 659 del 1981. Poiché quest'ultimo rinvia ai soggetti elencati all'art. 7 della l. n. 195 del 1974, è pacifico che – pur con la segnalata ambiguità in ordine alla identificazione del partito – tutte le forze politiche siano soggette a tale obbligo. Ciò è, inoltre, confermato dal fatto che solo i partiti registrati possono assolvere a tale adempimento con modalità agevolate, ossia trasmettendo, ogni tre mesi, l'elenco dei soggetti che hanno erogato i contributi, anziché attraverso singole dichiarazioni (art. 5, comma 3, d.l. n. 149).

In ogni caso, le dichiarazioni congiunte o la trasmissione degli elenchi dei finanziatori non bastano a rendere conoscibili i dati, se questi non vengono pubblicati. Anche sotto questo aspetto, non può non sottolinearsi come la disciplina vigente non favorisca affatto la trasparenza. Anzitutto, solo i partiti registrati sono obbligati a pubblicare sul proprio



sito internet, come allegato al rendiconto di esercizio, l'elenco dei soggetti che hanno erogato i finanziamenti o i contributi e i relativi importi; inoltre, nel sito ufficiale del Parlamento, sono resi noti i nomi dei finanziatori dei soli partiti registrati. In secondo luogo, l'elenco dei soggetti che hanno erogato finanziamenti e contributi, e i relativi importi, possono essere resi noti solo se il finanziatore abbia prestato il suo consenso, in quanto la pubblicazione renderebbe noto un dato sensibile quale è l'orientamento politico. Per tutte le donazioni, dunque, anche per somme di una certa entità, la trasparenza cede rispetto alla riservatezza. Sarebbe, invece, più opportuno individuare un limite oltre il quale la trasparenza è d'obbligo, sul presupposto che l'erogazione di somme più elevate possa denotare legami più stringenti tra il soggetto che finanzia e il partito che ne beneficia. Se a tutto ciò si aggiunge che le medesime regole di trasparenza sono imposte solo alle fondazioni e alle associazioni la composizione dei cui organi direttivi sia determinata, in tutto o in parte, da deliberazioni di partiti o movimenti politici o a quelle che erogano somme a partiti, loro articolazioni interne, parlamentari o consiglieri regionali in misura superiore al dieci per cento dei propri proventi (art. 5, comma 4, d.l. n. 149), ci si avvede, in definitiva, come la disciplina del finanziamento privato dei partiti meriti oggi un profondo ripensamento al fine quantomeno di ampliare la conoscenza delle fonti di finanziamento degli attori politici.

Per tali ragioni, sarebbe auspicabile che la Commissione affari costituzionali del Senato riprendesse l'esame del ddl S.2439 (nel testo già approvato dalla Camera), che di tutto ciò si occupa. Pur meritando di essere ulteriormente approfondito, tale disegno di legge si propone, infatti, un condivisibile obiettivo: mantenere un differente binario per i partiti registrati e per quelli non registrati per quanto riguarda benefici e agevolazioni pubbliche, ma introdurre un regime comune quanto alla trasparenza (se non delle spese, almeno) delle fonti di finanziamento.

FRANCESCA BIONDI è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

## **Regolazione dei mezzi di ricerca della prova e limiti al sindacato della Corte costituzionale (sentenza n. 20 del 2017)**

*di Marco Ruotolo*

La questione che la Corte costituzionale ha deciso con la sentenza n. 20 del 2017 può riassumersi nei seguenti termini: è ragionevole che la disciplina sulle intercettazioni non si applichi alla corrispondenza epistolare?

Più estesamente, i dubbi di costituzionalità riguardavano l'art. 266 cod. proc. pen. – nella parte in cui non consente l'intercettazione di corrispondenza postale che non interrompa il corso della spedizione – e gli artt. 18 (nel testo previgente alle modifiche introdotte dall'art. 3, commi 2 e 3, della legge 8 aprile 2004, n. 95, recante nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti) e 18-ter (nel

testo attualmente in vigore) della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative della libertà), nella parte in cui non fanno «salve le ipotesi previste dall'art. 266 cod.proc. pen.». Il riferimento alla normativa penitenziaria – e la conseguente richiesta di declaratoria di incostituzionalità – è dovuto al fatto che il soggetto imputato nel giudizio *a quo* era persona detenuta, come tale «protetta» da una disciplina che consente ben determinate e tipizzate restrizioni alla libertà di comunicare riservatamente, riguardanti anche la corrispondenza postale, specie attraverso la sottoposizione a visto di controllo, non comprendendo, però, forme di captazione occulta dei suoi contenuti senza interruzione del flusso comunicativo. È proprio tale mancata previsione che costituirebbe ostacolo per l'attività investigativa, precludendo l'accesso a determinate fonti di prova («precipitato naturale» dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., secondo il giudice *a quo*) e, soprattutto, violando il principio di eguaglianza, presidiato dall'art. 3 Cost., stante sia la irragionevole disparità di trattamento delle comunicazioni telefoniche, informatiche e telematiche rispetto alle comunicazioni epistolari mediante servizio postale sia l'attribuzione di uno *status* privilegiato all'indagato detenuto rispetto a quello non detenuto.

Va precisato, anche per comprendere meglio le ragioni della decisione della Corte, che, diversamente da quanto stabilito per le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (art. 266 cod. proc. pen.), per la corrispondenza epistolare è prevista la possibilità del sequestro, nelle forme e nei limiti di cui all'art. 254 cod. proc. pen. e, nel caso di detenuti, la possibilità di sottoposizione a visto di controllo, nelle forme e nei limiti di cui agli artt. 18 e 18-ter dell'ordinamento penitenziario. Trattandosi di materia coperta da riserva di legge *ex art.* 15 Cost., non è certo possibile applicare in via analogica alla corrispondenza epistolare la disciplina che il legislatore ha espressamente circoscritto alle conversazioni e alle altre forme di comunicazione, con la conseguenza dell'inutilizzabilità delle fonti di prova eventualmente acquisite mediante «intercettazioni» della corrispondenza eseguite senza rispettare le forme previste, rispettivamente, dall'art. 254 cod. proc. pen. o dagli artt. 18 e 18-ter ord. penit. (secondo quanto chiaramente enunciato pure dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, sent. 19 aprile – 18 luglio 2012, n. 28997). È proprio quanto accaduto con riferimento alla vicenda oggetto del giudizio *a quo*, ove l'esame del contenuto della corrispondenza postale – copiata all'insaputa del mittente e dei destinatari in forza di provvedimento di autorizzazione del giudice precedente (fuori, dunque, dalle modalità di cui agli artt. 254 cod. proc. pen., 18 e 18-ter ord. penit.) – avrebbe probabilmente consentito di valutare adeguatamente le responsabilità di persona già detenuta, imputata di delitti di omicidio volontario e in materia di armi. Soltanto una pronuncia additiva della Corte costituzionale, peraltro «sostanzialmente» *in malam partem*, avrebbe consentito di rimuovere l'ostacolo normativo (dovuto sia all'omissione legislativa sia alla impossibilità di applicazione analogica di disciplina riguardante diversa fattispecie) e di permettere l'accertamento della verità nel processo *a quo* tramite l'utilizzo di prove altrimenti illecitamente acquisite.

Ma la Corte costituzionale, con argomentazione persuasiva, ritiene di non poter rimuovere il predetto ostacolo, dichiarando infondata la questione. Al legislatore spetta,

infatti, valutare sino a che punto le limitazioni del diritto «inviolabile» alla libertà e segretezza della corrispondenza, purché disposte «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge», possano trovare giustificazione in nome dell'esigenza, senz'altro costituzionalmente rilevante, di perseguire i reati. Alla Corte costituzionale compete, invece, valutare se quel bilanciamento non sia manifestamente irragionevole o arbitrario, se cioè l'esercizio della discrezionalità legislativa sia stato rispettoso dei principi di «idoneità, necessità e proporzionalità», oltre che, nel caso di specie, della riserva assoluta di legge e di giurisdizione (insiste su questo punto, con perspicue osservazioni, M. Caredda (2017), *Ragionevoli disequaglianze e riserva di legge*, in *Consulta Online*, 1, pp. 89 ss.).

Ebbene, la scelta del legislatore di regolamentare differentemente i mezzi di ricerca della prova a seconda che riguardino la corrispondenza epistolare o altre forme di comunicazione (telefoniche, telematiche e informatiche) non può dirsi, in sé, «manifestamente irragionevole» o «arbitraria». D'altra parte il previsto strumento del sequestro della corrispondenza epistolare consente l'acquisizione dei contenuti della stessa e determina altresì l'interruzione del «flusso informativo, impedendo che la comunicazione scritta giunga al destinatario, così da esplicitare anche effetti preventivi», specie quando l'intenzione sia quella di inviare direttive o mandati criminosi. Discorso almeno in parte analogo può farsi per l'apposizione del visto di controllo disciplinata dall'art. 18-ter ord. penit., che non solo rappresenta «un delicato punto di equilibrio raggiunto dal legislatore [con la legge n. 95 del 2004] a seguito di numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in cui l'Italia veniva ripetutamente condannata per violazione degli artt. 8 e 13 CEDU», ma realizza anche, «nello specifico ambito della detenzione in carcere, un bilanciamento tra le esigenze investigative legate alla prevenzione o alla repressione dei reati e i diritti dei detenuti». E qui la Corte compie un'altra digressione importante, scrivendo che «la possibilità di intrattenere rapporti con soggetti esterni riveste una particolare importanza affinché le modalità di esecuzione della pena siano rispettose dei principi costituzionali e, segnatamente, dell'art. 27 Cost.». È una frase che si pone in perfetta coerenza con la prospettiva di valorizzazione dei diritti dei soggetti privati della libertà personale sino ad ora seguita nella sua giurisprudenza, cogliendone l'importanza in funzione dell'espansione della personalità individuale (come si legge nella lontana sent. n. 349 del 1993) e, indirettamente, della concreta possibilità di un effettivo percorso di reinserimento sociale (sul ruolo della giurisprudenza costituzionale in tale ambito mi permetto di rinviare, da ultimo, a M. Ruotolo (2016), *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, 3).

Quanto affermato dalla Corte non esclude, però, che il legislatore possa fare una diversa scelta, prevedendo anche per la corrispondenza epistolare forme di captazione occulta dei contenuti che non interrompano il flusso comunicativo, purché si rispettino le «riserve di legge e di giurisdizione previste dall'art. 15 Cost.» e si osservino i «canoni di ragionevolezza e proporzionalità». D'altra parte la stessa previsione dell'attuale disciplina delle intercettazioni per le comunicazioni telematiche e informatiche è stata il frutto di

apposito intervento legislativo, che ha integrato l'originaria disciplina codicistica in materia (artt. 11 e 12 della legge 23 dicembre 1993, n. 547, cui si deve l'introduzione dell'art. 266-*bis* nel codice di procedura penale), e non sono mancati tentativi di estenderla alla corrispondenza epistolare (con la proposta di introdurre l'art. 266-*ter* nel codice di procedura penale: d.d.l. n. 1638 A della XV legislatura, approvato dalla Camera dei deputati il 17 aprile 2007, il cui *iter* si arrestò a causa dell'interruzione anticipata della legislatura; d.d.l. n. 1914 della XVII legislatura, di contenuto analogo).

Semplicemente – come si legge chiaramente nella sent. n. 20 del 2017 – tali eventuali «delicate» scelte sono e restano «discrezionali, non costituzionalmente necessitate», rientrando, appunto, «a pieno titolo nelle competenze e nelle responsabilità del legislatore e non in quelle di questa Corte».

Il punto merita un conclusivo, ancorché rapido, approfondimento, che riguarda anche la tecnica decisoria nella specie impiegata (sentenza di rigetto).

Leggendo la motivazione della decisione, emerge con chiarezza che gli interventi additivi richiesti dal giudice *a quo* sugli artt. 266 cod. proc. pen., 18 e 18-*ter* ord. penit. non erano costituzionalmente *necessitati* o, per usare espressione crisafulliana, *a rime obbligate*. Se la Corte avesse accolto la questione, estendendo la disciplina delle intercettazioni alla corrispondenza postale, avrebbe, insomma, invaso la sfera di discrezionalità del legislatore, con intervento in *malam partem* compiuto peraltro in ambito coperto da riserva di legge e riguardante istituti processuali.

Perché, allora, non ricorrere alla pronuncia di inammissibilità? Questa strada poteva dirsi in certo senso segnata da una serie di precedenti giurisprudenziali, confermati di recente dall'ord. n. 193 del 2016 e fondati sulla considerazione per cui «un intervento additivo «creativo», peraltro manipolativo di sistema, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata» «eccede i poteri di intervento di questa Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore (*ex plurimis*, ordinanze n. 255 e n. 252 del 2012, n. 243 e n. 182 del 2009)» (ord. n. 269 del 2015).

È da presumere, pertanto, che la scelta di entrare nel merito sia stata meditata, espressione di una precisa volontà di *non tirarsi indietro* a fronte di questioni particolarmente delicate. È un indirizzo che condivido – e che mi pare stia trovando conferma anche nella diversa sede dello scrutinio circa l'adeguatezza del tentativo di interpretazione conforme da parte del giudice *a quo* (sentt. nn. 221 e 262 del 2015, 45, 95 e 204 del 2016, 42 e 53 del 2017) – in quanto senz'altro rispondente all'esigenza di *rendere giustizia costituzionale* che dovrebbe animare l'operato del giudice delle leggi. Un'esigenza che si soddisfa anche interpretando le disposizioni censurate in senso conforme a Costituzione o rigettando le questioni proposte con argomentazioni che lascino presagire, come nella specie, quali siano i margini di intervento del legislatore nell'opera di svolgimento e di attuazione dei singoli precetti costituzionali.

D'altra parte il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore – sancito anche dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che esclude da parte della Corte «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (formulazione variamente definita «infelice», «superflua ed impre-

cisa», «tutt'altro che perspicua», da Guarino, Pierandrei, Giannini e Crisafulli) – non implica, necessariamente, che ove essa venga in gioco non si possa addivenire ad una pronuncia nel merito. Semmai ciò costituisce ostacolo all'adozione di una sentenza di mero accoglimento, così come, per proseguire il parallelo prima abbozzato, la presenza di una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione preclude la dichiarazione di incostituzionalità (che è sempre l'esito del «fallimento dell'interpretazione»: G. Zagrebelsky (2008), *La legge e la sua giustizia*, Bologna, p. 257). Finalmente, la questione dei limiti al sindacato della Corte costituzionale, qui brevemente indagata con riferimento ad una specifica questione in tema di regolazione dei mezzi di ricerca della prova, sembra così potersi gradualmente liberare dalla *gabbia* dell'inammissibilità (succintamente motivata) per svilupparsi in percorsi argomentativi che spieghino le ragioni dei confini del suo intervento, senza rinunciare a indicare quali siano gli spazi che il legislatore potrebbe occupare (o sarebbe opportuno che occupasse), nonché, ove il dettato normativo lo consenta, quali siano i margini di possibile azione *conforme a Costituzione* per il giudice e per l'amministrazione.

MARCO RUOTOLO è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Roma Tre.

## **A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017): l'interpretazione conforme è un adempimento solo formale?**

di Vincenzo Coccozza

La sentenza 21 febbraio 2017, n. 42 della Corte Costituzionale definisce una questione interessante dal punto di vista processuale, in tema di interpretazione conforme; nondimeno la decisione fissa un principio di notevole rilevanza in merito all'uso della lingua italiana nelle Università e alla sua funzione di fattore identitario nazionale.

La vicenda è così sintetizzabile. Il Senato accademico del Politecnico di Milano, con delibera del 21 maggio 2012, ha deciso l'attivazione dei corsi di laurea magistrale e di dottorato di ricerca esclusivamente in lingua inglese, sia pur affiancata da un piano per la formazione dei docenti e per il sostegno agli studenti. È da evidenziare che si tratta dei corsi di laurea magistrale e dottorati di ricerca, cioè la parte specialistica della preparazione universitaria, da attivare esclusivamente in inglese. Ciò è stato deciso in applicazione dell'art. 2, comma 2, lettera, l) della legge 240/2010 che stabilisce: «...le università statali modificano, altresì, i propri statuti in tema di articolazione interna, con l'osservanza dei seguenti vincoli e criteri direttivi: ... l) rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera». Alcuni docenti dell'Ateneo milanese hanno impugnato tale deliberazione di-

nanzi al TAR Lombardia-Milano che ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento (sentenza 23 maggio 2013, n. 1348). L'annullamento è stato disposto perché, ad avviso del TAR, si determina un evidente contrasto con la regola che stabilisce l'uso della lingua italiana nelle Università italiane. Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e il Politecnico di Milano hanno proposto appello avverso tale sentenza. Il Consiglio di Stato-Sez. VI, con ordinanza 22 gennaio 2015, n. 242, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di tale art. 2, comma 2, lett. l) della legge 240/2010 per violazione degli artt. 3, 6 e 33 della Costituzione. L'ordinanza appare molto scarna con riferimento alla (invece) articolata sentenza del TAR Lombardia e, con un'argomentazione decisamente semplificata, solleva la questione di legittimità costituzionale.

Il Giudice delle leggi, con una sentenza interpretativa di rigetto, fissa il principio di notevole rilevanza secondo cui la lingua italiana deve essere necessariamente centrale nelle scuole e nelle università. Peraltro, ai fini della internazionalizzazione degli Atenei, possono essere attivati corsi di studio e forme di selezione svolti in lingua straniera. Ma è necessario che vi si faccia ricorso secondo ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza in modo che la formazione degli studenti avvenga nel rispetto del primato della lingua italiana. Decisione di struttura interessante perché, accanto alla fissazione della regola – il primato della lingua italiana – si realizza anche la predeterminazione dei parametri attraverso i quali il rispetto della regola deve essere ottenuto, indicando gli spazi per le possibili eccezioni e, quindi, per le corrispondenti valutazioni. Ma non è questo il punto su cui si intende svolgere la riflessione, volta, piuttosto, a verificare il rapporto tra interpretazione conforme del giudice *a quo* e sentenza del giudice costituzionale. Al riguardo occorre dar conto di quanto è stato alla base delle due decisioni del giudice amministrativo. Il TAR Lombardia, come detto, ha elaborato una sentenza di una certa consistenza argomentativa. A fronte di una disposizione formulativa quale è quella contenuta nell'art. 2 L. 240/2010 e alla correlata necessità, o meno, di sollevare questione di legittimità costituzionale, ha concluso di poter evitare quest'ultima in quanto vi sono le possibilità di interpretazione conforme.

A tal riguardo il percorso motivazionale si sviluppa su più punti. Innanzitutto si trae argomento dall'art. 6 Cost. che prevede la tutela delle minoranze linguistiche rinviando per tal fine a specifiche norme. Di qui la deduzione che se vi sono minoranze linguistiche, vi è una lingua, quella italiana, che caratterizza la struttura dello stato italiano. Si osserva, poi, che l'art. 99 del Testo unico di cui al d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 – recante l'approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino Alto Adige – prevede che «nella regione la lingua tedesca è parificata a quella italiana che è la lingua ufficiale dello Stato». E che la legge 15 dicembre 1999, n. 482, diretta a introdurre «norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche», esordisce all'art. 1 stabilendo che «la lingua ufficiale della Repubblica è l'italiano», per poi precisare al comma successivo che «la Repubblica ... valorizza il patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana» e aggiungere che la Repubblica «promuove altresì la valorizzazione delle lingue e delle culture tutelate dalla presente legge». Viene ricordato, sul punto, l'insegnamento della Corte Costituzionale che ha chiarito la portata dell'ufficialità della lingua italiana,



precisando che la consacrazione, nell'art. 1, comma 1, della legge n. 482 del 1999, della lingua italiana quale «lingua ufficiale della Repubblica» non ha evidentemente solo una funzione formale, ma funge da criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, «evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica; e ciò anche al di là delle pur numerose disposizioni specifiche che affermano espressamente nei singoli settori il primato della lingua italiana» (cfr. Corte Cost. 22 maggio 2009, n. 159). Né si omette di valutare l'ulteriore contenuto della legge n. 482/99 per le scuole materne, elementari e medie inferiori. Insomma una serie di elementi di livello costituzionale e legislativo insieme a conclusioni del Giudice costituzionale depongono per la centralità della lingua italiana. Attraverso questa interpretazione sistematica, il TAR può correttamente valutare il rapporto fra l'art. 2, comma 2, lett. l, della L. 240/2010 che prevede, tra l'altro, «anche» corsi di studio in lingue straniere e l'art. 271 del R.D. n. 1592/1931. Quest'ultimo stabilisce che la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari. Può concludere, così, che non c'è contrasto tra le due discipline, che potrebbe condurre a ritenere verificata una abrogazione implicita, in quanto vi è una diversità di ambiti. L'art. 271 R.D. 1592/1931 fissa il principio, che è confortato da solidi argomenti di sistema, l'art. 2 contempla una integrazione del principio, come è desumibile dalla congiunzione «anche». Invero sembra corretto desumere che se è scritto «anche» nella disposizione, non vi è negazione, da un punto di vista lessicale, di una regola, ma essa, attraverso quella congiunzione, viene esplicitamente completata con possibilità aggiuntive. Insomma l'interpretazione letterale ma, soprattutto, sistematica consentono di superare un'antinomia che è soltanto apparente.

A fronte di un tale schema, l'ordinanza del Consiglio di Stato è, di contro, molto sintetica. Al di là di opinabili tecniche argomentative utilizzate quando, per escludere limitazioni e condizioni per l'applicazione dell'art. 2 L. 240/2010 si ricorda l'art. 31 del D.M. 23.12.2010, n. 50 per «chiarire il senso della disposizione legislativa in esame», mentre l'atto applicativo, e subordinato, va valutato nella sua legittimità, una volta chiarito, con le regole dell'interpretazione, il contenuto della legge, quello che colpisce è la limitata argomentazione per escludere la possibilità di interpretazione conforme. Il Consiglio di Stato non condivide, così, la tesi del TAR che non si sia realizzata l'abrogazione tacita del T.U. 1592/1933 art. 271, in quanto – così afferma – l'art. 2 legge 240/2010 ha una portata innovativa non sminuita dalla congiunzione «anche». Ebbene, nulla è detto sulla ragione della non condivisibilità di una interpretazione conforme sorretta da ragioni di carattere sistematico e l'innovatività dichiarata rimane di carattere assertivo. Il fugace riferimento alla congiunzione «anche» risulta ancorato a un elemento soltanto letterale, insufficiente a fronte di una ampia e convincente interpretazione sistematica del primo giudice da valutare in sede di appello. Quest'ultima non viene considerata ed è censurabile frapporre un ostacolo di una presunta e non dimostrata innovatività con forza abrogativa, anche perché è difficile assegnare all'«anche» il significato di «solo» o «per di più».

Ciò posto, la Corte Costituzionale, rispondendo a un'eccezione sollevata in giudizio, rileva che il «punto merita di essere considerato con attenzione», però ritiene che il rimet-



tente abbia fornito adeguata motivazione sulla ragione che impedisce l'interpretazione conforme. A me sembra che il Giudice delle leggi sia stato generoso nell'ammettere la sussistenza dell'adeguatezza. Anche perché il c.d. impedimento all'interpretazione conforme, che il Consiglio di Stato ha prospettato valutando la congiunzione «anche» non svolge un ruolo significativo, successivamente, nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima sviluppa un ragionamento che tiene in conto e valorizza proprio gli elementi di sistema in parte emersi nella sentenza del TAR. Probabilmente il contesto generale ha favorito questo approccio. Non può essere trascurato, infatti, che nel giudizio innanzi alla Corte, in maniera per certi versi peculiare, le parti costituite, pur contrapposte, hanno entrambe eccepito l'inammissibilità della questione per omesso tentativo di interpretazione conforme. E la parte privata ha, però, aggiunto, come ricorda il Giudice delle leggi, che, pur sussistendo tale carenza, è necessario un intervento del Giudice costituzionale per un chiarimento vincolante per tutti.

Il dato di sistema è che la sussistenza di *adeguata motivazione* sul tentativo di interpretazione conforme, necessaria perché non sia inammissibile la *quaestio legitimitatis*, sembra aver smarrito ancora una porzione della sua caratterizzazione. E ciò anche considerando che, nel caso di specie, il giudizio viene condotto tenendo conto di una serie di precedenti in termini. In definitiva è consentito cogliere in tale scrutinio richiesto al giudice *a quo* un progressivo carattere di adempimento solo formale.

VINCENZO COCOZZA è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

## **A proposito della lingua italiana nelle Università (sentenza n. 42 del 2017) l'opportunità dell'intervento della Corte attenua l'onere di interpretazione conforme?**

di Cristina Napoli

Con la sentenza n. 42 del 2017 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, promossa dal Consiglio di Stato, della l. 30 dicembre 2010, n. 240 (c.d. Legge Gelmini), art. 2, c. 2, lett. l), ove stabilisce che le università statali modificano i propri statuti in tema di articolazione interna osservando, tra gli altri, il criterio direttivo del rafforzamento dell'internazionalizzazione da perseguire «anche attraverso ... l'attivazione di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera», per violazione degli artt. 3, 6 e 33 Cost. (sugli atti impugnati in primo grado e sulla intera vicenda processuale, V. Cocozza, *L'interpretazione conforme è un adempimento solo formale?*, in questo fascicolo).

La questione è risolta con una sentenza interpretativa di rigetto. Muovendo, in generale, dalla propria giurisprudenza sulla lingua quale «elemento fondamentale di identità culturale e [...] mezzo primario di trasmissione dei relativi valori» (sent. n. 62 del 1992), la Consulta rileva che ove l'interpretazione della disposizione censurata andasse nel senso

di consentire l'erogazione d'interi corsi di studio universitari in via esclusiva ed a prescindere dalle specificità dei singoli insegnamenti in una lingua diversa dall'italiano si determinerebbe un illegittimo sacrificio dei principi costituzionali dell'ufficialità della lingua italiana, di uguaglianza e della libertà di insegnamento. Vero è, tuttavia, che, secondo la Corte, «è ben possibile dare una lettura costituzionalmente orientata» della disposizione oggetto del giudizio ed in questa misura l'opzione ermeneutica che evita l'insorgere del sacrificio anzidetto è quella per cui i corsi in lingua straniera possono soltanto affiancarsi a quelli già erogati in lingua italiana. Il giudice delle leggi, poi, precisa che lesione dei principi costituzionali richiamati non vi sarebbe in ipotesi di attivazione – secondo canoni di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza – esclusivamente in lingua straniera di singoli insegnamenti in ragione delle peculiarità degli stessi.

Benché l'aspetto su cui si intende porre l'attenzione in questa sede esula dal merito, attenendo piuttosto alla preliminare fase di ammissibilità della questione, pare comunque opportuno osservare quanto segue circa i profili sostanziali esaminati dalla Corte. In questo senso, la soluzione interpretativa proposta dal giudice delle leggi – la quale, peraltro, manifesta un sostanziale accoglimento delle difese processuali spiegate dalle parti private appellate – si ritiene risolva in modo ragionevole l'antinomia sorta tra l'applicazione che della legge ha fatto il Politecnico di Milano resistente in primo grado e la Costituzione. La posizione assunta dalla Corte – invero fortemente criticata da autorevole dottrina (di «*rinascita del nazionalismo*» ha parlato S. Cassese, *Primato dell'italiano?*, intervista su *Il Foglio*, 7 marzo 2017) – ha, a parere di chi scrive, il merito di aver protetto la natura *inclusente* che in un ordinamento democratico come quello italiano deve caratterizzare il sistema pubblico di formazione e istruzione, senza mai disincentivare il perseguimento dell'internazionalizzazione (cfr. Q. Camerlengo, *Istruzione universitaria, primato della lingua italiana, eguaglianza sostanziale. Intorno ad un profilo della sentenza n. 42 del 2017 della Corte costituzionale*, reperibile su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

A questo proposito, nel percorso argomentativo proposto nella pronuncia un ruolo determinante ha assunto un parametro non espressamente evocato dal giudice *a quo*. Se, infatti, nell'ordinanza di rimessione il principio di uguaglianza era declinato sotto il profilo dell'irragionevole parificazione di tutti i corsi universitari a prescindere dalle specificità degli stessi, nella sentenza il medesimo è preso in considerazione con riguardo alla parità di accesso all'istruzione universitaria che la Repubblica, ai sensi dell'art. 34, c. 3 Cost., ha il dovere di garantire, sino ai gradi più alti degli studi, ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi: tale garanzia sarebbe elusa là dove la conoscenza di una lingua diversa dall'italiano costituisse un sostanziale presupposto per l'accesso ai corsi universitari. È il destinatario finale dell'istruzione universitaria – soggetto peraltro processualmente debole non avendo avuto voce dinanzi al giudice amministrativo ed a quello costituzionale – ad essere oggetto di una tutela forte.

E proprio tale ultima considerazione genera qualche perplessità sui risvolti pratici potenzialmente derivanti dalla richiamata precisazione che la Corte ha ritenuto di inserire circa la distinzione tra *interi* corsi universitari e *singoli* insegnamenti. Ebbene, sarebbe forse stato opportuno, proprio in ragione di quella parità di accesso con cui la Corte ha

ritenuto di integrare il parametro costituzionale, tracciare anche tra i singoli insegnamenti una distinzione di fondo: quella tra insegnamenti fondamentali ed insegnamenti opzionali. In definitiva, con la sola eccezione dei corsi di laurea in lingue e letterature straniere, alla necessaria offerta formativa (intanto) in italiano degli insegnamenti fondamentali per corso di laurea, i condivisibili canoni di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza avrebbero potuto sì orientare le università nel perseguimento dell'internazionalizzazione, ma soltanto con riguardo agli insegnamenti opzionali.

Venendo ai profili processuali della decisione in commento, viene in particolare rilievo il rigetto da parte della Corte dell'eccezione d'inammissibilità sollevata al contempo sia dall'avvocatura dello Stato che dalle parti private resistenti nel giudizio *a quo*: il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme della disposizione indubbiata da parte del Consiglio di Stato.

A questo proposito, in via preliminare pare opportuno rilevare due aspetti. Il primo riguarda la circostanza per cui il giudice di prime cure con una sentenza significativamente articolata avesse annullato i provvedimenti impugnati proprio accogliendo una soluzione interpretativa idonea ad adeguare la legge alla Costituzione. Il T.a.r., infatti, muovendo dal presupposto per cui l'art. 2, c. 2, lett. l) pone un mero «criterio direttivo, che deve orientare l'autonomia universitaria al fine di rafforzare il processo di internazionalizzazione», era giunto ad escludere che il rapporto tra tale disposizione e l'art. 271 r.d. 31 agosto 1933, n. 1592 – secondo cui «[l]a lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari» – fosse «strutturabile in termini di incompatibilità, con conseguente abrogazione implicita della disposizione più remota», avendo le due norme «ambiti di operatività differenti». Ed in questa misura, l'art. 271 sancisce il primato della lingua italiana per gli insegnamenti universitari, mentre l'art. 2, c. 2, lett. l), l. n. 240 del 2010 prevede soltanto la *possibilità* di introdurre corsi in lingua straniera per incrementare la vocazione internazionale degli istituti universitari. Il secondo concerne lo spazio che il Consiglio di Stato ha dedicato nell'ordinanza di rimessione all'impossibilità di comporre il dubbio di costituzionalità riscontrato attraverso l'utilizzo dei propri poteri interpretativi. Ebbene, il Collegio rimettente si limita a rilevare che la disposizione indubbiata «*legittima* [corsi aggiunti] l'applicazione che ne è stata data dal Politecnico, giacché l'attivazione di corso in lingua inglese, nella lettera della norma, non è soggetta a limitazioni né a condizioni». Ciò, peraltro, non parrebbe trovare ostacolo nelle considerazioni espresse nella sentenza di primo grado, nella misura in cui, da un lato, le previsioni contenute nel r.d. del 1933 sarebbero con ogni evidenza incompatibili con quelle entrate in vigore nel 2010 e, dall'altro, la congiunzione «anche» in nessun modo potrebbe valere a sminuire la portata innovativa della norma sopravvenuta. Ne deriva, secondo il Consiglio di Stato che l'art. 2, c. 2, lett. l) l. n. 240 del 2010 «nella parte in cui *consente* [corsi aggiunti] l'attivazione generalizzata ed esclusiva (cioè con esclusione dell'italiano) di corsi in lingua straniera» non appare manifestamente congruente con gli artt. 3, 6 e 33 Cost. In definitiva, la circostanza per cui la legge *legittimi* o *consenta* una certa interpretazione della legge è requisito necessario e sufficiente (assieme alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza) per sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il rigetto dell'eccezione d'inammissibilità è motivato dalla Corte attraverso il ricorso a due argomentazioni. La prima, benché non isolata nel percorso motivazionale, attiene alla circostanza per cui l'eccezione, pur formalmente sollevata sia dall'avvocatura dello Stato che dalle parti private appellate, sia in certo senso «rinunciata» da queste ultime in ragione dell'esigenza indifferibile che il giudice costituzionale dia esso stesso alla disposizione di legge un'interpretazione non in contrasto con la Costituzione. E tale esigenza pare in tutto condivisa dalla Corte posto che questa osserva che «[t]uttavia, sono proprio i resistenti docenti universitari a precisare nella memoria difensiva la necessità di un intervento nel merito della Corte costituzionale» «al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». La seconda è da ricondurre alla riconosciuta adeguatezza della motivazione resa dal giudice rimettente in ordine alla non implausibilità dell'applicazione della disposizione legislativa fatta dal Politecnico di Milano resistente in primo grado: «[s]arebbe, dunque, il modo stesso in cui l'enunciato è fraseggiato – in ragione, in particolare, della presenza della congiunzione “anche” – a consentire la predetta applicazione e a impedire una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione».

Con riguardo a tale specifico profilo pare possibile avanzare qualche perplessità rispetto alla posizione assunta dalla Consulta. Partendo dalla seconda argomentazione esposta nel paragrafo che precede, è il caso di rilevare che il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione si soffermi sì a rendere un'adeguata motivazione, ma del fatto che la disposizione indubbiata *legittimi/consenta* l'applicazione fattane dal Politecnico di Milano. In nessun passaggio dell'ordinanza di rinvio il giudice *a quo* esplicita l'impossibilità di interpretare la disposizione conformemente alla Costituzione, limitandosi piuttosto – e del resto non poteva essere altrimenti – ad esporre le ragioni per cui ritiene di non accogliere l'interpretazione proposta dal T.a.r. Lombardia. In altri termini, il giudice rimettente in certo senso «anticipa» un giudizio di legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati in primo grado in quanto conformi alla legge cui danno esecuzione e manifesta le ragioni ritenute ostative all'accoglimento dell'interpretazione che in primo grado ha condotto all'annullamento degli atti dell'ateneo milanese. E del resto è la Corte stessa ad affermare che «il giudice a quo ha ritenuto, con adeguata motivazione, che la formulazione legislativa rendesse *non implausibile* [corsivi aggiunti] l'applicazione datane dal Politecnico di Milano». Per di più, la Corte pare quasi fornire un *surplus* motivazionale all'ordinanza di rinvio sottolineando come la presenza nell'enunciato indubbiato della congiunzione «anche» – non si capisce francamente in quale modo – avrebbe impedito al giudice rimettente di pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione.

Tale posizione assunta dalla Corte genera un certo senso di smarrimento circa i contenuti ed i confini dell'obbligo del giudice di dare «*necessaria dimostrazione di aver ricercato e privilegiato le possibili ipotesi interpretative che consentano di adeguare la disposizione di legge alla Costituzione*» (E. Malfatti, S. Panizza e R. Romboli (2013), *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, p. 107), tanto più che della disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità «è *ben* [corsivi aggiunti] possibile dare una lettura costituzionalmente orientata». E tuttavia, forse, la chiave di lettura sta proprio nella prima

argomentazione a sostegno del rigetto dell'eccezione di inammissibilità: la necessità di un intervento interpretativo, per quanto «depotenziato» dell'efficacia del tipo di pronuncia resa, su quale sia la lingua ufficiale (anche) delle università italiane.

CRISTINA NAPOLI è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

## **Le sanzioni amministrative «incostituzionali» fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017) coesistenza, e non assimilazione**

di Nicola Canzian

Con la sentenza n. 43/2017 la Corte costituzionale ha chiarito che, per le sanzioni amministrative, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sanzionatrice trovano un limite nel giudicato, ancorché tali sanzioni possano essere qualificate come «penali» secondo i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU. La pronuncia si segnala per alcune interessanti considerazioni sul rapporto fra ordinamento nazionale e CEDU e, al contempo, per aver ribadito una regola – l'esaurimento del rapporto come limite agli effetti dell'incostituzionalità – che negli ultimi anni è stata profondamente ridefinita in relazione alle sanzioni penali. Delle sanzioni amministrative erano state irrogate a un istituto ospedaliero per violazioni in materia di orario di lavoro ai sensi dell'art. 18 *bis* d.lgs. n. 66/2003. Soltanto successivamente alla formazione del giudicato tale disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sent. n. 153/2014, determinando così la reviviscenza delle più miti norme sanzionatorie previgenti; le sanzioni già definitivamente irrogate, dunque, risultano esorbitanti nel *quantum*, non nell'*an*.

I destinatari delle sanzioni hanno proposto opposizione alle cartelle di pagamento emesse in forza delle sanzioni divenute definitive, lamentando la sopravvenuta incostituzionalità della disposizione in base alla quale esse sono state irrogate. Il giudice *a quo* ha correttamente ritenuto che la norma illegittima fosse stata ormai definitivamente applicata, così escludendo l'applicabilità dell'art. 30, comma 3 l. n. 87/1953 in base al quale le norme costituzionali non possono più avere applicazione nei giudizi pendenti. La situazione appariva sostanzialmente analoga a quella delle pene «illegittime» per sopravvenuta illegittimità di norma diversa da quella incriminatrice: casi in cui, a seguito di una pronuncia di incostituzionalità, una condotta già definitivamente giudicata resta penalmente rilevante, ma deve essere punita in modo più mite, e per i quali si è affermato in anni recenti un orientamento giurisprudenziale secondo cui l'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953 impone la rideterminazione della pena in fase esecutiva (cfr. G. Centamore (2014), *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in questa Rivista, 2, pp. 399 ss.). In ragione dello scopo repressivo e preventivo e dell'entità delle sanzioni, il giudice *a quo* ha ritenuto la loro natura sostanzialmente penale, in base ai c.d. criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza

di Strasburgo. Di conseguenza, ha sollevato una questione di legittimità chiedendo una pronuncia di tipo additivo che dichiarasse l'incostituzionalità dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953 nella parte in cui non prevede che l'eccezione al limite del giudicato comprenda anche le sentenze irrevocabili che abbiano inflitto sanzioni qualificabili come «penali» secondo la giurisprudenza CEDU.

Risolviendo la questione, la Corte costituzionale esamina la giurisprudenza CEDU e non rinviene in essa alcuna pronuncia in cui l'art. 7 della Convenzione sia stato interpretato nel senso di imporre che l'esecuzione delle pene e delle sanzioni ad esse equiparabili sia assistita dal permanere della loro «base legale». Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, la garanzia di cui all'art. 7 riguarda il divieto di retroattività della norma incriminatrice e della previsione di sanzioni più severe; a partire dalla nota pronuncia Scoppola, da tale norma si ricava anche la garanzia dell'applicazione della norma successiva più favorevole, senza che però sia revocato in dubbio il limite del giudicato.

In verità, la Corte di Strasburgo non ha ancora avuto modo di prendere posizione sulla circostanza del venir meno, successivamente alla formazione del giudicato, della validità della norma sanzionatrice. Diversamente, l'orientamento che si è affermato recentemente in Italia secondo cui la conformità della pena a una legge valida deve essere sempre garantita durante l'esecuzione della stessa, pur rimodulando sanzioni che erano (anche convenzionalmente) illegittime, è il frutto di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 30, comma 4 l. n. 87/1953. La necessità di rideterminare le pene «illegittime» non sembra dunque far ancora parte delle tutele convenzionali, ma solo di quelle offerte dall'ordinamento italiano: ad oggi, un'estensione di tale garanzia alle sanzioni amministrative riconosciute come penali dalla CEDU presupporrebbe, pertanto, una stretta integrazione fra i due sistemi. La questione giunta al vaglio della Corte costituzionale consente così di rispondere finalmente a un interrogativo, cioè se il riconoscimento della natura penale di una sanzione da parte della CEDU determini un'automatica estensione di tutte le ulteriori garanzie costituzionali in materia penale (cfr. F. Goisis (2015<sup>2</sup>), *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, p. 25). La risposta della sentenza n. 43/2017 è negativa.

La Corte costituzionale ritiene che la qualificazione di una sanzione come «penale» secondo i criteri di Strasburgo comporti che siano riconosciute alla stessa «tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione», non anche quelle «ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale». Si tratta forse del dato più interessante della pronuncia in commento, che sembra proseguire l'opera di sostanziale ridimensionamento delle potenzialità espresse dalle c.d. sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 (cfr. per tutti E. Lamarque, (2015) *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, pp. 11 ss.): nella giurisprudenza costituzionale appare oggi meno avvertita l'esigenza di garantire «la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione» (sent. n. 349/2007) e la pronuncia in commento si inserisce in questa tendenza. Nelle parole della Corte, i sistemi di garanzie convenzionale e costituzionale si situano in un «contesto di coesistenza, e non di assimilazione». Pare così posto un freno alle istanze – pur anche recentemente manifestate



dalla stessa Corte – di «integrazione delle tutele» (sent. n. 264/2012), che trovano dunque un limite preciso: i due sistemi non si «confondono», né si riducono a unità, ma restano distinti. Ciò comporta che la diversa qualificazione di una sanzione secondo il sistema CEDU resti circoscritta alle tutele che quello stesso sistema può offrire.

La Corte costituzionale ha esaminato la questione anche con riferimento agli artt. 3 e 25 Cost., cioè a parametri esclusivamente interni, per giungere alla conclusione che la rideterminazione delle sanzioni amministrative «incostituzionali» nel senso sopra precisato non è imposta dalla Costituzione, ma nemmeno è vietata: si tratta di una scelta lasciata alla discrezionalità del legislatore. In precedenti pronunce la Corte aveva esteso la tutela dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative (v. da ultimo sent. n. 276/2016), limitatamente però – si precisa ora, con la sentenza n. 43/2017 – al «contenuto essenziale» del precetto, cioè del divieto di prevedere sanzioni retroattive. Tuttavia tali conclusioni della Corte non appaiono del tutto convincenti perché l'esigenza di costante legalità della pena o comunque di ogni altra afflizione personale e patrimoniale, per quanto non esplicitata nel testo della disposizione, fa parte delle garanzie che contraddistinguono uno Stato di diritto. L'art. 25 Cost., così come anche l'art. 23 Cost. – non indicato dal giudice *a quo* come parametro e dunque non considerato dalla Corte – pongono a base di ogni imposizione statale una «legge»; se questa è illegittima e dunque in nessun caso applicabile, appare costituzionalmente irragionevole ritenere invece comunque applicabile la sanzione già inflitta, anche se disposta nell'ambito di un rapporto giuridico ormai esaurito, qualora sia ancora materialmente possibile porre un rimedio.

L'orientamento della sent. n. 43/2017 della Corte costituzionale, pur segnando una chiusura, può essere letto anche in controluce. Ci si può chiedere, infatti, quali sarebbero le conseguenze nell'ordinamento italiano qualora dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergesse un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 della Convenzione secondo cui la base legale di una sanzione deve permanere validamente fintantoché essa non è eseguita. Se ciò avvenisse, l'ordinamento italiano dovrebbe fornire per le sanzioni amministrative qualificabili come penali secondo i criteri *Engel* un procedimento che ne assicuri la rideterminazione in caso di illegittimità «sopravvenuta». La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che non sussiste un obbligo costituzionale di rideterminazione delle sanzioni amministrative che si rivelano «incostituzionali» successivamente alla formazione del giudicato; tuttavia, la stessa Corte ha anche precisato che non ci sarebbe alcun ostacolo costituzionale a prevedere un assetto di questo tipo. L'eventuale ostacolo potrebbe porsi a livello legislativo. Nel sistema processuale, infatti, manca un giudice deputato a rideterminare la sanzione amministrativa: il giudice dell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. non ha i poteri che sono riconosciuti al giudice dell'esecuzione previsto dal codice di procedura penale quale «garante della legalità della pena». Il problema – è evidente – si potrà porre se e quando la Corte EDU assicurerà alle sanzioni amministrative la tutela successiva al giudicato che oggi assiste soltanto le sanzioni penali.

NICOLA CANZIAN è dottorando di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.



## Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)

di Benedetta Liberali

Con la sentenza n. 236 del 2016 la Corte costituzionale affronta e risolve in modo innovativo le problematiche sottese alla delimitazione dei propri poteri di intervento rispetto alle valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale che spettano al legislatore. In particolare, il Giudice delle Leggi dichiara l'incostituzionalità dell'art. 567, secondo comma, c.p., nella parte in cui puniva il reato di alterazione di stato civile di un neonato nella formazione del suo atto di nascita, attraverso false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, con la reclusione da cinque a quindici anni, anziché da tre a dieci anni (si vedano le prime significative osservazioni alla decisione di F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [www.penale-contemporaneo.it](http://www.penale-contemporaneo.it). Si veda, per un necessario inquadramento generale, M. D'Amico (2016), *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Aic*, 4). La decisione, da questo primo punto di vista, si segnala per il percorso argomentativo che ne sostiene le motivazioni, operando un rigoroso scrutinio di costituzionalità sulla ragionevolezza intrinseca della norma censurata in relazione al principio di proporzionalità fra il disvalore della condotta e la cornice edittale (art. 3 Cost.) e alla finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.). In secondo luogo, la motivazione della pronuncia consente di soffermarsi su alcuni passaggi nella prospettiva di valorizzare il ruolo del giudice nella concreta commisurazione della pena, tenendo conto anche della posizione dei minori coinvolti.

Quanto al primo profilo, la Corte fissa precisamente i limiti del proprio sindacato, chiarendo che – rispetto al precedente costituito dall'ordinanza n. 106 del 2007 con cui era stata dichiarata la manifesta infondatezza di una analoga questione sollevata con riguardo all'art. 3 Cost. – il giudizio è incentrato esclusivamente sulla ragionevolezza intrinseca della previsione sanzionatoria (rispetto sia al principio di proporzionalità sia a quello della finalità rieducativa della pena), che non richiede una valutazione comparata dei trattamenti sanzionatori previsti per altre e diverse fattispecie penali (quali quelle previste, per esempio, agli artt. 566, secondo comma, e 568 c.p.). In particolare, il giudizio si svolge «entro il perimetro conchiuso» rappresentato dall'art. 567 c.p., che «non conduce a sovrapporre, dall'esterno, una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica 'per linee interne' la coerenza e la proporzionalità» delle sanzioni previste ai commi primo e secondo della medesima disposizione. Il primo comma dell'art. 567 c.p., infatti, pur non prevedendo una fattispecie di reato identica a quella successiva (punendo l'alterazione di stato civile mediante sostituzione di un neonato con la reclusione da tre a dieci anni) non può considerarsi del tutto disomogeneo, poiché entrambe le previsioni mirano a tutelare il medesimo bene giuridico (ossia l'interesse del minore al riconoscimento di un rapporto familiare corrispondente all'effettiva ascendenza). Proprio considerando questo profilo si può cogliere precisamente la sproporzione nella determinazione della cornice edittale di cui al secondo comma dell'art. 567 c.p., tenendo

conto che anche con l'applicazione del minimo edittale (pari a cinque anni) il giudice non è in grado, in ogni caso, di adattare sempre al caso concreto e, dunque, al disvalore della condotta la determinazione della sanzione, con ciò frustrando anche la finalità rieducativa della pena.

In questo contesto il riferimento alla cornice edittale di cui al primo comma dell'art. 567 c.p. consegna alla Corte un preciso ed essenziale punto di riferimento nel sistema legislativo che consente «l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata», senza che si determini un'inopportuna e illegittima sovrapposizione rispetto alle valutazioni discrezionali che restano in materia penale riservate al legislatore. Più precisamente, lo scrutinio di ragionevolezza operato tenendo conto dell'art. 567 c.p. nel suo complesso conduce a individuare «l'unica soluzione praticabile [che] consiste nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie», estendendo la cornice edittale di cui al primo comma al secondo comma. La Corte costituzionale, dunque, declinando in modo particolarmente significativo i principi della ormai consolidata giurisprudenza in materia di rapporti fra giudizio costituzionale e sfera di discrezionalità del legislatore, decide di non sottrarsi al proprio compito con una decisione di mero monito al legislatore e di intervenire direttamente sull'art. 567, secondo comma, c.p., individuando nella medesima disposizione complessivamente considerata la chiave rigorosa per ricondurla a ragionevolezza e contribuendo a delineare in modo ancora più incisivo il «volto costituzionale» del sistema penale» (espressamente individuato nella sentenza n. 50 del 1980).

Un secondo profilo della decisione merita di essere valorizzato, poiché con essa si riconsegna al giudice la possibilità di determinare la sanzione penale sulla base dell'effettivo disvalore della condotta e della finalità rieducativa della pena, anche tenendo conto della necessità di garantire il preminente interesse del minore, coinvolto nel reato di cui all'art. 567, secondo comma, c.p. La sentenza n. 236, in questa prospettiva, consente al giudice di tenere conto della specifica posizione dell'autore del reato, in stretta connessione con quella del minore. Ciò permette di valorizzare in positivo le circostanze del caso concreto che mostrino «una propensione di protezione nei confronti del nato» (laddove per esempio la condotta sia stata posta in essere dal genitore per proteggerlo, sebbene con modalità che restano in ogni caso contrarie alla legge), facendo applicazione del nuovo minimo edittale pari a tre anni. In modo significativo, infatti, la Corte, nella motivazione, richiama il proprio precedente (sentenza n. 31 del 2012, su cui si veda M. Mantovani (2012), *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 377 ss.), con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabiliva che in caso di condanna del genitore per il reato di alterazione di stato (di cui all'art. 567, secondo comma, c.p.) conseguisse automaticamente quale pena accessoria la perdita della potestà genitoriale (*rectius* responsabilità genitoriale), impedendo al giudice ogni valutazione del concreto e preminente interesse del minore (laddove in particolare le circostanze del caso mostrassero un intento protettivo nei suoi confronti da parte del soggetto agente). La Corte in quella occasione (così come anche nella successiva sentenza

n. 7 del 2013 in relazione al reato di soppressione dello stato civile di cui all'art. 566, secondo comma, c.p.), in particolare, ha stabilito che l'art. 567, secondo comma, c.p., «diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale».

Pur nella consapevolezza della profonda differenza che caratterizza la questione decisa con la sentenza n. 31 del 2012 (ossia il rigido automatismo nell'applicazione di una pena accessoria) e quella decisa dalla sentenza n. 236 (ossia la sproporzione irragionevole di una cornice edittale) sembra che quel medesimo interesse del minore che aveva guidato la Corte costituzionale nel 2012 (e nel 2013) venga in rilievo anche in questo caso, contribuendo ad attenuare il rigore sanzionatorio di cui al secondo comma dell'art. 567 c.p. e consentendo al giudice di fare riferimento al minimo edittale di tre anni e non più di cinque anni. Tale intervento permette di applicare una serie di benefici e, soprattutto, di limitare le conseguenze negative derivanti dalla condanna sul legame con il nato nel caso in cui l'autore dell'alterazione dello stato civile sia un genitore. La Corte costituzionale, peraltro, non dimentica di sottolineare che, in ogni caso, il giudice resta pur sempre libero di valutare negativamente «circostanze o pratiche meritevoli di una più severa risposta sanzionatoria», in questo caso facendo riferimento al nuovo massimo edittale pari a dieci anni. Tale massimo edittale, poiché certamente non costituisce un limite di poco rilievo, è quindi idoneo a garantire una valutazione concreta di tutte le circostanze anche negative del reato ai fini della commisurazione della pena (si pensi per esempio alle complesse problematiche sottese all'alterazione dello stato civile dei minori posta in essere a seguito della stipulazione dei contratti di maternità surrogata, che conducono a procedimenti penali aventi a oggetto anche il reato, fra gli altri, di cui all'art. 567, secondo comma, c.p.).

Se dunque la sentenza n. 236 risulta particolarmente significativa per le peculiarità che hanno caratterizzato in questa occasione lo scrutinio di costituzionalità condotto entro i limiti rigorosi di cui si è detto dal punto di vista della delimitazione dei poteri di intervento rispetto alla sfera di discrezionalità del legislatore e dal punto di vista della valorizzazione delle circostanze del caso concreto connesse al minore (sia negative sia positive), occorre sottolineare da ultimo l'importanza non certo secondaria dell'invito espressamente rivolto al legislatore. La Corte costituzionale, infatti, tiene in ogni caso a sottolineare la natura transitoria del proprio intervento in materia penale e a chiarire che il legislatore resta pur sempre libero di intervenire con una riforma complessiva della materia. In particolare, la Corte auspica che il legislatore «riconsideri funditus, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame».

Tale specifico chiarimento sembra confermare la natura dello stesso intervento della Corte costituzionale, che non ha individuato una propria e discrezionale valutazione di merito sulla quantificazione della cornice edittale sostituendola a quella del legislatore, ma si è limitata, come si è detto, a individuare all'interno del medesimo art. 567 c.p. «le linee interne» per riportare a ragionevolezza la previsione di cui al secondo comma. Un futuro e complessivo intervento legislativo, dunque, è sempre possibile e può certamente «introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati», senza che si possa rite-

nere l'intervento della Corte costituzionale lesivo della sfera di discrezionalità del legislatore in materia penale o l'eventuale diversa modulazione legislativa delle cornici edittali in contraddizione con la stessa sentenza n. 236. Quest'ultima, però, fornisce importanti punti di riferimento cui ancorare il futuro complessivo intervento riformatore, che non potrà non tenere conto dell'esigenza di assicurare, questa volta, quelle medesime «linee interne» di coerenza e di proporzionalità delle sanzioni, che sole possono garantire effettivamente il «volto costituzionale» del sistema penale.

BENEDETTA LIBERALI è dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

### **In memoriam dell'art. 72, comma 1, Cost. (ordinanza n. 149/2016)**

di Salvatore Curreri

Parafrasando il titolo della celebre nota di Paolo Barile alla sentenza n. 9/1959 della Corte costituzionale, anche l'ordinanza n. 149/2016 potrebbe definirsi – per opposti motivi – una storica (e insoddisfacente) pronuncia, perché sembra segnare la definitiva restaurazione dell'antico feticcio dell'insindacabilità degli *interna corporis acta* parlamentari. Con essa, infatti, la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto tra poteri insorto a seguito di alcune decisioni procedurali, assunte al Senato durante l'esame del disegno di legge sulle unioni civili (c.d. *Cirinnà-bis*), poi approvato (l. n. 56/2016), non perché promosso da alcuni senatori *uti singuli* (requisito soggettivo, su cui v. questa *Rivista*, n. 2/2016, 369 ss.) ma, ancor prima, perché ritenuto esclusivamente inerente a pretese violazioni di disposizioni e prassi parlamentari e perciò privo di tono costituzionale (requisito oggettivo).

La Corte, infatti, ha escluso la menomazione delle attribuzioni costituzionali invocate dai ricorrenti (artt. 1.2, 67, 71 e 72 Cost.) a fondamento dell'esercizio delle loro prerogative parlamentari nel procedimento legislativo, dandone però un'interpretazione così riduttiva rispetto all'autonomia regolamentare di ciascuna camera (artt. 64.1 e 72.1 Cost.) da aver posto il sugello ad una giurisprudenza che, sentenza dopo sentenza, pare aver di fatto ormai rinunciato a svolgere il principio, sancito per l'appunto nel 1959, della piena sindacabilità delle violazioni delle disposizioni costituzionali sul procedimento legislativo da parte delle norme parlamentari, anche a costo di privare l'art. 72.1 Cost. di qualunque pur minimo significato immediatamente precettivo.

Nel caso in specie, infatti, i ricorrenti lamentavano il mancato effettivo esame istruttorio del *Cirinnà-bis*, calendarizzato in Aula senza relatore e relazione, non perché, come in passato, la Commissione non ne avesse concluso l'esame entro i termini assegnati, ma – per la prima volta – nonostante non l'avesse nemmeno iniziato (per maggiori dettagli rinvio ad un mio articolo di prossima pubblicazione su *Studium iuris*). In tal modo, per i ricorrenti, non solo era stato violato il dettato regolamentare ma, ancor prima, si erano gravemente menomate le funzioni e le prerogative riconosciute dalla Costituzione

ad ogni parlamentare quale rappresentante della Nazione (art. 67 Cost.), ed in particolare il diritto d’iniziativa legislativa, che si esercita tramite la presentazione di proposte di legge e di emendamenti (art. 71 Cost.) e la partecipazione al loro esame in commissione (artt. 72.1 e 72.4 Cost.), giacché – punto centrale del conflitto – l’iter seguito non aveva consentito l’obbligatorio preliminare *reale esame in Commissione* del *Cirinnà bis*. Tramite il conflitto di attribuzioni sollevato, quindi, essi eccepivano non l’astratta incostituzionalità delle disposizioni regolamentari sul procedimento legislativo ma la violazione delle loro relative prerogative costituzionali a causa della concreta applicazione di esse, elusiva della lettera e della *ratio* dell’art. 72.1 Cost.

A questioni così ampie e importanti la Corte costituzionale dà una risposta elusiva e, perciò, deludente. In scia a quanto sancito nella sentenza n. 9/1959, essa riafferma che «a ciascuna Camera è riconosciuta e riservata la potestà di disciplinare, tramite il proprio Regolamento, il procedimento legislativo “in tutto ciò che non sia *direttamente* ed *espressamente* già disciplinato dalla Costituzione” (sentenza n. 78 del 1984)» (XI *cons. dir.*; d’ora in poi corsivi miei). È solo «*entro questi limiti* [che] le vicende e i rapporti attinenti alla disciplina del procedimento legislativo “ineriscono alle funzioni primarie delle Camere” (sentenza n. 120 del 2014) e sono, per ciò stesso, coperte dall’autonomia che a queste compete e che si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare» (XII *cons. dir.*). La Corte, quindi, ribadisce la propria competenza a «controllare se il processo formativo di una legge si [sia] compiuto in conformità alle norme con le quali la Costituzione direttamente regola tale procedimento» (sentenza 9/1959, V *cons. dir.*), giacché è solo al di fuori di tale ambito che ciascuna Camera può esercitare la propria potestà regolamentare.

Sulla base di tali premesse, la Corte, anziché – come ci si sarebbe atteso – procedere all’interpretazione dell’art. 72 Cost. per verificare se la fattispecie sottoposta al suo esame avesse comportato la violazione del suo contenuto minimo *diretto ed espresso*, volutamente la derubrica a mera controversia regolamentare, priva di qualsiasi rilievo costituzionale. Per i giudici, infatti, «la menomazione lamentata dai ricorrenti inerisce *tutta* alle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari come disciplinati da norme e prassi regolamentari, che scandiscono e regolano i momenti del procedimento di formazione delle leggi, quali sono sia l’abbinamento dei disegni di legge attinenti a materie identiche o strettamente connesse, sia la calendarizzazione dei lavori in Assemblea, con conseguente discussione, esame, modifica e votazione dei disegni di legge in tale sede» (X *cons. dir.*).

Sostenendo la natura esclusivamente regolamentare, e non costituzionale, del conflitto, la Corte ha dato per dimostrato ciò che invece avrebbe dovuto dimostrare, e cioè che dall’obbligo preliminare di esame in Commissione, sancito dall’art. 72.1 Cost. per ogni disegno di legge, non possa trarsi alcun contenuto precettivo, in grado come tale d’imporsi sulle contrarie norme e prassi parlamentari, e che quindi, nel caso in specie, la loro applicazione non abbia comportato la menomazione delle attribuzioni costituzionali lamentate dai senatori ricorrenti. La Corte, quindi, ha dichiarato inammissibile il conflitto rinunciando a qualsiasi sforzo interpretativo per individuare il contenuto del procedimento legislativo direttamente ed espressamente disciplinato dall’art. 72.1 Cost.

e, di conseguenza, il connesso diritto al suo rispetto, pertinente allo *status* del singolo parlamentare in forza dell'art 67 Cost., menomato a causa del cattivo uso dell'autonomia regolamentare della camera.

Eppure, disponendo che «ogni disegno di legge, presentato ad un Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale», l'art. 72.1 Cost. fissa direttamente le quattro fasi essenziali e inderogabili in cui si deve articolare l'esame di *ogni disegno di legge*, e non genericamente ogni tema in discussione, rinviandone per il resto opportunamente l'attuazione e integrazione ai regolamenti parlamentari. Tale articolo, quindi, pare ispirato ad un ragionevole equilibrio tra la diretta previsione in Costituzione di talune garanzie essenziali affinché la legge approvata sia frutto di un corretto e adeguato procedimento ed il riconoscimento, per tutto il resto, dell'autonomia regolamentare di ciascuna camera, cui l'art. 72.1 Cost. (in tal senso specificazione sul piano legislativo della più ampia potestà regolamentare sancita dall'art. 64.1 Cost.) fa espresso rinvio (*secondo le norme del suo regolamento*). Tale autonomia regolamentare, quindi, non è assoluta ma limitata da quanto del procedimento legislativo direttamente stabilito dall'art. 72 Cost.

In tale contesto, e per quel che qui importa, l'esame preliminare in commissione referente è, per unanime dottrina, «condizione costituzionale» (A. Manzella (2003), *Il Parlamento*, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, p. 328), necessaria ed indefettibile per l'ulteriore prosecuzione dell'*iter* legislativo. Tale fase istruttoria compete sempre e solo alla Commissione, mai all'Aula. Se questa è, quindi, la lettera e, ancor prima, la *ratio* dell'obbligo costituzionale del preliminare esame in commissione di ogni disegno di legge, né i regolamenti parlamentari, né, tantomeno, le loro prassi applicative possono eluderlo «attraverso comportamenti che determinino una sostanziale eliminazione della fase procedurale istruttoria di competenza della Commissione» (P. Cacopardo (2006), *I profili procedurali dell'iter di approvazione della nuova legge elettorale*, in *Rass. parl.*, 4, p. 1006)

Accettando che l'esame in commissione possa ridursi a «un mero adempimento formale da svolgersi il più rapidamente possibile» (C. Bergonzini (2005), *I lavori in commissione referente tra regolamenti e prassi parlamentari*, in questa Rivista, 4, p. 796), fino al punto, come nel caso in specie, che esso non sia nemmeno avviato, la Corte costituzionale ha svuotato l'art. 72 Cost. di ogni contenuto immediatamente precettivo per degradarlo a mera direttiva la cui attuazione spetta esclusivamente ed insindacabilmente all'autonomia regolamentare di ciascuna camera. Ed è paradossale che una siffatta interpretazione formalistica, provenga da quell'organo costituzionale che invece deve vegliare sul suo rispetto. Se è vero, infatti, che le disposizioni costituzionali sul procedimento di formazione delle leggi acquistano senso e significato in un contesto istituzionale «caratterizzato dalla presenza di un organo al quale spetta in via esclusiva il controllo sui vizi delle leggi» (A.A. Cervati (1985), *Art. 72*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, tomo I, 1, Bologna-Roma, pp. 124 s.), ne consegue che l'interpretazione riduttiva loro attribuita dalla Corte finisce per privarle di senso e significato.

A tale sconsolata considerazione solo parziale conforto può recare il dubbio che le conclusioni della Corte siano imputabili alle argomentazioni addotte dai ricorrenti, per-



ché inerenti «esclusivamente alla lesione di norme del Regolamento del Senato e della prassi parlamentare, senza che sia *validamente dimostrata* l'idoneità di queste ultime a integrare i parametri costituzionali invocati» (XIII *cons. dir.*). È difficile, infatti, allontanare l'impressione che, dinanzi ad un ricorso contenente comunque i riferimenti essenziali per far assurgere al conflitto dignità costituzionale, sia stato piuttosto il giudice costituzionale ad essersi volutamente precluso qualunque pur minimo sforzo interpretativo teso a ricavare dalle disposizioni costituzionali invocate quel contenuto minimo essenziale sul procedimento legislativo che l'autonomia parlamentare non può violare. Del resto, quando ha voluto, la Corte non ha esitato a svolgere le premesse poste dai ricorrenti circa le attribuzioni costituzionali invocate pur di non lasciare zone d'ombra o franche al suo sindacato, proprio in ragione della natura residuale del conflitto di attribuzioni, unico strumento nel caso in specie per i ricorrenti per poter far valere la lesione delle proprie attribuzioni costituzionali.

Anche sotto il profilo soggettivo, l'ordinanza in commento pare elusiva perché l'aver ritenuto tale requisito assorbito (e non impregiudicato) dall'inammissibilità oggettiva del ricorso, lascia intatto il dubbio se esistano e quali siano «le attribuzioni individuali di potere costituzionale per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato» (ordinanza n. 177/1998, *ultimo cons. dir.*), mai escluso in astratto ma anche stavolta negato in concreto.

Inutilmente, infine, si cercherebbe nell'ordinanza un seppur timido riferimento a quel che, cattivo precedente dopo cattivo precedente, è oggi il procedimento legislativo, come più volte stigmatizzato dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione. In tale contesto, suona quasi come beffarda la considerazione finale circa la necessità che, anziché tramite il conflitto di attribuzioni, «le eventuali violazioni di mere norme regolamentari e della prassi parlamentare lamentate dai ricorrenti [trovino] all'interno delle stesse Camere gli strumenti intesi a garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti (sentenza n. 379 del 1996)» (XIV *cons. dir.*). Un appello ovviamente destinato a cadere nel vuoto, in cui si pretende che alle violazioni lamentate pongano rimedio coloro che invece ne sono gli artefici. Anzi, da questo punto di vista, la scelta di portare per la prima volta a livello costituzionale un contrasto politico-regolamentare segnala in modo allarmante come, di forzatura in forzatura, i margini di mediazione politica sembrino ormai essersi definitivamente assottigliati.

Per motivazioni addotte e profili sottoposti al suo giudizio, il conflitto di attribuzioni sollevato, anziché un *espediente da Azzecagarbugli*, come inopportuno definito dal Presidente del Senato, era un'occasione, forse irripetibile, perché la Corte intervenisse a tutela del *giusto procedimento legislativo* di fronte alle sue sempre più gravi degenerazioni. L'avervi rinunciato, rende l'ordinanza criticabile, ancor prima che per le motivazioni addotte, per l'assoluta mancata prospettiva di sistema.

SALVATORE CURRERI è professore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Kore di Enna.



## Aiuti di Stato, scopo di lucro e contributi diretti alle scuole paritarie

di Marco Croce

La sentenza n. 5259 del 2016 della VI Sezione del Consiglio di Stato, pur essendo una decisione di inammissibilità, consente di svolgere alcune riflessioni su una decisione dell'anno scorso della stessa sezione – la n. 292 del 2016, passata piuttosto inosservata – e sulla problematica dei contributi diretti alle scuole paritarie in rapporto al diritto dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato. Con la decisione più risalente il giudice amministrativo aveva annullato parzialmente il d.m. n. 46 del 30 gennaio 2013, recante criteri e parametri per l'assegnazione dei contributi pubblici alle scuole paritarie per l'anno scolastico 2012/2013: in particolare l'art. 4, commi 1 e 2, che stabiliva che i contributi venissero erogati «in via prioritaria alle scuole paritarie che svolgono il servizio scolastico senza fini di lucro e che comunque non sono legate a società aventi fini di lucro o da queste controllate» e definiva poi come *scuole paritarie senza fini di lucro quelle gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro* (con relativo elenco di associazioni, enti e società). Tale decreto era stato impugnato dall'Associazione nazionale degli istituti non statali di educazione e di istruzione (ANINSEI) che ne sosteneva l'illegittimità alla luce della normativa dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato: aver sposato un *criterio soggettivistico* per definire la categoria dei soggetti da finanziare in via prioritaria avrebbe prodotto degli effetti distorsivi della concorrenza, dal momento che non si sarebbe così tenuto conto della natura dell'attività effettivamente svolta dalla scuola paritaria in questione. Si faceva notare, infatti, che ben poteva esserci il caso di scuole gestite da enti no profit con modalità però di tipo imprenditoriale.

Il Consiglio di Stato ha accolto pienamente le doglianze della ricorrente da questo punto di vista, riformando dunque la decisione di primo grado, richiamando anche i precedenti della Cassazione in materia di esenzione dall'I.C.I. per gli stessi soggetti beneficiari dei contributi (su cui sia consentito rinviare a M. Croce (2015), *Le scuole paritarie fra servizio pubblico e attività commerciale: il caso delle esenzioni ICI*, in *Quad. cost.*, pp. 995 ss.): il diritto dell'Unione esige che il criterio di classificazione per stabilire se si sia in presenza di un fine di lucro o meno – e quindi se si possa poi godere in misura esclusiva o preferenziale di contributi senza che si incorra nel divieto di aiuti di Stato – abbia carattere oggettivo e riguardi dunque l'attività svolta in concreto e non la natura in astratto del soggetto gestore. In particolare, così come nelle sentenze della Cassazione in materia tributaria, si rimarca che per scuole paritarie senza scopo di lucro debbono intendersi solamente quelle che svolgono «il servizio scolastico senza corrispettivo, vale a dire a titolo gratuito, o dietro versamento di un corrispettivo solo simbolico per il servizio scolastico prestato, o comunque di un corrispettivo tale da coprire solamente una frazione del costo del servizio effettivo, dovendo, in questo contesto, il pagamento di rette di importo non minimo essere considerato fatto rivelatore dell'esercizio di un'attività con modalità commerciali» (punto

4.1., sent. n. 292/2016). A sostegno di questa lettura si richiama la decisione della Commissione europea del 19 dicembre del 2012, C 26-10, riguardante anch'essa le esenzioni dall'ICI, secondo la quale «nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento» e «costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato». Con specifico riferimento alla gestione delle scuole l'organo costituzionale dell'U.E. ha inoltre chiarito che la sola condizione in presenza della quale è lecito escludere il carattere commerciale delle attività è quella della gratuità o quasi gratuità del servizio offerto, senza che abbia alcuna rilevanza lo status che una legge nazionale specifica conferisca a un determinato soggetto.

La decisione su questa parte delle doglianze, dopo aver richiamato la Cassazione in tema di esenzioni I.C.I., si conclude con la netta affermazione secondo la quale in questa materia ciò che «è oramai pacifico per gli aiuti pubblici indiretti, ovvero consistenti in agevolazioni o esenzioni fiscali, non può non esserlo con riferimento agli aiuti pubblici diretti, sicché, se una scuola gestisce il servizio dietro pagamento, da parte degli alunni, di rette e contributi d'importo non minimo, non può qualificarsi come scuola senza fini di lucro» (punto 4.1.).

Il giudice amministrativo ha invece respinto un altro motivo di appello di ANINSEI che tendeva a far annullare il decreto anche nella parte in cui riservava l'80% dei contributi in via prioritaria alle scuole paritarie svolgenti attività senza fine di lucro: da questo punto di vista ci si troverebbe innanzi al merito di una scelta politica giurisdizionalmente insindacabile. Essendo poi intervenuto l'anno passato il d.m. n. 367 del 3 giugno 2016, avente a oggetto la definizione dei criteri e dei parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie, e in via prioritaria, a quelle che svolgono il servizio scolastico senza fini di lucro, per l'anno scolastico 2015-2016, ANINSEI è ricorsa per ottemperanza, in relazione alla sentenza n. 292/2016, contro questo decreto, incorrendo nell'inammissibilità del ricorso «per la diversità della res controversa e per assenza di legittimazione ad agire» (sent. n. 5259/2016, punti 7.1 e 7.2).

A prescindere dalle deficienze di carattere processuale che hanno condotto a un tale esito sono interessanti però le doglianze che, nel merito, ANINSEI ha esperito e che ci consentono di svolgere qualche considerazione conclusiva sull'attuale assetto del finanziamento delle scuole paritarie: il nuovo decreto ministeriale ha infatti da una parte riproposto il criterio soggettivistico identificando le scuole che svolgono il servizio scolastico con modalità non commerciali con quelle il cui statuto o atto costitutivo prevede il divieto di distribuire utili ai soci, e dall'altra ha cercato in qualche misura di *aggirare l'ostacolo* della necessità dell'assenza di una retta o comunque della presenza di una retta non significativa sancendo che la nozione di *retta di entità simbolica* che legittima a essere ricompresi nella categoria delle scuole paritarie senza fini di lucro abbia come riferimento il *costo medio per studente*. La nuova normativa dispone dunque che l'attività scolastica è prestata con modalità non commerciale quando il corrispettivo medio percepito dalla scuola paritaria è inferiore al costo medio per studente, annualmente pubblicato dal

MIUR: e siccome questo costo è fissato in euro 5.739 per la scuola dell'infanzia, euro 6.634 per la scuola primaria, euro 6.835 per l'istruzione secondaria di primo grado, euro 6.914 per l'istruzione secondaria di secondo grado (cfr. <http://hubmiur.pubblica.istruzione.it/>) è ben evidente come ai sensi di questo nuovo decreto ministeriale rette (di poco inferiori a tale costo medio) che definire simboliche non sembra proprio ragionevolmente possibile consentirebbero ancora una volta di far rientrare nella categoria di assenza di fine di lucro attività che invece sembrerebbero dover essere ricomprese fra le attività commerciali. Vedremo se, di fronte a impugnative immuni da vizi processuali, il Consiglio di Stato rileverà un aggiramento dei precedenti richiamati oppure se considererà questo *escamotage* ministeriale compatibile con il diritto dell'Unione.

A prescindere dall'eventuale violazione del divieto di aiuti di Stato resta sullo sfondo, assai trascurato, il *senza oneri per lo Stato* di cui all'art. 33, comma 3, della Costituzione: la giurisprudenza costituzionale e anche quella del Consiglio di Stato sulle provvidenze agli studenti e i cd. buoni scuola per chi frequenta le scuole paritarie (sia consentito rinviare a M. Croce (2016), *La problematica del «Buono scuola» tra sospetti di incostituzionalità, erogazione di un servizio pubblico e realizzazione della libertà di scelta educativa*, in *La Rivista Nel Diritto*, pp. 440 ss.) ha considerato non illegittime costituzionalmente in relazione all'art. 33, comma 3, queste misure sulla base del fatto che non si tratterebbe di finanziamenti diretti alle paritarie, bensì di misure a sostegno del diritto allo studio e della libertà di scelta degli studenti e delle loro famiglie. In questo caso siamo invece in presenza di veri e propri finanziamenti diretti che, a prescindere dalla compatibilità col diritto comunitario, appaiono dunque incostituzionali. La difesa dei sostenitori della legittimità costituzionale di questi contributi fa leva, come è noto, sullo sgravio per il bilancio pubblico che si concretizzerebbe grazie all'attività delle scuole paritarie: una difesa che, a parte la discutibilità dell'esistenza effettiva dello sgravio per le finanze pubbliche, dimentica che il comma 2 dell'art. 33 Cost. pone un dovere inderogabile per la Repubblica, quello di istituire scuole statali per ogni ordine e grado. Lo Stato non può dunque in alcun modo essere sgravato perché ha l'obbligo di istituire proprie scuole e, da questo punto di vista, la libera iniziativa dei privati – senza oneri per lo Stato – si può solo affiancare e mai sostituire a quella statale.

MARCO CROCE è assegnista di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Firenze.

## **Troppo caro il contributo sui permessi di soggiorno alla luce della normativa europea**

di Arianna Carminati

Da qualche anno la domanda per ottenere, nel nostro Paese, il rilascio e il rinnovo dei permessi di soggiorno è diventata molto onerosa, anche in considerazione del fatto

che i cittadini extracomunitari richiedenti sono in maggioranza migranti economici i quali, normalmente, dispongono di redditi piuttosto bassi. Sulle famiglie, poi, tale contributo pesa ancor di più poiché, fatti salvi i minori che ne sono esentati, si accresce in proporzione al numero dei familiari. Il costo di tali documenti si compone di diverse voci, solo parzialmente commisurate agli oneri specifici del servizio, e che vengono per lo più destinate a finanziare capitoli della spesa pubblica non direttamente connessi al disbrigo delle pratiche per il rilascio dei permessi. In particolare, all'importo base di € 73,50 – che si giustifica, parzialmente, per l'emissione del documento in formato elettronico – la l. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza) ha aggiunto un contributo compreso tra € 80 e € 200, a seconda della durata dei permessi richiesti, la cui misura effettiva è stata fissata con DM del 6 ottobre 2011.

Nel marzo 2012 tale decreto veniva impugnato al Tar Lazio dai sindacati CGIL e INCA che ne chiedevano l'annullamento per irragionevolezza, resa manifesta dalla circostanza che il pagamento preteso dagli stranieri regolarmente soggiornanti è in larga parte utilizzato per sostenere il Fondo rimpatri che riguarda, invece, gli stranieri irregolari. Era inoltre contestata la violazione del principio costituzionale della capacità contributiva, dal momento che il contributo preteso non varia in relazione alla situazione reddituale dei richiedenti. Il Tar, tuttavia, riteneva di dover preliminarmente verificare la compatibilità delle norme nazionali con l'ordinamento comunitario. La materia dei permessi per lavoratori immigrati che svolgono mansioni comuni è infatti interessata da due direttive adottate in forza dell'art. 79 TFUE: la direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, e la direttiva 2011/98/UE relativa ad una procedura unica per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, che scadeva nelle more del giudizio. Nello stesso periodo maturava, inoltre, il precedente col quale la Corte di giustizia UE, a seguito di una procedura d'infrazione attivata dalla Commissione europea, aveva ritenuto incompatibili con la prima direttiva citata le disposizioni di due Stati membri relative alle somme imposte per il rilascio della carta di soggiorno, giudicate eccessive (causa C-508/10). Secondo la Corte è fatta salva la discrezionalità degli Stati membri circa la determinazione di eventuali contributi per i permessi di lunga durata, essendo stata respinta dal legislatore comunitario la proposta della Commissione di stabilirne la gratuità o, quantomeno, un costo uguale a quello applicato ai cittadini per l'ottenimento dei documenti nazionali d'identità. Tuttavia, ai sensi del decimo considerando della direttiva, le regole procedurali per l'esame della domanda «non dovrebbero costituire un mezzo per ostacolare l'esercizio del diritto di soggiorno». Conseguentemente, in forza del principio di proporzionalità e della dottrina dell'effetto utile, il contributo discrezionalmente fissato dagli Stati non deve risultare irragionevole rispetto al servizio prestato, né compromettere gli obiettivi della direttiva.

Secondo il Tar, i criteri elaborati dal giudice europeo erano disattesi anche dalla normativa italiana, per l'evidente sproporzione del contributo richiesto (addirittura discriminatorio, se paragonato con il costo della carta d'identità) rispetto alle finalità della direttiva, ed atto a creare un ostacolo all'esercizio dei diritti da essa conferiti.

Sottoponeva dunque una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia che, condividendo tali valutazioni, sanciva l'incompatibilità con le norme europee (causa C-309/14). Dando seguito alla pronuncia, sia il Tar sia il Consiglio di Stato (su ricorso delle amministrazioni soccombenti) annullavano tutti contributi previsti dal DM 6 ottobre 2011, compresi quelli di breve durata, sebbene la direttiva considerata riguardi soltanto i permessi a tempo indeterminato. Tale estensione era stata invece contestata dalle parti pubbliche in giudizio, sostenendo che la sentenza della CGUE, in quanto fondata sulla direttiva 2003/109, si fosse limitata a stabilire l'incompatibilità del solo contributo di € 200 e non anche le minori somme richieste per i permessi temporanei. Diversamente, argomentavano, la disciplina comunitaria, nell'interpretazione fornita dalla Corte, avrebbe violato il principio di attribuzione di cui all'art. 5, par. 2 TfUE, indebitamente sconfinando nelle competenze legislative riservate agli Stati nazionali.

Per superare tali obiezioni entrambi i giudici amministrativi richiamavano il principio dell'effetto utile, osservando come fra i permessi per soggiornanti di lungo periodo e quelli di più breve durata vi sia una sistematica connessione che impone di considerarli tutti unitariamente. Infatti, il permesso a tempo indeterminato può essere ottenuto solo dallo «straniero titolare, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità» (art. 9 TUIImm). Rendendo eccessivamente onerosi i permessi temporanei, pertanto, «l'obiettivo di conseguire i permessi di lunga durata sarebbe un traguardo irraggiungibile ed illusorio» per molti stranieri che, pur in presenza di tutti gli altri requisiti previsti dalla legge italiana, non siano in grado di sostenere ripetutamente tali periodici esborsi, «con evidente elusione delle finalità perseguite dalla stessa direttiva n. 2003/109/CE» (Cons. St., sent. 26 ottobre 2016).

Questa interpretazione, invero, avrebbe potuto poggiare anche sulla citata direttiva 2011/98 che si riferisce proprio ai permessi di soggiorno temporanei, stranamente invece ignorata durante l'intera vicenda giudiziaria ancorché, come detto, fosse nel frattempo scaduta. Sul punto del contributo da pagare, in particolare, essa è assai più esplicita della direttiva per i lungosoggiornanti, dal momento che stabilisce espressamente: «Se del caso, gli Stati membri possono imporre ai richiedenti il pagamento di diritti per il trattamento delle domande ai sensi della presente direttiva. L'importo di tali diritti è proporzionato e può essere basato sui servizi effettivamente prestati per il trattamento delle domande e il rilascio dei permessi» (art. 10). Ancor prima del giudice, del resto, e sulla base di tale chiara indicazione, sarebbe dovuto senz'altro intervenire il legislatore italiano. La direttiva 2011/98 è invece finita nel «calderone» delle deleghe al Governo contenute nella legge di delegazione europea 2013. In sede di attuazione l'Esecutivo ha valutato le norme italiane, su questo ed altri aspetti, sostanzialmente già in linea con gli obblighi europei (v. criticamente A. Guariso, *Direttiva 2011/98 e d.lsg. 40/14 di recepimento*, in *Dir. Imm. citt.*, 01/15, 15 s.), non cogliendo nemmeno le sollecitazioni espresse in sede consultiva dalle competenti commissioni parlamentari che, sul punto, indicavano la necessità di riformare il sistema delle tariffe e dei costi per i permessi (v. spec. C.D., XVII leg., XIV Comm., parere del 21 gennaio 2014). Di tale modifica non ritroviamo infatti traccia alcuna nel successivo testo del decreto delegato.

Per colpire la misura non è rimasta, dunque, che la via giudiziale, il cui effetto meramente demolitorio ha indotto il Consiglio di Stato ad occuparsi delle conseguenze del vuoto normativo derivante dalla rimozione di un atto di portata generale. Per contenerle, la sentenza si conclude richiedendo alle amministrazioni soccombenti di rideterminare l'importo dei contributi con effetto «ora per allora» così da colmare retroattivamente la lacuna. Allo stesso tempo, però, una volta fissati i nuovi importi, il giudice indica la necessità di stabilire «*an, quando e quomodo* degli eventuali rimborsi agli interessati per le somme versate in eccedenza rispetto al dovuto». Per ora il Ministero dell'Interno si è limitato a diramare due circolari dando indicazioni alle amministrazioni territoriali di portare a compimento le pratiche ancorché prive dei contributi (circolare 27 ottobre 2016) ma, al contempo, di non rimborsare i permessi che siano stati pagati di più, in attesa del decreto che definirà l'entità dei nuovi esborsi (circolare 7 novembre 2016). L'ammontare complessivo delle restituzioni dovute dallo Stato potrebbe risultare assai rilevante, tenuto conto del periodo di vigenza del decreto annullato e della mole di provvedimenti ai quali, fin dal principio (essendo entrato in vigore dopo la scadenza della direttiva 2003/109), è stato indebitamente applicato. Un anticipo delle cifre da corrispondere a ciascun richiedente proviene dalle prime pronunce emesse dai giudici ordinari chiamati ad accertare la discriminazione patita dai cittadini extraeuropei in ragione della loro nazionalità, per essere stati costretti a pagare, molto più degli italiani, prestazioni di contenuto sostanzialmente analogo. Così, nell'attesa che il Governo provveda, sia il Tribunale di Milano (sez. I civ., 8 luglio 2016 n. 6342) sia il Tribunale di Napoli (sez. I civ., 4 febbraio 2017 n. 16465) hanno condannato la pubblica amministrazione a risarcire tutto quanto ecceda il costo base del permesso di soggiorno elettronico.

Una considerazione finale: nonostante l'impronta economicista, l'ordinamento europeo ha finito con l'offrire una tutela più avanzata di quella apprestata dagli Stati membri, come spesso accade in materia di immigrazione, forse anche grazie alla relativa distanza delle istituzioni europee dagli elettorati nazionali, le cui pulsioni possono invece sospingere i Governi, in cerca di consenso, ad adottare politiche talvolta opprimenti e persino discriminatorie.

ARIANNA CARMINATI è ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Brescia.

## **Gruppi di pressione e decisori politici: la Camera dei Deputati approva prime norme sulle lobby**

*di Pier Luigi Petrillo*

L'8 febbraio 2017 l'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati ha adottato prime regole volte a disciplinare l'attività di *lobbying*. Le nuove norme danno attuazione a quanto la Giunta per il Regolamento della Camera aveva deliberato il 26 aprile scorso



(su cui S. Sassi, *Primi passi verso una normazione italiana del lobbying*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Osservatorio costituzionale*, 1, 2016) dopo aver adottato un codice di condotta per i deputati approvato dalla Giunta il 12 aprile (su cui S. Sileoni, *Il Codice di condotta della Camera dei Deputati: (mancate) novità di contenuto e di forma*, in *Osservatorio delle Fonti*, 2, 2016). L'atto adottato dall'Ufficio di Presidenza dispone che chiunque, professionalmente, svolga attività di influenza nei confronti dei deputati presso la Camera dei deputati, debba iscriversi in un registro pubblicato online sul sito della Camera, descrivendo l'attività che intende compiere nonché i parlamentari che vuole contattare.

La decisione introduce anche una sorta di divieto di *revolving door* disponendo che gli ex deputati e gli ex membri del governo non possano iscriversi al registro nei dodici mesi successivi alla conclusione del loro incarico. Chi si iscrive otterrà un tesserino di accesso ai locali della Camera, con una validità annuale, ma non potrà accedere né in Transatlantico (il grande corridoio antistante l'ingresso principale all'Aula della Camera e alla buvette) né nei corridoi antistanti le aule delle Commissioni e degli organi parlamentari. La decisione sconta, purtroppo, alcune miopie del legislatore, talune generate dalla scelta di intervenire con una norma interna, anziché con una legge specifica.

In primo luogo deve riflettersi sulla natura giuridica della decisione dell'Ufficio di Presidenza che ci si limita a qualificare come «atto» non comprendendo quale forma specifica dovrebbe avere la delibera assunta. Si ipotizza, infatti, che l'Ufficio abbia operato in virtù di quanto statuito dall'art. 12, comma 3, lettera a) del Regolamento della Camera secondo cui «l'Ufficio di Presidenza adotta i regolamenti e le altre norme concernenti: a) le condizioni e le modalità per l'ammissione degli estranei nella sede della Camera», e che, pertanto, questa decisione rientri tra le altre norme adottabili dall'Ufficio. Peraltro ci si chiede se tale atto possa avere una efficacia anche per le prossime legislature ovvero se valga solo per la legislatura in corso.

In secondo luogo, sotto il profilo sostanziale, si deve sottolineare come la delibera, ricalcando quanto deliberato in Giunta per il regolamento, limiti l'obbligo di iscriversi nel registro a coloro che esercitano l'attività di lobbying fisicamente all'interno delle sedi della Camera, in modo professionale (e non si dice cosa si intende con tale espressione), e solo nei confronti dei deputati (non anche dei collaboratori, spesso molto più rilevanti, o dei consiglieri parlamentari – la cui rilevanza nel momento decisionale è fuori discussione). In buona sostanza, secondo le nuove disposizioni, il lobbista che resta fisicamente al di fuori della sede della Camera potrà continuare a esercitare la sua azione di pressione senza venire allo scoperto: l'importante è che non varchi l'ingresso di Montecitorio. È di tutta evidenza che, nel 2017, per convincere un parlamentare, consegnare un emendamento, suggerire una posizione, non è certo necessario il contatto fisico, ben potendosi utilizzare anche solo una *email*.

Un altro aspetto discutibile è la scelta di non incidere sulle audizioni o le indagini conoscitive, disponendo la non applicazione di tali norme sul lobbying agli incontri richiesti dalle Commissioni. Come noto, infatti, le audizioni svolte dalle Commissioni quando istruiscono un certo disegno di legge sono, per lo più, informali, nel senso che i soggetti



da audire sono scelti in modo estremamente discrezionale (in genere ciascun gruppo parlamentare segnala qualche esperto di proprio gradimento) e che l'incontro non viene resocontato né pubblicizzato, lasciando quindi tutto nella totale oscurità. Purtroppo l'articolo 1 dell'atto adottato espressamente esclude che le nuove norme si applichino alle audizioni: eppure sarebbe stato più razionale prevedere che solo chi è iscritto nel registro possa essere audito, quanto meno se appartiene alle categorie di lobbisti professionali definiti dallo stesso articolo.

È poi evidente che chi ha scritto le nuove norme ha in mente solo il lobbying c.d. *one-shot* ovvero quella azione di pressione che è specificatamente finalizzata a far approvare o non far approvare una singola puntuale norma. Ciò lo si ricava dal fatto che all'articolo 2 si richiede al lobbista di indicare, fin dal momento dell'iscrizione, chi intende contattare e quali azioni intenda compiere. Viceversa è noto che il *lobbying* consiste anche in una attività permanente di monitoraggio a trecentosessanta gradi: ed è proprio a seguito di questo monitoraggio che ci si attiva -quando serve- a contattare il decisore pubblico. Risulta quindi difficile, se non impossibile, indicare fin da principio chi si incontrerà e cosa si andrà a fare, a meno che non si voglia inserire una descrizione molto generica (quindi inutile) e il nominativo di tutti i 630 deputati così da non rischiare di essere sanzionato.

In ultimo resta privo di tracciabilità ogni profilo economico: chi si iscrive, infatti, non deve indicare quante risorse economiche dispone né se ha contribuito alla campagna elettorale di quel deputato o di quel partito. Con l'entrata in vigore della nuova legge sul finanziamento della politica che affida tutto alla contribuzione privata, sarebbe stato utile, prezioso e coerente con le finalità della norma disporre un obbligo di trasparenza ulteriore in capo ai lobbisti.

Ci sono poi ulteriori questioni problematiche, non meno rilevanti, introdotte dalle norme adottate: dall'assurdità di circoscrivere l'azione fisica dei lobbisti in una saletta interna a Montecitorio da cui seguire le sedute relative ai provvedimenti più rilevanti, alla previsione che qualora i lobbisti, nella loro relazione annuale, citino dei deputati questi debbono essere informati e dare l'assenso, alla discriminazione – davvero incomprensibile – a favore delle organizzazioni sindacali e datoriali che hanno diritto a 4 tesserini di accesso contro le 2 riservate alle altre organizzazioni o 1 per le persone fisiche.

Le novità normative appena descritte sembrano trarre spunto (almeno in termini generali) dalle decisioni assunte presso l'Assemblea Nazionale di Francia. In Francia, infatti, nel luglio 2009 l'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea nazionale, modificando le c.d. Istruzioni generali dell'Ufficio di Presidenza contenenti una serie di norme integrative del regolamento parlamentare, ha introdotto una serie di obblighi di trasparenza in capo ai portatori di interessi, istituendo un registro pubblico cui sono tenuti ad iscriversi i lobbisti interessati ad influenzare il processo decisionale parlamentare e riconoscendo loro il diritto di accesso nelle sedi parlamentari. Al tempo stesso è fatto loro divieto di fornire al parlamentare informazioni parziali, erronee o inesatte, e di svolgere all'interno del Parlamento attività commerciale o pubblicitaria. Le previsioni introdotte nel 2009 sono state oggetto, a tre anni dall'entrata in vigore, di una profonda revisione compiuta da una commissione di studio presieduta dal deputato *Christoph Sirugue*. Ad esito del la-

voro condotto dalla commissione *Sirugue*, l'Assemblea Nazionale ha adottato un «Codice di condotta per i rappresentanti di interessi» distinguendo diverse categorie di lobbisti a seconda dell'interesse tutelato, prevedendo l'obbligo di indicare puntualmente il committente e le finalità dell'azione di lobbying, consentendo ai lobbisti di pubblicare sul sito dell'Assemblea propri contributi, proposte ed emendamenti, in merito a provvedimenti iscritti all'ordine dei lavori di Aula e Commissioni. Nel 2013 sono state nuovamente modificate le Istruzioni generali dell'Ufficio di Presidenza dettando una nuova disciplina in merito alle audizioni e alle indagini conoscitive, prevedendo un vero e proprio diritto dei lobbisti a prendervi parte in modo trasparente ed egualitario ed imponendo di fare esplicita menzione nelle relazioni di accompagnamento di un disegno di legge delle audizioni svolte e delle posizioni ivi rappresentate.

Ciò che appare evidente è come gli uffici di Presidenza dell'Assemblea Nazionale e del Senato abbiano regolato il dialogo tra parlamentari e lobbies indirettamente: in entrambi i casi, infatti, sono state modificate le Istruzioni generali dei rispettivi Uffici di presidenza per introdurre obblighi di trasparenza in capo ai parlamentari anche vietando, ad esempio, l'accettazione da parte di questi di «regali» (anche sotto forma di rimborso spese per la partecipazione a una iniziativa pubblica) di valore superiore ai 150 euro. Solo successivamente, per così per *conseguenza*, sono state stilate modalità puntuali di dialogo tra i decisori politici e gli interessi organizzati.

Ugualmente, nel caso italiano, si è deciso di intervenire alla Camera dei Deputati dapprima introducendo un codice di condotta per i deputati e, successivamente, disponendo norme comportamentali per i lobbisti. La decisione dell'ufficio di presidenza della Camera dei Deputati e il confronto con il contesto francese impongono una serie di riflessioni circa le forme, le modalità e i tempi del dialogo che dovrebbe instaurarsi in Parlamento tra politica e interessi organizzati. Le norme vigenti nei regolamenti parlamentari italiani non sono, infatti, sufficienti, a garantire né la trasparenza né la parità di accesso al processo decisionale in Parlamento da parte degli interessi organizzati. Le disposizioni vigenti possono, infatti, al massimo, assicurare una qualche forma di «ascolto» del Parlamento delle istanze degli interessi organizzati ma non disciplinano quel più complesso dialogo che si instaura tra queste due parti in gioco: come la scienza politica ha efficacemente evidenziato, infatti, non sono «soltanto i gruppi di pressione a fare pressione per chiedere benefici spesso particolaristici [...] ma anche in senso inverso, le stesse forze politiche, alla ricerca di consenso, a offrirli autonomamente» (M. Cerruto e C. Facello, *Competizioni e interessi*, in L. Morlino, D. Piana e F. Raniolo (2013), *La qualità della democrazia in Italia*, Bologna, Il Mulino, p. 77). E tuttavia, nonostante tali perplessità, la decisione dell'Ufficio di Presidenza ha una portata talmente innovativa e rivoluzionaria che i difetti di questa regolamentazione passano in secondo piano. Le regole adottate probabilmente non sono le migliori norme possibili, ma sono qualcosa, e, in un contesto in cui le decisioni politiche sono avvolte da un velo impenetrabile, potranno servire a portare un minimo di luce.

PIER LUIGI PETRILLO è professore di Diritto pubblico comparato nell'Università telematica Unitelma Sapienza.

## I seguiti parlamentari della nuova legge quadro sulle missioni internazionali

di Elena Griglio

I primi mesi del 2017 hanno visto le Camere impegnate nell'attuazione della nuova legge quadro sulle missioni internazionali, la legge 21 luglio 2016, n. 145, che per la prima volta ha disciplinato in maniera organica la partecipazione del Parlamento alla decisione di avviare, proseguire o interrompere una missione internazionale.

Sul terreno della prassi parlamentare, si era finora registrata in questa sfera di attività una vera e propria selva di procedure. Nel caso più ricorrente delle missioni militari autorizzate dalle Nazioni Unite, il ruolo delle Camere si era svolto, seppure con modalità determinate di caso in caso, attraverso due principali strumenti: la votazione di risoluzioni, in commissione o in Assemblea, per l'«approvazione» delle comunicazioni del Governo sulla partecipazione alle missioni; la conversione dei decreti legge adottati, in una catena di proroghe annuali, per provvedere alla «copertura» amministrativa e finanziaria dell'operazione militare. Secondo parte della dottrina (U. Villani (1996), *Missioni militari all'estero e competenze degli organi costituzionali*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, Giappichelli, p. 191), il ricorso alla decretazione d'urgenza, veicolato dalla leva finanziaria, avrebbe contribuito a spostare dal piano politico a quello giuridico l'intervento del Parlamento. Tuttavia, la prassi attuativa ha evidenziato come il decreto legge sia stato in molti casi adottato a posteriori, con l'intento di «sanare» con effetti retroattivi la gestione amministrativa e finanziaria delle missioni in essere. Nel tentativo di superare tali criticità dando veste organica ai poteri delle Camere, la nuova legge quadro ha sostituito il ricorso agli strumenti legislativi con il rinvio a schemi autorizzatori fondati su procedimenti di indirizzo/controllo. Le Camere sono, infatti, chiamate ad intervenire con apposite «autorizzazioni» o «deliberazioni» rispettivamente sulle delibere del Consiglio dei Ministri relative alla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali (art. 2, comma 2), nonché sulla relazione analitica sulle missioni in corso, che include la richiesta di proroga oltre il primo anno delle missioni già autorizzate (art. 3, comma 1). Al parere delle commissioni parlamentari «competenti per materia e per i profili finanziari» sono invece sottoposti gli schemi di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di assegnazione dei finanziamenti tra le missioni autorizzate (art. 2, comma 3 e 4, comma 3).

Nella nuova disciplina, la decisione delle Camere è configurata come logicamente e cronologicamente precedente rispetto all'azione del Governo. Il ricorso allo schema dell'autorizzazione, in alternativa a quello dell'approvazione che aveva informato la prassi pregressa, è infatti indicativo della volontà di sottrarre alla mera dialettica istituzionale del rapporto fiduciario il preventivo intervento del Parlamento, configurandolo come giuridicamente obbligatorio (M. Benvenuti (2017), *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1, p. 34). Ci si domanda tuttavia come tale tentativo di dare veste giuridica

all'autorizzazione parlamentare si concili con la natura intrinsecamente politica delle procedure di indirizzo e controllo che la accompagnano.

Il problema si pone in maniera attenuata per l'intervento delle Camere sul finanziamento delle missioni, preordinato ad un controllo di mera congruità finanziaria ed accompagnato da una procedura consultiva aggravata rispetto allo schema ordinario ex art. 143, comma 4 r.C. e 139-bis r.S., che prevede un doppio passaggio parlamentare nel caso in cui il Governo non intenda conformarsi ai pareri delle commissioni. Negli altri due casi, viceversa, lo schema autorizzatorio sembra includere al proprio interno un contenuto di indirizzo politico e al contempo di controllo, preordinato alla verifica della congruità degli impegni governativi rispetto ad alcuni parametri sia politici (le priorità di intervento nello scenario internazionale) sia tecnici (i vincoli di bilancio). Come conciliare queste molteplici e non sempre perfettamente coerenti sollecitazioni è una sfida integralmente rimessa all'autonoma valutazione delle Camere.

Nel caso della proroga delle missioni già autorizzate, l'intervento parlamentare è in realtà inserito in un procedimento di controllo successivo che si esplica nell'esame della relazione sulle missioni in corso e che contribuisce ad offrire un parametro di valutazione per l'autorizzazione alla proroga. La formula utilizzata dall'art. 3, comma 1 della legge n. 145 – per cui la relazione è trasmessa alle Camere «per la discussione e le conseguenti deliberazioni parlamentari» – riproduce l'espressione utilizzata nell'art. 7, comma 1 della legge di contabilità pubblica per l'esame del Documento di economia e finanza. Ne deriva il rinvio implicito ad un procedimento ben codificato nei regolamenti parlamentari e nella prassi, che si articola in una istruttoria di merito, svolta in maniera coordinata dalle omologhe commissioni delle due Camere, e in una relazione all'Aula per l'adozione di un'apposita risoluzione.

Assai più indefinita appare invece la formula legislativa adottata dall'art. 2, comma 1 della legge n. 145 per cui le Camere tempestivamente «discutono» le deliberazioni del Consiglio dei Ministri e «con appositi atti di indirizzo, secondo le norme dei rispettivi regolamenti», autorizzano la partecipazione alle missioni per ciascun anno, eventualmente definendo impegni per il Governo: in tale circostanza, infatti, l'autorizzazione parlamentare risulta priva di un parametro oggettivo di valutazione e non direttamente riconducibile ad una delle procedure parlamentari codificate nei regolamenti.

In sede di prima attuazione di tale disposizione, il tema è stato oggetto di confronto presso ciascuna Camera in una logica rigorosamente monocamerale, anche a causa delle persistenti asimmetrie che, nei due rami del Parlamento, contraddistinguono gli schemi applicabili alla fattispecie in esame. Ne è derivata una diversificazione delle procedure di esame della prima Deliberazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 14 gennaio 2017 in attuazione della legge n. 145. Al Senato, si è fatto ricorso alla procedura dell'affare assegnato ex art. 50, comma 2 r.S. che si può concludere, su richiesta di un terzo dei componenti della commissione, oltre che del Governo, con una risoluzione discussa dall'Aula. Alla Camera, viceversa, si è scelto uno schema ibrido, risultante dalla commistione della procedura della risoluzione in commissione ex art. 117 e 124 r.C. (che non consente di investire della questione l'Assemblea) e della relazione all'Assemblea ex art. 143 r.C.

Le procedure individuate dalle due Camere presentano alcuni elementi di affinità. In particolare, primario rilievo assume la decisione di non limitare l'esame del documento alla sede delle Commissioni riunite affari esteri e difesa, consentendo che la questione sia portata alla considerazione dell'Aula, ferma restando la possibilità di concludere il procedimento in commissione quando invece lo richieda l'urgenza del provvedere o non vi siano le condizioni per convocare una seduta di Assemblea. Accanto a queste analogie, vi sono però alcuni significativi elementi di differenziazione. Lo schema procedurale adottato al Senato si contraddistingue per la previsione di garanzie formali per le opposizioni, nonché per la maggiore flessibilità nel passaggio della risoluzione dalla commissione all'Aula. Di converso, la procedura utilizzata alla Camera è stata formalmente validata – seppure in una sede formalmente non preposta a tale ruolo e con una modalità atipica – dalla Conferenza dei Capigruppo. Inoltre, per esplicita scelta degli Uffici di presidenza integrati delle Commissioni III e IV, lo schema adottato ha consentito di procedere – pur in tempi contingentati – ad una attività emendativa piuttosto intensa, articolata negli emendamenti alla proposta di relazione, nonché nella presentazione di proposte di relazione alternative.

Se queste differenziazioni procedurali, che pure investono alcuni elementi sostanziali dello schema autorizzatorio, appaiono fisiologiche in un sistema che riconosce autonomia regolamentare a *ciascuna* Camera, ciò che appare peculiare è la scelta di limitare al minimo il coordinamento bicamerale nella fase dell'istruttoria in commissione. Solo in sede di audizione dei Ministri competenti, infatti, si è svolta una riunione congiunta delle omologhe Commissioni di Camera e Senato. Di converso, è mancato quel coordinamento informale che si registra nell'esame del Documento di economia e finanza e che ha accompagnato anche la prassi pregressa delle comunicazioni del Governo sulle missioni internazionali. In ragione di questo approccio prevalentemente monocamerale all'istruttoria della deliberazione governativa, gli atti adottati dalle Commissioni competenti, e poi sottoposti nelle due Camere al voto dell'Aula appaiono ispirati da una visione assai diversa dello scrutinio affidato al Parlamento. Tali differenze si ripercuotono sulla natura e sulla stessa struttura dell'autorizzazione. La Risoluzione licenziata dalle Commissioni 3a e 4a riunite del Senato, approvata dall'Aula di Palazzo Madama l'8 marzo 2017 (Doc. XXIV, n. 71), sembra interpretare in maniera formale l'atto di indirizzo come strumento che esaurisce nella classica formula autorizzatoria la propria portata dispositiva. Viceversa, la Risoluzione n. 6-00290, approvata lo stesso giorno alla Camera sulla base della Relazione licenziata dalle Commissioni riunite III e IV (Doc. XVI, n. 3), sembra interpretare il nuovo paradigma di partecipazione alle missioni internazionali come preordinato all'«esercizio delle prerogative costituzionali di controllo». Coerentemente con tale visione, la risoluzione include riferimenti alle singole missioni di cui si chiede l'autorizzazione, con l'intento di ripensare, modificare o integrare gli obiettivi cui sono preposte, nonché di redistribuire le risorse disponibili tra le diverse priorità.

Nel complesso, la prima attuazione della legge quadro sulle missioni internazionali conferma la difficoltà di inquadrare sul piano teorico il ruolo esercitato dal Parlamento, riconducendolo ora ad uno schema autorizzatorio giuridicamente vincolante, ora all'eser-

cizio delle funzioni di indirizzo e controllo inerenti il rapporto fiduciario. Il rinvio ai regolamenti parlamentari per la definizione delle nuove forme di partecipazione parlamentare e la decisione delle Camere di attuare tale rinvio in via informale, con adattamenti procedurali validati in via consensuale tra i gruppi, hanno indubbiamente contribuito ad enfatizzare la valenza innanzitutto politica dell'atto. Ne deriva che la possibilità di trasformare tale procedimento in un effettivo meccanismo di controllo delle decisioni strategiche operate dal Governo è rimesso integralmente all'orientamento politico contingente di ciascuna Camera. In questa prospettiva, una procedimentalizzazione bicamerale mediante un coordinamento delle commissioni competenti sui contenuti dell'atto avrebbe probabilmente contribuito a rendere più coerente e potenzialmente efficace l'azione del

ELENA GRIGLIO è consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica.

## **Irreversibile o irrevocabile? La sovranità funzionale dell'euro e i giochi di parole del suo custode**

di Andrea Guazzarotti

Rispondendo a un'interrogazione di due parlamentari europei (eletti in Italia sotto le insegne del Movimento 5 Stelle), il Presidente della BCE ha avuto modo di mescolare sapientemente tecnicismi e messaggi politico-costituzionali sul futuro dell'euro (*Interrogazione con richiesta di risposta scritta QZ-120*, 18 gennaio 2017, formulata dai deputati Valli e Zanni). La risposta verteva su una questione per molti ancora esoterica: l'andamento dei saldi Target2, ossia i saldi registrati dalla piattaforma informatica con cui la BCE e le Banche centrali gestiscono i pagamenti transfrontalieri tra le banche private dell'eurozona. Tali saldi stanno registrando divaricazioni come ai tempi degli spread impazziti del 2011-12, con accumulo di saldi positivi da parte dei Paesi *core* e negativi da parte dei Paesi periferici: dopo aver rassicurato sulle cause di tali andamenti, che non sarebbero più legate al rischio di dissoluzione dell'euro come cinque anni fa, Mario Draghi ha concluso lapidariamente che i crediti e le passività Target2 di una Banca centrale, in caso di uscita dall'euro, vanno regolati *integralmente*. Visto che attualmente l'Italia ha un saldo passivo di circa 350 miliardi di euro (e la Germania un attivo di circa 700 miliardi), il messaggio politico-costituzionale suona come un ammonimento volto a indurre a più miti consigli coloro che pianificano uscite (a caldo o a freddo) dell'Italia dall'euro. Il prezzo dell'uscita è talmente salato da fortificare la forza inerziale dell'unione monetaria, in cui ormai si resta più per mancanza di alternative che per convinzione. Il messaggio, tuttavia, può esser letto anche in modo speculare, così almeno ha fatto il blog di Beppe Grillo (ripreso poi da altri siti di informazione): contrordine compagni, l'euro non è più irreversibile, come lo stesso Draghi affermava ai tempi del «whatever it takes» (estate 2012); oggi uscire si può, purché si paghi il conto.

A proposito di simili affermazioni del vertice della BCE, v'è chi ha criticato l'eccessiva politicità (e, dunque, la scarsa indipendenza) delle posizioni di Draghi, il quale



parla di costi d'uscita dall'euro senza aver dalla sua alcun appiglio giuridico-formale, evidentemente per condizionare l'opinione pubblica europea (e italiana, in particolare): cfr. M. Volpi, *La BCE è così indipendente?* <http://memmt.info/site/la-banca-centrale-europea-cosi-indipendente/>. I saldi positivi delle Banche centrali in surplus, in particolare, non equivalgono a veri e propri crediti, non essendo assistiti da collaterale (titoli dati in garanzia dalle Banche centrali in deficit, in nome e per conto delle banche commerciali nazionali), come a suo tempo aveva, invece, provato a chiedere la Bundesbank. La proposta della Bundesbank è stata ritenuta irricevibile da Draghi, posto che in un'unione monetaria autentica non possono esserci restrizioni alla concessione di euro da parte di una delle Banche centrali che compongono il sistema, altrimenti l'euro tedesco costerebbe più di quello italiano, ecc. (V. Brousseau, *L'Euro morirà: analisi dei Target 2*, in <http://sollevazione.blogspot.it/2016/03/leuro-morira-analisi-dei-target-2-di.html>). Invero, i saldi registrano il disequilibrio tra le bilance dei pagamenti degli Stati dell'eurozona, con un Sud che importa dai Paesi *core* più di quanto esporta e con le banche dei Paesi *core* che hanno smesso di finanziare i debiti dei Paesi periferici (acquistando titoli del debito pubblico e/o obbligazioni bancarie, ecc.), preferendo, invece, parcheggiare la liquidità in eccesso presso la stessa BCE (S. Cesaratto (2016), *Sei lezioni di economia*, Reggio Emilia, pp. 331ss.).

Nell'audizione dello stesso Draghi dinanzi alla Commissione per i Problemi economici e monetari del Parlamento europeo (c.d. dialogo monetario), uno dei due europarlamentari autori della citata interrogazione scritta (il deputato Marco Valli) è tornato sulla questione, costringendo il Presidente della BCE ad ammettere, implicitamente ma chiaramente, che non esistono basi legali per regolare le questioni economiche in caso di uscita dall'euro (trattandosi di ipotesi non contemplata dai trattati) e che sono gli stessi trattati a parlare di *irrevocabilità* dell'euro (riunione del 6 febbraio 2017, [http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20170201IPR60528/committee-on-economic-and-monetary-affairs-06022017-\(pm\)](http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20170201IPR60528/committee-on-economic-and-monetary-affairs-06022017-(pm))). Ma leggendo i trattati, a essere *irrevocabile* è solo la fissazione del valore di conversione della moneta nazionale originaria in euro. Irreversibilità dell'integrazione monetaria (ed europea *tout court*) e irrevocabilità del cambio delle monete nazionali all'atto di adesione all'euro: sono due concetti indubbiamente diversi, politico-costituzionale il primo, tecnico il secondo. Ed è solo del dato tecnico che parla il TFUE (art. 140.3; art. 46.3 del Protocollo n. 4 sullo statuto del SEBC e della BCE): il che è abbastanza comprensibile, se si pensa che la moneta unica non rappresenta un mero irrigidimento del precedente Sistema Monetario Europeo, ove i cambi tra le monete aderenti erano (relativamente) rigidi, ma non certo irrevocabili. Da questo punto di vista, il Trattato è indubbiamente anche un manifesto politico, ma a leggere le disposizioni in questione, appare predominante la dimensione tecnico-procedurale su quella politico-costituzionale. Insomma, non stiamo parlando dell'irrevocabile messa al bando della monarchia sancita dall'art. 139 della Costituzione italiana e dalla XIII delle sue Disposizioni transitorie e finali!

E, tuttavia, è proprio sulla ipotizzata irreversibilità dell'euro che si fonda la nuova dimensione costituzionale dell'UEM (e, forse, dell'UE, *tout court*, se si aderisce all'o-



*riginal intent* degli autori di Maastricht che contempla l'obbligatorietà dell'entrata nell'eurozona per gli Stati membri che soddisfano i parametri di convergenza). Il discorso vale anche per le altre dimensioni funzionali dell'UE, ma per l'integrazione monetaria esso appare particolarmente calzante. Gli Stati membri, fin dai primi trattati europei, hanno inteso dar vita a un'organizzazione internazionale *sui generis*: la sua differenza maggiore rispetto ai tradizionali modelli internazionali stava e sta proprio in quel *surplus* di credibilità che è dato dalla volontà di costituire un apparato normativo/istituzionale stabile, se non addirittura definitivo, non più soggetto alle tradizionali clausole discrezionali *rebus sic stantibus, inadimplenti non est adimplendum*, ecc. La credibilità è la chiave del modello dello Stato regolatore e/o dell'agenzia ricostruito da Giandomenico Majone: lo Stato post-keynesiano, che si affida alla capacità di attrarre investimenti esteri e che per questo ha abbandonato il controllo della circolazione dei capitali, ha un disperato bisogno di *credibilità*. Per creare quest'ultima, esso non opera mere limitazioni di sovranità (sempre revocabili) in favore di un'entità sovranazionale, bensì vere e proprie «cessioni» (cfr. C. cost. sentt. nn. 348 e 349/2007). Qualunque cosa tale formula voglia dire, essa appare plasticamente inverata dalla cessione di sovranità monetaria che gli Stati dell'UEM hanno operato. Per avere successo, soprattutto in quanto mezzo di pagamento internazionale accanto al dollaro, la nuova moneta doveva innanzitutto apparire *credibile*, ossia, apparire come la moneta di uno Stato sovrano, pur in assenza di quest'ultimo: di qui la sua logica irreversibilità, giuridicamente ottenuta attraverso l'assenza di procedure di *exit*. O meglio, attraverso l'assenza di procedure di uscita *selettiva*, dovendosi desumere dall'interpretazione sistematica dei trattati che l'unico modo per uscire dall'euro è uscire *anche* dall'UE, attivando le uniche procedure contemplate dall'art. 50 TUE. Del resto, sarebbe servito a poco introdurre procedure di uscita dalla sola moneta unica: la semplice manifestazione dell'intento di avviare simili procedure avrebbe il potere di scatenare speculazioni sui titoli pubblici dello Stato in questione e corse agli sportelli dei suoi cittadini tali da rendere l'uscita un evento convulso, non regolabile in anticipo e i cui effetti non potrebbero non ripercuotersi sulla permanenza nel mercato unico.

Con la moneta unica siamo in presenza di una strana forma di *sovranità settoriale*, ossia *funzionale*, formalmente attribuita dagli Stati membri a un ente non sovrano, ma con autoaffermazione di *eternità*, quantomeno nella forma ambigua dell'irreversibilità. Nell'era post-wesfaliana della «late sovereignty», accanto ai confini territoriali tra gli stati esistono confini *funzionali* tra stati ed entità sovranazionali che ambiscono a istituire comunità funzionali e non territoriali. Tali confini funzionali sarebbero presidiati proprio dagli organi di tali entità (la Corte di giustizia, la BCE), che rivendicano su di essi l'ultima parola (la c.d. *Kompetenz-Kompetenz*), senza che ciò implichi la loro volontà di sostituirsi *agli* o di assorbire *gli* stati sovrani e dar così vita (più o meno gradualmente) a una federazione vera e propria (N. Walker (2003), *Late Sovereignty in the European Union*, in Id., *Sovereignty in transition*, Portland, Oregon, pp. 22-24). Il che, in una visione piuttosto irenica, sarebbe testimoniato anche e specialmente dall'esito degli eventuali conflitti tra queste entità *funzionalmente* sovrane e gli Stati membri: la vitto-

ria in capo all'entità sovranazionale su una disputa confinaria (ad es. sulla legittimità di politiche monetarie non convenzionali della BCE ritenute *ultra vires* dalla Germania) non mette in discussione l'esistenza dell'altra entità politica (lo Stato) e la perdurante sovranità di quest'ultima sul restante ambito della sovranità territoriale (mentre le dispute tra Stati sovrani sui confini territoriali avevano l'esito indefettibile dell'annessione del territorio conteso a favore di un'unica autorità sovrana: *ibid.*).

L'irreversibilità dell'euro, tuttavia, se appare intrinseca a una nuova forma non territoriale bensì funzionale di sovranità, si sta dimostrando alquanto instabile. Che l'integrazione monetaria non dovesse condurre al superstato europeo, è certamente un dato ricavabile dai manuali di progettazione dell'euro; tuttavia, si sta palesando come irrealistica la possibilità di conservare la *tradizionale* sovranità degli Stati sulle competenze non devolute. La residuale sovranità statale tende a scolorire, man mano che la politica monetaria sovranazionale totalmente indipendente sterilizza la sovranità popolare degli Stati membri.

Quello cui l'attuale gestione dell'euro sta conducendo trapela dalle stesse parole del Presidente della BCE, quando illustra gli effetti del prolungato *quantitative easing*: l'elevata liquidità creata da quest'ultimo «si è concentrata soprattutto in certi paesi. Questo fenomeno riflette la struttura finanziaria dell'area dell'euro, in cui le banche con modelli imprenditoriali in grado di attrarre maggiori disponibilità liquide sono in genere situate in pochi centri finanziari» (*Interrogazione con richiesta di risposta scritta*, cit., p. 2). Assistiamo dunque alla gerarchizzazione di grandi centri finanziari, con attorno il deserto; reti di *città-stato* che galleggiano in aree socio-economiche in progressiva desertificazione (S. Sassen (2010), *Le città nell'economia globale*, Bologna, pp. 160-174). Finché ai cittadini di queste aree limitrofe non sarà tolto il diritto di voto, sarà difficile che quel modello di «tarda sovranità» possa stabilizzarsi senza dar vita a dolorosi quanto distruttivi rigurgiti nazionalisti da parte del popolo.

ANDREA GUAZZAROTTI è professore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara.

## **Da Scalia a Gorsuch: la nomina dei giudici supremi tra «filibuster» e «nuclear option»**

di Luca Pietro Vanoni

«Judges and justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don't make the rules; they apply them (...) I will remember that it's my job to call balls and strikes and not to pitch or bat». Con queste parole l'attuale Chief Justice della Corte suprema John Roberts apriva il proprio nomination hearing di fronte al Senato americano nel 2005, sottolineando come il primo requisito di un giudice costituzionale sia quello di mantenere una certa imparzialità anche rispetto ai propri convincimenti politici.

Nello stesso tempo, però, la Costituzione americana stabilisce un meccanismo di nomina dei giudici che coinvolge direttamente tanto il Presidente quanto il Senato americano, consentendo quindi che anche valutazioni discrezionali di carattere politico possano influire sulla composizione e sugli equilibri della Corte suprema. Secondo quanto disposto dall'art. II sez. 2 cl. 2 Cost. (c.d. Appointments Clause) la nomina dei giudici federali si articola in tre diversi momenti che riguardano la scelta dei candidati da parte del Presidente («the President shall nominate»), la valutazione delle loro capacità condotta dal Senato («advice and consent») e il perfezionamento dell'incarico («appointment») riservato al Presidente. Per i giudici supremi, in particolare, l'esercizio del potere di advice and consent si articola in una serie di hearings tenuti dal Senate Judiciary Committee prima, e dall'Assemblea poi, volti a saggiare le competenze dei candidati, e i loro orientamenti teorico-costituzionali (cfr. F. Fabbrini (2010), *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in *DPCE*, pp. 281 ss.)

Tale procedimento incarna dunque un momento fondamentale della vita istituzionale americana che è oggetto di grande attenzione da parte dell'opinione pubblica, e per questo il meccanismo delineato dalla Appointments Clause ha finito con il tradursi in un vero e proprio scontro politico giocato sulla interpretazione delle clausole costituzionali e delle regole parlamentari, in cui i convincimenti degli aspiranti giudici occupano un ruolo importante nel conferimento del loro incarico.

La sostituzione del giudice conservatore A.J. Scalia costituisce l'ultimo esempio di tale scontro, avendo impegnato in due momenti distinti tanto il partito repubblicano quanto quello democratico nella scelta del candidato a loro più gradito; già nel marzo del 2016, infatti, l'allora presidente Obama aveva provato a colmare repentinamente il seggio vacante nominando M. Garland, giudice democratico con posizioni moderate e Chief Justice della Corte d'Appello del District of Columbia. Attraverso la nomina di un giurista di così alto profilo, Obama aveva cercato di aggirare il forte dissenso della maggioranza repubblicana al Senato, che – preoccupata dell'effetto che l'improvvisa morte di Scalia avrebbe potuto produrre sugli equilibri della Corte – aveva dichiarato di voler respingere ogni candidato proposto dalla Casa Bianca sostenendo che una nomina tanto importante non potesse essere effettuata da un Presidente in scadenza di mandato ma spettasse, piuttosto, al suo successore. Tale posizione, ratificata ufficialmente in una lettera del Judiciary Committee del 30 marzo 2016, esprimeva in particolare il convincimento per cui la Costituzione, attraverso la procedura di advice and consent, affida al Senato la piena autorità di «grant or withhold» le nomine effettuate dal Presidente, e consentirebbe quindi a tale organo di lasciare al popolo americano la facoltà di pronunciarsi sul futuro giudice attraverso le elezioni presidenziali.

L'atteggiamento dei Senatori repubblicani ha sollevato più di una critica nel mondo politico e accademico; la scelta dei giudici supremi costituisce, allo stesso tempo, un potere presidenziale che non incontra alcun limite nell'ultimo anno di mandato, e un preciso obbligo per il Senato, la cui astensione incide sul funzionamento della Corte in violazione del principio per cui «one branch can't interfere with the functioning of another» (cfr. E. Chemerinsky, *Does the Senate have a duty to hold hearings on Supreme Court nominees?*, in <http://podtail.com/>, 7 Aprile 2016).

In realtà, dal punto di vista testuale, l'unico obbligo che è possibile ricavare dall'art. II sez. 2 concerne le parole «shall nominate», che sono però riferite al Presidente e non al Senato (J.H. Adler (2016), *The Senate Has No Constitutional Obligation to Consider Nominees*, in *24 Geo. Mason L. Rev.*, pp. 15 ss.), e neppure una indagine dell'original intent di tale clausola sembra indicare l'esistenza di un dovere improrogabile per i Senatori di valutare i candidati presidenziali (A.J. White (2005), *Toward The Framers' Understanding Of «Advice And Consent»: A Historical And Textual Inquiry*, in *Harv. J.L. & Pub.*, pp. 103 ss.). Tanto l'argomento testuale quanto quello storico sembrano dunque suggerire l'assenza di uno specifico obbligo costituzionale in capo al Senato; per quanto criticabile e pericolosa per il funzionamento degli equilibri costituzionali, la scelta dei repubblicani sembra quindi fondare le sue ragioni sull'idea, tipicamente americana, per cui ciò che la Costituzione non prescrive normativamente è riservato al conflitto politico tra i poteri e, in ultima analisi, al giudizio elettorale del popolo.

L'inattesa vittoria di Trump alle ultime elezioni ha ribaltato gli equilibri politici nel paese e con essi anche la situazione relativa alla sostituzione di quello che molti democratici considerano, oggi, «a stolen seat». A differenza di quanto avvenuto un anno fa, tuttavia, oggi non siamo in una situazione di governo condiviso, e la minoranza democratica al Senato (48 seggi contro 52) può sperare di bloccare la nomina del candidato scelto da Trump (il giudice conservatore del X Circuito Neil Gorsuch) solo attraverso il filibuster, ovvero un controverso strumento di opposizione parlamentare che permette di rinviare la votazione su uno specifico ordine del giorno.

Il filibuster è particolarmente efficace proprio al Senato, dove le regole parlamentari consentono ai propri componenti di prendere parola e di tenerla per un tempo indefinito; l'unico modo per frenare l'ostruzionismo è disciplinato dalla Rule XXII delle Standing Rule of Senate, che permette di presentare una mozione per interrompere il dibattito dell'assemblea attraverso la votazione di tre quinti dei Senatori «duly chosen and sworn» (c.d. cloture rule). Il combinato disposto tra filibuster e cloture rule fa sì che sempre più spesso le votazioni più rilevanti (e quindi anche quelle relative alla conferma dei giudici supremi) siano ormai decise al Senato con la maggioranza di almeno 60 voti su 100, riservando un grande potere alla minoranza e allo stesso tempo rallentando molto i lavori di tale organo.

Proprio per ovviare a tale problema, il sistema americano ha recentemente ideato un meccanismo interpretativo chiamato nuclear option. Esso si fonda sull'art. I sez. 5 cl. 2 Cost. che affida alle camere il potere di «determine the Rule of its Proceedings» (e quindi, indirettamente, anche la facoltà definirne il significato) letto in combinato disposto con la Rule XX delle Senate Standing Rules, che attribuisce ad ogni senatore la facoltà di sollevare «a point of order» da sottoporre alla decisione del Presidente dell'Assemblea; tale decisione può essere poi impugnata di fronte al Senato riunito in sessione plenaria, che deve pronunciarsi con un voto a maggioranza semplice senza procedere al dibattito. Attraverso tale procedura, il 113th Senato ha così modificato il 21 novembre 2013 l'interpretazione della cloture rule sostenendo che nel caso di nomina dei giudici federali il quorum richiesto per interrompere il filibuster (come detto i tre quinti) debba in realtà

essere inteso come maggioranza semplice: «by using (...) the nuclear option, fifty-two Democrat Senators effectively made sixty equal fifty-one» (O.G. Hatch, *How 52 Senators Made 60 = 51*, 25 *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 2014, p. 12). Pur aspramente criticato, tale meccanismo ha consentito ai democratici per superare il filibuster repubblicano e di completare la nomina del giudice Court of Appeals for the D.C. Circuit scelto da Obama.

L'utilizzo della nuclear option nel 2013 costituisce un precedente importante per il funzionamento delle regole parlamentari, la cui applicazione è stata estesa lo scorso 6 aprile anche alla nomina dei giudici supremi. Preso atto che l'ostruzionismo democratico sulla nomina di Gorsuch appariva fermo ed irremovibile perché fortemente condizionato dalla vicenda Garland, il Majority Leader repubblicano McConnell ha sollevato una mozione chiedendo che «the vote on cloture under the precedent set on November 21, 2013, for all nominations is by majority vote in Senate»; di fronte al giudizio contrario del Presidente dell'Assemblea (che ha ricordato che tale precedente «did not apply to nominations to the Supreme Court»), McConnell ha quindi impugnato tale decisione di fronte al Senato, ottenendo un voto a lui favorevole dei 52 senatori repubblicani. Per effetto di tale procedura, il 115th Senato ha così dapprima interrotto a maggioranza semplice il dibattito ostruzionistico avviato dai democratici, per poi perfezionare la nomina di Gorsuch a 113th giudice della Corte suprema con 55 voti a favore.

A prescindere dalle contingenze politiche legate al caso di specie, l'attivazione della nuclear option è forse destinata a cambiare in modo significativo il ruolo storico del Senato negli equilibri dell'ordinamento politico-costituzionale americano. Con l'estensione di tale meccanismo anche alla nomina dei giudici supremi, infatti, l'unico ambito materiale in cui il filibuster può ancora svolgere efficacemente la sua funzione riguarda l'approvazione delle leggi, che ad oggi non pare essere toccato dalle modifiche operate dalla nuclear option. Ma non esistono ragioni per escludere che, in futuro, di fronte ad un provvedimento legislativo particolarmente importante per la maggioranza essa non possa trovare nuovamente attivazione, eliminando, di fatto, la funzione del filibuster nel Senato. Se così fosse, si aprirebbe definitivamente la c.d. «post-nuclear age» del Senato americano, trasformando quello che è stato definito fin dai tempi del 15th Presidente J. Buchanan come «the greatest deliberative body in the world» in una assemblea maggioritaria non troppo differente dalla House of Representatives.

È certamente prematuro pronunciarsi oggi su quali potranno essere le ricadute della nuclear option sul funzionamento del Senato americano. Quello che è importante rilevare è che, almeno nell'ultimo anno, il meccanismo di nomina dei giudici americani pare essersi inceppato a causa della iper-politicizzazione della procedura legata alle divisioni nate nel paese con la presidenza Obama e acuitesi con la vittoria di Trump. La sostanziale eliminazione del filibuster è forse destinata a rafforzare il ruolo del Presidente, indebolendo di converso il processo di co-decisione tra partiti che ha contraddistinto, per lo meno negli ultimi cinquanta anni, l'esercizio del potere di *advice and consent* in Senato. Di contro l'eccessivo utilizzo di tale strumento da

parte di entrambi gli schieramenti ha spesso finito con il paralizzare le nomine dei giudici, al punto che molte sono le voci levatesi contro un istituto che, nato per favorire il dibattito e il consenso tra le parti, si è forse oggi tramutato in un meccanismo di puro ostruzionismo politico ai limiti della costituzionalità (cfr. J. Chafetz e M. Gerhardt (2010), *Debate, Is the Filibuster Constitutional?*, 158 *U. Pa. L. Rev. Pennumbra* 245, <http://www.pennumbra.com/debates/pdfs/Filibuster.pdf>).

Quali che siano i futuri sviluppi del Senato americano, la nomina di Gorsuch ha di fatto chiuso la lunga battaglia sulla sostituzione di Scalia ma non la guerra che infiamma oggi la politica americana dopo la nomina di Trump. Tuttavia, sarebbe ingeneroso giudicare la figura di Gorsuch in termini esclusivamente politico-partitici per almeno due motivi.

In primo luogo, la scelta di Trump potrebbe rivelarsi come la meno divisiva di quelle fin qui operate nella sua criticatissima esperienza alla Casa Bianca, perché il designato è certamente un giudice conservatore, ma abbraccia uno stile assai prudente ed adogmatico nell'analisi delle questioni più controverse del diritto americano, tanto che anche i suoi colleghi liberal lo hanno definito come un giurista capace «interpret the Constitution and apply the law of the land without prejudice» (N.K. Katyal, *Why Liberals Should Back Neil Gorsuch*, NYT, 31/1/2017). Pur mostrando una posizione vicina all'originalismo di Scalia, inoltre, le sentenze di Gorsuch testimoniano anche una concezione Jeffersoniana della separazione dei poteri attenta ai limiti del governo federale; per questo, sotto il profilo squisitamente politico, le decisioni di Gorsuch potrebbero non incontrare (ad esempio in tema di immigrazione) i favori della Casa Bianca (sulle differenti visioni tra Scalia e Gorsuch, ad esempio in riferimento alla c.d. Chevron doctrine sul rapporto tra agency amministrative e giudici federali rispetto alla interpretazione di norme controverse, v. anche M. Kumm, *A Roguish and Unpopular President is potentially an Occasion for the Judiciary to Shine* in <http://verfassungsblog.de/a-roguish-and-unpopular-president-is-an-occasion-for-the-judiciary-to-shine/> 4 aprile 2017).

In secondo luogo, la corretta valutazione dei giudici supremi dovrebbe indagare, più ancora che le inclinazioni politico-partitiche dei candidati, la teoria della Costituzione da essi accolta nel tentativo di comprendere se essa possa o meno, all'interno degli equilibri della Corte, migliorare l'interpretazione pluralista del diritto costituzionale americano. È noto, infatti, che all'interno della attuale Corte si fronteggiano (almeno) due filosofie giuridiche opposte che, rispettivamente, assegnano ai giudici il ruolo di interpreti di «a living document» o «a dead Constitution»; il confronto tra queste due teorie ha reso negli anni più ricco ed articolato lo sviluppo del costituzionalismo americano, consentendo ai giudici – anche e soprattutto attraverso le loro dissenting e concurring opinions – di dare visibilità alle diverse idee che compongono la società americana. La scomparsa di Scalia ha privato l'originalismo di uno dei suoi più brillanti interpreti, ed è dunque (anche) in questa prospettiva che deve essere valutata la nomina del suo sostituto; più che per le sue idee politiche, infatti, l'eredità di Scalia merita di essere celebrata per la sua capacità di dar voce, attraverso



argomentazioni spigolose ma convincenti, ad una teoria originalista e testualista della Costituzione che ha arricchito le decisioni della Corte suprema, ma anche tutta la cultura giuridica, non solo americana.

LUCA PIETRO VANONI è ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano

## **Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi: il *Bundesverfassungsgericht* non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD**

di Giacomo Delledonne

Con la sentenza del 17 gennaio 2017 (causa 2 BvB 1/13) il *Bundesverfassungsgericht* si è pronunciato sulla messa al bando della *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD), un partito di estrema destra d'ispirazione *völkisch* e non privo di contatti con l'esperienza del nazionalsocialismo. La NPD, fondata nel 1964, è attualmente rappresentata nel Parlamento europeo (oltre che, sporadicamente, nei parlamenti di alcuni *Länder* orientali). La sentenza, con cui unanimemente è stata rigettata l'istanza per lo scioglimento della NPD presentata dal *Bundesrat*, è ricca di insegnamenti sull'interpretazione della clausola dell'art. 21, c. 2, della Legge fondamentale (GG), che disciplina i presupposti del c.d. *Parteiverbot*: tale previsione affida al BvG le decisioni sull'incostituzionalità di «partiti che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti si prefiggono di attentare all'ordinamento costituzionale liberaldemocratico o di sovvertirlo, ovvero di mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale tedesca».

Per comprendere la portata di questa sentenza, è sufficiente citare un dato: si tratta della terza decisione *di merito* sullo scioglimento di un partito politico resa dal BvG nei suoi oltre sessant'anni di attività. La sentenza del gennaio 2017 fa cioè seguito alle due pionieristiche pronunce che determinarono nel 1952 lo scioglimento del partito neonazista SRP (BVerfGE 2, 1) e successivamente, nel 1956, del partito comunista KPD (BVerfGE 5, 85). Nel 2003, invece, si concluse in rito un primo *Parteiverbotsverfahren* avente ad oggetto la NPD (BVerfGE 107, 339). In quell'occasione la Corte non giunse a una decisione di merito poiché era emerso che membri dei servizi segreti avevano infiltrato il partito, arrivando addirittura a ricoprirvi incarichi di vertice: i giudici di Karlsruhe si arrestarono perciò di fronte al problema se questi individui avessero in qualche modo condizionato la vita interna del partito allo scopo di propiziare lo scioglimento. L'esito del processo *NPD-I* – pur confermando la funzione antimaggioritaria della giustizia costituzionale (F. Palermo (2003), *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2001-2002*, in *Giur. cost.*, p. 3382) – indusse molti a interrogarsi sulla vitalità, per il futuro, dell'art. 21, comma 2, GG. Nel dibattito dottrinale questa disposizione è stata oggetto di vivaci critiche: essa sarebbe divenuta «*de facto* obsoleta»; avrebbe ormai «scarsa rilevanza pratica»; rappresenterebbe una «cortina fumogena», potenzialmente pregiudizievole alla comprensione della posizione dei partiti politici nell'ordinamento costituzionale tedesco

(così, rispettivamente, U. Volkmann (2003), in *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 609; A. De Petris e J. Woelk (2015), *La «bisbetica domata», ovvero il successo limitato dei partiti anti-partito in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, p. 840; E. Caterina (2016), *Strumenti e rimedi a tutela della democrazia interna ai partiti politici: un'analisi nell'ordinamento tedesco*, in *Dem. dir.*, 1, p. 151).

Nel 2013 il *Bundesrat* ha nuovamente chiesto al BVG di dichiarare l'incostituzionalità della NPD. Prima di verificare se la NPD integrasse effettivamente i presupposti dell'art. 21, c. 2, GG, i giudici si sono preoccupati di puntualizzare quattro questioni interpretative. La Corte ha innanzitutto chiarito che l'art. 21, c. 2, GG è una componente in qualche modo *ordinaria* dell'impianto della Legge fondamentale. Non si tratta, cioè, di un limite imposto *ab externo* all'opzione costituzionale a favore di una democrazia rappresentativa in cui svolgono un ruolo di grande rilievo i partiti politici (artt. 20, c. 2, e 21, c. 1, GG), ma piuttosto di un'autolimitazione (*Selbstbeschränkung*) inerente alla nozione stessa di democrazia. Da questo punto di vista, la traiettoria della democrazia protetta interseca quella della riflessione sulla sostenibilità, caratteristica degli ordinamenti giuridici contemporanei: per spiegare la natura dell'autolimitazione della democrazia prevista all'art. 21, il BVG fa riferimento all'esigenza di preservare una «democrazia duratura» (*dauerhafte Demokratie*) (§ 517). Né la clausola sulla messa al bando dei partiti antisistema ha perso alcunché della sua portata precettiva per il fatto di non essere stata quasi più applicata dagli anni Cinquanta: non si tratta, infatti, di una sorta di norma transitoria, irrimediabilmente legata ai singolari esordi della *Bonner Republik* (§ 519 s.). D'altra parte, il carattere *aperto* del processo politico, la libertà di espressione e il riconoscimento costituzionale della libertà dei partiti politici rendono necessaria una lettura restrittiva dell'art. 21, c. 2, del quale dev'essere preservata la natura eccezionale (§ 523 s.).

In linea con questa interpretazione restrittiva, per individuare i contenuti del bene tutelato dall'art. 21, c. 2, GG – l'«ordinamento costituzionale liberaldemocratico» – il BVG rileva l'insufficienza di un rinvio generico alla clausola di eternità dell'art. 79, c. 3, che pone un'articolata serie di limiti al potere di revisione costituzionale: si tratta piuttosto di concentrarsi su «pochi principi fondamentali centrali», irrinunciabili ai fini della «preservazione di una convivenza liberaldemocratica» (§ 535). La non coincidenza fra clausola di eternità e *freiheitliche demokratische Grundordnung* significa, ad esempio, che partiti monarchici o antifederalisti non correrebbero il rischio di essere dichiarati incostituzionali (§ 537). Dialogando con la dottrina, la Corte si mostra consapevole del fatto che la sua opera d'interpretazione della nozione di ordinamento liberaldemocratico è stata tacciata di incompletezza, arbitrarietà, indeterminatezza, predisposizione all'abuso e mancanza di sistematicità (§ 534). Il punto da cui deve muovere la ricostruzione, allora, è dato dalla dignità umana, «il valore supremo della Legge fondamentale» (§ 538): questo risulta ulteriormente specificato dai due principi della democrazia e dello Stato di diritto. Gli elementi costitutivi di questo trittico «sono intrecciati l'uno con l'altro e si condizionano vicendevolmente» (§ 556). In terzo luogo, la Corte ha riconosciuto di essere stata piuttosto generica anche nella sua interpretazione delle nozioni di attentato (*Beeinträchtigung*) e di sovvertimento (*Beseitigung*) dell'ordinamento liberaldemocratico.

Cercando di operare una distinzione fra le due, si può affermare che *sovertire* allude alla «soppressione di almeno uno degli elementi essenziali dell'ordinamento liberaldemocratico o [al]la loro sostituzione con un altro ordinamento costituzionale o con un altro sistema di governo» (§ 550); con l'*attentato*, invece, si provoca «una messa a repentaglio dell'ordinamento liberaldemocratico percepibile con sufficiente intensità» (§ 556).

L'elemento più innovativo nell'approccio del BVG è però dato, da ultimo, dall'interpretazione del verbo *prefiggersi* (*darauf ausgehen*), che istituisce un collegamento tra finalità del partito coinvolto e comportamento dei suoi aderenti, da un lato, e attacco alla *freiheitliche demokratische Grundordnung*, dall'altro. Su questo punto la Corte opera un esplicito *revirement* rispetto alla sentenza KPD del 1955 (§ 586). Il *Parteiverbot* non mira a mettere al bando orientamenti politici o correnti di pensiero; è necessario invece che il partito coinvolto abbia superato una certa soglia, tanto da far apparire concreto il pericolo di un suo successo (§ 570). Si accoglie così un argomento che era già stato adoperato senza successo negli anni '50 per affermare l'inopportunità di una messa al bando del partito comunista: la scarsa attitudine di una forza politica sostanzialmente irrilevante a mettere a repentaglio la tenuta dell'ordinamento costituzionale (BVerfGE 5, 85, 143; cfr. anche J. Collings (2015), *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, p. 41). Non fa parte dei presupposti per la messa al bando di un partito, invece, la sua «affinità essenziale» col nazional-socialismo; a essa, tutt'al più, può essere riconosciuto un valore indiziario (§ 591). La Corte ha così ribadito l'intonazione antitotalitaria o anti-estremista – più che specificamente antinazista – della propria lettura dell'art. 21, c. 2, GG (cfr. E. Stradella (2008), *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e «prassi»*, p. 146).

È il caso di sottolineare che la sentenza riserva un'attenzione particolare ai risvolti non strettamente nazionali dello scioglimento di un partito politico. Oltre a rigettare la richiesta della NPD di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE, il BVG si è preoccupato di porre in rilievo la conformità della propria interpretazione dell'art. 21, c. 2, GG alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo formatasi con riguardo all'art. 11 CEDU (e su cui cfr. S. Ceccanti e D. Tega, *La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. Di Giovine (a cura di) (2005), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, pp. 61 ss.).

I giudici di Karlsruhe sono quindi passati a esaminare la specifica situazione della NPD. Al fine di decidere sull'incostituzionalità e sul conseguente scioglimento del partito, il BVG divide il proprio scrutinio in due tronconi: nel primo la domanda è se la NPD persegua (*anstrebt*) il sovvertimento dell'ordinamento liberaldemocratico; nel secondo, invece, se indizi concreti e significativi (*konkrete Anhaltspunkte von Gewicht*) facciano apparire possibile il raggiungimento di quello scopo. La risposta è chiaramente positiva nel primo caso ma negativa nel secondo, il che porta al rigetto dell'istanza di scioglimento: i ripetuti rovesci elettorali, il calo degli iscritti e le difficoltà organizzative rendono assai remota l'ipotesi che la NPD riesca a realizzare il suo programma.

Al di là delle argomentazioni principali, sono interessanti alcune considerazioni di contorno, con cui la Corte ritorna sui capisaldi della propria giurisprudenza in materia

di partiti. È il caso dell'organizzazione interna del partito sospettato d'incostituzionalità. Sebbene il suo programma presenti indubbi punti di contatto con l'ideologia nazional-socialista, al proprio interno la NPD rifiuta il *Führerprinzip*. La Corte ritiene però che questa circostanza sia irrilevante: mentre nella sentenza *SRP* l'organizzazione interna del partito coinvolto faceva sospettare ch'esso operasse *anche all'esterno* in senso anticostituzionale, in questo caso da un'organizzazione interna di stampo democratico non si può inferire un'effettiva adesione della NPD al quadro costituzionale (§ 841).

Come si vede, nella sentenza *NPD-II* il BVG si è sforzato di offrire una lettura dell'art. 21, c. 2, GG che ne neutralizzi il potenziale di «arma a doppio taglio (*zweischneidige Waffe*) dello Stato di diritto democratico contro i suoi nemici organizzati», bisognosa perciò di «un massimo di sicurezza giuridica, trasparenza, prevedibilità e affidabilità del procedimento» (BVerfGE 107, 339, 369). Allo stesso tempo, ne ha fortemente accentuato il carattere di *extrema ratio*. Non c'è contraddizione, cioè, fra la scelta di confermare la vitalità di questa disposizione e la sua interpretazione in termini restrittivi. I critici si sono soprattutto concentrati sulla possibile aporia risultante dall'elaborazione di un canone di giudizio così esigente e dalla contestuale sottolineatura del carattere preventivo del rimedio offerto dal *Parteiverbotsverfahren*. Il rischio, cioè, è che si possa procedere nei confronti di un partito politico soltanto nel caso in cui questo sia *già* dotato di una considerevole forza organizzativa ed elettorale; con tutti i rischi di partigianeria e di strumentalizzazione politica cui una simile valutazione si presterebbe. Il BVG, d'altra parte, non è certo ignaro delle ricadute della sua sentenza in termini pratici. L'art. 21, c. 2, GG è una disposizione assai rigida: all'accertamento della sussistenza dei presupposti può fare seguito soltanto la declaratoria d'incostituzionalità del partito coinvolto; sanzioni più tenui – come «la riduzione o l'eliminazione dei finanziamenti statali» – sono però nella disponibilità del legislatore di revisione costituzionale (§ 625). Se ciò avvenisse, il finanziamento pubblico – che fu disciplinato nel 1967 in coincidenza con l'attuazione delle prescrizioni in materia di democrazia interna dell'art. 21, c. 1, GG – diventerebbe strumentale all'inveramento della clausola sui partiti antisistema del comma successivo.

GIACOMO DELLEDONNE è dottore di ricerca in Persone e tutele giuridiche presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

## **La *Data Retention* nel Regno Unito e l'*Investigatory Powers Act 2016*: una legge per il futuro troppo legata al passato.**

di Lucia Scaffardi

La recente entrata in vigore dell'*Investigatory Powers Act 2016* (d'ora in poi, IPA) rappresenta un nuovo, importante tassello nel mosaico legislativo britannico dedicato alle misure di sicurezza contro criminalità e terrorismo. Il percorso che ha portato all'approvazione della legge è stato però tutt'altro che semplice, costellato di ricorsi, pronunce e sentenze che hanno evidenziato come il tema del trattamento dei dati personali nelle

comunicazioni elettroniche rappresenti, e non solo nel Regno Unito, materia assai contrastata. Ripercorrere quelle tappe è essenziale per comprendere le scelte e le possibili opzioni validate dal legislatore in dis-continuità con il passato. Il 17 luglio 2014, a soli tre mesi dalla sentenza *Digital Rights Ireland* in cui la Corte europea di giustizia aveva dichiarato l'invalidità della Direttiva sulla *Data retention* (G. Tiberi, in questa *Rivista*, 3/2014; M. Nino, in *Dir. Unione europ.*, 4/2014), nel Regno Unito veniva emanato il *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* (d'ora in poi *DRIPA*). *Quella che appariva come una sorta di risposta politica, prima ancora che giuridica, alla decisione del giudice europeo, era incentrata proprio sulla pervasiva possibilità di accesso e il conseguente utilizzo di questi dati. Fin dalla section 1*, infatti, il *DRIPA* stabiliva che il Segretario di Stato potesse chiedere ad un fornitore di telecomunicazioni il mantenimento e l'accesso a dati considerati potenzialmente rilevanti, se riteneva che tale richiesta fosse necessaria e proporzionata in virtù del raggiungimento di determinate finalità da parte del Governo quali, ad esempio, gli interessi di sicurezza nazionale o più generalmente di sicurezza pubblica o la prevenzione di reati, non ulteriormente qualificati. Si veniva dunque a far riferimento ad un catalogo per certi versi generico e di estrema ampiezza (punti da a) a h) dell'articolo 22 (2) del *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* a cui il *DRIPA* rinviava) e al quale il Segretario di Stato avrebbe potuto far riferimento per le sue richieste di accesso. La norma prevedeva una clausola temporale secondo cui i dati potevano essere conservati per un massimo di 12 mesi.

Il 17 luglio 2015 la *High Court of Justice* si pronunciava sul ricorso proposto da Peter Brice e Geoffrey Lewis, unitamente a due parlamentari inglesi, David Davis (conservatore) e Tom Watson (laburista), (audite anche le associazioni civili *Open Rights Group* e *Privacy International*), dichiarando la sezione 1 del *DRIPA* incompatibile col diritto comunitario, in particolare con gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Le conclusioni dell'*High Court*, che facevano aperto riferimento al citato precedente *Digital Rights Ireland*, sottolineavano come il *DRIPA* non prevedesse regole chiare e precise affinché l'accesso e l'utilizzo dei metadati sulle comunicazioni, conservati a seguito di una *retention notice*, fossero strettamente limitati allo scopo di prevenire e perseguire gravi reati specificamente determinati. In tal senso, ai punti 94 e 95 del dispositivo, l'Alta Corte stabiliva che l'accesso e l'uso dei metadati dovesse essere circoscritto all'obiettivo di prevenire e punire «*precisely defined serious offences*». Era considerato possibile che i dati di persone non sospette potessero essere utilizzati per supportare le indagini, qualora queste però fossero rivolte all'individuazione di eventuali «*serious crimes*» e non per perseguire reati bagatellari. Inoltre, alla Corte appariva ulteriormente improprio che la richiesta per l'accesso ai dati non fosse sottoposta all'esame preliminare di un tribunale o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione potesse limitare l'accesso e l'utilizzo dei dati a quanto strettamente necessario per il conseguimento dello scopo perseguito. La *High Court*, in aperta continuità con il pronunciamento di Lussemburgo, aveva dunque enucleato una serie di indicazioni attraverso le quali era possibile sviluppare una attività di raccolta dati, anche massiva, ma a determinate condizioni, tali da tutelare gli individui da un uso improprio di tali informazioni, con relativa possibile lesione al diritto alla privacy.

Questa giurisprudenza apriva nel Regno Unito una serie di interrogativi di non relativa portata, stante anche il fatto che il DRIPA conteneva al suo interno una c.d. *sunset clause* (S. Ranchordas, in *Statute Law Review*, 1/2015) che determinava la fine della sua vigenza al 31 dicembre 2016 (*Final Provisions* sec.8 (3)). Diveniva allora imprescindibile, per il governo in primis e per lo stesso Parlamento, che stava discutendo un nuovo disegno di legge complessivo sulla materia, comprendere fino a dove la legge parlamentare britannica si potesse spingere sulla base dell'art. 15, (paragrafo 1, della direttiva 2002/58 come modificata dalla direttiva 2009/136), che prevede, come noto, la possibilità per gli Stati membri di adottare disposizioni legislative limitative dei diritti fondamentali, ma solo qualora la restrizione costituisca «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica» al fine di salvaguardare la sicurezza e la difesa dello Stato nonché la prevenzione, l'accertamento e il perseguimento di reati, senza portare però ad una lesione dei diritti dei cittadini europei (tutelati agli artt.7, 8, 52 paragrafo1).

L'allora neo premier britannico Theresa May decise così, attraverso il *Secretary of State for the Home Department*, di proporre appello contro detta sentenza dinanzi alla *Court of Appeal* (C-698/15 *Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and Others*). Quest'ultima propose una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia riguardante l'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in merito alla conformità dell'articolo 1 del *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* al diritto Ue (L. Woods, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 1/2015).

La Corte di giustizia si è pronunciata in merito il 21 dicembre 2016. Il caso *Tele2-Watson* tratta due rinvii pregiudiziali presentati rispettivamente dai giudici svedesi e, come detto, da quello britannico (C-203/15 e C-698/15) che sono stati successivamente riuniti e contiene una serie di rilevanti indicazioni in tema (per un'attenta analisi della recente sentenza si veda in questa rivista G. Tiberi e O. Pollicino e G.E. Vigevani, in *Forum* di *QC*, 16 gennaio 2017). Descriverne alcuni passaggi aiuta a capire come, secondo il giudice di Lussemburgo, le legislazioni nazionali debbano trattare i dati inerenti le comunicazioni elettroniche per non essere in contrasto con la normativa europea. Innanzitutto, gli obiettivi idonei a portare alla deroga al principio di riservatezza sono contenuti esaurientemente nell'art. 15, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2002/58, ma questi devono essere «correlati alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali», determinando così che solo la lotta alla criminalità grave può giustificare una simile lesione (punto 115). Reati gravi dunque, come potrebbero essere quelli legati alla lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata. La conservazione dei dati deve essere «strettamente necessaria» per combattere gravi crimini e l'accesso ai dati va comunque sottoposto a preventiva valutazione di una Corte o di una autorità indipendente a seguito della richiesta delle autorità nazionali preposte. I soggetti che vedono «scandagliati» i propri dati devono essere informati il più presto possibile, introducendo così una sorta di obbligo di informativa – nel momento ovviamente in cui queste notificazioni non siano più suscettibili di danneggiare l'inchiesta giudiziaria – e dando in questo modo la possibilità ai singoli



individui di agire nel caso si verifichi una lesione dei propri diritti fondamentali (punti 119 e 121). C'è poi un ulteriore tema di grande importanza riguardo la distruzione dei dati. La Corte specifica, infatti, come la normativa nazionale debba determinare la durata della conservazione dei dati e come questi debbano essere conservati nel territorio dell'Unione e distrutti irreversibilmente al termine del periodo prescritto dalla norma, in analogia con quanto già previsto nella sentenza *Digital Rights Ireland* (punti 66 e 68).

Nelle more del giudizio, considerando anche l'avvicinarsi della *sunset clause*, il Parlamento di Westminster calendarizzava appositamente l'iter legislativo ed arrivava all'approvazione della legge intitolata *Investigatory Power Act 2016* il 16 novembre 2016. La legge otteneva l'assenso regio il successivo 29 novembre per entrare in vigore il 30 dicembre 2016. L'IPA è un testo particolarmente dettagliato, composto di ben 272 articoli per una lunghezza di 300 pagine. Riassuntivamente, esso si occupa di riformare il regime attraverso il quale la polizia e i servizi di *intelligence* possono essere autorizzati a condurre intercettazioni e/o ad acquisire dati relativi a comunicazione di massa. Ciò che appare utile è comprendere se l'attuale *Investigatory Powers Act 2016* sia in linea con le prescrizioni derivanti dalla giurisprudenza europea (*Digital Rights Ireland* e *Tele2-Watson*) ed interna (*High Court*). Certamente il fattore temporale non ha permesso al legislatore di conoscere il dispositivo della sentenza *Tele2-Watson*. Tuttavia questa pronuncia appare in continuità con quanto già previsto e ben conosciuto nel Regno Unito fin dal 2014 in *Digital Right Ireland*, così come note erano le considerazioni a cui era pervenuta la stessa *High Court* avverso cui si era opposto ricorso. Eppure la nuova legge, seppure introduca interessanti e innovative figure di coordinamento e supervisione come l'*Investigatory Powers Commissioner* (Sections 227-240), sicuro portato delle maggiori garanzie richieste in questi processi di sorveglianza massiva, dall'altro presenta alcune disposizioni che non soddisfano i criteri posti dalla Corte di giustizia, prefigurando possibili nuovi ricorsi. Si può da subito notare, infatti, come l'IPA non limiti gli scopi del mantenimento dei dati ai cd. *serious crimes*. Secondo la nuova normativa inglese, le richieste dei dati possono essere concesse per motivi diversi da quelli inerenti reati gravi (ad esempio per motivi fiscali o di salute pubblica), continuando a far riferimento ad un generico interesse alla sicurezza pubblica, ma anche ad aspetti attinenti la regolamentazione dei mercati finanziari o alla stabilità finanziaria (Section 61(7), IPA), finendo così per dilatare in modo praticamente universale i motivi alla base dei quali sia possibile accedere ai dati conservati e non discostandosi significativamente in questo dal precedente DRIPA. Quanto alle autorizzazioni (*warrants*), queste devono seguire un procedimento che vede la richiesta da parte ad esempio di un capo di un servizio di *intelligence* (o un funzionario designato da questo) al Segretario di Stato. Quest'ultimo può emanare tale mandato di *mass surveillance* dopo aver vagliato la proporzionalità della richiesta pervenuta. Detta autorizzazione deve comunque essere ulteriormente esaminata prima della sua definitiva autorizzazione anche da un giudice (*Judicial Commissioner*, Sections 23, 89, 108, 146), attuando così un meccanismo di doppio controllo esecutivo-giudiziario da leggersi positivamente rispetto al passato. A quella che potrebbe apparire una norma garantista e in linea con le richieste espresse dal Giudice europeo, si contrappone però una nuova incertezza, rappresentata

dall'elemento temporale. Esso infatti viene modificato rispetto al passato e ridotto ad un massimo di sei mesi (*Section 32*), con la previsione che si possa attuarne il rinnovo sulla base della procedura descritta, rendendo così possibile il dilatarsi del tempo senza un limite preciso e facendo venir meno uno degli elementi sempre richiesti dalla giurisprudenza, vale a dire la limitazione temporale del mantenimento dei dati. Non esistono poi, all'interno dell'IPA, norme che prevedano come in momenti successivi alla fase investigativa gli interessati vengano portati a conoscenza che i dati che li riguardano siano stati utilizzati, come invece viene auspicato dai diversi giudici.

Conclusivamente, si può sottolineare come il quadro scaturente dalle sentenze della Corte di Giustizia in tema di *Data retention*, nonché alcune pronunce rese dalle Corti statali negli ultimi anni, sembrano tendere in Europa a riequilibrare il difficile rapporto tra sicurezza e diritto alla protezione dei dati in favore di questi ultimi, nel segno dell'applicazione di un pieno criterio di proporzionalità e di gravità dei reati. Tuttavia il piano del riparto di competenze tra Stati e UE appare in alcuni passaggi non sempre pienamente argomentato. Ed è così che il Regno Unito, da sempre attento alle esigenze securitarie, cerca di opporre una sorta di resistenza statuale che mira ad ampliare i margini di discrezionalità possibili nelle operazioni di raccolta, conservazione ed analisi dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche. Tendenza che oggi, alla luce della preventivata uscita del Regno Unito dalla Ue, apre ulteriori elementi di riflessione.

LUCIA SCAFFARDI è professore di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Parma.