

ANNO LXVII - 1999/2000

NUOVA SERIE A - N. 51.4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

MATTEO MICHELETTI, *Istituzioni e persona. Appunti a margine dell' ordinamento di supremazia speciale*

EMILIANO NICOLINI, *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici cattolici nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*

LUCA PAOLINI, *Organizzazione della professione legale, tariffe e mercato: spunti giurisprudenziali*

GIURISPRUDENZA E NOTE

LAURA CARNEROLI, *Sequestro penale-finalità-funzione preventiva - sussistenza-limiti - Sequestro penale-presupposti - gravi indizi di reato-necessità - periculum in mora-necessità*

LAURA CARNEROLI, *Prescrizione del reato - Ferie giudiziarie - Sospensione termini processuali - Sospensione prescrizione - Violazione diritto di difesa - Insussistenza - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza*

Copyright: G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ISBN 88-348-0730-8

Direttore responsabile: CARLO BO

Comitato scientifico: GIAN PAOLO CALCHI NOVATI, ENRICO GABRIELLI, RÉGINALD GRÉGOIRE, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, GUSTAVO PANSINI, VITTORIO PARLATO, PIERGIORGIO PERUZZI, EDUARDO ROZO ACUÑA, CHIARA TENELLA SILLANI, LUISA TORCHIA

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXVII - 1999/2000

NUOVA SERIE A - N. 51,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

MATTEO MICHELETTI *Istituzioni e persona. Appunti a margine dell'ordinamento di supremazia speciale*

ABSTRACT

Il lavoro che si pubblica si occupa della situazione soggettiva di coloro che si trovano inseriti, volontariamente o meno, in organizzazioni pubbliche (scuole, Forze armate, impiego pubblico, ordinamenti sezionali, ospedali, ecc.).

Esso prende le mosse dalla dogmatica della supremazia speciale, elaborata in Germania a metà dell'Ottocento al fine di giustificare le deroghe ai principi dello Stato di diritto che si verificavano dentro le Pubbliche Amministrazioni (in particolare, restrizioni dei diritti costituzionali di coloro che vi erano inseriti e deroga al principio di legalità), per illustrare i suoi sviluppi attraverso la teoria dell'ordinamento interno e quella dell'ordinamento derogatorio, ed il suo superamento formale – ma non sostanziale – con la dottrina del bilanciamento degli interessi.

Il saggio propone quindi una lettura costituzionalmente orientata della posizione del cittadino all'interno delle Pubbliche amministrazioni, sostenendo che tutte le organizzazioni pubbliche devono informarsi allo spirito democratico della Repubblica, che postula la garanzia per il soggetto inserito in esse di una situazione equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale. Alla luce di tale assunto vengono analizzate alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali attinenti agli antichi settori ricondotti alla supremazia speciale.

MATTEO MICHELETTI

ISTITUZIONI E PERSONA.
APPUNTI A MARGINE DELL'ORDINAMENTO
DI SUPREMAZIA SPECIALE

SOMMARIO

1. *Premessa.* 2. *La supremazia speciale.* 3. *Costituzione, pluralità degli ordinamenti giuridici e spirito democratico della Repubblica.* 4. *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali.* 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

Il presente studio è dedicato all'analisi delle relazioni che si instaurano tra le Amministrazioni pubbliche e le persone con cui entrano stabilmente in contatto, utilizzando come criterio di osservazione il rapporto tra libertà ed autorità.

Il titolo che si è scelto per questo saggio non può non richiamare alla mente dello studioso di diritto pubblico l'*istituzione* di Santi di Romano, e quindi la figura dell'*ordinamento interno*, o – più precisamente evidenziandone le ascendenze storiche –, *di supremazia speciale*.

Si può dire che la supremazia speciale si è connotata storicamente come sanzione dottrinale del primato dell'autorità sulla libertà umana. Essa ha conosciuto il suo periodo di maggiore fulgore nella Germania di fine Ottocento e nell'Italia della prima metà del secolo XX. Con l'entrata in vigore della Costituzione e con il conseguente affermarsi dell'ordinamento repubblicano, tuttavia, tale figura dogmatica ha incontrato un sempre più crescente disfavore nell'elaborazione scientifica, al punto che essa, oggi, non appare quasi più nei manuali di diritto costituzionale. La supremazia speciale è stata così degradata a mera figura del diritto amministrativo, nelle cui trattazioni viene utilizzata come concetto ad un tempo riassuntivo e descrittivo dei rapporti che si instaurano tra le Amministrazioni e coloro con cui esse entrano stabilmente in contatto, ed al privato che si trova in tale situazione giuridica viene riconosciuta una posizione soggettiva di interesse legittimo.

Peraltro, al disfavore classificatorio non sembra sia corrisposto un disfavore sostanziale, in quanto l'esigenza di riconoscere una prevalen-

za alle organizzazioni pubbliche sulla persona umana appare ancora largamente sentita dalla dottrina, oltre che dal legislatore e dalla giurisprudenza. La stessa tecnica del bilanciamento degli interessi, cui è tributaria larga parte dell'elaborazione di diritto costituzionale, risolve – come si vedrà – la dialettica tra autorità e libertà in favore della prima nel nome delle ragioni della solidarietà politica, economica e sociale.

Questo lavoro si propone allora lo scopo di indagare la nascita e lo sviluppo della dottrina della supremazia speciale, nonché la sua trasfigurazione nella dottrina del bilanciamento degli interessi. Il quesito cui si cercherà di fornire una risposta è se dalla Costituzione si può ricavare un criterio risolutivo del rapporto tra libertà ed autorità diverso dal primato della seconda sulla prima – sia pure attraverso la mediazione della politica, quale strumento di concretazione del consenso ed espressione della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. –. Alla luce del risultato di tale disamina verranno lette alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali nei settori che più attengono agli antichi rapporti di supremazia speciale.

2. *La supremazia speciale*

Parallelamente all'affermarsi dello Stato di diritto¹, e quindi della sottoposizione dello Stato al diritto, rappresentato dalla legge, si assiste paradossalmente all'insorgere dell'esigenza di garantire alle Amministrazioni pubbliche uno spazio di auto-organizzazione², da riempire con le norme da esse stesse prodotte. La riflessione si appunta in particolare sul fondamento del potere disciplinare – nei suoi due profili, precettivo e sanzionatorio –, che della potestà di auto-organizzazione appare la manifestazione più eclatante.

Nella Germania della seconda metà del XIX secolo, le prime elaborazioni – ad opera di Listz e Schulze – considerano la potestà disciplinare, quale manifestazione della sovranità (generale) dello Stato, pur tenendola distinta dal potere punitivo esercitato da quest'ultimo trami-

¹ Cfr., per tutti, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, p. 11 ss.

² Sulla nozione di organizzazione, si veda G. PALEOLOGO, voce *Organizzazione pubblica*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXI, p. 135 ss.

te la giurisdizione penale³. Le successive sistemazioni superano tuttavia questa impostazione e, ad opera di Otto Mayer, individuano il fondamento del potere disciplinare, e quindi della potestà di auto-organizzazione dell'Amministrazione, nel *rapporto di supremazia speciale* (*besonderes Gewaltverhältnis*), che si instaura tra il soggetto privato ed il soggetto pubblico. Il rapporto di supremazia speciale è caratterizzato in particolare dal riconoscimento in capo al soggetto pubblico del potere di regolare normativamente i rapporti col soggetto privato con cui il primo entri stabilmente in relazione, indipendentemente da una legge che ne faccia espressa attribuzione (*deroga al principio di legalità*), e dalla riduzione delle garanzie che spettano normalmente al suddito nei confronti dello Stato, in quanto tra le istituzioni pubbliche ed i soggetti in esse incardinati sorge un rapporto di dipendenza inasprita (*deroga ai diritti costituzionalmente garantiti*⁴). La potestà in questione è propria dei soli enti pubblici e si distingue dal più generale potere di sovranità che spetta allo Stato nei confronti dei sudditi⁵. La figura della supremazia speciale così delineata conosce un utilizzo amplissimo: ad essa vengono infatti ricondotti i rapporti che si instaurano tra l'Amministrazione e i suoi impiegati, così come quelli intercorrenti

³ Cfr. A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953, p. 71 ss.; G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, I, p. 328; G. LANDI, voce *Disciplina*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, p. 18; M. CALVERI, *Il sistema delle punizioni disciplinari nel diritto scolastico*, Milano, 1985, p. 5.

⁴ Va tuttavia osservato che i *diritti costituzionalmente garantiti*, per quest'epoca, sono i *diritti pubblici subiettivi*, che, secondo le teorizzazioni di Laband e Jellinek, consistono semplicemente nella pretesa alla *legalità* dell'azione amministrativa, ossia nella pretesa che lo Stato rispetti le regole disciplinanti il suo agire che esso stesso si è imposto autolimitandosi (Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in IDEM, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 313 ss.).

⁵ L'individuazione del potere disciplinare nei confronti di coloro che entrino a far parte volontariamente dell'organizzazione amministrativa quale potestà distinta dalla più generale sovranità dello Stato risale a Jellinek, che lo ritiene di natura non diversa da quella del potere del capofabbrica nei confronti dei suoi operai, e lo riconduce alla categoria dei *rapporti di signoria* (*Herrschaftsverhältnissen*). Lo stesso Autore riconosce tuttavia l'esistenza di casi in cui il soggetto privato è sottoposto a poteri disciplinari pur non essendo entrato volontariamente a far parte dell'organizzazione della Pubblica amministrazione: tali *rapporti di potestà* (*Gewaltverhältnissen*) vengono giustificati tramite la loro riconduzione ad un potere proprio dei soli enti pubblici, ma distinto ancora una volta dalla sovranità dello Stato. Come si è visto la bipartizione viene superata da Mayer. In argomento si veda ZANOBINI, *Le norme interne*, cit., pp. 328-329.

con i militari, con i carcerati e con coloro che godono delle prestazioni dei *pubblici istituti* (scuole, collegi, convitti, accademie, ospedali, musei, biblioteche, manicomi)⁶, sino a giungere a rinvenirvi anche il fondamento del potere di polizia⁷.

La dogmatica della supremazia speciale fa il suo ingresso in Italia alla fine del secolo diciannovesimo, ad opera di Santi Romano, il quale individua nel *besonderes Gewaltverhältniss* il fondamento delle *norme interne di diritto pubblico* – o *interna corporis* –, ossia di quelle disposizioni che le Amministrazioni possono emanare ai fini di disciplinare i rapporti con coloro con cui entrano stabilmente in contatto. Tali norme sarebbero prive del carattere della *giuridicità*, in quanto irrilevanti per l'ordinamento statale, e quindi non invocabili in giudizio.

Lo stesso Autore rifonde poi la dogmatica delle norme interne e quella della supremazia speciale nella sua elaborazione più famosa: la *pluralità degli ordinamenti giuridici*. In opposizione alla dottrina del tempo, che identifica lo Stato con il diritto e il diritto con le norme, egli afferma l'esistenza di *istituzioni*, ossia di gruppi di soggetti organizzati che si danno norme, e che devono essere considerati a tutti gli effetti *ordinamenti giuridici*⁸. Romano definisce poi *ordinamenti interni* quelle istituzioni che sono partizioni di istituzioni maggiori, e che

⁶ Cfr. ZANOBINI, *Le norme interne*, cit., pp. 328 e 363 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 66.

⁷ La possibilità di concepire la figura del *besonderes Gewaltverhältniss* come sin qui descritta viene esclusa dalla *teoria normativista* di Kelsen e Merkl, la quale, costruendo l'ordinamento giuridico come un sistema di norme che si dipartono a piramide dalla *Grundnorm*, e che ad essa, come del resto alle norme superiori, devono essere conformi, riduce la supremazia speciale a semplice norma speciale (Cfr. OFFIDANI, *Studi*, cit., p. 141 ss.; sulla teoria normativista si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 146 ss.). La prospettazione in parola non si è tuttavia rivelata in grado di imporsi completamente e di superare la teorizzazione di Mayer.

Va comunque ricordato che la dottrina coeva alla Costituzione di Weimar, facendo leva sul secondo comma dell'art 133 della Costituzione (secondo cui le limitazioni ai diritti fondamentali dei militari potevano essere disposte solo dalla legge in quanto necessarie per l'adempimento dei loro compiti e per il mantenimento della disciplina), afferma la vigenza dei diritti costituzionali anche nei rapporti di supremazia speciale, sostenendo la necessità di una legge per procedere alla loro limitazione (Cfr. P. DE CARLI, *Costituzione e potere disciplinare sugli studenti*, Milano, 1973, p. 38).

⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 26 ss.. Si vedano anche F. MODUGNO, voce *Istituzione*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, p. 88 ss.; LANDI, voce *Disciplina*, cit., p. 26.

sono da queste ultime dominate, pur rimanendo irrilevanti nei confronti dell'ordinamento maggiore di cui sono parte. A tale categoria egli riconduce in particolare gli ordinamenti dell'organizzazione dello Stato e "gli ordinamenti dei suoi singoli organi e istituti, sia in sé e per sé, sia nei rapporti con le persone che sono titolari dei rispettivi uffici o con le persone che, per varie cause possono essere ammesse negli istituti medesimi"⁹. I rapporti che si instaurano negli ordinamenti interni vengono così a coincidere con quelli che in precedenza erano ricondotti alla supremazia speciale: si può dire che nasce così la dogmatica dell'ordinamento di supremazia speciale¹⁰.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina, sia pure non in maniera unanime, mostra un crescente disagio ad ammettere che esistano settori dell'ordinamento della Pubblica Amministrazione che costituiscono zone franche nelle quali non trovano applicazione il principio di legalità ed i diritti costituzionalmente garantiti¹¹. Nel corso degli anni '60 l'elaborazione dogmatica sottopone quindi a critica la figura dell'ordinamento interno o di supremazia speciale: si osserva infatti che se anche le norme prodotte dalle istituzioni minori fossero irrilevanti per lo Stato – affermazione della quale si deve comunque dubitare –, non è vero il contrario. Si sottolinea invero che il diritto statale è sempre rilevante nei confronti degli ordinamenti minori, in quanto ne costituisce la norma fondante (*Grundnorm*), e che quindi la dottrina romaniana non è in grado di spiegare in maniera convincente le deroghe ai principi dello Stato di diritto¹².

Non per questo tuttavia si ritiene di poter fare a meno di risolvere il conflitto tra ragioni della persona e ragioni delle organizzazioni pub-

⁹ Cfr. ROMANO, *L'ordinamento, cit.*, p. 193 ss.

¹⁰ In argomento, si vedano OFFIDANI, *Studi, cit.*, p. 239 ss.; M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 219 ss.; G. LANDI, voce *Disciplina, cit.*, p. 17 ss.; G. DELLA VALLE, *Il potere disciplinare nei confronti degli alunni*, Milano, 1966, p. 18 ss.; G. LANDI-G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987, p. 336 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 87 ss.

¹¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, I, p. 96 e nota 46, secondo cui il terzo comma dell'art. 52 Cost. è un principio più generale, che impone anche negli ordinamenti pubblici minori il rispetto dei principi qualificanti il tipo di Stato e di regime.

¹² Cfr. BACHELET, *Disciplina, cit.*, p. 33 ss.; R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze armate*, Milano, 1988, *cit.*, p. 29 ss.

bliche in favore delle seconde: alla figura dell'ordinamento di supremazia speciale si sostituisce così quella dell'*ordinamento derogatorio*. Essa viene applicata in settori dell'organizzazione pubblica la cui disciplina sia stata storicamente caratterizzata da profili derogatori rispetto ai principi dello Stato di diritto e per i quali le norme costituzionali ad essi attinenti non prevedono *espressamente* la presenza delle normali garanzie di cui il cittadino gode nei confronti dello Stato. Si afferma allora che i profili di eccezione rappresentano una necessità in sé del settore stesso e si conclude quindi che la Costituzione non può che averli recepiti. Va comunque osservato che si ritiene che la normazione degli organi preposti al settore possa dispiegarsi solo nel rispetto del principio di legalità (il quale ultimo pare tuttavia concepito più in maniera formale, che sostanziale¹³)¹⁴.

Peraltro, anche la dottrina dell'ordinamento derogatorio non si è provata esente da aporie interne. Si è in particolare rilevato che appare metodologicamente scorretto ricostruire la disciplina costituzionale degli ordinamenti settoriali sulla base della normativa previgente, senza procedere ad una previa interpretazione delle disposizioni della Carta nel sistema della stessa¹⁵, e per giungere così di fatto ad una pietrificazione dell'assetto derogatorio. Più in generale, va osservato che la dottrina dell'ordinamento derogatorio sembra partire dal presupposto che i concetti e gli istituti giuridici siano un che di ontologico, da rinvenire in certo senso nella natura delle cose¹⁶: la scienza giuridica, tuttavia, concorda ormai nel ritenere che il diritto è un prodotto della società. Si riconosce infatti che concetti ed istituti variano insieme alla

¹³ Si intende per principio di legalità in senso formale la presenza di una legge purchessia che attribuisca facoltà normative alla Pubblica amministrazione, mentre con il principio di legalità in senso sostanziale si vuole fare riferimento alla riserva relativa di legge.

¹⁴ A titolo esemplificativo si vedano, per l'ordinamento militare, BACHELET, *Disciplina, cit.*, *passim*; A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXIV, p. 299; per l'ordinamento del credito e del risparmio, F. MERUSI, *Problemi pubblicistici della legislazione bancaria*, in *Pol. Dir.*, 1974, p. 475 ss.; IDEM, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, II, p. 1081 ss. Sulla figura dell'ordinamento derogatorio si veda anche E. Rossi, *Il 3° comma dell'art. 52*, nel commento all'art. 52 Cost. del *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Artt. 48-52, Bologna, p. 149 ss.

¹⁵ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 35 ss.

¹⁶ Cfr., ad es. BACHELET, *Disciplina, cit.*, p. 231, nota 21.

comunità umana di cui sono espressione, e non si può quindi giustificare alcuna loro ipostatizzazione¹⁷.

Di fatto, la teoria dell'ordinamento derogatorio viene superata negli anni '70 – durante i quali si assiste allo sviluppo di un largo movimento di opinione teso ad ottenere una maggiore partecipazione democratica nelle decisioni e nelle scelte del potere pubblico ed ispirato ad un nuovo modo di concepire i rapporti tra Stato e cittadino – che vedono l'affermarsi della dottrina del *bilanciamento degli interessi* (o *dei valori*). Quest'ultima si fonda sostanzialmente su di un'interpretazione dell'art. 2 Cost. secondo cui i *doveri inderogabili* hanno una funzione di per sé limitativa dei *diritti inviolabili*. Per diritti inviolabili non si intendono tuttavia quelli esplicitamente o implicitamente considerati come tali dalla Costituzione, ma tutti i *diritti fondamentali*, cioè quelli costituzionalmente garantiti. Analogamente, per doveri inderogabili non si intendono quelli qualificati come tali dalla Carta fondamentale, bensì quelli ricavabili da ogni principio costituzionale che possa ricollegarsi agli artt. 3 e 4 Cost., e dunque alla piena integrazione e realizzazione della persona umana. Si afferma quindi che ai diritti costituzionalmente garantiti, assurti a loro volta al rango di principi, possono essere apposte limitazioni ulteriori rispetto a quelle esplicitamente previste dalla Costituzione, purché siano stabilite da una *legge* che preveda obblighi puntuali, i quali siano specificazione di un principio costituzionale che, in base ad un giudizio di bilanciamento, debba ritenersi prevalente rispetto ai primi¹⁸.

Per addivenire ad un simile risultato sono necessarie due operazioni. In primo luogo, si devono trasformare tutte le regole in principi. Sulla scorta di Ronald Dworkin si afferma quindi che “le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazio-

¹⁷ Si vedano, in questo senso, tra gli altri, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, *cit.*, p. 37 ss.; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 14 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, Giuffrè, 1982, p. 7 ss.; R. PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, Padova, 1997, p. 19 ss.; N. MARZONA, *La sistemazione del diritto pubblico nei manuali recenti*, in *Jus*, 1994, p. 211 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 39 ss.

¹⁸ In generale, sul bilanciamento degli interessi si vedano: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia Repubblicana*, Padova, 1995, p. 255 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 309 ss.

ne, i principi all'opposto, non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare, poiché di essi diventa necessario considerare il 'peso', la 'dimensione' – fattori che appaiono del tutto trascurabili quando si opera con le regole, mentre sono determinanti nella procedura di 'bilanciamento'"¹⁹. Al fine di tramutare una regola in un principio la principale tecnica utilizzata è costituita dall'interpretazione sistematica delle norme costituzionali, tra loro o in rapporto alla legislazione ordinaria, onde ricavare lo spirito a cui la Costituzione si è ispirata²⁰. In secondo luogo, bisogna sostenere l'identificazione della categoria del *dovere costituzionale* con quella della *limitazione al diritto*.

Una volta compiute queste due operazioni si pone il problema di operare il bilanciamento in concreto: diversi sono i criteri utilizzati, anche in concorrenza tra loro. Il più impiegato è sicuramente l'applicazione del principio di ragionevolezza, il quale può essere definito come il divieto per il legislatore di trattare situazioni uguali in modo diverso e situazioni diverse in modo eguale – esso deriva sostanzialmente dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 3 Cost. –; il sindacato sull'omogeneità o meno delle situazioni che vengono in considerazione avviene – in linea di principio – sul piano fattuale e non sulla base della qualificazione normativa effettuata dal legislatore, sino a giungere, a volte, al controllo di *proporzionalità*²¹. Altro criterio utilizzato è quello secondo cui le limitazioni ai diritti costituzionali non potrebbero intaccarne il *contenuto essenziale* (*Wesengehalt*): il rispetto di quest'ultimo sarebbe garantito dal *principio di inviolabilità ex art. 2 Cost.*²². Meno frequentemente vengono invocati sia il principio per cui "i limiti all'esercizio dei diritti fonda-

¹⁹ BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 9 ss. Per intendersi, sarebbe una regola il comma 2 dell'art 13 della Cost., mentre sarebbe un principio l'art. 6 Cost.

²⁰ Cfr. BIN, *Diritti*, cit., p. 15 ss.

²¹ In argomento, si vedano BIN, *Diritti*, cit., pp. 44 ss.; 63 e 161; BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 169 ss.; SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit., p. 27 ss.; V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, p. 63 ss.; BERTI, *Manuale*, cit., p. 400 ss.

²² Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 288-289 e nota 387; A. BALDASSARRE, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Demo. e Dir.*, 1975, p. 640; S. RIONDATO, *Profili dello stato di attuazione dei principi sulla disciplina militare*, in AA.VV. *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, Padova, 1995, pp. 39-40. Per la verità, il principio del rispetto del contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti sembra atteggiarsi più come limite al bilanciamento degli interessi, che come criterio per la sua realizzazione.

mentali possono ammettersi solo qualora la realizzazione del fine cui è collegato l'eventuale sacrificio sia messa in pericolo" (il quale ultimo deve essere serio e reale)²³, sia quello del rispetto della personalità e dignità dell'uomo, che sarebbe l'intima essenza del nostro ordinamento democratico²⁴.

Con il prevalere, ad oggi, della dottrina del bilanciamento degli interessi si chiude formalmente l'esperienza dogmatica dell'ordinamento di supremazia speciale²⁵. Se tuttavia la prima supera il secondo nella forma, diverso è il discorso che si deve fare con riguardo alla sostanza. Anche il bilanciamento di interessi risponde in fondo alla logica della supremazia speciale, che è quella della chiusura della dialettica tra libertà ed autorità a vantaggio della seconda, sia pure nel nome della solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. La differenza è data semmai dal fatto che se la supremazia speciale si pone in una logica di *deroga alla Costituzione*, il bilanciamento degli interessi svolge invece un discorso di *deroga nella Costituzione*, onerando le libertà individuali di limiti ulteriori rispetto a quelli risultanti dal testo della Carta. Da questo punto di vista pare significativo che una volta risolto il conflitto tra autorità e libertà a favore della prima ed a livello costituzionale, la figura vera e propria della subordinazione speciale degradi nel diritto amministrativo, quale risultato del compiuto bilanciamento e situazione legittimante della posizione di interesse legittimo²⁶. In realtà, lo stesso rispetto ineludibile del principio di legalità – secondo la dottrina del bilanciamento degli interessi spetta infatti al legislatore l'individuazione dei doveri inderogabili limitativi dei diritti inviolabili – è più apparente che reale: esso, in ultima analisi, non è che un principio tra altri principi e niente vieta che un domani venga bilanciato, per es., con quello di buon andamento del-

²³ Cfr. G. MORBIDELLI, *I tre aspetti della democratizzazione delle Forze Armate*, in *Città e Regione*, 1976, I, n. 2, p. 42 e nota 21. Si veda anche BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 96.

²⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 1978, p. 645. Anche quest'ultimo, tuttavia, più che un criterio con cui operare il bilanciamento degli interessi, deve ritenersi un limite ad esso, cioè un valore che prevale su tutti gli altri. Si veda anche RIONDATO, *Profili*, cit., p. 41.

²⁵ Residuano comunque opinioni contrarie, sia pure minoritarie. Si veda, per es., da ultimo, A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 11 ss.

²⁶ Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1999, pp. 173-174.

l'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., e ritenuto soccombente a favore della potestà regolamentare di quest'ultima: con il che verrebbe restaurata la supremazia speciale nei suoi antichi tratti.

Peraltro, al di là di queste considerazioni di ordine generale, anche la dottrina del bilanciamento degli interessi non appare esente da aporie interine. Innanzitutto, non appare convincente l'assunto di base della teoria, secondo cui i doveri costituzionali coinciderebbero con i limiti ai diritti costituzionalmente garantiti. Come è stato osservato²⁷, tale identificazione risale alla dottrina più antica, la quale inquadrava la tematica dei doveri nel contesto dei diritti di libertà, considerandoli – per l'appunto – limiti accessori di questi ultimi. La Costituzione italiana, all'art. 2, tratteggia invece una vera e propria categoria di *dovere inderogabile*, specificandola poi in singole disposizioni, quali ad esempio l'art. 52, primo comma, o l'art. 34, secondo comma²⁸, mentre si occupa della categoria della *limitazione del diritto* in sede di enunciazione delle singole libertà, come ad es. nel secondo comma dell'art. 13. Neppure sembrano emergere, dall'art. 2 cit., elementi testuali che possano far pensare ad un'equivalenza tra le due categorie, tanto più che non pare potersi desumere dal contesto un'accezione avversativa nell'espressione “e richiede”, di cui alla disposizione in esame. Inoltre, se, come si mostrerà meglio in prosieguo, l'ordine giuridico è il prodotto della libertà e della responsabilità della persona e la responsabilità non è un limite alla libertà, ma ne è semplicemente l'altra faccia (è cioè auto-responsabilità), in quanto rappresenta l'apertura del singolo alla dimensione sociale²⁹, non si giustifica più la visione del dovere come limite alla libertà. In altre parole, il primo è una posizione soggettiva equiordanata alla seconda, e quindi non la può comprimere.

A contrario, a conferma di quanto sin qui sostenuto, si potrebbe argomentare dalla formulazione letterale dell'art. 19, comma 1, della Costituzione tedesca, il *Grundgesetz*, secondo il quale “nella misura in cui un diritto fondamentale possa essere limitato, in base alla presente Legge Fondamentale, con una legge od in base alla legge, tale legge deve valere in generale e non per il caso singolo”, o da quella dell'art. 2, comma 2, della medesima, secondo cui “ognuno ha diritto alla vita

²⁷ BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 94, nota 58.

²⁸ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 495 ss.

²⁹ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 39 ss. e p. 253; PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, p. 7 ss.

e all'incolumità fisica" e "la libertà della persona è inviolabile" ma "questi diritti possono essere limitati soltanto in base ad una legge": in tali casi si può davvero parlare di *dovere* come *limitazione* di un diritto di libertà, tanto più che la citata Costituzione non sembra conoscere una categoria generale di *dovere*. Prova ne sia che quando essa prevede qualcosa di simile al dovere, come nel caso dell'art. 12-a, ove si afferma che gli uomini a partire dai diciotto anni possono essere obbligati a prestare servizio nelle Forze Armate, nella polizia confinaria federale od in una formazione della protezione civile, si premura di stabilire espressamente i limiti ai diritti costituzionali – derivanti dalla legge – che esso può comportare: si veda l'art. 17-a³⁰.

La scelta del *Grundgesetz* come termine di paragone del ragionamento qui proposto non è casuale. Alla dottrina tedesca sembra infatti da far risalire la lettura della Costituzione come testo composto da principi, i quali devono poi essere specificati dalla legge al fine di trarne obblighi puntuali. In particolare a Carl Schmitt può essere ricondotta la tesi secondo cui i doveri non possono esplicitare la loro funzione di limite ai diritti, se non in base ad un'espressa previsione legislativa, non potendo essere realizzati direttamente mediante l'attività della Pubblica amministrazione³¹. Sia consentito citare anche qui, a conferma della lettura proposta, gli articoli 2, secondo comma, 12-a, primo comma, 17-a e 19, primo comma, del *Grundgesetz*. A ragione, si è però osservato che la suscettibilità o meno delle norme costituzionali di disciplinare direttamente situazioni soggettive non dipende dalla natura costituzionale o meno delle disposizioni stesse, ma dalla loro struttura, cioè dalla maggiore o minore precisione della fattispecie³².

Si tocca così un altro dei punti critici della dottrina del bilanciamento degli interessi. Come si è visto, l'interpretazione per principi della Costituzione presuppone l'insuscettibilità delle norme della Carta di trovare diretta applicazione senza l'intermediazione della legge. Si è

³⁰ Tale norma stabilisce che "Le leggi relative al servizio militare ed al servizio compensativo possono stabilire che siano limitati, per gli appartenenti alle Forze armate e per coloro che prestano servizio compensativo, il diritto fondamentale di esprimere e di diffondere liberamente le proprie opinioni con parole, scritti ed immagini... e il diritto fondamentale delle libertà di riunione... e che il diritto di petizione..., pur rimanendo garantito, sia limitato nella possibilità di presentare richieste o reclami in unione con altri".

³¹ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 59, nota 130.

³² Cfr. *ibidem*.

tuttavia rilevato in dottrina³³, che la confutazione dell'assunto secondo cui le norme della Costituzione sarebbero insuscettive di diretta applicazione è stato in Italia lo scopo ultimo dell'adozione dell'interpretazione per principi della Carta (e quindi del bilanciamento degli interessi). Tale dottrina può infatti essere letta come l'ultimo approdo della critica all'interpretazione della Costituzione per *norme precettive* e *norme programmatiche* operata dalla Corte di Cassazione, dal Consiglio di Stato e da altri Giudici durante il periodo in cui la Corte Costituzionale non era ancora entrata in funzione. Secondo tale teoria le norme costituzionali avrebbero infatti dovuto essere distinte in precettive e programmatiche a seconda della loro determinatezza: le prime avrebbero avuto effetti abroganti sulla legislazione previgente alla Carta del 1947, le seconde non avrebbero posseduto tale efficacia, in quanto dirette solo al legislatore, che avrebbe dovuto dare loro attuazione³⁴.

Contro un'interpretazione così riduttiva della Carta veniva a reagire la dottrina. In particolare, Vezio Crisafulli, in primo luogo, affermava che la Costituzione, in quanto legge, non aveva come destinatario il solo legislatore, ma anche la Corte Costituzionale e, in mancanza di riserva di legge, anche gli altri Giudici, la Pubblica amministrazione e tutti i soggetti di diritto. In secondo luogo, egli dava una nuova definizione dei principi rispetto a quella del diritto privato: non reputava cioè più necessario astrarli da norme particolari, ma riteneva che essi potessero anche essere *espresi*, infatti ciò che li definiva era – da un lato – una fattispecie più ampia rispetto alle regole e – dall'altro – la loro capacità di esprimere un significato diverso e più comprensivo rispetto a quello di queste ultime. I principi avrebbero avuto così una funzione interpretativa e integrativa nei confronti della legislazione vigente, e quindi anche efficacia abrogante. Di conseguenza, a proposito

³³ Cfr. ANGIOLINI, *Costituente, cit.*, p. 203 ss.

³⁴ Nella concreta esperienza applicativa, la distinzione si mostrò piuttosto oscura, tanto che gli articoli 24 e 113 Cost. che erano stati considerati programmatici dal Giudice ordinario, vennero invece qualificati precettivi dal Giudice amministrativo, con conseguenti effetti abroganti: Cfr. ANGIOLINI, *Costituente, cit.*, 189 ss. A ragione si è dunque osservato che le tesi della giurisprudenza sulle norme precettive e le norme programmatiche risultavano incomprensibili, "a meno di non ridurre le proposizioni della carta del 1948, recidendo ogni legame tra la loro interpretazione e quella della legge, a proposizioni dotate di effetti solo nell'ambito dell'organizzazione del potere legislativo" (*ibidem*, p. 193).

di quelle che venivano definite norme programmatiche dalla giurisprudenza, Crisafulli distingueva tra disposizioni prive di contenuto normativo che non sarebbero state giuridiche se non nel senso di servire come motivazione per altre norme, e disposizioni che si sarebbero distinte dai principi solo per avere come unico destinatario il legislatore, tuttavia con effetti per esso vincolanti, come i principi per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico³⁵.

Con la sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, la Corte Costituzionale accoglieva sostanzialmente la dottrina dell'Autore citato, affermando in linea di principio che le norme in precedenza definite "programmatiche" erano vincolanti per il legislatore e che dunque potevano essere parametro del giudizio di costituzionalità, mentre negava ad esse efficacia abrogante solo nel caso in cui fossero destinate ad agire unicamente tramite la legislazione³⁶.

Su questa piattaforma si è poi sviluppata la teoria dell'interpretazione della Costituzione per principi, con il connesso bilanciamento degli interessi. Appare chiaro che le contaminazioni della dottrina tedesca che si sono illustrate sin qui hanno snaturato l'originaria impostazione di Crisafulli, in quanto è stato stravolto il rapporto tra regole e principi, facendo prevalere i secondi sulle prime, che sono state poi a loro volta trasformate in principi³⁷. L'ascendenza germanica della dottrina in parola risulta del resto anche da quello che viene indicato come criterio limite del bilanciamento degli interessi, cioè il rispetto del contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti. La trasposizione è palese, poiché la dottrina ne cita il corrispondente termine, *Wesengehalt*, ed invoca un parallelismo tra il principio di *inviolabilità* dei diritti costituzionali, enunciato nell'art. 2 Cost., ed il secondo comma dell'art. 19 del *Grundgesetz*³⁸.

Alla luce di quanto osservato, pare allora che la dottrina del bilanciamento degli interessi come schema generale di interpretazione del rapporto tra diritti e doveri costituzionali possa essere qualificata

³⁵ Cfr. ANGIOLINI, *Costituente, cit.*, p.194 ss.; si veda anche V. CRISAFULLI, *La scuola, cit.*, p. 58 ss.

³⁶ Cfr. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 197.

³⁷ Cfr. IDEM, *Costituente, cit.*, p. 203 ss.; BIN, *Diritti, cit.*, p. 17 ss.

³⁸ Si veda LOMBARDI, *Contributo, cit.*, p. 289, nota 387. Critico sulla corrispondenza del *Wesengehalt* al sistema del diritto costituzionale italiano si mostra infatti BALDUZZI, in *Principio, cit.*, p. 60.

come *trapianto* (si parla anche di circolazione dei modelli giuridici)³⁹. Poiché tuttavia i modelli, le formule e i concetti sono al servizio dei valori ed hanno delle condizioni di funzionamento, sembra si possa concludere che tale trapianto non deve ritenersi compatibile con la nostra Costituzione, la quale ai fini di tutela delle libertà personali, è ricca di riserve di legge (assolute e relative)⁴⁰, a differenza della clausola generale di cui all'art. 19 del *Grundgesetz*, ed attribuisce un ruolo di primo piano alle riserve di giurisdizione⁴¹, mentre nella sistematica della Costituzione tedesca tale ultimo istituto pare rivestire una portata più limitata⁴². Come si è detto, inoltre, nel *Grundgesetz* non sembra esistere una categoria unitaria ed autonoma di dovere costituzionale; viceversa, è contemplato l'istituto della *privazione del diritto*, che non pare avere corrispondenti della Costituzione italiana^{43 44}.

Contro la teoria del bilanciamento degli interessi depone infine la fondamentale slealtà della concezione del potere pubblico ad essa sottesa: una sorta di forza che non conosce limiti e che travalica i vincoli

³⁹ Sulla circolazione-trapianto dei modelli giuridici si veda BOGNETTI, *Introduzione*, cit., p. 110 ss.

⁴⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro It.*, 1958, IV, p. 58 ss.; R. GUASTINI, voce *Legge (riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, p. 163 ss.

⁴¹ Sulla riserva di giurisdizione si vedano ANGIOLINI, *Riserva*, cit., *passim*; BERTI, *Manuale*, cit., p. 419 ss.

⁴² Il *Grundgesetz* contempla la riserva di legge per libertà di domicilio di cui all'art. 13 e per limitazioni della libertà personale ai sensi dell'art. 104 (si noti che quest'ultima norma, dal punto di vista sistematico, non è situata tra "I diritti fondamentali", ma è posta tra le disposizioni dedicate a "La giurisdizione").

⁴³ Fa forse eccezione l'art. 48 Cost., per il diritto di voto, il quale tuttavia parla di *limitazioni* e non di *privazione*. La stessa libertà personale di cui all'art. 13 Cost. può essere soggetta solo a "restrizioni" e non a *privazione*: prova ne sia che il penultimo comma della disposizione cit. prescrive la punizione di ogni *violenza fisica e morale* sui ristretti.

Da questa ultima osservazione si può trarre un argomento per affermare che è comunque garantito il rispetto del nucleo essenziale del diritto di libertà personale, che deriva dal testo della Carta e non da un incompatibile trapianto dal *Grundgesetz*. Se si tiene inoltre presente che la nozione di libertà personale deve essere intesa come libertà da ogni condizionamento fisico e spirituale, deriva che da essa discendono tutti i diritti costituzionali - inviolabili e non - (BERTI, *Manuale*, cit., pp. 421-422) e che ad essi deve essere garantita la sopravvivenza di un nucleo essenziale contro le limitazioni legislative, nella misura in cui siano strumentali all'esercizio della prima libertà.

⁴⁴ Sul bilanciamento degli interessi in Germania si veda SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit., p. 283 ss.

imposti dalla Costituzione, la quale è il documento in cui sono espressi i valori fondanti della società⁴⁵. In ultima analisi, la colpa della dottrina del bilanciamento degli interessi è cioè quella di non riuscire ad affrancarsi da una concezione della potestà e dell'interesse pubblico che si identificano con la sovranità di J. Bodin, cioè una "*summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*"^{46 47}.

3. Costituzione, pluralità degli ordinamenti giuridici e spirito democratico della Repubblica

Come si è visto sopra, la dottrina del bilanciamento degli interessi non appare in grado di risolvere in maniera soddisfacente il problema della supremazia speciale. C'è da chiedersi allora se una diversa lettura delle norme della Costituzione non possa portare a risolvere la dialettica di autorità e libertà in modo più corretto, non vedendo sempre la seconda soccombente in favore della prima.

Se la supremazia speciale si è sviluppata storicamente come divaricazione dalla sovranità generale dello Stato che si concreta in un potere particolare proprio delle Pubbliche amministrazioni nei confronti di coloro con cui entrano stabilmente in contatto – e per il quale è rinvenuto un fondamento in ragioni organizzatorie consistenti nel peculiare atteggiarsi dell'apparato che di volta in volta viene in considerazione come ordinamento giuridico dotato di propri principi –, ogni discorso su di essa non può che prendere la mosse dalla nozione di sovranità accolta dalla Costituzione.

L'art. 1 Cost. afferma che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro e che la sovranità appartiene al popolo, il quale la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Come è stato rilevato in dottrina, tale norma, connotando la Repubblica come *democratica*, pone immediatamente l'accento sulla persona umana che è il centro dell'ordinamento, e che – venendo in considerazione nella disposizione nella sua manifestazione collettiva costituita dal popolo o comu-

⁴⁵ Si trascura qui il problema delle Costituzioni non scritte, su cui si veda BIGNETTI, *Introduzione, cit.*, p.147 ss.

⁴⁶ In argomento si veda E. CORTESE, voce *Sovranità (storia)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLIII, p. 205 ss.

⁴⁷ Per altre critiche alla dottrina del bilanciamento degli interessi, si veda SCACCIA, *Gli "strumenti, cit.*, p. 362 ss.

nità – è la vera esercente della sovranità⁴⁸. Tale scelta di fondo viene poi confermata dagli articoli 2 e 3 Cost. Il primo contiene il *ricoscimento* e la *garanzia* dei diritti inviolabili dell'uomo, che non sono più una concessione dello Stato, ma sono un *prius* rispetto ad esso, e quest'ultimo non può che procedere da essi. Nella stessa disposizione, l'organizzazione pubblica, si connota invece come il momento dell'autorità e dell'obbligo, poiché la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Nel sistema del testo, come si è visto sopra, non pare però potersi riscontrare una reale contrapposizione tra diritti e doveri: questi ultimi non si connotano cioè come dei limiti ai primi, in armonia con le elaborazioni più classiche del diritto pubblico. Il dovere sembra invece proporsi come dimensione sociale del diritto: la libertà dell'individuo, in altre parole, nell'incontro con le libertà dei consociati diventa responsabilità, e quindi l'organizzazione non appare altro che come la proiezione della stessa personalità umana nel suo profilo comunitario⁴⁹. Questa conclusione è confermata dal disposto della seconda norma richiamata, che al comma 2 individua, quali scopi fondamentali per cui si costituisce l'ordinamento che corrisponde alla Repubblica italiana, il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁵⁰.

La Repubblica non è l'unica comunità in cui si esprime la dimensione sociale della persona umana. Quest'ultima è infatti naturalmente portata ad associarsi per raggiungere, tramite l'organizzazione di un gruppo, scopi che altrimenti le sarebbero preclusi come individuo: l'ordinamento riconosce quindi, accanto ai diritti inviolabili dell'uomo, anche le formazioni sociali (art. 2 Cost.), che sono costituzionalmente tutelate, ed in relazione alla garanzia delle quali si parla di *pluralismo*

⁴⁸ In argomento, si vedano, BERTI, *Manuale, cit.*, p. 252 e 405 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 7 ss.; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Artt. 1-12, Bologna, p. 1 ss. Cfr. anche M.S. GIANNINI, voce *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLIII, p. 224 ss.

⁴⁹ Cfr. BERTI, *Manuale, cit.*, p. 52 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 7 ss.

⁵⁰ Il comma 2, dell'art. 3 Cost., nella parte in cui fa riferimento ai "lavoratori", deve essere interpretato alla luce dell'ampia nozione di lavoro fornita dall'art. 4 Cost., e quindi la nozione di *lavoratore* viene di fatto a coincidere con quella di *cittadino*. In argomento, si vedano BERTI, *Manuale, cit.*, p. 400 ss. U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, nel commento all'art. 3 del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, artt. 1-12, p. 162 ss.

*sociale*⁵¹. Alla luce dei lavori preparatori e dell'elaborazione dottrinale le formazioni sociali possono essere considerate *ordinamenti giuridici*, dotati dei classici elementi⁵²: *plurisoggettività* (cioè un insieme di soggetti che compongono l'ordinamento; è la normazione a stabilire chi sia soggetto, oppure no); *organizzazione* (che consiste nelle strutture e nell'attività⁵³ degli uffici⁵⁴ creati dall'ordinamento per il perseguimento dei suoi fini); *normazione* (la quale si occupa di tutte e tre gli elementi, essendovi quindi una normazione sulla plurisoggettività, una sull'organizzazione e una sulla stessa normazione); *scopi* (gli ordinamenti giuridici si costituiscono per il perseguimento di determinati scopi, più o meno generali⁵⁵). La garanzia delle formazioni sociali implica, in linea di principio, anche la *rilevanza* per l'ordinamento repubblicano del diritto da esse prodotto, che è invocabile in giudizio di fronte ai Tribunali dello Stato⁵⁶.

⁵¹ In argomento, tra i tanti contributi, si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 38 ss.; A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Foro It.*, 1975, V, p. 221 ss.; SALVATORE ROMANO, *Presentazione*, in W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (ma 1929), p. IX ss.; F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, pp. 55 e 58; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 377 ss.; IDEM, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 64-65 e 191 ss.; G. VIGNOCCHI, *Aspetti e problemi degli organismi di fatto con particolare riferimento al diritto pubblico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1972, I, p. 803 ss.; ROSSI, *cit.*, p. 155 ss.; A. BARBERA, Art. 2, in *Commentario della Costituzione, cit.*, Artt. 1-12, p. 109 ss.; M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, p. 3 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 1 ss.

⁵² In argomento, si vedano GIANNINI, *Gli elementi, cit.*, p. 219 ss.; IDEM, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, II, p. 997 ss.

⁵³ La teoria classica della pluralità degli ordinamenti giuridici include in questo elemento unicamente le strutture, tuttavia, se si pone mente al fatto che è attraverso l'attività che l'ordinamento si rende effettivo, e che quindi manifesta le strutture, si comprende come anch'essa deve essere iscritta nell'*organizzazione*. Cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione, cit.*, p. 74 ss.; IDEM, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986 (ma 1961), p. 109 ss.

⁵⁴ L'ufficio è la "personificazione di una funzione non esclusivamente individuale, ma di rilevanza di gruppo": GIANNINI, *Le relazioni, cit.*, p. 1003.

⁵⁵ Cfr. PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 12 ss. e 157 ss.; LANDI, voce *Disciplina, cit.*, p. 24; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1962, vol. I, p. 9 ss.

⁵⁶ Tale conclusione è stata argomentata sulla base degli articoli 1, 2 e 18 Cost. (Cfr. BASILE, *L'intervento, cit.*, p. 3 ss. e 190 ss.), tuttavia sembra che con buona ragione debba anche essere menzionato il secondo comma dell'art. 8 Cost., per il quale

In questo senso rimangono superate sia le dottrine che affermano che, essa pur essendovi formale attribuzione della sovranità al popolo appartiene in buona parte ancora allo Stato, che la esercita tramite il suo apparato⁵⁷, sia quelle che risolvono il concetto di partecipazione nell'intervento del popolo alla determinazione delle deliberazioni nei procedimenti in cui si esercita il pubblico potere⁵⁸. Se si mette al centro dell'ordinamento la persona umana, riconosciuta quale fonte dell'ordine giuridico, in realtà la sovranità si concreta nella partecipazione di tutti i cittadini alla costruzione dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, al fine di raggiungere il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.). Tale svolgersi della sovranità popolare è dato oltre che dall'azione del singolo, attraverso un'attività o funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.), anche mediante l'attiva partecipazione all'azione svolta dalle formazioni sociali, non ultima delle quali è la Repubblica. Lo Stato-apparato non diviene esso stesso altro che una formazione sociale, nella quale si svolge la personalità umana. Del resto, come è stato

le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (in argomento, C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1992, p. 126 ss.; F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, nel *Commentario della Costituzione*, cit., Artt. 1-12, p. 383 ss.). La norma deve cioè essere intesa quale espressione del principio più generale della *rilevanza* per l'ordinamento repubblicano del diritto prodotto dalle formazioni sociali, che acquista così *efficacia giuridica*. Non pare viceversa che la disposizione possa essere interpretata nel senso che è rilevante quella parte del diritto delle formazioni sociali che non contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento civile (così invece, a proposito delle confessioni religiose, la dottrina citata sopra, nonché C. Cost. 21 gennaio 1988, n. 43, in *Giur. Cost.*, 1988, I, p. 114 ss. – su cui si vedano F. FINOCCHIARO, *Norme statutarie garantite dalla Costituzione come presupposto dell'illegittimità di norme di legge*, *ibidem*, p. 118 ss.; S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla libertà delle confessioni religiose*, *ibidem*, p. 120 ss.). In altre parole, il comma 2 dell'art. 8 Cost. accoglie positivamente ciò che si è sempre predicato in dottrina, e cioè che l'ordinamento c.d. generale è comunque rilevante nei confronti degli ordinamenti c.d. particolari – per lo meno dal suo punto di vista – (Cfr. BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 29; BACHELET, *Disciplina*, cit., p. 54; OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., p. 235 ss.). Il suo significato è quindi semplicemente quello di negare che possa acquistare rilevanza la norma di una formazione sociale che si ponga in contrasto con una norma dell'ordinamento italiano avente il medesimo oggetto.

⁵⁷ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, p. 108 ss.

⁵⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Quale Giustizia*, 1975, p. 340 ss.

notato, un ordinamento è effettivo nella misura in cui la prevalenza degli atti dei suoi componenti tendono alla realizzazione dei fini che esso persegue⁵⁹, ma i soggetti che compongono lo Stato-ordinamento sono anche quelli che interagiscono nelle formazioni sociali ed essendo unitaria la personalità dell'uomo, le comunità in cui essi operano contribuiscono a comporre ed integrare lo stesso ordinamento repubblicano⁶⁰.

Appurato che la Costituzione fa positivamente propria la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, conferendo rilevanza al diritto prodotto dalle comunità in cui si svolge la personalità dei consociati, ci si deve chiedere, per quanto riguarda le formazioni sociali che si formano all'interno dell'organizzazione pubblica⁶¹, se esse possano essere improntate alla supremazia speciale, derogando alla vigenza dei diritti costituzionalmente garantiti nella loro pienezza ed al principio di legalità.

La risposta deve essere senz'altro negativa. La norma che sovviene in questo caso è il terzo comma dell'art. 52 Cost., secondo cui "l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica". Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo di questa esposizione, la disposizione in parola è espressione di un principio più generale, secondo cui tutta l'Amministrazione pubblica italiana si informa allo spirito democratico della Repubblica.

Cominciando con ordine, e partendo dalla regola contenuta nel terzo comma dell'art. 52 Cost., si deve osservare come lo "spirito democratico" sia concetto diverso sia dal "metodo democratico", di cui all'art. 49 Cost.⁶², sia da quello di "ordinamento a base democratica",

⁵⁹ Cfr. G. BOGNETTI, *Introduzione, cit.*, p. 19 ss.

⁶⁰ Si veda BERTI, *La Pubblica Amministrazione, cit.*, p. 191 ss.

⁶¹ Non vi sono elementi per negare che quelle articolazioni dell'Amministrazione pubblica che ne hanno le caratteristiche possano essere considerate formazioni sociali: la riserva relativa di legge consente ad esse di darsi un'organizzazione che sia espressione della personalità di coloro che la compongono. A questo proposito, si vedano BERTI, *La Pubblica Amministrazione, cit.*, pp. 191 ss., 253 ss., 383 ss.; IDEM, *Il principio, cit.*, p. 139; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica, parte prima*, Milano, 1977, *cit.*, p. 98 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1997, p. 37 ss. Tuttavia, gli ordinamenti interni all'Amministrazione pubblica ben possono dirsi *particolari*, poiché creati dalla legge (art. 97 Cost.) per il perseguimento di fini speciali all'interno del fine più generale della Repubblica, che è il pieno sviluppo della persona umana.

⁶² Su cui BERTI, *Manuale, cit.*, p. 386 ss.

di cui all'art. 39 Cost.⁶³, sia, infine, da quello di "forma repubblicana" di cui all'art. 139 Cost.⁶⁴.

In particolare, tre appaiono i significati che si possono rinvenire nella norma che afferma l'informazione delle Forze Armate allo spirito democratico della Repubblica.

In primo luogo, dalla disposizione si può ricavare il riconoscimento che l'ordinamento generale non tollera all'interno della Pubblica Amministrazione ordinamenti particolari con un *fondamento* diverso da quello dell'intera comunità⁶⁵, che, come si è visto, è la persona umana. In questo senso, il terzo comma dell'art. 52 Cost. è una conferma dell'assunto secondo cui l'ordinamento di cui all'art. 1 e segg. Cost. riconosce la persona quale centro e fonte dell'ordine giuridico, poiché si riconosce la sua unità in tutti i frangenti: identiche sono infatti le esigenze dell'uomo sia che esso entri a far parte di un'Amministrazione pubblica, nella specie, le Forze armate, sia che esso operi come privato all'esterno di essa.

In secondo luogo, e quale conseguenza della prima affermazione, si deve riconoscere che la Costituzione statuisce nei confronti del cittadino militare la garanzia di una *situazione soggettiva*⁶⁶ *equivalente* a quella che gli viene assicurata nell'ordinamento generale⁶⁷. Se il fondamento dell'ordinamento militare è lo stesso di quello dell'ordinamento generale, e cioè la persona umana, non si può poi ragionevolmente sostenere che la situazione soggettiva di un soggetto venga a modificarsi radicalmente a seconda dell'organizzazione pubblica in cui viene ad essere inserito.

In terzo luogo, e quale conseguenza della prima e della seconda affermazione, al cittadino deve essere garantita una *situazione soggettiva equivalente* a quella di cui viene a godere nell'ordinamento generale

⁶³ In argomento, si veda MARTINES, *Diritto costituzionale, cit.*, p. 794.

⁶⁴ La forma repubblicana si identifica con l'assetto dato all'ordinamento della Repubblica dagli artt. 1-12 (Principi Fondamentali): BERTI, *Manuale, cit.*, p. 90 ss. *Contra*, nel senso che la forma repubblicana attiene unicamente alla forma di governo, Cfr. MARTINES, *Diritto costituzionale, cit.*, p. 375.

⁶⁵ Si veda BERTI, *Manuale, cit.*, p. 222 ss.

⁶⁶ Con tale termine si vogliono intendere sia le posizioni soggettive vere e proprie (diritti soggettivi e interessi legittimi), sia ogni garanzia che il privato può invocare nei confronti dell'ordinamento, (in particolare, come si vedrà, la riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa).

⁶⁷ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 11 ss.

in ogni ordinamento pubblico particolare in cui viene a trovarsi inserito nelle varie vicende della sua esistenza⁶⁸. Se cioè al cittadino inserito nell'ordinamento militare, che è sempre stato quello più ispirato a principi di separazione, deve essere garantita una situazione equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale, a maggior ragione questo varrà per gli altri ordinamenti particolari pubblici, che storicamente sono stati caratterizzati da profili di minore deroga ai principi dello Stato di diritto.

Appare ora necessario chiarire che cosa si debba intendere esattamente per informazione allo "spirito democratico della Repubblica", si deve cioè determinare in che consista concretamente la garanzia per equivalente di cui si è detto sopra.

Un primo significato della garanzia per equivalente è di tipo procedurale: esso attiene cioè alla *maniera* in cui gli ordinamenti pubblici si informano allo spirito democratico della Repubblica. A questo proposito va osservato che, dal punto di vista della formulazione letterale, il terzo comma dell'art. 52 Cost. non è che un doppiante del primo comma dell'art. 10 Cost., il quale afferma che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute": nella lingua italiana infatti "informarsi" e "conformarsi" sono sinonimi⁶⁹. Ora, se si afferma concordemente che il primo comma dell'art. 10 Cost. prevede l'adattamento *automatico* del diritto italiano al diritto internazionale consuetudinario⁷⁰, è giocoforza ritenere che anche l'ordinamento militare si adegui *in maniera automatica* allo spirito democratico della Repubblica⁷¹.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, p. 11 ss. e p. 135.

⁶⁹ Si veda la voce *Informare* de *Il Nuovo Zingarelli*, Bologna, 1986, p. 939.

⁷⁰ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1997, p. 293 ss.; BERTI, *Manuale*, cit., p. 199 ss.; M. GIULIANO - T. SCOVAZZI - T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 1983, p. 631 ss.; CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., p. 69.

⁷¹ Pare che, da questo punto di vista, affermare che il terzo comma dell'art. 52 Cost. impone l'adattamento *graduale* dell'ordinamento militare ai principi di quello generale, accostandola al secondo comma dell'art. 3 Cost. (così BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 103) costituisca una riproposizione, sia pure non voluta, della tesi della sua separazione.

Il legislatore non deve pertanto rimediare gradualmente con legge al divario tra "diritto" e "fatto" nell'organizzazione delle Forze armate, ma deve tutt'al più "acclarare" - sia pure con qualche margine di discrezionalità - quale deve essere la situazione cui l'ordinamento militare si deve conformare.

Ci si può ora occupare del significato sostanziale della garanzia per equivalente, o, il che è lo stesso, del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica. A questo proposito, se è vero che l'ordinamento militare e quello generale non sono separati ma integrati, che gli artt. 1-12 Cost. disegnano immediatamente il volto dell'ordinamento costituzionale⁷², e che l'espressione "spirito" è diversa da quella di "forma" di cui all'art. 139 Cost., della quale sembra essere più comprensiva, pare allora si possa concludere che l'informazione allo spirito democratico della Repubblica impone l'applicazione *diretta* nell'ordinamento militare dei Principi fondamentali (art. 1-12 Cost.) e l'applicazione per *equivalente* dei principi⁷³ che da essi derivano, sul modello, per intendersi, dell'*analogia iuris* di cui all'art. 12 delle Preleggi.

Quanto detto sin qui a proposito dell'ordinamento militare, che si è sempre connotato come il più separato da quello generale, vale anche per tutti gli altri ordinamenti pubblici, i quali dovranno a loro volta informarsi allo spirito democratico della Repubblica nel senso indicato.

Alcune esemplificazioni chiariranno meglio quanto sostenuto: esse verranno condotte alla stregua dell'ordinamento militare che rende più evidenti gli effetti dell'applicazione della lettura ora proposta. Per quanto riguarda l'applicazione diretta degli artt. 1-12 Cost., ad esempio, *ex art. 2 Cost.*, si avrà l'applicazione nell'ordinamento militare di tutti i diritti inviolabili, con lo stesso regime cui essi sono sottoposti nell'ordinamento generale (e quindi con gli stessi tipi di limitazioni, e adottate con le identiche procedure, dell'ordinamento generale); *ex art. 5*, anche nell'ordinamento militare varranno i principi del riconoscimento e della garanzia delle autonomie e del decentramento, che derivano del resto dagli artt. 1 e 2 Cost. (con il loro riconoscimento generale dell'autonomia della persona umana), al fine di consentire, *ex art. 3 Cost.*, la partecipazione dei suoi membri alla concreta organizzazione del suddetto ordinamento. Per quanto riguarda invece l'applicazione della garanzia per equivalente, si può fare l'esempio della necessità della fissazione di una durata massima della giornata di lavoro: la

⁷² Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 90 ss.

⁷³ Il termine "principio" viene qui utilizzato nel significato ad esso attribuito da Crisafulli, non in quello indicato da Dworkin.

Repubblica ex art. 1 Cost. è “*fondata sul lavoro*”⁷⁴ e “riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto” (art. 4 Cost.), e da questi articoli deriva il principio della fissazione della durata massima della giornata di lavoro da parte della legge, di cui all’art. 36, secondo comma, Cost. Poiché, ex art. 4 Cost., “lavoro” è ogni attività o funzione che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, tale deve ritenersi anche il servizio militare, e quindi il principio risulta applicabile anche all’ordinamento militare: anche con riferimento ai turni di servizio va pertanto fissata una durata massima giornaliera e settimanale, la quale ultima dove aggirarsi intorno alle 40 ore (è ammissibile una certa discrezionalità del legislatore nella fissazione della durata dell’impiego, purché nel complesso possa ritenersi appunto “equivalente” a quella dell’ordinamento generale, il che implica una certa adattabilità). Deriva sempre dall’art. 1 Cost. l’applicabilità della riserva di legge – poiché è attraverso la legge che si esplica precipuamente la sovranità nei confronti degli ordinamenti della Pubblica amministrazione (cfr. art. 97 Cost.) –, e in misura equivalente a quella necessaria per le altre Amministrazioni⁷⁵. Ciò che non è coperto dalla legge, potrà essere disciplinato da regolamento, tuttavia con la partecipazione alla sua formulazione, ex art. 3 Cost., dei militari. Si viene così a riconoscere all’Amministrazione uno spazio di autonomia, ma in una versione più corretta e democratica di quella proposta invece dalla dottrina dell’ordinamento di supremazia speciale.

Più argomenti sostengono la lettura sin qui proposta del terzo comma dell’art. 52 Cost. Innanzitutto, militano a favore di tale risultato gli artt. 1 e 2 Cost., i quali, riconoscendo che l’ordine giuridico si basa sulla libertà e sulla responsabilità della persona umana, non tollerano eccezioni all’unità di quest’ultima, e quindi alla identità di esigenze che essa manifesta in ogni frangente, indipendentemente dal suo inserimento, o meno, in un’organizzazione pubblica.

In secondo luogo, l’interpretazione sostenuta deriva dalla concezione dinamica dell’ordinamento giuridico di cui si è parlato sopra: gli ordinamenti pubblici particolari contribuiscono, insieme a quelli priva-

⁷⁴ Il principio diventa interpretativo di tutta la Costituzione e della legislazione: Cfr. in argomento MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 10 ss.

⁷⁵ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 115 ss.

ti, ad integrare e costruire l'ordinamento generale⁷⁶. Tuttavia, mentre nel caso degli ordinamenti privati il diritto che non è riconosciuto dall'ordinamento repubblicano, nella parte in cui non sia *disconosciuto* (ossia represso⁷⁷) ma solo *irrilevante* (cioè non invocabile in giudizio), continua vivere nell'ordinamento di provenienza nella misura in cui riesca a sostenersi attraverso il comportamento dei suoi membri, questo non può avvenire per gli ordinamenti pubblici, che (avendo come fondamento diretto l'art. 97 Cost.), è impensabile che derogino ai principi costituzionali. In questo senso, attraverso il terzo comma dell'art. 52 Cost., si conferma che tutto il diritto dell'ordinamento militare e degli ordinamenti pubblici, è rilevante per l'ordinamento generale, e dunque non si può giustificare più la supremazia speciale come fondamento del potere pubblico diverso da quello dell'ordinamento generale, né la teoria delle norme e fatti interni che da essa trae fondamento.

In terzo luogo, una conferma si trae anche dall'art. 1 Cost., nella parte in cui afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro: si è detto in dottrina che tale principio realizza la "sintesi tra principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)" e che esso deve essere utilizzato come criterio di interpretazione di tutta la Costituzione⁷⁸. Se questo è vero, come sembra, allora c'è da chiedersi per quale motivo i principi del diritto del lavoro non dovrebbero essere ritenuti applicabili anche all'ordinamento militare, e più in generale agli ordinamenti pubblici (tanto più che spesso tali principi, come nel caso dello Statuto dei lavoratori⁷⁹, non sono che l'applicazione dei principi costituzionali all'interno dell'impresa). Attraverso l'applicazione dei principi tratti dalla legislazione lavoristica, si trova la fonte più consistente per l'esatta precisazione del contenuto dello spirito democratico della Repubblica, poiché se – come si afferma in

⁷⁶ Si veda in questo senso BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 396 ss., ove su questa base si afferma esattamente che non sono più giustificabili né la *supremazia speciale*, né la dottrina dei *fatti interni*, i quali ultimi sarebbero irrilevanti per l'ordinamento generale.

⁷⁷ Si pensi alle associazioni che perseguono fini vietati ai singoli dalla legge penale: art. 18, comma 1, Cost.

⁷⁸ Si veda MORTATI, *Art. 1*, cit., p. 12 ss.

⁷⁹ Cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI -T. TREU, *Diritto del lavoro*, Torino, vol. I, 1994, p. 146 ss.; IDEM, *Diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1992, p. 246 ss.

dottrina – il lavoro è il fattore collegamento tra Stato e società civile⁸⁰, esso non può non permeare anche l'ordinamento militare, e più in generale tutti gli ordinamenti pubblici. Una conclusione differente condurrebbe ancora una volta a considerare l'ordinamento militare e quelli pubblici come separati dall'ordinamento generale, in quanto basati su principi differenti. Alla luce di quest'ultima osservazione, si comprende come anche i principi che sono esplicitazione degli artt. 1-12 Cost. debbano essere applicati agli ordinamenti di cui ci si sta occupando, pena altrimenti l'aggiramento del disposto del terzo comma dell'art. 52.

Un ulteriore avallo si trae dai lavori preparatori della Costituzione, infatti il comma in esame fu approvato in opposizione all'organizzazione previgente delle Forze armate⁸¹. In particolare sia che si segua l'impostazione del proponente Moro – il quale aveva inteso il comma come garanzia della dignità della persona anche all'interno dell'ordinamento militare –, sia che si segua l'impostazione del relatore Merlin⁸² – il quale intendeva con esso garantire la libertà e la dignità umane all'interno di tale ordinamento –, il risultato cui si giunge è il medesimo: se rettamente intesa, la garanzia della dignità umana implica che il cittadino goda nell'organizzazione delle Forze armate della stessa situazione che possiede nell'ordinamento generale, altrimenti si verrebbero a creare categorie differenti di cittadini, con diverse dignità sociali, e quindi anche in violazione del primo comma dell'art. 3 Cost.⁸³. Peraltro la garanzia della libertà specifica quella della dignità, riconoscendo anche all'interno dell'ordinamento militare la dimensione fondamentale dell'uomo, che non si riduce ai semplici diritti costituzionalmente garantiti. Sempre dai lavori preparatori risulta che, secondo la formulazione originale del comma, l'ordinamento militare avrebbe dovuto riflettere la struttura dello Stato: con la formulazione definitiva si è ribadita allora la non separatezza dell'ordinamento militare – in quanto l'utilizzo del termine “riflettere” avrebbe potuto far pensare che esso avesse un fondamento diverso da quello dell'ordinamento ge-

⁸⁰ Cfr. MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 10; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI -TREU, *Diritto del lavoro, cit.*, vol. II, p. 8 ss.

⁸¹ Cfr. BETTINELLI, *Il 1° e il 2° comma dell'art. 52*, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Artt. 48-52*, Bologna, p. 71; BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 91.

⁸² Sul dibattito in sede costituente si veda ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 157 ss.

⁸³ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 107 ss.

nerale -, e si è allargata la garanzia dell'equivalenza al di là della semplice organizzazione⁸⁴. Si osservi inoltre che la Costituzione, quando ha voluto introdurre delle deroghe riguardanti l'ordinamento militare, lo ha fatto espressamente, come nell'ultimo comma dell'art. 27 - peraltro la legge n. 589 del 13 ottobre 1994 ha espunto la pena di morte dal codice penale militare di guerra - e nell'ultimo comma dell'art. 98 - ove si è sancita la possibilità che la legge stabilisca delle limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i soli militari di carriera in servizio attivo -.

Un'altra conferma all'interpretazione proposta si trae dalle disposizioni costituzionali in materia di guerra⁸⁵. L'art. 78 Cost. stabilisce un mutamento solo di competenze dal Parlamento a favore del Governo in caso di guerra⁸⁶, mentre l'art. 87 mantiene il comando delle Forze armate in capo al Presidente della Repubblica anche in tempo di guerra, confermando così l'unitarietà dell'ordinamento, ed escludendo che in caso di eventi bellici l'ordinamento militare riviva come istituzione con un fondamento diverso da quello della comunità generale⁸⁷. Inoltre, gli artt. 103 e 111 Cost. prevedono rispettivamente che in tempo di guerra la giurisdizione dei tribunali militari sia stabilita dalla legge, e che solo nel medesimo frangente si possa derogare al principio della ricorribilità per Cassazione avverso i provvedimenti giurisdizionali dei tribunali militari in materia di libertà personale: da essi si evince che in tempo di pace l'ordinamento militare non è sicuramente derogatorio.

Un argomento ulteriore deriva dall'applicazione che è stata fatta di principi tratti dal diritto del lavoro all'ordinamento scolastico⁸⁸, o dal-

⁸⁴ Per questa argomentazione si veda BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 117, nota 135.

⁸⁵ In argomento si veda BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 145 ss.

⁸⁶ Se la libertà e responsabilità dell'uomo sono il fondamento dell'ordine giuridico non si può aderire alle tesi che affermano che attraverso l'art. 78 Cost. si potrebbero apportare deroghe ai principi costituzionali, poiché il principio di tutela della personalità umana deve sempre prevalere.

⁸⁷ Peraltro, le attribuzioni in materia del Capo dello Stato devono ritenersi meramente formali, spettando anche in caso di guerra l'indirizzo politico al Governo. Sui problemi pratici che pone la disposizione si veda ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 180 ss.

⁸⁸ Cfr. DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 39 e segg.; S. DE SIMONE, *Il sistema del diritto scolastico italiano*, vol. I, Milano, 1973, p. 308 ss., ove si anticipa la capacità di agire in ordine ai rapporti scolastici alla medesima età a cui si acquista in materia di lavoro. Si ricordi inoltre l'indirizzo giurisprudenziale prevalente nel periodo della "contestazione", che ha ritenuto non applicabile alle "occupazioni" di scuole l'art. 633

la configurazione dell'ordinamento carcerario secondo i principi che governano l'ordinamento generale⁸⁹. Questi due ultimi ordinamenti, come si è visto, sono stati anch'essi ricondotti alla dogmatica della supremazia speciale: non esiste quindi una reale separazione tra ordinamento generale e ordinamenti particolari, ma un rapporto di integrazione, poiché identico è il fondamento di entrambi, cioè il riconoscimento della libertà umana che è allo stesso tempo responsabilità.

Un'ultima conferma della soluzione proposta si trae dalla neutralità politica che si sostiene concordemente essere tratto caratterizzante delle Forze armate⁹⁰: se nell'ordinamento militare non si applicano regole equivalenti a quelle dell'ordinamento generale, esso diviene la prefigurazione di un assetto diverso che si vuole dare alla società, perseguendo così fini politici. Tale fu l'esperienza del fascismo, in cui l'organizzazione delle Forze armate fu l'archetipo dell'ordine che si sarebbe voluto instaurare anche nell'ordinamento generale.

Da tutti questi rilievi, si può dedurre che la supremazia speciale, come non esiste nelle formazioni sociali private, ove vige la garanzia dei diritti inviolabili e dello sviluppo della personalità umana, non esiste nemmeno nell'ordinamento militare, ove la Costituzione prevede delle garanzie addirittura maggiori⁹¹, imponendo la presenza di una situazione di diritto equivalente a quella di cui il soggetto gode complessivamente nell'ordinamento generale.

È quasi superfluo a questo punto osservare che seppure il princi-

c.p. – che reprime l'invasione di immobili – nel caso in cui gli studenti occupanti non impediscano l'accesso agli altri soggetti (Cfr. N. DANIELE, *Istituzioni di diritto scolastico*, Milano, 1976, p. 548; da ultimo si veda Cass. Pen., II sez., 22 febbraio-30 marzo 2000, PM-Faggi, in *Diritto e Giustizia*, n. 17, 2000, p. 53 ss.). Non si può non notare l'analogia con la giurisprudenza e la dottrina lavoristiche, tese a legittimare le occupazioni di azienda (su cui CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., vol. I, p. 501 ss.)

⁸⁹ Cfr. S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXX, p. 919 ss.; L.R. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro Amm.*, 1994, p. 9 ss.

⁹⁰ Si vedano, per tutti, BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 93 e p. 104, nota 93; ROSSI, *Il 3° comma*, cit., p. 177.

⁹¹ Tale conclusione, è naturale per le Amministrazioni pubbliche, poiché in esse tutti i tipi di personalità umana devono potere svolgersi, a differenza delle formazioni sociali private, ove ciascuno può scegliere quella che più si adatta alla sue inclinazioni.

pio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica è sancito espressamente solo per l'ordinamento militare, esso vale *a fortiori* anche per tutte le altre Amministrazioni pubbliche⁹². Se infatti il precetto dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica vale per l'ordinamento militare, che è sempre stato l'ordinamento particolare più separato, considerato l'incarnazione stessa della supremazia speciale, a maggior ragione esso varrà per gli altri ordinamenti interni alla Pubblica amministrazione, tradizionalmente considerati meno separati. Prova di quanto detto si può trarre dall'osservazione che la Costituzione, quando ha voluto porre deroghe ai principi che governano l'ordinamento generale in favore delle ragioni organizzatorie delle Pubbliche amministrazioni, lo ha fatto espressamente: si vedano, ad esempio, il secondo e il terzo comma dell'articolo 98 Cost., i quali prevedono rispettivamente il divieto per i pubblici impiegati che siano membri del Parlamento di conseguire promozioni non dovute all'anzianità, e la possibilità di introdurre con legge limiti alla possibilità di iscrizione ai partiti politici nei confronti di magistrati, funzionari ed agenti di polizia, e rappresentanti diplomatici e consolari all'estero. Si osservi inoltre che, poiché la Pubblica amministrazione è organizzata in modo da essere imparziale (art. 97, primo comma Cost.)⁹³, e poiché i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione (art. 98, primo comma, Cost.), ne deriva che, analogamente a quanto accade a proposito della neutralità politica delle Forze armate, anche all'interno delle Amministrazioni pubbliche deve essere garantita al cittadino una situazione complessiva equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale⁹⁴, altrimenti si instaurerebbe anche qui un modello di società diverso da quello voluto dalla Costituzione. *Ex* art. 2 Cost., nelle formazioni sociali si deve svolgere la personalità dell'uomo, e poiché, *ex* art. 3, secondo comma, Cost., è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, ne deriva che nelle Amministrazioni pubbliche – formazioni sociali, le quali sono imparziali, tutte le persone devono poter sviluppare la propria personalità. La Pubblica amministrazione pertanto non deve avere nes-

⁹² Cfr. CRISAFULLI, *La scuola*, cit., p. 96 e nota 46; BALDUZZI, *op. cit.*, p. 135.

⁹³ Si noti che è un principio di organizzazione: cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 99 ss.

⁹⁴ Si veda anche BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 135, ove l'autore giunge alla medesima conclusione ragionando in ordine all'imparzialità.

suna colorazione ideologica⁹⁵, e l'unico mezzo per raggiungere un simile risultato, è garantire ai soggetti inseriti negli ordinamenti che si formano nel suo seno una situazione equivalente a quella di cui godono nell'ordinamento generale: la P.A. deve cioè informarsi allo spirito democratico della Repubblica⁹⁶.

È superfluo aggiungere che il diritto prodotto dagli ordinamenti della Pubblica Amministrazione è rilevante per l'ordinamento generale.

Da quanto sin qui osservato emerge che la Costituzione ha predisposto un criterio dinamico, cioè quello del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica, per impedire discontinuità tra i principi che reggono l'ordinamento generale e quelli che reggono gli ordinamenti particolari. Si è definito il criterio dinamico, in quanto lo spirito democratico della Repubblica assume volta a volta un contenuto – in precetti concreti – diverso a seconda delle modifiche normative che subisce l'ordinamento generale: si garantisce così in ogni momento la rispondenza degli ordinamenti pubblici alle esigenze storiche della comunità di cui sono espressione.

Sino a qui si è parlato di ordinamenti interni a quello generale, a modesto avviso di chi scrive, comunque, il principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica deve ritenersi valevole anche per gli ordinamenti sovranazionali, ponendosi quale condizione di legittimità per la partecipazione dell'Italia a tali organizzazioni⁹⁷. Ai sensi dell'art. 11 Cost., infatti, quest'ultima consente in condizioni di parità con gli altri Stati alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promu-

⁹⁵ Tale affermazione deve essere intesa in senso ampio, per cui sarebbe comunque risultato di una scelta ideologica configurare gli ordinamenti interni all'Amministrazione pubblica secondo principi differenti da quelli su cui si basa l'ordinamento generale.

⁹⁶ Nel senso che una volta inserite nelle organizzazioni amministrative, tutti i tipi di personalità devono essere in grado di potersi svolgere pienamente, si leggano anche il secondo comma dell'art. 32 Cost. (il quale stabilisce che la legge che preveda trattamenti sanitari obbligatori non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; per una lettura di tale disposizione nel senso dell'imporre un bilanciamento di interessi tra tutela della persona del singolo ed esigenze della collettività, si veda però D. VINCENZI AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32, nel Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Artt. 29-34*, Bologna, p. 167 ss.) ed il primo comma dell'art. 34 Cost. (secondo cui la scuola è aperta a tutti, e sul quale si veda M. SALAZAR, *La gestione sociale della scuola*, Milano, 1995, pp. 6 e 7).

⁹⁷ Si veda PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, cit., pp. 38-39.

ve e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. Si è a questo proposito osservato che la pace e la giustizia a livello internazionale non sono reali in assenza del rispetto della dignità umana e della giustizia sociale anche all'interno degli Stati che vengono a far parte della Comunità internazionale⁹⁸. La capacità delle organizzazioni internazionali, o quanto meno sopranazionali⁹⁹, di dare pace e giustizia non sembra quindi poter prescindere da un'omogeneità dei principi che reggono i vari ordinamenti che si incontrano, sia nazionali che internazionali^{100 101}.

4. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali

Delineato il quadro di insieme, che fa perno sul principio dell'informazione degli ordinamenti pubblici allo spirito democratico della Repubblica, sembra non sia privo di un qualche interesse procedere ad una breve disamina delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali negli antichi settori dominati dalla subordinazione speciale, al fine di saggiarne la maggiore o minore conformità con la lettura della Costituzione proposta in questo breve saggio.

A tale scopo sia consentito seguire un percorso illustrativo in certa misura al di sopra delle righe. La dottrina tedesca, in relazione all'ampiezza che aveva assunto l'applicazione della figura dogmatica di cui si è discusso in questo lavoro, ebbe ad affermare che l'uomo comincia la sua vita nel rapporto di supremazia speciale dell'ospedale e la termina

⁹⁸ Cfr. C. PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 61 ss.

⁹⁹ Tali sono quelle nelle quali il legame tra gli Stati membri è più forte, ed in cui quali l'organizzazione stessa dispone di una massa di poteri propri alquanto rilevante.

¹⁰⁰ Cfr. anche G. BOGNETTI, voce *Federalismo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, p. 299 ss.

¹⁰¹ Non paiono in questo senso da condividere sentenze come la n. 232 del 21 aprile 1989 della Corte Costituzionale, che ha affermato la sostanziale recessività del diritto costituzionale italiano di fronte al diritto comunitario, fatti salvi solo i principi fondamentali. In argomento, si vedano, E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996, p. 113 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 321 ss. La decisione della Corte Costituzionale citata è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1989, I, p. 1001 ss.

in quello della medesima natura del cimitero: è pertanto intenzione di chi scrive seguire, senza alcuna pretesa di esaustività, l'esistenza tipo di un individuo, per così dire, dalla culla sino alla tomba, al fine verificare a quanta supremazia speciale o bilanciamento degli interessi va incontro nel corso della sua vita.

Ora, il primo scontro tra libertà e autorità nell'esistenza dell'individuo avviene ben prima della culla, ed ha riguardo allo stato di embrione. Con sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975¹⁰², la Corte Costituzionale ha proceduto al bilanciamento del diritto alla vita del nascituro con quello alla salute fisica e psichica della madre, venendo a ritagliare per l'aborto uno spazio di irrilevanza penale più ampio di quello corrispondente allo stato di necessità¹⁰³. A tale decisione ha fatto seguito l'approvazione della L. n. 194 del 22 maggio 1978, la quale, pur formalmente inserendosi nelle prescrizioni della Corte, ha riconosciuto all'aborto uno spazio di liceità ancora maggiore di quello delineato dalla sent. n. 75. Esattamente è stato dunque affermato che tale legge "instaura un rapporto tra libertà e responsabilità, in riferimento alla donna, che è rovesciato rispetto a quello che si attaglierebbe ad una visione del diritto alla vita in termini di libertà oggettiva, e cioè di libertà - responsabilità"¹⁰⁴. In questo senso, la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza si rivela come derogatoria rispetto ai normali principi che reggono l'ordinamento. In essa infatti lo "stato di necessità" assume dimensioni abnormi ed il procedimento amministrativo di accertamento del pericolo per la salute della gestante della prosecuzione della gravidanza (art. 4) non sembra garantire - contrariamente a quanto stabilito dai principi di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241 - un adeguato ingresso, ai fini della ponderazione, di interessi diversi da quello della libertà della donna, ed in specie ai diritti del nascituro. Non pare in grado di superare queste obiezioni la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 35 del 10 febbraio 1997, dalla quale pure si evince in maniera abbastanza chiara l'intenzione di attribuire alla posizione dell'embrione la consistenza di vero diritto soggettivo alla vita, in quanto tale diritto continua ad essere bilanciato con

¹⁰² Pubblicata in *Giur. Cost.*, 1975, I, p. 117 ss.; su tale decisione si veda R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, ibidem, p. 538 ss.

¹⁰³ Sullo stato di necessità si veda M. ROMANO, *Art. 54*, in IDEM, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 532 ss.

¹⁰⁴ BERTI, *Manuale*, cit., p. 480 ss.

quello della madre, invece di riconoscere che l'unico spazio di liceità dell'aborto possibile nel sistema è quello dello stato di necessità¹⁰⁵.

Una volta nato, l'ipotetico individuo cui si è fatto riferimento, all'età di sei anni si trova di fronte all'adempimento dell'obbligo scolastico di cui all'art. 34, secondo comma, Cost. Secondo tale disposizione, l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. Si è detto che scopo dell'obbligo scolastico è quello di far acquisire al minore quel minimo di conoscenze necessarie per far progredire la società dal punto di vista morale e sociale, rinviando agli artt. 2, 3 e 4 Cost.¹⁰⁶. Ora, la L. 20 gennaio 1999, n. 9, all'art. 1, ha elevato l'obbligo scolastico a nove anni¹⁰⁷: tale previsione desta perplessità, in quanto la dottrina, traendo lo spunto dal fatto che l'obbligo di istruzione è funzionale al raggiungimento del minimo di cultura necessario alla persona per partecipare attivamente alla costruzione dell'ordinamento, ha negato – anche alla luce del tenore letterale del secondo comma dell'art. 34 Cost. – che l'imposizione di tale dovere possa riguardare la frequenza di scuole secondarie superiori o di Università. Le perplessità aumentano se si pone mente al fatto che la L. 10 febbraio 2000, n. 30, ha previsto il riordino dei cicli scolastici, riunendo le scuole elementari e medie nell'unica scuola di base, obbligatoria ed avente durata di sette anni, e sostituendo alla scuola secondaria superiore un scuola superiore di durata sempre quinquennale, ma obbligatoria per i primi due anni. Il massimo della violenza dell'organizzazione pubblica sul diritto di perseguire autonomamente la propria realizzazione¹⁰⁸, si configura comunque nel settore in esame con l'imposizione di un obbligo di frequenza ad attività formative – istruzione

¹⁰⁵ La sentenza è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1997, I, p. 281 ss. Su di essa si vedano i commenti di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, *ibidem*, p. 293 ss., e di M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, *ibidem*, p. 312 ss.

¹⁰⁶ Cfr. N. DANIELE, *L'ordinamento scolastico italiano*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, vol. XI, Padova, 1988, p. 368 ss.; IDEM, voce *Ordinamento scolastico*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XII, p. 55; IDEM, *Istituzioni*, *cit.*, p. 199; S. MANZIN MAESTRELLI, voce *Istruzione dell'obbligo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, pp. 1 e 2; R. LUCIFREDI, *I principii costituzionali dell'ordinamento scolastico italiano*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1964, p. 4 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, *cit.*, p. 441 ss.

¹⁰⁷ Con previsione di un ulteriore elevamento a dieci anni, in relazione al riordino del sistema scolastico e formativo.

¹⁰⁸ Si è anche parlato, a questo proposito, di raggiungimento della felicità: PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, *cit.*, p. 4 ss.

scolastica, formazione professionale, apprendistato – fino al diciottesimo anno di età, stabilito prima dalla legge 9/99 cit. e rafforzato poi dall'art. 68 della L. n. 144 del 17 maggio 1999¹⁰⁹. Quest'ultima disposizione specifica chiaramente che scopo del legislatore non è quello di elevare l'obbligo perché richiesto dalle necessità della civiltà, bensì quello di potenziare la crescita culturale e professionale dei giovani, fine quest'ultimo confermato dall'osservazione che la formazione professionale è l'insieme degli interventi volti all'ingresso nel mondo del lavoro (cfr. art. 141, D.Lgs. n. 112 del 31 marzo 1998¹¹⁰): la norma si propone quindi espressamente di eterodeterminare la realizzazione della personalità del singolo, e realizza un chiaro sviamento dallo *ratio* del disposto del secondo comma dell'art. 34 Cost.

Fatta questa premessa, si può passare ora all'analisi della situazione dello studente una volta che è stato inserito nell'organizzazione scolastica. Da questo punto di vista, si può dire che a partire dagli anni '70 la posizione del discente all'interno delle scuole è qualitativamente migliorata, grazie all'emanazione della L. n. 477 del 30 luglio 1973 e dei decreti delegati nn. 416-420 del 31 maggio 1974, con i quali si è realizzata la cosiddetta *gestione sociale della scuola*¹¹¹, riconoscendo la partecipazione di tutte le componenti sociali, compresi gli studenti, al governo dell'ordinamento scolastico. In linea di principio, tale partecipazione risulta accresciuta da ultimo dall'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59, che ha previsto il riconoscimento di personalità giuridica e di autonomia – organizzativa, didattica e finanziaria – alle istituzioni scolastiche¹¹². Dalla combinazione di tale disposizione con

¹⁰⁹ Cfr. N. DANIELE, *Obbligo scolastico ed obbligo di formazione professionale*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, pp. 215-216.

¹¹⁰ In argomento, si veda G. SCIULLO, *Articolo 141*, in *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, a cura di G. FALCON, Bologna, 1998, pp. 474-476.

¹¹¹ In argomento, si vedano, *ex multis*, SALAZAR, *La gestione, cit.*, *passim*; IDEM, voce *Scuola (ordinamento scolastico)*, in *Nss. Dig. It., App.*, vol. VI, p. 1094 ss.; G. PAUCIULLO DELLA VALLE, *I Consigli di Circolo e di Istituto*, Milano, 1978, *passim*; L. CALCERANO-G. MARTINEZ Y CABRERA, voce *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLI, p. 864 ss.; PIZZORUSSO, *La comunità scolastica, cit.*, p. 22 ss.

¹¹² Su cui si vedano A. PAJNO, *Articolo 135*, in *Lo Stato autonomista, cit.*, p. 442 ss.; A. CORPACI, *Articolo 136, ibidem*, p. 453 ss.; A. MAROLLA, *L'autonomia scolastica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1999, p. 399 ss.; A. ROSANO, *Decentramento e autonomia scolastica, ibidem*, 1998, p. 241 ss.; N. DANIELE, *L'autonomia scolastica alla luce del D.P.R. 8 marzo 1999 n. 275* (nota a Corte dei Conti, Sez. controllo Stato, 7 giugno 1999, n. 43), in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, p. 341 ss.

gli artt. 135 e segg. del D.Lgs. n. 112 del 31 marzo 1998 – di riassetto delle funzioni di Stato, Regioni ed enti locali –, con il D.Lgs. n. 233 del 30 giugno 1999 – di riforma degli organi collegiali territoriali –, con il D.P.R. n. 233 del 18 giugno 1998 – recante norme per il dimensionamento delle istituzioni scolastiche –, con il D.P.R. n. 275 del 8 marzo 1999 – regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche –, e con il D.P.R. n. 249 del 24 giugno 1998 – regolamento dei diritti degli studenti e delle studentesse –, la nuova scuola italiana è una rete¹¹³ di enti, e non di semplici organi, che non possono essere più considerati solo statali, ma che sono esponenziali delle comunità di riferimento, avvicinandosi in questo al modello dell'ente locale¹¹⁴. Si è detto che l'ente è esponenziale della comunità di riferimento, in quanto ne tutela – sia pure parzialmente – gli interessi culturali, ed è governato dai suoi componenti – studenti, genitori, personale docente e non ed enti locali –.

Se questo è il quadro d'insieme – conforme allo spirito democratico della Repubblica –, si possono tuttavia rilevare alcune disarmonie che a tale disegno contraddicono. In primo luogo, si deve segnalare l'interpretazione del D.Lgs. n. 59 del 6 marzo 1998¹¹⁵ fornita dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato con parere n. 1603 del 27 ottobre 1999¹¹⁶, che ha ritenuto abrogate tutte le competenze dei Consigli di Istituto (e di Circolo, deve ritenersi) in materia di gestione finanziario-contabile stabilite dal T.U. 16 aprile 1994, n. 297, in quanto attribuite al dirigente scolastico. Essa spoglia infatti gli organi di autogoverno di parte delle competenze che spetterebbero loro in base al principio di informazione dello spirito democratico della Repubblica, che vuole una piena partecipazione dei membri alla gestione dell'istituzione.

In secondo luogo, e con riferimento particolare alla situazione dello studente all'interno delle istituzioni scolastiche, pare di dover osservare che la sua posizione ha fatto un salto di qualità rispetto a quella

¹¹³ Sul servizio scolastico a rete, si veda S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro It.*, 1991, V, p. 213 ss.

¹¹⁴ Sia consentito rinviare, in argomento, a M. MICHELETTI, *Il riparto di funzioni fra Stato, Regioni ed enti locali nel settore dell'istruzione: il caso del diritto di mensa degli insegnanti statali*, in *Nuova Rass.*, 2000, p. 1159 ss.

¹¹⁵ Contenente attribuzione della qualifica dirigenziale ai Capi di istituto.

¹¹⁶ Pubblicato in *Educazione & Scuola*, rivista reperibile all'indirizzo internet www.edscuola.it.

di cui godeva sino a pochi anni fa: il D.P.R. 249/98 ha infatti abrogato il capo III del titolo I del R.D. 4 maggio 1925, n. 653, che disciplinava il sistema delle punizioni scolastiche in maniera più adeguata ad uno Stato autoritario, che ad uno democratico¹¹⁷. Tuttavia, seppure la nuova sistemazione della materia si caratterizzi per una maggiore adesione allo spirito democratico della Repubblica, *in primis* tramite la fissazione organica dei diritti degli studenti (artt. 1 e 2)¹¹⁸, essa non risulta aliena da ombre. Intanto una certa vena moraleggiante sembra pervadere il provvedimento: il Governo pare infatti aver voluto fissare una serie di valori di cui gli studenti si dovrebbero appropriare, in violazione del disposto del primo comma dell'art. 34 Cost., secondo cui la scuola è aperta a tutti, nonché del principio dell'informazione dell'ordinamento scolastico allo spirito democratico della Repubblica¹¹⁹. Lo stesso titolo del provvedimento, "Regolamento recante lo statuto *delle studentesse e degli studenti* della scuola secondaria", suscita perplessità, in quanto non risulta chiaro quale sia l'utilità di distinguere i due generi. Ispirato all'imposizione di un determinato sistema di

¹¹⁷ In questo senso, si vedano DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 49 ss.; CALCERANO-MARTINEZ, voce *Scuola, cit.*, p. 853; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, p. 398. Si vedano anche, in generale, sul sistema disciplinare di cui al R.D. 653/25, DELLA VALLE, *Il potere, cit.*, p. 40 ss.; CALVERI, *Il sistema, cit.*, p. 45 ss.; L. MOLINARI, *Il sistema delle responsabilità nella scuola*, Milano, 1995, p. 227 ss.

¹¹⁸ Il riconoscimento della titolarità e dell'esercizio dei diritti agli studenti suppone l'affermazione di una *capacità di diritto pubblico* distinta da quella di diritto privato, la cui *titolarità*, come si è visto sopra a proposito dell'aborto, si acquista già prima della nascita. Si ritiene invece che l'*esercizio* dei diritti connessi si acquisti col raggiungimento della capacità naturale relativa ai rapporti che di volta in volta vengono in considerazione. In argomento, si vedano A. PACE, voce *Libertà personale, cit.*, p. 301; Crisafulli, *La scuola, cit.*, p. 97; DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 35 ss.; LANDI-POTENZA-ITALIA, *Manuale, cit.*, p. 98. *Contra*, nel senso che la capacità di diritto pubblico si acquista con il compimento di diciotto anni, si veda G. LANDI, voce *Persona (diritto pubblico)* in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIII, p. 224 ss.

Tra i diritti degli studenti si segnala l'assenza di quello di sciopero, che pure andrebbe riconosciuto a mente della sentenza della C. Cost. 27 dicembre 1974, n. 290 (pubblicata in *Foro It.*, 1975, I, p. 259 ss.): cfr. M. SALAZAR, *Lo sciopero nell'ordinamento scolastico*, Milano, 1986, p. 21 ss. *Contra*: G. LACOPPOLA, *Le punizioni disciplinari nel diritto scolastico*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, p. 250-251.

¹¹⁹ Lo Stato, nelle scuole che ad esso fanno capo, ai sensi dell'art. 33 Cost. può fornire unicamente *istruzione* e non *educazione*, la quale ultima può essere invece dispensata dai privati negli istituti da essi creati: cfr., in questo senso, LOMBARDI, *Contributo, cit.*, p. 422 ss.; DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 11; DANIELE, voce *Ordinamento, cit.*, p. 61; IDEM, *Istituzioni, cit.*, p. 198; IDEM, *L'ordinamento, cit.*, p. 39.

valori sembra poi il comma 1 dell'art. 1, che definisce la scuola luogo di "educazione", oltre che di formazione, quando le scuole statali, ai sensi dell'art. 33 Cost., devono fornire solo l'"istruzione"¹²⁰. Parimenti dubbi suscitano la prefissione tra gli scopi della scuola quello della "formazione alla cittadinanza" (art. 1, comma 2) e "l'educazione alla consapevolezza e alla valorizzazione della identità di genere" (art. 1, comma 3). L'affermazione che vi sia una concezione ideologizzante dietro la nuova scuola del D.P.R. 249/98 pare confermata anche dal comma 4 dell'art 1, secondo cui "La vita della comunità scolastica si basa sulla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione, sul rispetto reciproco di tutte le persone che la compongono, quale che sia la loro età e condizione, nel ripudio di ogni barriera ideologica, sociale e culturale": tale disposizione è dettata per la scuola-ordinamento e non per la scuola-organizzazione pubblica. Ora, la scuola come ordinamento o comunità è composta da tutti i soggetti che gravitano intorno all'istituto: cioè, oltre che dagli impiegati pubblici (docenti e non)¹²¹, anche da studenti e genitori. Imporre a queste due ultime categorie di soggetti il divieto di regolare il loro comportamento sulla base di determinate concezioni ideologiche, sociali e culturali, viola il precetto di apertura della scuola a tutti di cui all'art. 34 Cost.: il principio della neutralità vale per le strutture pubbliche, non per i loro utenti. Non è chiaro poi perché solo "Gli studenti stranieri hanno diritto al rispetto della vita culturale e religiosa della comunità alla quale appartengono" (art. 2, comma 7). La concezione moraleggiante della scuola sembra giunge al suo acme nel comma 2 dell'art. 3, il quale dispone che "Gli studenti sono tenuti ad avere nei confronti del capo d'istituto, dei docenti, del personale tutto della scuola e dei loro compagni lo stesso rispetto, anche formale, che chiedono per se stessi": ove alla contestazione della mancanza a tale dovere il discente allegasse di non richiedere per se stesso alcun rispetto, per poter procedere legittimamente all'irrogazione della sanzione disciplinare correlata si dovrebbe ricollegare la disposizione citata all'art. 3, primo comma, Cost., al fine di poter sostenere che la "pari dignità sociale" ha un contenuto essenziale che non è rinunciabile¹²².

¹²⁰ Si vedano gli autori citati alla nota precedente.

¹²¹ E dagli enti locali.

¹²² Tra i doveri dei discenti si segnala anche un poco perspicuo obbligo di accoglienza: "Gli studenti condividono la responsabilità di rendere accogliente l'ambiente

Il regolamento in parola appare censurabile anche con riferimento all'autonomia attribuita alle istituzioni scolastiche in materia di regolamentazione della potestà disciplinare sugli alunni: ai sensi del comma 1 dell'art. 4, spetta alle scuole nei loro regolamenti stabilire quali comportamenti violino i doveri di cui all'art. 3 e le relative sanzioni. È evidente la violazione al principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica, che impone la tipicizzazione dell'illecito amministrativo, sul modello di quello penale¹²³; non convince, in questo senso, l'argomento della differenziazione a seconda delle realtà scolastiche che vengono in considerazione, parendo che gli artt. 3 e 97 Cost. impongano da una parte l'uniformità delle sanzioni su tutto il territorio, e dall'altra il rispetto della riserva di legge¹²⁴. Il comma 1 dell'art. 4 demanda alle singole istituzioni anche la disciplina del procedimento disciplinare, giova tuttavia ricordare che i procedimenti amministrativi sono regolati dalla L. n. 241 del 7 agosto 1990.

Più in generale, si deve lamentare che nell'ordinamento scolastico il principio di partecipazione, nonostante le innovazioni che ha conosciuto, nei confronti di studenti e genitori continua a mantenere una consistenza modesta, prevalendo complessivamente negli organi collegiali di cui agli artt. 5 e segg. del T.U. 297/94 e nei nuovi organi collegiali territoriali di cui al D.Lgs. 233/99 il principio di autogestione da parte del personale scolastico professionale¹²⁵.

Analoghe considerazioni valgono nei confronti degli organi collegiali universitari¹²⁶. In relazione alle Università si pone altresì un problema di garanzia dell'autonomia garantita dall'ultimo comma dell'art. 33 Cost., che, secondo l'interpretazione da ultimo proposta dalla Cor-

scolastico e averne cura come importante fattore di qualità della vita della scuola" (art. 3, comma 6, D.P.R. 249/98).

¹²³ Si vedano BALDUZZI, *Principio, cit.*, pp. 181-182; G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, p. 11 ss.

¹²⁴ Il D.P.R. 249/98 ha natura regolamentare.

¹²⁵ Cfr., in argomento, PIZZORUSSO, *La comunità, cit.*, p. 221 ss.; PAUCIULLO DELLA VALLE, *I consigli, cit.*, p. 9 ss.; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 396 ss.; CALCERANO-MARTINEZ, voce *Scuola, cit.*, p. 864 ss.; DANIELE, *Istituzioni, cit.*, p. 69; IDEM, *L'ordinamento, cit.*, p. 19 ss.

¹²⁶ Cfr. A. BARETTONI ARLERI-F. MATARAZZO, voce *Università degli studi*, in *Enc. del Dir.*, vol. LXV, pp. 837-838; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, p. 96 ss.; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 396 ss.. Sulle sanzioni disciplinari nei confronti degli studenti universitari, sia consentito rinviare a CALVERI, *Il sistema, cit.*, p. 85 ss.; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, pp. 428-429; IDEM, *Istituzioni, cit.*, pp. 525-526.

te Costituzionale n. 383 del 27 novembre 1998, consentirebbe l'intervento – previsto dalle leggi – dei regolamenti governativi nella suddetta materia, fermo solo il limite del rispetto del contenuto essenziale dell'autonomia delle istituzioni universitarie¹²⁷.

Terminata la scuola, la persona tipo si trova di fronte al disposto dell'art. 1 del D.Lgs. 30 dicembre 1997, n. 504, secondo cui "I cittadini italiani maschi sono chiamati alla leva nel trimestre in cui compiono il diciottesimo anno di età e comunque non prima del raggiungimento della maggiore età"¹²⁸, ed i soggetti ritenuti idonei a seguito di visita sono chiamati ad un servizio militare. Tale imposizione sembrerebbe apparentemente ricollegarsi al disposto del secondo comma dell'art. 52 Cost., per il quale "Il servizio militare è obbligatorio nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge", sennonché si palesa un vizio macroscopico di violazione del principio di eguaglianza, in quanto il decreto impone l'assolvimento di tale dovere solo ai cittadini maschi. In sede di Costituente, fu adombrato una sorta di argomento "fisiologico", allegando che per le cittadine di sesso femminile si sarebbe tutt'al più potuto prevedere un servizio di tipo sostitutivo, ma il ragionamento non convinse della sua bontà, sicché non si volle stabilire una deroga espressa al principio di eguaglianza¹²⁹. L'argomento fisiologico è stato riproposto con affermazioni semplicemente sconcertanti dalla sentenza n. 526 del 28 luglio 1982 della IV sezione Consiglio di Stato¹³⁰: in tale decisione, al fine di negare l'idoneità delle donne ad impieghi di tipo militare si asserisce che esse sarebbero prive di requisiti indispensabili quali "la forza muscolare o la resistenza alla fatica o al dolore, ... la refrattarietà agli shock e la capacità di vincere la paura... l'istinto di sopraffazione e propensione ad offendere ed uccidere altri esseri umani". La presunta incapacità delle donne a impieghi di tipo militare appare comunque smentita dalle esperienze di altri ordinamenti, come per esempio quello statunitense, e, più recentemente, anche dal legislatore italiano. La L. 20 ottobre 1999, n. 380, ha infatti delegato il Governo ad emanare un decreto per la partecipazione delle

¹²⁷ La sentenza è pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1998, p. 554 ss., con nota critica di V. ANGIOLINI, *Numero chiuso e autonomia universitaria*, *ibidem*, pp. 558-560. In argomento si veda anche A. MARI, *Lo statuto universitario nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, II, p. 1063 ss.

¹²⁸ Si vedano gli artt. 2 ss. del D.Lgs. 504/97 sui ritardi per motivi di studio.

¹²⁹ In argomento si veda BETTINELLI, *Il 1° e il 2° comma*, cit., pp. 73-74.

¹³⁰ Pubblicata in *Cons. Stato*, 1982, I, p. 846 ss.

cittadine di sesso femminile al reclutamento del personale delle Forze Armate, e tale delega è stata esercitata con il D.Lgs. n. 24 del 31 gennaio 2000¹³¹. A questo punto il quesito sul fondamento dell'imposizione del servizio militare ai soli cittadini maschi sembra rimanere senza risposta.

Non migliore si presentava sino a poco tempo fa la situazione con riferimento al reclutamento volontario. L'art. 2, comma 2, del già citato D.Lgs. 24/2000, nella sua formulazione originaria, stabiliva infatti che "La partecipazione ai concorsi per l'ammissione ai corsi regolari delle accademie e a quelli degli istituti e delle scuole di formazione è consentita ai cittadini e alle cittadine italiane, celibi o nubili, vedovi o vedove e senza prole. Detti requisiti debbono essere posseduti all'atto dell'ammissione ai corsi ed essere mantenuti fino al transito in servizio permanente o all'acquisizione della qualifica di aspirante...". La disposizione ora citata conteneva una violazione abbastanza cristallina della direttiva dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica: se esso, come si è detto, consiste nella garanzia per il cittadino inserito in un ordinamento particolare pubblico del godimento di una situazione soggettiva complessivamente equivalente a quella di cui beneficia nell'ordinamento generale, non si può non rilevare che per quest'ultimo è evenienza assolutamente normale che l'individuo contragga matrimonio, formando una famiglia ad allevando dei figli (artt. 29-31 Cost.), in quanto tali aspirazioni derivano dalla sua posizione naturale – costituzionalmente riconosciuta – di libertà e responsabilità (art. 2 e 13 Cost.)¹³². Esattamente quindi, la sentenza n. 332 del 24 luglio

¹³¹ Si osservi inoltre che, in base a quanto detto sopra, non sembra ragionevole stabilire per le donne un servizio *tout court* sostitutivo. Frizioni sembrano porsi altresì con riferimento al disposto della direttiva CEE 76/207 del 9 febbraio 1976, la quale all'art. 2 par. 1 vieta ogni discriminazione *diretta* o *indiretta* basata sul sesso in materia di lavoro, mentre al par. 4 consente l'adozione di quelle misure che siano dirette a promuovere l'uguaglianza di opportunità, per rimediare alle disuguaglianze di fatto (in argomento si vedano PICOZZA, *Il diritto pubblico*, cit., p. 323; Corte di Giustizia CE, sent. 10 ottobre 1995 in causa C-450/93, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1995, p. 461 ss.). Pare infatti che l'imposizione del servizio militare ai soli cittadini maschi integri una discriminazione indiretta, in quanto posticipa il loro ingresso nel mondo del lavoro, con un ritardo di circa un anno rispetto alle cittadine femmine, nonché con relativa obsolescenza delle conoscenze possedute e minore competitività.

¹³² Sulle libertà in materia familiare come acquisizione storica di libertà, si veda G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalla riforme ai codici*, Milano, 1978, *passim*.

2000¹³³ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 24/2000 "nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per la partecipazione ai concorsi e per l'ammissione ai corsi regolari delle accademie e di quelli degli istituti e delle scuole di formazione, e tra i requisiti che debbono essere posseduti all'atto dell'ammissione ai corsi e mantenuti fino al transito in servizio permanente o all'acquisizione della qualifica di aspirante, l'essere senza prole", per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. Rimane per ora in piedi la necessità di essere celibe, nubile o vedovo/a, ma la Corte ha precisato di non aver dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative semplicemente in quanto il Giudice remittente non aveva prospettato dubbi di costituzionalità sul punto¹³⁴.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, censurabile appare anche il comma 6 dell'art. 2 del decreto legislativo 24/2000 che, sostituendo l'art. 1 della Legge 8 agosto 1977, n. 564, ha affermato che "Il personale militare in servizio permanente dell'Esercito, della Marina, dell'Aeronautica e del Corpo della guardia di finanza può contrarre matrimonio al compimento del terzo anno di servizio militare, anche se non ha raggiunto l'età di venticinque anni richiesta dal decreto legislativo luogotenenziale 26 ottobre 1944, n. 507, e dalla legge 10 giugno 1964, n. 447, e comunque non prima del termine dei corsi regolari delle accademie, degli istituti e delle scuole di formazione, compresi i corsi di applicazione e quelli di studio per il conseguimento della laurea, ove prescritto": esso pone delle indebite limitazioni alla libertà di sposarsi, e quindi in ultima analisi alla libertà personale. Non sembra d'altra parte sufficiente, al fine di sottrarsi a tale rilievo, l'istituzionalizzazione di una sorta di matrimonio riparatore, il quale escluderebbe l'applicazione dell'art. 1 della L. 564/77 cit. per il personale femminile in stato di gravidanza (cfr. art. 2, comma 4, D.Lgs. 24/2000 cit.)¹³⁵.

¹³³ Pubblicata in *La Giustizia Amministrativa*, n. 7, 2000, reperibile all'indirizzo www.giust.it.

¹³⁴ Si deve peraltro rilevare che la sentenza 332/2000 verte principalmente sull'art. 7, punto 3°, della L. 29 gennaio 1942, n. 64, mentre la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 24/2000 avviene ai sensi dell'art. 27 della L. 11 marzo 1953, n. 87.

¹³⁵ Si noti che la disposizione, oltre ad essere ispirata ad una logica suprematoria, è anche irragionevole (art. 3 Cost.). Infatti, i militari di sesso maschile si trovano discriminati, in quanto non sono autorizzati a contrarre matrimonio in caso di stato di

L'ordinamento militare si rileva carente sotto il profilo della conformità allo spirito democratico della Repubblica anche nella sua organizzazione interna¹³⁶. La materia trova il suo atto fondamentale nella L. 11 luglio 1978, n. 382, la quale reca "Norme di principio sulla disciplina militare". L'art. 3, comma 1, di tale legge, fa applicazione sostanziale dello schema del bilanciamento degli interessi alla situazione soggettiva del cittadino militare¹³⁷, affermando che "Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate la legge impone ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali". Oltre a doversi confrontare con il problema della compatibilità dello schema del bilanciamento con il sistema costituzionale che, come si è visto sopra, sembra da negare, la legge in parola presenta anche delle disarmonie interne, in quanto pur dichiarando di apporre limitazioni unicamente all'*esercizio* dei diritti costituzionali, contempla casi di vera e propria esclusione della *titolarità* (cfr. art. 8, comma 1, L. cit., con riferimento al diritto di sciopero ed a quello di libertà sindacale¹³⁸). Ad una logica chiaramente derogatoria sono ispirate le limitazioni alla libertà di riunione (artt. 6 e 7 della L. cit.¹³⁹), al diritto di manifestazione del pensiero di cui (art. 9¹⁴⁰) e al diritto di libertà religiosa (art. 11), il divieto di discriminazioni solo per motivi ideologici e politici (art. 17¹⁴¹), nonché le sanzioni della consegna e della consegna di rigore che consentono la restrizione della libertà personale (art. 13 Cost.) senza il rispetto della riserva di giurisdizione

gravidanza della compagna, ed i loro figli ricevono un trattamento peggiore rispetto a quelli delle colleghe di sesso femminile.

¹³⁶ Cfr. P. CARETTI, voce *Libertà personale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, pp. 249-250.

¹³⁷ Esplicitamente in questo senso si veda C. Cost. n. 24 del 24 gennaio 1989, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 149.

¹³⁸ Cfr. A. BOLDETTI-G. PAGANETTO, *Norme di principio sulla disciplina militare e libertà costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1979, p. 438 ss.

¹³⁹ Sulla diffidenza del legislatore del 1978 nei confronti delle libertà dei militari ad esercizio collettivo, si vedano BOLDETTI-PAGANETTO, *op. cit.*, p. 534 ss.; BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 156 ss.

¹⁴⁰ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 131 ss.

¹⁴¹ Consentendo di fatto schedature ad altri fini: cfr., in argomento, A. BALDASSARRE, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Demo e Dir.*, 1975, p. 648; BOLDETTI-PAGANETTO, *Norme di principio, cit.*, p. 532 ss.

(art. 14, L. 382/78¹⁴²) e l'obbligo di previo esperimento del ricorso gerarchico (art. 16)¹⁴³.

Più in generale si deve lamentare da parte della legge 382/78 l'accoglimento di un principio di legalità che sembra essere più *formale* che *riserva relativa*¹⁴⁴. Per via di tale difetto di fondo, i conflitti con la Costituzione già presenti nella L. 382 cit., aumentano nel regolamento di disciplina militare, D.P.R. n. 545 del 18 luglio 1986. Il comma 2 dell'art. 1 di tale regolamento afferma infatti che: "Al militare spettano i diritti che la Costituzione riconosce ai cittadini. Egli è soggetto a particolare disciplina, a doveri e responsabilità nonché a limitazioni nell'esercizio di taluni diritti previste dalla Costituzione definite dalla legge e riportate nel presente regolamento": ora, nella L. 382/78, il bilanciamento tra gli interessi deriva dalla composizione di principi costituzionali confliggenti, nel D.P.R. 545, invece, i diritti costituzionali derivano dalla Carta, ma rimane oscuro il fondamento della disciplina, dei doveri e delle responsabilità, che sembrano riposare sulla forza del regolamento stesso, riproponendo quindi l'ordinamento di supremazia speciale. Che il sistema del D.P.R. 545/86 non sia coerente col bilanciamento degli interessi, ma tenda più alla subordinazione speciale è confermato anche da altre disposizioni in esso contenute, come ad esempio gli artt. 18 (obbligo di tenere un aspetto decoroso), 25 (obbligo di eseguire gli ordini illegittimi), 27 e 37 (obbligo del saluto militare, verso i superiori, con l'appellativo di "Signore" per la Marina), 38 (obbligo di mantenere l'ordine tra le proprie cose), 44 (che non

¹⁴² Cfr. ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 228 ss.

¹⁴³ Tale disposizione prevede l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale avverso le sanzioni disciplinari di corpo, in assenza del previo esperimento del ricorso gerarchico (o del decorso del termine di novanta giorni dalla sua presentazione), senza tuttavia prevederne la sospensione necessaria della misura punitiva nelle more (Cfr. A. ROMEO-A. BORDIGNON, *Le sanzioni disciplinari nei riguardi del personale militare ed il relativo procedimento di accertamento*, Padova, 1999, pp. 87-89). A questo proposito, va osservato che non vale, al fine di sottrarsi ai rilievi di incostituzionalità di cui al testo, il rinvio alle esigenze di specialità dell'ordinamento militare di cui alla C. Cost. n. 113 del 22 aprile 1997 (pubblicata ivi, p. 95 ss.), oltretutto con richiami alla capacità dell'Amministrazione di dare giustizia tramite i ricorsi gerarchici non più condivisibili.

¹⁴⁴ Sembra comunque che il secondo comma dell'art. 52 Cost. ponga una riserva assoluta di legge in materia di ordinamento militare: in questo senso, si vedano P. CARETTI-G. MORBIDELLI, *Obbligo di prestare il servizio militare e tutela delle posizioni soggettive*, in *Foro Amm.*, 1970, III, p. 260; BOLDETTI-PAGANETTO, *Norme di principio, cit.*, p. 525

fissa l'orario massimo di servizio) e 48 (obbligo di risiedere in alloggiamenti di caserma o equivalenti)¹⁴⁵.

Chiudono queste brevi note sull'ordinamento militare, già più ampie di quanto l'economia di questa saggio consentirebbe, alcune osservazioni sulla partecipazione. L'attuazione del disposto del secondo comma dell'art. 3 Cost. nell'istituzione di cui si sta trattando è affidata, dagli artt. 18 e segg. della L. 382 del 1978, alle rappresentanze militari, la cui disciplina è completata dal D.P.R. 4 novembre 1979, n. 691, e dal D. Min. Dif. 9 ottobre 1985. Le rappresentanze sono organi elettivi strutturati su tre livelli – uno nazionale, con un unico organo interforze (COCER), uno intermedio, con organi a livello di alti comandi (COIR), e uno di base, presso le unità minime compatibili con la struttura di forza o corpo armato (COBAR) – ed hanno funzioni consultive e propulsive con esclusione di poteri decisionali. La dottrina ha messo in luce l'inadeguatezza di tali organi rispetto al fine che si propongono, qualificandoli come incrocio tra un surrogato della libertà sindacale negata ai militari ed un mezzo di partecipazione, con risultati tuttavia deludenti su entrambi i versanti¹⁴⁶. L'insoddisfazione per la sistemazione della materia operata dalle norme citate è testimoniata anche dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 126 del 2 maggio 1985¹⁴⁷, che ha dichiarato l'illegittimità del primo comma dell'art. 180 c.p.m.p. – esso incriminava la presentazione collettiva (ad opera di almeno dieci militari) di una istanza, esposto o reclamo per cose attinenti alla disciplina o al servizio –, in quanto in contrasto con gli artt. 52, terzo comma, 2, 3 e 21 Cost. Essa ha in particolare affermato che non è sufficiente a escludere l'incostituzionalità della norma impugnata la previsione delle rappresentanze militari "in quanto, pur essendo conferita a tali organi la funzione di rappresentare all'autorità

¹⁴⁵ Per un commento testuale al regolamento di disciplina militare, si veda comunque AA.VV., *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, cit., *passim*.

Una considerazione a parte, impossibile nell'economia del presente lavoro, meriterebbe il c.d. soldo militare, ammontante, per i cittadini di leva, ai sensi del D.Min. Dif. 8 ottobre 1998 alla cifra di Lire 5.792 al giorno: la sua conformità al principio di cui all'art. 36, comma 1, Cost., secondo cui il lavoratore ha diritto ad una retribuzione *proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*, si commenta da sé.

¹⁴⁶ Si vedano, in argomento, BALDUZZI, *Principio*, cit., p., 187 ss.; ROSSI, *Il 3° comma*, cit., p. 231 ss.

¹⁴⁷ In *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 894 ss.

istanze di carattere collettivo relative a determinati “campi di interesse” – e così essendo riconosciuta rilevanza e liceità di espressione agli interessi collettivi dei militari – non è coperto l’arco delle possibili istanze collettive e, soprattutto, non è giustificata l’espropriazione, penalmente sancita, (o almeno non è giustificata l’incriminazione) della rappresentazione di tali istanze nei confronti dei loro soggetti reali”.

Dal punto di vista della tesi sostenuta in questo lavoro, di informazione degli ordinamenti pubblicistici allo spirito democratico della Repubblica e della conseguente necessaria omogeneità delle situazioni soggettive assicurate al cittadino all’interno dei vari settori dell’ordinamento generale, appare interessante rilevare che con ordinanza n. 837 del 2 giugno 1998 la IV sezione del Consiglio di Stato¹⁴⁸ ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 8, L. 382/78, nella parte in cui nega ai militari le libertà sindacale, per contrasto con gli artt. 3, 39 e 52, terzo comma, Cost.¹⁴⁹. Deludente è risultata invece la risposta della Corte Costituzionale, che, con sent. n. 449 del 17 dicembre 1999¹⁵⁰, ha respinto le censure del Consiglio di Stato facendo leva sulle esigenze di “organizzazione, coesione interna e massima operatività” che distinguerebbero le Forze Armate rispetto da altre organizzazioni – la loro specialità sarebbe infatti riconosciuta dal terzo comma dell’art. 52 Cost. –, sul fatto che l’attribuzione ai militari delle libertà sindacale “aprirebbe inevitabilmente la via ad organizzazioni la cui attività *potrebbe*¹⁵¹ risultare non compartibile con i criteri di coesione interna e neutralità dell’ordinamento militare”, nonché facendo rinvio al bilanciamento degli interessi operato dal legislatore e demandando a quest’ultimo eventuali modifiche. Le argomentazioni della Corte sin qui riportate non possono essere condivise. Innanzitutto il riferimento ad esigenze di *organizzazione, massima operatività e neutralità*, che sarebbero vulnerate dal riconoscimento della libertà sindacale, appaiono più delle petizioni di principio che delle motivazioni reali fornite di dimostrazione. Frutto di una logica ispirata alla supremazia speciale,

¹⁴⁸ Pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all’indirizzo *www.giust.it*.

¹⁴⁹ È interessante notare che nell’ordinanza viene invocata quale *tertium comparationis*, ai fini del giudizio alla stregua dell’art. 3 Cost., la posizione del personale delle forze di polizia ad ordinamento civile, equiparata a quella del personale militare adibito ai medesimi compiti dall’art. 2 del D.Lgs. 12 maggio 1995, n. 195.

¹⁵⁰ Pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, *cit.*

¹⁵¹ Corsivo nostro.

che fa prevalere criteri extra-legislativi sulla legge e persino sulla Costituzione appare invece il riferimento alla *coesione interna*, che è concetto sconosciuto alla Carta ed alla L. 382/78, mentre è contemplato solo nell'art 2 del D.P.R. 545/86 e ripescato da elaborazioni precedenti, sconfessate dalla legge di principio sulla disciplina militare. Non può quindi non destare stupore l'assunto secondo cui il comma 3 dell'art. 52 Cost. conterrebbe il riconoscimento della specialità dell'ordinamento militare, quando risulta storicamente che la norma fu approvata appunto in opposizione ai principi derogatori che reggevano in precedenza la materia, ed al fine di assicurare anche all'interno di tale istituzione il rispetto delle libertà e della dignità umane¹⁵². L'eccessivo *favor* per l'organizzazione delle Forze Armate che percorre la sentenza è testimoniato anche dal fatto che la libertà sindacale è esclusa solo perché *eventualmente* ("potrebbe") incompatibile con la coesione interna. Infine, il rifiuto di sindacare il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore, rinviando a quest'ultimo per ogni eventuale modifica, appare frutto di una concezione arcaica e superata della dottrina in parola. Peraltro, le argomentazioni della decisione in esame appaiono da ultimo smentite dalla già citata sent. n. 332/2000, ove la Consulta afferma testualmente che "Ripetutamente... questa Corte ha chiarito, da un lato, che "La Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e riconduce anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini" (sentenza n. 278 del 1987); dall'altro, che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli "cittadini militari" non recede di fronte alle esigenze della struttura militare (da ultimo, sentenza n. 449 del 1999)¹⁵³".

Dopo la parentesi del servizio militare, l'individuo si troverà nella necessità di assumere un impiego (art. 4 Cost.). Esula dall'economia di questo lavoro l'analisi della posizione del prestatore di lavoro subordinato privato, interessa qui unicamente l'impiego pubblico. Come si è detto sopra, i pubblici impiegati sono stati storicamente ritenuti sottoposti alla potestà di supremazia speciale delle Amministrazioni da cui

¹⁵² Cfr. par. 3.

¹⁵³ Quest'ultimo richiamo appare particolarmente curioso, giacché, come si è visto, la sent. n. 449/99 si muove in una logica tutt'affatto diversa da quella della n. 332/2000.

dipendevano¹⁵⁴. Negli anni '70, tuttavia, con riferimento a questa materia la dottrina ha revocato in dubbio la compatibilità della figura dogmatica della supremazia speciale con la Costituzione, rilevando altresì che all'interno della Pubblica Amministrazione si assisteva ad una penetrazione sempre maggiore dei principi della Carta, ed in particolare di quelli di *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege e nulla poena sine iudicio*¹⁵⁵. Ogni tentazione derogatoria è stata quindi definitivamente superata dalla privatizzazione del pubblico impiego operata con il D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, e successive modificazioni. Tale riforma ha condotto alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro con le Amministrazioni pubbliche (art. 2, comma 3, D.Lgs. cit.), ed all'applicazione ad esso delle norme del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese (salve le eccezioni stabilite dal decreto stesso: art. 2, comma 2). Anche il fondamento del potere disciplinare è stato ricondotto al contratto, in quanto l'efficacia del codice disciplinare viene subordinata al suo recepimento nei contratti collettivi¹⁵⁶.

Ora, se dal punto di vista interno la situazione appare abbastanza rassicurante, perplessità desta invece la tendenza che sta assumendo l'ordinamento comunitario in materia di pubblico impiego con riferimento alla questione delle pari opportunità. Con la già citata sentenza del 17 ottobre 1995, in causa C - 450/93, *caso Kalanke*, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee aveva negato che le misure positive previste dall'ordinamento comunitario per promuovere l'uguaglianza di opportunità tra uomini e donne potessero essere utilizzate per ottene-

¹⁵⁴ Cfr. OFFIDANI, *Studi, cit.*, p. 71.

¹⁵⁵ Si veda, in questo senso, MOR, *Le sanzioni disciplinari, cit.*, p. 58 ss.

¹⁵⁶ Sulla riforma del pubblico impiego si vedano, *ex multis*, L. FRANZESE, *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, II, p. 665 ss.; M. NAPOLI, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche. Lineamenti interpretativi del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni*; IDEM, *La privatizzazione del pubblico impiego: le prospettive aperte*; IDEM, *Contrattazione collettiva, produttività, organizzazione degli uffici* (tali contributi sono pubblicati, in *Questioni di diritto del lavoro*, del medesimo Autore, Torino, 1996, p. 67 ss.); P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000, *passim*; AA.VV. *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal D.Lgs. n. 29/1993 ai D. Lgs. nn. 396/1997, 80/1998, 387/98*, a cura di F. CARINCI e M. D'ANTONA, 3 voll., Milano, 2000, *passim*.

Si veda ora il D.Lgs. n. 165 del 30/3/2001, "Norme generali sull'Ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

re una parità dei risultati, avendo esse quale unico scopo il riequilibrio delle posizioni di partenza. Con sentenza 11 novembre 1997, in causa C – 409/95, *caso Marschall*¹⁵⁷, la Corte ha tuttavia immutato la sua giurisprudenza, affermando che un'azione diretta a promuovere di preferenza i candidati di sesso femminile nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate è compatibile con la normativa comunitaria, a condizione che la preferenza non sia automatica, ma le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto della situazione particolare di tutti i candidati. Tale interpretazione ha poi trovato un avallo normativo con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, alla stregua del quale ora il par. 4 dell'art. 141 TCE recita: "Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nella carriera professionali". Con questa modifica, la Corte ha avuto buon gioco a ribadire la sua giurisprudenza sulla legittimità delle clausole di preferenza a favore delle donne nel pubblico impiego, da ultimo, con sentenza 28 marzo 2000, in causa C – 158/97, *caso Badeck*¹⁵⁸.

Alla luce di queste evoluzioni, si comprende quanto detto sopra a proposito dell'utilizzo del principio di informazione allo spirito democratico della Repubblica quale termine di confronto per saggiare la compatibilità del diritto prodotto dalle organizzazioni sovranazionali con la Costituzione italiana. Nella fattispecie ora in esame, pare debba essere negata la compatibilità del par. 4 dell'art. 141 TCE con la Carta costituzionale, specialmente alla luce della chiara lettera dell'art. 51, comma 1, Cost., secondo cui "Tutti cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge": giova a questo proposito ricordare che secondo la sent. della Corte Costituzionale n. 422 del 12 ottobre 1995¹⁵⁹ le azioni positive adottate ai fini di rag-

¹⁵⁷ Pubblicata in *Giur. It.*, 1999, p. 3 ss., con nota di M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, *ibidem*.

¹⁵⁸ Pubblicata in *Guida al diritto*, 2000, n. 16, p. 96 ss., con nota di A. CORRADO, *La scelta deve essere la conseguenza di un esame obiettivo di tutti i candidati*, *ibidem*, pp. 105-106.

¹⁵⁹ Pubblicata in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3255 ss.

giungere la parità tra uomo e donne, e più in generale in attuazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., non possono in nessun caso incidere sul contenuto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione¹⁶⁰. Peraltro, lo stesso concetto di sottorappresentazione, che sembra supporre la possibilità di prevedere statisticamente le vocazioni umane, suscita dubbi di conformità al basilare principio di razionalità (art. 3 Cost). In ogni caso, non sembra sia nella potestà del legislatore dare un peso alla sofferenza umana – tale è la situazione del disoccupato o del lavoratore ingiustamente discriminato nelle progressioni di carriera – considerando di per se stesso il dolore dei soggetti di sesso femminile più grave rispetto a quello dei soggetti di sesso maschile.

L'ipotetico cittadino di cui si è sin qui discusso, ai fini del suo sostentamento materiale, potrebbe comunque decidere di intraprendere un'attività economica ai sensi dell'art. 41 Cost. Uno degli strumenti più incisivi un tempo utilizzati per la funzionalizzazione a fini pubblici dell'attività economica privata era costituito dalla configurazione di un dato settore produttivo come ordinamento sezionale. Quest'ultimo consisterebbe di un raggruppamento di operatori economici di un medesimo ramo, sottoposti al potere di direzione e conformazione di una o più autorità pubbliche, che possono emanare norme interne da osservare da parte dei privati con preferenza su quelle dell'ordinamento generale¹⁶¹. In questi termini, la figura dell'ordinamento sezionale è stata superata dall'espandersi del principio di legalità in tutti gli ambiti dell'azione e dell'organizzazione dei pubblici poteri, tra i quali figura anche quello relativo all'intervento nell'economia. Una trasfigurazione dell'ordinamento settoriale potrebbe tutt'al più essere rinvenuta nella creazione di autorità indipendenti preposte a determinati settori economici. L'introduzione di queste ultime nel nostro ordinamento è

¹⁶⁰ In senso sostanzialmente contrario, si veda S. SCARPONI, *La disciplina in materia di parità e di pari opportunità*, in *Il lavoro alle dipendenze*, cit., vol. II, p. 1769 ss.

¹⁶¹ In argomento, si vedano M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 198 ss.; IDEM, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 167 ss.; G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968, *passim*; S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura del medesimo, Milano, 1995, p. 3 ss.; IDEM, *Le amministrazioni dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca Borsa Titoli*, 1995, I, p. 59 ss.

stata favorita dal diritto comunitario¹⁶², ed il loro compito è quello di vigilare sul rispetto da parte degli operatori economici delle regole concorrenziali e delle ragioni del consumatore, operando con tecnicità e neutralità¹⁶³. Indipendenza non significa peraltro separatezza dall'ordinamento generale dei settori cui sono preposte le *authorities*, come ha precisato il parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 988 del 29 maggio 1998¹⁶⁴, e sono da guardare con favore sentenze come la n. 1792 del 30 dicembre 1996, della VI sezione¹⁶⁵ – pure criticata dalla dottrina –, che ha ribadito la sottoposizione delle autorità indipendenti al principio di legalità, respingendo ogni lettura derogatoria¹⁶⁶.

Oltre ad abbisognare di un impiego, la persona umana si troverà anche nella necessità di procurarsi una casa (art. 47 Cost.), e molto spesso verrà a scontrarsi con il potere pianificatorio di Regioni ed enti locali¹⁶⁷. In vero, anche il sistema urbanistico è stato a suo tempo ricostruito come ordinamento settoriale – retto da principi derogatori rispetto a quelli degli artt. 41 e 42 Cost. – che dispiegherebbe le sue potestà normative interne attraverso i piani regolatori¹⁶⁸. Senza giunge-

¹⁶² Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 161 ss.

¹⁶³ In argomento, si vedano, AMOROSINO, *Le amministrazioni*, cit., p. 58 ss.; N. MARZONA, *Gli organi di controllo pubblico sulle società*, in *Banca Borsa Titoli*, I, 1995, p. 529 ss.; IDEM, *Gli organi di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria*, ibidem, 1994, I, p. 154 ss. Cfr. anche F. FRANCIOSI, *Sulla riforma del sistema di vigilanza sul mercato dei valori mobiliari*, in *Dir. Amm.vo*, 1999, p. 143 ss.

¹⁶⁴ Pubblicato in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1483 ss.

¹⁶⁵ Pubblicata in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 2015 ss. e in *Giur. It.*, 1997, III, 1, p. 604 ss., con nota di R. CARANTA, *Il Consiglio di Stato, la concorrenza ed i principi del diritto comunitario di cui alla legge "antitrust"*.

¹⁶⁶ Cfr. anche G.F. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 999 ss. Peraltro, per una ricostruzione alternativa dei rapporti tra organizzazione pubblica ed operatori economici, ricondotti al diritto comune, si veda N. MARZONA, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986, *passim*.

¹⁶⁷ Da ultimo, sul riordino operato dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, si vedano i commenti di V. MAZZARELLI agli artt. 53-58, in *Lo Stato autonomista*, cit., p. 205 ss.

¹⁶⁸ In argomento, si vedano V. ANGIOLINI, *La pianificazione urbanistica generale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di diritto urbanistico*, Torino, 1996, p. 232 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 174. Sulla natura mista del piano regolatore, in parte normativa e in parte provvedimento, cfr. già G. BERTI-G. VIGNOCCHI, voce *Piano regolatore*, in *Nss. Dig It.*, vol. XIII, p.18 e segg.

re a questi eccessi, il sistema della pianificazione urbanistica, che trova la sua norma fondamentale nell'art. 7 della L. 17 agosto 1942, n. 1150, non sembra comunque in grado di restringere la discrezionalità dell'Amministrazione entro i limiti di cui all'art. 97 Cost., e si pongono quindi problemi in ordine alla sua conformità allo spirito democratico della Repubblica. Le previsioni di cui ai numeri 1 – 6 della disposizione citata sono infatti talmente ampie da rendere quasi impossibile il sindacato sull'eccesso di potere per sviamento dalla causa, di talché si osserva che il piano regolatore è atto scarsamente tipizzato¹⁶⁹. Sono quindi da apprezzare, perché tentano di ricondurre il sistema pianificatorio ai canoni dell'ordinamento generale, sentenze come la n. 179 del 20 maggio 1999 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 7, numeri 2, 3 e 4, e 40 della L. 1150/42 e 2, primo comma, della L. 19 novembre 1968, n. 1187, nella parte in cui consente all'Amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo¹⁷⁰.

Un breve cenno, merita pure l'evenienza che, per malattia, la persona metta la sua libertà nella disposizione dell'organizzazione sanitaria, particolarmente ospedaliera. Il degente si trova infatti inserito in strutture in cui il suo comportamento è disciplinato da regolamenti che si articolano per ospedali, reparti o divisioni¹⁷¹. La dottrina più antica riconduceva tali regolamenti alla categoria delle norme interne e quindi alla supremazia speciale¹⁷², in seguito si è però sottolineato che anche gli atti normativi della strutture sanitarie non sono avulsi dall'ordinamento generale¹⁷³. Ai sensi dell'art. 117 Cost. alle Regioni spetta competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria ed ospeda-

¹⁶⁹ Cfr. ANGIOLINI, *La pianificazione, cit.*, p. 232 ss.; IDEM, *Piano regolatore generale, valutazioni tecniche ed eccesso di potere*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 284 ss.

¹⁷⁰ La sentenza è pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all'indirizzo www.giust.it. Il ragionamento della Corte è condotto alla stregua del comma 3 dell'art. 42 Cost.: in una prospettiva più ampia di raffronto tra programmazione urbanistica e valori costituzionali, si veda l'ordinanza di rimessione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 20 del 25 settembre 1996, pubblicata in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1290 ss.

¹⁷¹ Cfr. C. CARRARA, *L'informazione negata*, in *Regione e Governo Locale*, 1988, IX, p. 42 ss.

¹⁷² Cfr. ZANOBINI, *Le norme interne, cit.*, p. 363 ss.

¹⁷³ Cfr. G. BERTI, *Le deliberazioni ospedaliere e i loro controlli*, Milano, 1970, p. 246 ss.

liera e su di esse si accentrano sempre più le competenze amministrative relative¹⁷⁴. Le leggi delle singole Regioni disciplinano quindi la situazione soggettiva del degente, e ne assicurano la tutela, con il rischio tuttavia di possibili diseguaglianze¹⁷⁵: a questo proposito c'è da chiedersi se il rispetto del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica da parte degli ordinamenti pubblici, nella specie sanitari, non imponga l'approvazione di una legge nazionale sui diritti dei malato. Non sembra che osti ad una simile proposta la garanzia costituzionale dell'autonomia delle Regioni, ed infatti un percorso simile era stato prefigurato dalla lett. r) dell'art. 1 della L. n. 421 del 23 ottobre 1992, la quale aveva delegato il Governo a "definire i principi per garantire i diritti dei cittadini nei confronti del servizio sanitario anche attraverso gli organismi di volontariato e di tutela dei diritti, favorendo la presenza e l'attività degli stessi all'interno delle strutture e prevedendo modalità di partecipazione e di verifica nella programmazione dell'assistenza sanitaria e nella organizzazione dei servizi". Ad oggi manca tuttavia uno statuto dei diritti del malato approvato con legge statale ed uniforme per tutto il territorio.

Si giunge al fine ai cimiteri. Essi non possono essere considerati ordinamenti, mancando l'elemento della plurisoggettività, e sono quindi attualmente qualificati come beni demaniali (art. 824 c.c.)¹⁷⁶. Tuttavia, se la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. deve ritenersi sia fisica che morale¹⁷⁷, comprensiva della libertà di disporre del proprio corpo¹⁷⁸ ed irrinunciabile, qualche perplessità desta invece la L. n. 91 del 1 aprile 1999, che all'art. 4 – sembrerebbe in base ad un bilanciamento tra libertà personale e interesse collettivo – ha introdotto un sistema di silenzio-assenso per la donazione degli organi dopo la morte in assenza di dichiarazione contraria. Vista la natura strettamente personale delle facoltà di disposizione del proprio corpo, nel silenzio, la regola dovrebbe essere quella del diniego. Non sembra che ci si possa

¹⁷⁴ Cfr. L. ZANETTI, *Articolo 114*, in *Lo Stato autonomista*, cit., p. 377 ss. Nelle more della pubblicazione di questo lavoro, è intervenuta la legge di revisione costituzionale in G.U. n. 59 del 12/3/2001, approvata con referendum del 7/10/2001: cfr. in particolare art. 3.

¹⁷⁵ In argomento, si veda P. CARETTI, voce *Libertà personale*, cit., pp. 250-251.

¹⁷⁶ In argomento, si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1999, p. 246.

¹⁷⁷ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 419 ss.

¹⁷⁸ Cfr. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 692.

sottrarre a tale conclusione allegando la sociale utilità dei trapianti: il principio di informazione allo spirito democratico della Repubblica vuole un ordinamento che sia realmente aperto a tutti e che non imponga ai cittadini l'appropriazione di determinati valori morali che, pur meritevoli di considerazione, sono necessariamente particolari.

5. Considerazioni conclusive

Siano consentite da ultimo alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

Si è descritta in questo saggio, sia pure brevemente, la vicenda della nascita in Germania della supremazia speciale, che si è connotata da subito come figura derogatoria dei principi dello Stato di diritto, in particolare del principio di legalità e del rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti.

Si è parimenti illustrato il suo recepimento in Italia, ad opera di Santi Romano, e la sua trasfusione nella dottrina delle pluralità degli ordinamenti giuridici, talché si può dire che essa nel nostro Paese ha storicamente assunto le fattezze dell'ordinamento di supremazia speciale, con cui è venuta ad identificarsi.

Si è detto che a partire dagli anni '70 si è assistito ad un progressiva svalutazione ed al superamento dell'ordinamento di supremazia speciale da parte della dottrina del bilanciamento degli interessi. Si è tuttavia tentato di illustrare come sia l'ordinamento di supremazia speciale che la dottrina del bilanciamento degli interessi chiudano la dialettica tra libertà ed autorità a favore della seconda, anche se il bilanciamento sposta il conflitto tra regolamento dell'Amministrazione e posizione soggettiva del cittadino ad un livello che vede contrapposta alla seconda la legge, che precisa i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Peraltro, come si è visto, lo stesso principio di legalità su cui si basa la dottrina del bilanciamento degli interessi alla fine non è che un principio, e nulla vieta che esso possa essere bilanciato con altri principi: se si giungesse ad un simile approdo si avrebbero un'involuzione ed un ritorno alla supremazia speciale nella sua antica configurazione. È questo un ulteriore limite della dottrina del bilanciamento, che porta quindi in sé il germe del suo superamento. In questo saggio si è comunque tentato di spiegare la sua incompatibilità con il sistema costituzionale italiano, proponendo viceversa, quale criterio per comporre la dialettica tra libertà ed autorità,

quello dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica della normazione e dell'organizzazione dei vari settori in cui si diparte l'Amministrazione pubblica. Esso postula, in particolare, che in ogni ordinamento particolare pubblico venga garantita al cittadino una situazione soggettiva equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale.

Alla luce di quest'ultimo criterio sono state esaminate alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali: il risultato dell'analisi è stato tutt'altro che soddisfacente.

Ci si deve allora rassegnare al fatto che il criterio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica sia poco più che una petizione di principio, un'aspirazione a che il legislatore adempia alla sua funzione con giustizia?

A modesto avviso di chi scrive la risposta al quesito deve essere negativa. Si deve prendere atto che vi sono interventi del legislatore e della giurisprudenza che, a differenza delle soluzioni adottate con riferimento a singoli settori dell'ordinamento, tendono invece a proporre un'immagine generale dell'Amministrazione pubblica più conforme allo spirito democratico della Repubblica.

Ci riferisce in particolare all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, indipendentemente dalla sua qualificazione come diritto soggettivo affievolito, che è stata stabilita prima, con riferimento alle materie demandate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 31 marzo 1998¹⁷⁹, e poi in generale dalla sentenza n. 500 del 26 marzo – 22 luglio 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸⁰, per trovare da ultimo una de-

¹⁷⁹ Cfr. E.M. BARBIERI, *Riflessi della tutela risarcitoria sulla tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 581 ss.; IDEM, *Nuove forme di tutela in tema di appalti pubblici*, *ibidem*, p. 1200 ss.; G. VIRGA, *Le riforme a metà (Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all'indirizzo www.giust.it.

¹⁸⁰ Pubblicata in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, p. 1108 ss., con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *ibidem*, p. 1126 ss. Su di essa si vedano anche, tra gli altri, G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/99 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, p. 1 ss.; V. ANGIOLINI, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e Co-*

finitiva sanzione nel comma 4 dell'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205.

Si pensi anche alla recente sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato del 9 aprile 1999, n. 601¹⁸¹, che ha sostanzialmente negato l'esistenza di limiti per il Giudice amministrativo nel sindacato sulla discrezionalità tecnica, ribaltando il precedente orientamento che ne consentiva la disamina solo dal punto di vista della ragionevolezza, della logicità, dell'imparzialità e della sufficienza della motivazione. È stato così smantellato un altro dei tasselli su cui si reggeva l'Amministrazione autoritaria.

Significativa è infine la "monumentale" ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000¹⁸² dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha rivendicato la capacità del Giudice amministrativo di fornire al cittadino una tutela integrale nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, e, con un'interpretazione decisamente estensiva dell'ultimo comma dell'art. 21 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, ha ingiunto all'Amministrazione il pagamento di somme in via cautelare¹⁸³.

La concezione più autoritaria del potere pubblico è in via riduzione anche con riferimento alla funzione legislativa. L'assunto dell'irresponsabilità del legislatore – in quanto la funzione legislativa sarebbe espressione della sovranità quale potere assoluto e incondizionato – risulta ormai superato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che ha stabilito il diritto del cittadino comunitario al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento da parte dei legislatori nazionali degli obblighi ad essi facenti capo in base

stituzione, *ibidem*, p. 133 ss.; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2000, p. 1 ss.

¹⁸¹ Pubblicata in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2000, p. 182 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *ibidem*, p. 185 ss. Si vedano anche L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, in p. 424 ss.; IDEM, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ibidem*, 1997, p. 1727 ss.

¹⁸² Pubblicata in *Guida al diritto*, 2000, n. 15, p. 92 ss., con nota di G. CARUSO, *Per rimborsare i crediti pecuniari del farmacista non serve ricorrere a istituti del processo civile*, *ibidem*, p. 115 ss.

¹⁸³ Sulla capacità del Giudice amministrativo di dare giustizia, si veda anche L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 1208 ss. Si veda ora la legge 21 luglio 2000, n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa" (cfr., in particolare, art. 8).

all'adesione all'Unione Europea¹⁸⁴. Ad analoghe conclusioni porta l'interpretazione dell'art. 50 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione alle sue violazioni¹⁸⁵.

Dall'affermazione del principio della responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per violazione da parte del legislatore degli obblighi sovranazionali o internazionali, all'affermazione della stessa responsabilità per l'emissione della legge incostituzionale – alla luce dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza – il passo è breve¹⁸⁶. Significativo è da questo punto di vista che la Corte Costituzionale abbia da ultimo ristretto l'immunità del parlamentare per le opinioni espresse, ex art. 68 Cost., alle sole dichiarazioni espresse fuori dalle mura delle Camere che riproducano il contenuto di un atto parlamentare¹⁸⁷, rifuggendo ad ogni indebita copertura delle azioni di deputati e senatori sotto l'ombrello della politicità.

Le evoluzioni da ultimo riportate non possono che condurre ancora una volta a una riconsiderazione della compatibilità della dottrina del bilanciamento degli interessi con la Costituzione italiana. La libertà conculcata dall'autorità in nome della solidarietà politica, economia e sociale, riemerge ricordando alle istituzioni che anch'esse sono titolari di obblighi e non solo di poteri, come testimonia quanto detto a proposito del risarcimento del danno causato dalla lesione di interessi legittimi e da violazioni della Costituzione, del diritto comunitario e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il nome della solidarietà pubblica – cioè della responsabilità delle organizzazioni pubbliche – potrebbe allora essere spirito democratico della Repubblica.

¹⁸⁴ Cfr., in argomento, PICOZZA, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 275 ss.; IDEM, *Il diritto pubblico, cit.*, p. 69 e segg.; G. STROZZI, *Il sistema normativo, in Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, vol. I, Giuffrè, 1997, p. 30 ss.

¹⁸⁵ Cfr. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 234 ss.; M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1991, p. 286 ss.

¹⁸⁶ Cfr. BIFULCO, *La responsabilità, cit.*, *passim*.

¹⁸⁷ Cfr. sent. n. 82 del 20-24 marzo 2000, in *Guida al diritto*, 2000, n. 20, p. 58 ss.; con nota di G. BUSIA, *Per conservare l'immunità lontano dai Palazzi basta limitarsi a discutere degli atti parlamentari*, p. 61 ss.

EMILIANO NICOLINI

*Il riconoscimento degli enti ecclesiastici cattolici
nella recente giurisprudenza del Consiglio di
Stato*

ABSTRACT

La prassi del primo decennio di applicazione degli Accordi di Villa Madama ha ricondotto la disciplina degli enti ecclesiastici nell'area del diritto comune. È stato così messo in discussione quel principio di specialità che trova riscontro in tutte le principali trattazioni scientifiche successive al Concordato del '29 e del '84; infatti, in più occasioni, il Consiglio di Stato ha finito col trattare gli enti ecclesiastici alla stregua delle persone giuridiche private a tutto sfavore del carattere di specialità degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. A conferma di tale attrazione nell'ambito del diritto comune, l'articolo mette in evidenza come alcuni dei recenti interventi unilaterali del legislatore statale, in materia di riconoscimento delle persone giuridiche, siano stati ben accetti anche da parte dell'autorità ecclesiastica: si pensi ad esempio all'art. 17 legge n.127/97, il quale, mentre ha conservato il parere obbligatorio del Consiglio di Stato in pochi casi, ha abrogato tutte le altre disposizioni che lo prevedessero, fra cui quelle riguardanti le vicende degli enti in oggetto. Gli stessi progetti governativi, miranti alla semplificazione dei procedimenti di riconoscimento della personalità giuridica, potrebbero applicarsi agli enti cattolici.

Si sottopone poi al lettore la questione attinente all'emersione giurisprudenziale di un diritto al riconoscimento, non più subordinato ad un atto amministrativo discrezionale e non dovuto.

EMILIANO NICOLINI

*IL RICONOSCIMENTO DEGLI ENTI ECCLESIASTICI CATTOLICI
NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO*

SOMMARIO

- 1. Innovazioni in materia di riconoscimento.*
- 2. La giurisprudenza del Consiglio di Stato.*
- 3. Limiti della discrezionalità; verso un diritto al riconoscimento?*

1. Innovazioni in materia di riconoscimento

Per quanto concerne il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica dell'ente ecclesiastico, si deve segnalare come recente novità normativa la legge del 15 maggio 1997 n. 127, la quale ha riformato la disciplina dei pareri resi dagli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni, e ha dettato specifiche regole in ordine all'attività consultiva del Consiglio di Stato.

Prima di tale legge, era previsto dagli articoli 1 e 19 della legge n. 222/85, il parere obbligatorio del Consiglio di Stato sia per il riconoscimento che per la revoca della personalità giuridica civile e per le modificazioni cui gli enti cattolici fossero andati incontro. Ad esempio, in merito al loro riconoscimento, il Ministero dell'Interno una volta ricevuti gli atti da parte del prefetto competente, era obbligato a richiedere il parere succitato, tra l'altro non vincolante.

Su tale procedimento si è inserito l'articolo 17, 25° e 26° comma, della legge n. 127, il quale, mentre ha conservato il parere obbligatorio del Consiglio di Stato in pochi casi, ha abrogato tutte le altre disposizioni che lo prevedessero, fra cui quelle riguardanti le vicende degli enti ecclesiastici. In relazione a tale riforma, il Consiglio¹, pur riconoscendo che l'ordinamento si era adeguato alle nuove norme, ha

¹ Consiglio di Stato, 30 settembre 1997, n. 1401; in seguito a tale parere, il Ministero dell'Interno con nota n. 78/1-721/U.S. del 12 marzo 1998 (allegato 1), risulta dell'avviso che "non è indispensabile promuovere la costituzione di una commissione paritetica, qualora constati che da parte della Santa Sede si concorda sulla possibilità di interpretare la legge n. 222/85 come non preclusiva della soppressione unilaterale della obbligatorietà del parere".

suggerito al governo di verificare se fosse della stessa opinione l'autorità ecclesiastica: tale suggerimento si spiega tenendo presente che, a differenza dell'abolizione dell'autorizzazione agli acquisti per i beni immobili², questa ulteriore innovazione normativa non sembra in grado di modificare le disposizioni pattizie (concordatarie) che prevedono appunto il previo parere del Consiglio di Stato ai fini del riconoscimento degli enti e per altri provvedimenti che li riguardano³. Tra l'altro le stesse disposizioni non operano in questi casi dei rinvii all'ordinamento civile, ma prevedono autonomamente che l'amministrazione debba munirsi del citato parere. Ne deriva che l'articolo 17 della legge n. 127/97, non è idoneo a modificare le norme confessionali che resistono nel rapporto con la legislazione ordinaria in virtù della loro collocazione nel sistema gerarchico delle fonti.

Alla luce di queste considerazioni è seguito uno scambio di note⁴ tra l'Italia e la Santa Sede, in base al quale quest'ultima ritiene che "la legge n. 127, in quanto disposizione unilaterale, non ha forza di modificare la vigente disciplina di natura pattizia". Nonostante ciò, si può osservare come l'autorità ecclesiastica apprezzi sia il fatto che il Ministero dell'Interno abbia voluto interpellare il Consiglio di Stato prima di dar luogo a prassi innovative, che il parere n. 1401/97, ossia quello di risolvere la questione attraverso una consultazione bilaterale; in tal senso, nella propria *Nota verbale*, la Segreteria di Stato vaticana

² Tale autorizzazione governativa è stata abolita dalla legge del 15 maggio 1997, n. 127, che all'articolo 13 stabilisce: "l'articolo 17 del codice civile e la legge del 1896 n. 218 sono abrogati; sono altresì abrogate le altre disposizioni che prescrivono l'autorizzazione per l'acquisto di immobili o per accettazioni di eredità, donazioni e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni. Le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche alle acquisizioni deliberate prima dell'entrata in vigore della legge". Circa le conseguenze dell'art. 13, legge n. 127/97, v. V. PARLATO, *Temî di diritto ecclesiastico*, Urbino, 1998, p. 57, ove si afferma che "il venir meno dell'istituto autorizzatorio si estende automaticamente anche alla Chiesa cattolica, in virtù dell'art. 17 legge n. 222/85, il quale rimanda per gli acquisti degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti alle disposizioni del codice civile relative alle persone giuridiche".

³ In questo senso P. FLORIS, *Un mini-accordo sugli enti ecclesiastici*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1997, I, p. 943-944; infatti per l'A. "se tale innovazione non comporta la caducazione delle disposizioni pattizie, tuttavia può condizionarne il loro sviluppo futuro".

⁴ *Nota verbale* 11 luglio 1998 della Segreteria di Stato vaticana; *Nota verbale* 27 ottobre dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede, citate in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, IV, p. 1143-1145.

(rappresentante la Santa Sede) aggiunge, dopo aver preso atto del generale disegno di semplificazione in corso nell'ordinamento amministrativo della Repubblica Italiana, che "la richiesta del previo parere del Consiglio di Stato, nei casi di cui agli articoli 1 e 19 della legge n. 222/85, occorra soltanto quando l'amministrazione procedente lo ritenga necessario per l'obbiettiva complessità o delicatezza della pratica istruttoria".

Inoltre, con lo scambio di note succitate, la Segreteria di Stato vaticana ha affrontato la questione sollevata con la legge n. 13/1991, che ha sottratto alla competenza del Presidente della Repubblica e affidato a quella del Ministero competente per materia l'emanazione del decreto di riconoscimento delle persone giuridiche: in effetti già nel '91 il Ministero dell'Interno aveva cominciato a firmare i decreti di riconoscimento dei nuovi enti ecclesiastici, mentre l'articolo 1 delle Norme approvate con il *Protocollo* del 15 novembre '84 ne attribuiva la competenza al Capo dello Stato. L'autorità ecclesiastica sostiene al riguardo che di per sé, la legge n. 13/91, non ha forza per prevalere sulle Norme approvate con il *Protocollo*, ma anche in questo caso, come a proposito del parere obbligatorio del Consiglio di Stato, considerata la natura essenzialmente procedurale della disposizione concernente la forma dell'atto amministrativo di attribuzione della personalità giuridica, si conviene di adeguarsi alla prassi introdotta che prevede il decreto del Ministero dell'Interno⁵. Per di più lo spostamento di competenza, circa l'imputazione formale della decisione, aumenta l'aspetto di omogeneità in ordine al riconoscimento degli enti e comunque non sembra avere ulteriori conseguenze su di esso⁶. Tuttavia, il decreto del Capo dello Stato per il riconoscimento dell'ente ecclesiastico, può essere ancora necessario in un caso eccezionale: più precisamente quan-

⁵ Ha invece espresso riserve sul punto C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1996, p. 342, secondo il quale "per quanto la modifica non risulti nella sostanza rilevantissima, appare comunque formalmente censurabile, che una disposizione unilaterale modifichi, senza previo accordo, disposizioni di derivazione pattizia formulate d'intesa con la Chiesa cattolica e con altre confessioni".

⁶ P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto*, Milano, 1992, p. 92. L'A. aggiunge, a giustificazione della maggiore omogeneità nel procedimento risultante dalla legge in esame, che "il riconoscimento con decreto del Ministero dell'Interno anziché con decreto presidenziale, era già previsto anteriormente alla legge n. 13/91, per gli istituti diocesani per il sostentamento del clero in base all'art. 22, legge n. 222/85".

do il Consiglio di Stato, facoltativamente interpellato, dia parere contrario al riconoscimento stesso, che, invece il Ministro intende concedere, lo stesso chiede che sulla questione deliberi il Consiglio dei Ministri; nel caso poi che la deliberazione fosse favorevole, il riconoscimento dovrebbe essere attribuito con decreto del Presidente della Repubblica⁷.

Per quanto riguarda la fase istruttoria la domanda di riconoscimento, così stabiliscono le disposizioni pattizie, deve essere indirizzata al Ministero dell'Interno e presentata alla prefettura del luogo in cui ha sede l'ente, alla quale spetta istruire la domanda. Assume invece una posizione contraria la circolare ministeriale n. 71/89 (Ministero dell'Interno-Direzione Generale Affari dei Culti), avendo riservato interamente al Ministero dell'Interno l'istruttoria degli atti relativi al riconoscimento di alcuni enti facenti parte della costituzione gerarchica della Chiesa, ed in particolare di "regioni e province ecclesiastiche, di diocesi, di istituti diocesani per il sostentamento del clero e di capitoli cattedrali".

Non si può neppure escludere il concorso di più organi statali nella procedura di riconoscimento, tant'è che in relazione all'eventualità di enti cattolici che intendano svolgere anche attività diverse da quelle di religione e di culto, la circolare appena citata stabilisce che devono essere interpellati i competenti organi statali quando l'ente svolga attività riguardanti l'istruzione, l'assistenza sanitaria o altre attività sociali; più in particolare "potrà essere interpellato il Provveditorato agli Studi, l'Ispettorato Regionale del Lavoro, o in generale l'organo che esercita la vigilanza sulle attività sociali svolte"⁸. Tutto ciò ovviamente è richiesto per verificare se l'ente abbia osservato ed osservi le leggi civili operanti in materia.

In conclusione è possibile affermare che, di fronte a tutte quelle recenti modifiche apportate dall'autorità statale per la semplificazione

⁷ Così prevede in linea generale, l'articolo 4, 2° comma, della legge n. 13/91, in tutte le ipotesi in cui, non volendosi l'amministrazione conformare al parere del Consiglio di Stato, il provvedimento sia deliberato dal Consiglio dei Ministri.

⁸ Sul punto v. P. FLORIS, *L'ecclesiasticità degli enti. Standards normativi e modelli giurisprudenziali*, Torino, 1997, p. 146: per l'A. questa disposizione amministrativa risulta raccordabile con quanto stabilito in sede statale per la regolamentazione delle attività delle P.A. e, più in particolare, con l'art. 15 legge n. 241/90. Infatti secondo tale articolo "le pubbliche amministrazioni possono concludere tra loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

amministrativa del procedimento di riconoscimento, lo strumento dello scambio di note si rivela come quello più opportuno per raggiungere un accordo con l'autorità ecclesiastica⁹. Si possono considerare in tal senso tutte quelle leggi che oramai da un decennio mirano a semplificare la disciplina normativa sui procedimenti, come ad esempio la legge n. 537/93 che all'art. 2 ha autorizzato la delegificazione di circa 140 procedimenti, oppure la più recente legge n. 50/99 su "Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi": esse comportano delle interferenze con materie già disciplinate in sede pattizia, ed è chiaro che solo potenziando i canali di coordinamento tra le due autorità si potrà operare una vera transizione dell'azione semplificativa anche negli schemi sanzionati dall'Accordo del '84 e dalle successive norme di attuazione.

Sarà dunque preferibile la strada diplomatica attraverso lo scambio di note, anziché quella delle "mini-intese" previste dagli Accordi di Villa Madama, che necessitano tra l'altro della istituzione di commissioni paritetiche¹⁰. Queste ultime, infatti, riaprono il dibattito in merito alla pretesa delegificazione che, secondo alcuni¹¹, si verificherebbe nelle materie oggetto delle stesse: invero, in base all'opinione prevalente, nei casi anzidetti (ex art. 13.2 legge n. 121/85) in cui siano previsti accordi fra le autorità italiane e la Santa Sede, non vi è una delegificazione, poiché nessuna delle disposizioni in questione esprime una norma che escluda la necessità di una legge per disciplinare le materie da esse considerate come oggetti possibili di un accordo¹².

⁹ L. GRAZIANO, *Nuova disciplina del procedimento di riconoscimento degli enti ecclesiastici: problemi e prospettive*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2000, I, p. 230: l'A. aggiunge, a sostegno dello "scambio di note", che "all'evidente illegittimità formale operata dalla modifica unilaterale dell'abolizione del parere obbligatorio del Consiglio di Stato, si è preferito dare una soluzione conciliatoria, invece che procedere alla istituzione di una commissione paritetica su di una questione che, in termini più o meno simili, si sarebbe riproposta".

¹⁰ Ad esempio *l'Intesa Italia-Santa Sede per il riconoscimento di titoli accademici pontifici*, approvata con il D.P.R. del 2.2.94; ancora *l'Intesa fra il Ministro per i beni culturali e il Presidente della C.E.I. per la tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti alle istituzioni ecclesiastiche*, approvata con D.P.R. del 26.8.96.

¹¹ N. COLAIANNI, *Delegificazione concordataria e sistema delle fonti*, in *Atti del Convegno nazionale di studi su il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, a cura di R. COPPOLA, Milano, 1987, p. 666 ss.

¹² L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Torino, 1987, p. 190; v. anche F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 1999, p. 9-10: per l'A. "le mini-intese previste dall'Ac-

2. La giurisprudenza del Consiglio di Stato

L'attenzione prestata dal Consiglio di Stato per la disciplina degli enti ecclesiastici è da considerarsi notevole, e per alcuni aspetti, molto interessante. Innanzitutto bisogna rilevare come la prassi amministrativa nel decennio successivo agli Accordi di Villa Madama, non abbia rispettato i principi concordatari, finendo spesso per ricondurre la disciplina degli enti ecclesiastici a quella delle persone giuridiche comuni¹³.

Tra i vari aspetti trattati dalla giurisprudenza amministrativa, particolare rilievo assume il fine di religione o di culto. A proposito di quest'ultimo, sulla base della nuova normativa, esso risulta essere un requisito necessario per il riconoscimento di qualunque ente ecclesiastico. Per di più tale fine, che deve essere costitutivo ed essenziale, viene accertato dalla pubblica amministrazione e al riguardo oggi la dottrina è divisa tra quanti ritengono confermata la tesi della prevalenza del fine religioso rispetto ad altre finalità concorrenti¹⁴, e chi, vede nella nuova disciplina, l'affermarsi della tesi dell'esclusività del fine¹⁵.

Il Consiglio di Stato è intervenuto più volte sulla questione ed è significativo il parere in cui si trattava della richiesta di modifica dello statuto da parte di un ente (una casa religiosa) già riconosciuto nel '65, il quale voleva aggiungere alla finalità religiosa originaria uno scopo di carattere assistenziale, prestando assistenza nella forma più ampia (vitto, scuola ecc.) a minori di famiglie disagiate, o persone emarginate in difficoltà economica¹⁶. La pronuncia in esame ha confermato la tesi dell'esclusività del fine, ammettendo come unica eccezione la possibilità che possa essere connesso a finalità caritative¹⁷. Al contra-

cordo del '84, dovranno essere eseguite nell'ordinamento dello Stato da una fonte idonea a modificare le norme sulle quali incidono gli accordi, ossia una legge ordinaria se si tratta di materie disciplinate dallo stesso tipo di leggi, da un decreto del Presidente della Repubblica se le materie sono regolate da regolamenti".

¹³ Così R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 1994, p. 335.

¹⁴ P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico* cit., p. 74.

¹⁵ C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1996, p. 224.

¹⁶ Consiglio di Stato, 13 febbraio 1987, n. 133.

¹⁷ Dunque tale orientamento conferma il 3° comma, art. 2, legge n. 222/85, il quale dispone, in riferimento agli enti non appartenenti alla costituzione gerarchica della Chiesa, che l'accertamento del fine di religione o di culto è diretto verificare la sua costitutività ed essenzialità, anche se connesso a finalità di carattere caritativo previste dal diritto canonico.

rio, in dottrina, vi è chi sostiene una posizione più cauta, in base alla quale il fine religioso non deve essere esclusivo, ma deve mantenere però rilievo centrale e preminente tra le varie finalità¹⁸.

Un altro parere emblematico in merito al fine è quello pronunciato in occasione del riconoscimento di una casa religiosa, *l'Istituto San Francesco d'Assisi dei Frati Minori di Velletri*, che aveva in gestione una scuola aperta al pubblico e legalmente riconosciuta di una certa entità (risultava frequentata da circa 200 allievi)¹⁹. In questo caso, pur dando per acquisito che per le case religiose si debba presumere l'esistenza del fine di religione o di culto, risulta chiaramente che la gestione di un istituto di istruzione è la vera causa per cui si chiede il conferimento della personalità giuridica, ossia un'attività profana²⁰. L'organo consultivo non ha risposto in maniera specifica al problema del riconoscimento, ma ha osservato che la presunzione di cui all'articolo 2, 1° comma²¹ legge n. 222/85, non è assoluta, in quanto l'autorità civile deve condurre l'accertamento in base all'esame dello statuto e dell'attività concretamente esercitata e se da ciò risulterà che il fine di culto è assente, l'ente in questione non apparterrà alla figura tipica richiamata dalla denominazione, ma ad un'altra (ad esempio una associazione o fondazione). La richiesta dell'*Istituto di Velletri* ha dunque

¹⁸ S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, 1992, p. 75.

¹⁹ Consiglio di Stato, 12 maggio 1993, n. 462: in particolare con tale parere, il Consiglio distingue due categorie di enti ecclesiastici a seconda del tipo di discrezionalità concessa, assai ridotta per gli enti appartenenti alla costituzione gerarchica della Chiesa e maggiore per gli altri.

²⁰ In un altro caso (Consiglio di Stato, 18 aprile 1991, n. 828), l'apparenza delle finalità religiose è ancora più evidente; infatti esaminando la richiesta di riconoscimento della "Fondazione Istitutiva culturale di Urbania", il Consiglio ha rilevato che "seppure lo statuto accenni alla finalità di formazione del clero e dei religiosi, lo stesso indica gli obiettivi operativi dell'ente in materie del tutto diverse da quelle religiose (istruzione, educazione, cultura ecc.) come ad esempio erigere un museo storico, fondare una biblioteca, assistere moralmente e culturalmente i giovani". Dunque per il Consiglio "il fine di religione non è da considerarsi costitutivo ed essenziale dell'ente".

²¹ Tale articolo stabilisce al primo comma: "sono considerati aventi fine di religione o di culto gli enti che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa, gli istituti religiosi e i seminari". Il secondo comma enuncia invece che "per le altre persone giuridiche canoniche, per le fondazioni e in generale per gli enti ecclesiastici che non abbiano personalità giuridica nell'ordinamento della Chiesa, il fine di religione o di culto è accertato di volta in volta, in conformità alle disposizioni dell'art. 16".

allertato il Consiglio il quale “si è trovato di fronte ad un ente con una forma tipica ma con una sostanza del tutto atipica”²².

Qualche volta le pronunce si prestano ad obiezioni, come in occasione dell'attribuzione della personalità giuridica ad un'associazione di diritto pontificio, ove si afferma che è scontata l'esistenza del fine religioso o di culto che ne caratterizza l'attività²³. In tal caso, per l'organo consultivo, lo svolgimento di attività diverse dal fine religioso non tocca la natura ecclesiastica dell'ente; dunque l'esistenza dello stesso fine si dedurrebbe dal tipo di ente ecclesiastico, che nella fattispecie è un istituto religioso.

In un altro parere viene esaminato il riconoscimento di una fondazione, che si propone principalmente di soccorrere e assistere le persone più deboli, di promuovere l'apostolato dei religiosi e laici attraverso l'istituzione di scuole, nonché di assumere la conduzione dell'ospedale²⁴. Si legge in esso che “risulta legittimo il riconoscimento della fondazione come ente avente finalità costitutive ed essenziali di religione, in quanto promanazione della *Congregazione Istituto Internazionale delle suore di Santa Marcellina*, con sede a Milano”; tuttavia, possono essere avanzati dei seri dubbi riguardo tale pronuncia, per il fatto che la fondazione in sé considerata persegue finalità soprattutto assistenziali, e non sembra sufficiente il collegamento (genetico e non funzionale) della fondazione con la *Congregazione* per modificarne la natura riguardo al fine²⁵.

In vari casi è riscontrabile la difficoltà nell'accertare l'essenzialità e costitutività del fine religioso, ad esempio in occasione della riconoscibilità di un'associazione pubblica di fedeli²⁶: questo parere mette in evidenza che “sussiste il requisito del fine di religione o di culto, costitutivo ed essenziale, in quanto il servizio ai poveri e agli emarginati, che in concreto viene prestato, è configurato dallo statuto non come mera risposta ai bisogni materiali, ed in senso lato morali dei poveri, ma piuttosto come annuncio del Vangelo, anche se connesso all'assi-

²² C. CARDIA, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di stato*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1995, I, p. 639.

²³ Consiglio di Stato, 30 maggio 1990, n. 767.

²⁴ Consiglio di Stato, 6 giugno 1990, n. 758.

²⁵ L. LACROCE, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e nuova intesa tecnica interpretativa degli Accordi del '84*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1998, I, p. 45.

²⁶ Consiglio di Stato, 12 settembre 1990, n. 1203.

stenza propriamente detta; pertanto si rientra nel caso dell'attività "missionaria" prevista dall'art. 16, lett. *a*, legge n. 222/85, il quale indica le attività che devono considerarsi, agli effetti civili, di religione o di culto²⁷.

Altrettanto difficile risulta cogliere l'essenzialità o costitutività del fine in una fondazione di religione, per l'assistenza di sacerdoti anziani o inabili anche con iniziative di carattere culturale²⁸: qui il fine religioso resta davvero nascosto dietro una chiara finalità di assistenza a favore del personale ecclesiastico. Tra l'altro con lo stesso parere si introduce un ente non nominato, quale la "fondazione di religione", che non risulta immediatamente inquadrabile tra le fondazioni di culto, di cui all'art. 12 della legge n. 222²⁹.

Da questo esame delle pronunce, limitatamente al fine di religione o di culto, emerge una enorme incertezza e confusione in quanto si verificano diversi mutamenti giurisprudenziali in una materia che esige invece certezza per i numerosi riflessi con la libertà religiosa³⁰. Su tale questione è intervenuta l'Intesa tecnico-interpretativa³¹ del 30 aprile 1997, per chiarire che, per gli enti di cui al 1° comma art. 2, legge n. 222/85, il fine religioso è presunto *iuris et de iure*, mentre per gli altri

²⁷ La lettera *a*) dell'articolo in esame enuncia che, agli effetti civili, si considerano "attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana".

²⁸ Consiglio di Stato, 27 maggio, 1992, n. 1458.

²⁹ Anche oggi c'è chi ritiene ammissibile il riconoscimento delle "fondazioni di religione". In tal senso si è pronunciato F. FINOCCHIARO, *Fondazioni di culto*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 3, facendo leva sulle disposizioni di carattere generale contenute nella legge n. 222, in particolare sull'art. 1, secondo cui "sono riconosciuti, agli effetti civili, gli enti costituiti o approvati dall'autorità ecclesiastica, aventi sede in Italia, con scopo di religione o di culto". Per l'A. questo articolo "prevede in modo generico il riconoscimento delle "fondazioni", sicché le fondazioni aventi un fine di religione rientrano pienamente in tale previsione".

³⁰ L. LACROCE, *Riconoscimento* cit., p. 50.

³¹ L'intesa tecnico-interpretativa del 97, in base a cui le norme della legge n.222/85 devono essere applicate, scaturisce dai lavori di una commissione paritetica; quest'ultima, istituita per la parte italiana con nota verbale del 18 novembre 1995 e per la parte vaticana con nota del 21 dicembre 1995, ha espletato e concluso i suoi lavori dal 16 maggio del 1996 al 24 febbraio 1997. L'intesa così raggiunta è entrata in vigore, attraverso un semplice scambio di note, il 30 aprile 1997, data della nota verbale dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede, di risposta alla precedente nota verbale della Segreteria di Stato vaticana del 10 aprile 1997.

enti, in presenza di un pluralità di fini perseguiti, occorre accertare se quello di religione sia effettivamente un fine costitutivo ed essenziale³².

Altro aspetto di incertezza emerso in sede interpretativa e non superato, ma al contrario confermato dai pareri del Consiglio, riguarda l'applicabilità agli enti ecclesiastici della normativa statale sulle persone giuridiche private.

Al riguardo è da considerare apprezzabile l'indirizzo che afferma che "l'elemento innovativo principale della legge n. 222/85 è quello della pubblicità, che si attua mediante l'onere di iscrizione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti nel registro delle persone giuridiche, in modo da rendere conoscibili le norme di funzionamento dell'ente e i poteri degli organi di rappresentanza"³³. Tale onere di iscrizione, secondo l'organo consultivo, equipara gli enti ecclesiastici alle persone giuridiche private, ma, tuttavia, le conseguenze che ne vengono tratte, oltre ad essere varie e contraddittorie, non sembrano trovare un fondamento normativo. In particolare si ritiene che tutti gli enti ecclesiastici debbano elaborare uno statuto ai sensi dell'articolo 16 cod. civ.³⁴, che lo statuto sia sindacabile nel merito, e che in esso devono contenersi le norme per l'approvazione del bilancio. Viene poi sostenuta la stessa costituzione dell'ente mediante atto pubblico ex art. 14 cod. civ., pur non mancando occasionali pronunce in senso contrario.

Partendo dall'analisi dei punti specifici, in varie pronunce è stato affermato che l'ente ecclesiastico deve costituirsi per atto pubblico ai sensi dell'articolo 14 cod. civ., secondo cui le "associazioni e le fondazioni devono essere costituite per atto pubblico"³⁵. Se tale parere valeva per un'associazione di diritto pontificio, in un altro parere³⁶ è ri-

³² Circa la costitutività ed essenzialità del fine v. G. VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, Padova, 1990, p. 21, ove si afferma che "la pubblica amministrazione non può compiere un giudizio di merito sulla sussistenza delle finalità di religione o di culto, ma solo sull'intensità con la quale sono perseguite".

³³ Consiglio di Stato, 10 giugno 1989, n. 2434.

³⁴ L'art. 16 cod. civ., a proposito delle persone giuridiche comuni, stabilisce gli elementi che devono essere contenuti nell'atto costitutivo e nello statuto ai fini del riconoscimento della personalità giuridica, come ad esempio la denominazione dell'ente, l'indicazione del patrimonio, le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione.

³⁵ Così il Consiglio di Stato, 30 maggio 1989, n. 767.

³⁶ Consiglio di Stato, 5 luglio 1990, n. 952.

chiesto lo statuto nella forma dell'atto pubblico anche per una Chiesa ex conventuale ed ancora per una fondazione di culto³⁷. Nel 1992 a tale indirizzo ne succede un'altro, ritenendo che l'art. 14 cod. civ. non possa applicarsi agli enti ecclesiastici che risultino costituiti a norma dell'ordinamento canonico e con le forme previste per quest'ultimo³⁸. Con tale pronuncia emerge il principio che l'atto costitutivo deve ritenersi esistente, valido ed efficace ogni volta che sia tale nell'ordinamento canonico e che dunque deve essere riconosciuto valido anche in quello civile; il solo controllo che compete all'autorità statale, in ordine agli atti costitutivi, concerne solo "la loro rispondenza esteriore alle prescrizioni del diritto canonico"³⁹.

Vi è un altro caso in cui è individuabile un mutamento drastico dell'indirizzo interpretativo e, precisamente, quello riguardante l'indicazione dell'autorità che deve precedere alla nomina del rappresentante legale. Fino al '92 lo statuto doveva indicare l'autorità competente alla nomina⁴⁰; successivamente, a proposito di uno statuto che non dica nulla al riguardo, il Consiglio osserva che "la mancata indicazione delle modalità di nomina del legale rappresentante non è rilevante, in quanto l'Istituto religioso in esame è tenuto a registrare comunque il proprio responsabile legale"⁴¹.

Il Consiglio muta ancora orientamento in occasione del parere n. 462/93, quando sostiene che l'assenza nello statuto di meccanismi per la nomina dei rappresentanti legali porta a formulare un giudizio negativo circa la futura stabilità dell'ente. Tale incertezza normativa è stata superata con la citata Intesa interpretativa del 30 aprile '97, la quale ha ribadito che, in base all'Accordo del '84, gli enti ecclesiastici sono riconosciuti civilmente con le caratteristiche che ineriscono all'ordinamento di provenienza e pertanto non risultano applicabili agli stessi le norme del codice civile in materia di costituzione, amministrazione e struttura delle persone giuridiche private.

Passando allo statuto, e più in particolare con riferimento alla sua necessità, si distingue a seconda che gli enti appartengano o meno alla costituzione gerarchica della Chiesa. Già nel '88, in merito a quelle di-

³⁷ Consiglio di Stato, 24 settembre 1991, n. 2102.

³⁸ Consiglio di Stato, 15 luglio 1992, n. 1853.

³⁹ C. CARDIA, *Riconoscimento* cit., p. 642-643.

⁴⁰ Ad esempio Consiglio di Stato, 12 dicembre 1990 n. 1900; ancora Consiglio di Stato, 28 ottobre 1992, n. 2674.

⁴¹ Consiglio di Stato, 2 dicembre 1992, n. 3012.

sposizioni pattizie che vogliono fissate le norme statuarie di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza, il Consiglio afferma che alle stesse si può derogare solo per gli enti che facciano parte della costituzione gerarchica della Chiesa. Aggiunge anche che la deroga si spiega "in quanto per tali enti in questione, valgono le corrispondenti disposizioni canoniche d'ordine generale riguardanti la concreta organizzazione istituzionale della Chiesa"⁴².

Nell'esigere l'elaborazione di uno statuto dell'ente ecclesiastico vengono addotte diverse motivazioni. Ad esempio, in un primo momento, per il Consiglio⁴³ "a tale conclusione si giunge in forza dell'art. 34 cod. civ. richiamante la necessità dello statuto, cui rinvia l'art. 5 legge n. 222/85"⁴⁴. Altre volte l'organo consultivo ricorre all'interpretazione sistematica e sostiene che "se il registro delle persone giuridiche è stato previsto allo scopo di garantire la piena conoscenza delle notizie riguardanti il funzionamento dell'ente nei confronti dei terzi, ciò presuppone la redazione dello statuto, quale atto di determinazione delle sue strutture fondamentali e dei suoi organi". Tutto ciò è richiesto per la sua tutela, ancor prima della protezione degli esterni venuti a contatto con l'ente⁴⁵.

Inoltre, di frequente, ci si riserva il diritto di sindacare, modificare lo statuto per il tramite dell'amministrazione competente. A tal riguardo è da contestare la tendenza a modificare lo statuto, a volte per meri cambiamenti di stile, anche se ciò è possibile sicuramente quando non siano state inserite le clausole richieste dalla legge n. 222/85,

⁴² Consiglio di Stato, 15 febbraio 1988, n. 2030.

⁴³ Consiglio di Stato, 2 novembre 1988, n. 2031: il Consiglio con tale parere si sofferma "sull'art. 5, legge n. 222, il quale esige l'inserimento dello statuto nel registro dopo l'approvazione governativa" ed inoltre l'organo consultivo rileva che "anche lo stesso *codex iuris canonici* (can. 117) sotto più aspetti fa riferimento agli statuti delle persone giuridiche private".

⁴⁴ L'art. 5 legge n. 222/85 stabilisce, ai fini dell'iscrizione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che "nel registro, con le indicazioni di cui agli articoli 33-34 cod. civ., devono risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza"; inoltre si afferma che "agli enti ecclesiastici, sempre ai fini della registrazione, non può essere fatto un trattamento diverso da quello previsto per le persone giuridiche private".

⁴⁵ Ancora a giustificazione della predette necessità, il Consiglio afferma, con il parere 21 dicembre n. 2490/88, che "in tema di riconoscimento non ci si può esimere dal considerare i necessari presupposti del codice civile, pur rispettando la struttura e le finalità religiose dell'ente".

o quando lo statuto contenga previsioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento civile⁴⁶ (ad esempio quando una norma statutaria dovesse prevedere l'esclusione di responsabilità degli amministratori). Tuttavia, al di là di queste due ipotesi, l'ente ecclesiastico rimane libero di darsi le regole che ritiene più opportune sulla base del diritto canonico.

Sempre con riferimento allo statuto, il Consiglio chiede che venga indicato in termini specifici il patrimonio iniziale dell'ente. Emblematico in tal senso è il parere del 15 luglio n. 2032/92, quando in riferimento ad una Casa di procura (*Casa Regina Apostolorum della Provincia polacca*), la giurisprudenza amministrativa ritiene che la norma statutaria relativa alla consistenza patrimoniale dell'ente contiene un riferimento generico al patrimonio, senza indicare la somma di 40 milioni di lire depositati presso l'Istituto bancario Città del Vaticano. È dunque opportuno, continua il parere, che nel caso in esame sia indicato il patrimonio nella sua reale consistenza a garanzia delle obbligazioni che l'ente potrà assumere nei confronti dei terzi⁴⁷. Anche su questo problema vari sono i mutamenti di indirizzo, come ad esempio quando si afferma "che le obiezioni sollevate dall'Amministrazione per il riconoscimento di una società di vita apostolica che non indicava nello statuto il patrimonio iniziale, dovevano ritenersi superate"⁴⁸. Successivamente nel '93, l'organo consultivo così si esprime: "se nello statuto devono essere menzionati gli elementi costitutivi del patrimonio iniziale, ciò non comporta la loro indicazione specifica, e tanto meno quando una simile precisazione vi fosse, ogni successiva variazione del patrimonio comporta una modifica dello statuto"; è necessario invece "che sia indicato il patrimonio iniziale e le fonti da cui lo stesso sarà

⁴⁶ C. CARDIA, *Alcune innovazioni in materia di enti ecclesiastici*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997, vol. III, p. 922.

⁴⁷ La stessa circolare ministeriale n. 78 del '93 (Direzione Generale Affari dei Culti), richiede ai fini del riconoscimento, "la produzione per tutti gli enti ecclesiastici, oltre il decreto canonico di costituzione o approvazione e l'assenso dell'autorità ecclesiastica, altri documenti tra cui norme statuarie contenenti il patrimonio iniziale dell'ente, prospetti economici delle entrate e delle spese relative a ciascuno degli ultimi tre anni, e una dichiarazione bancaria che accerti la consistenza del patrimonio mobiliare".

⁴⁸ Consiglio di Stato, 7 ottobre 1992, n. 2511; in senso contrario v. il Consiglio di Stato quando, con il parere 4 novembre n. 2728/92, afferma in merito ad un istituto di diritto diocesano che "è necessaria l'indicazione nello statuto del patrimonio, acquisito in seguito all'estinzione di un altro ente ecclesiastico".

alimentato”⁴⁹. Possiamo notare, dunque, una notevole ambiguità e contraddittorietà dei pareri su tale questione e, a risolverla, è intervenuta l’*Intesa interpretativa del ’97*, che afferma, come già detto, l’irrelevanza degli elementi (ad esempio quelli patrimoniali) richiesti per il riconoscimento delle persone giuridiche comuni.

In tema di amministrazione e gestione economica dell’ente, il Consiglio di Stato interviene su di un duplice piano: da una parte suggerisce e modifica competenze di specifici organi, mentre dall’altra parte impone quasi sempre una procedura di bilancio che dovrebbe essere prevista negli statuti di tutti gli enti. Riguardo il primo punto, l’organo consultivo ritiene che sia legittimo il potere di nomina da parte del vescovo degli organi di una fondazione⁵⁰. Al contrario, in altre occasioni, diffida dei controlli eccessivi: è il caso del parere 30 luglio 1993, n. 850, dove, in riferimento ad una fondazione, si sostiene illegittima la sottoposizione degli atti del consiglio di amministrazione alla ratifica di un soggetto esterno come la conferenza episcopale regionale, la quale già con la “nomina dei membri del consiglio ha soddisfatto il proprio interesse a vigilare sul corretto perseguimento dello scopo della fondazione”.

Passando invece all’obbligo del bilancio, esso è richiesto generalmente per tutti gli enti ecclesiastici, siano essi di diritto diocesano, associazioni o istituti religiosi o fondazioni di culto⁵¹; inoltre l’esigenza del bilancio è più evidente per gli enti che svolgono attività diverse da quelle di religione o di culto, tant’è che l’articolo 8, D.P.R. n. 33/87, prevede che “l’ente ecclesiastico che svolge attività per le quali sia prescritta dalle leggi tributarie la tenuta di scritture contabili, deve osservare le norme circa tali scritture relative alle specifiche attività esercitate”⁵². Nello stesso senso, diversi pareri enunciano la formula gene-

⁴⁹ Consiglio di Stato, 12 maggio 1993, n. 462.

⁵⁰ Così il Consiglio di Stato, 5 maggio 1991, n. 627.

⁵¹ Ad esempio si può considerare il parere 7 novembre n. 1662/90, ove si afferma che “per il riconoscimento e l’approvazione dello statuto di una casa di procura appartenente ad una Congregazione, è opportuno che lo statuto preveda l’obbligo di sottoporre all’approvazione della Congregazione il bilancio annuale”.

⁵² In questo senso si è espresso anche l’organo consultivo nel parere 24 aprile n. 957/91, in cui si stabilisce che “ai fini del riconoscimento agli effetti civili degli enti ecclesiastici, i quali non si propongano solo attività di religione e di culto, è necessario che lo statuto contenga l’indicazione dei poteri che spettano agli organi di gestione ed i criteri per la redazione dei documenti contabili di bilancio”.

rale secondo cui "la redazione di un bilancio di esercizio appare tanto più necessaria in quanto, come si deduce dalla documentazione trasmessa, l'attività dell'ente non si esaurisce in quella religiosa, ma si articola anche in opere diverse (scuola, pensionati universitari ecc.) per le quali non si può escludere il carattere commerciale ed in quanto tali soggette al regime tributario previsto per le medesime"⁵³.

Inoltre, dalla medesima formula, deriva che non si possa escludere l'opportunità del bilancio anche per gli enti che svolgono solo attività religiose, visto che in tale materia ciò che rileva è l'esigenza di tutela dei terzi che non può essere limitata a determinati ambiti; ciò nonostante, quest'ultimo orientamento viene criticato da più parti, soprattutto perché dalle attività extra-religiose conseguirebbero degli oneri aggiuntivi, sulla base di schemi civilistici (come ad esempio l'obbligo del bilancio), per quelle c.d. "istituzionali" dell'ente ecclesiastico⁵⁴.

In generale possiamo ritenere giusto, quando sia presente uno statuto, chiedere una normativa sul bilancio, alla quale debbono attenersi gli amministratori; ma da qui non si può arrivare a sostenere che il bilancio deve essere modellato esclusivamente sulla base del codice civile, visto che anche lo stesso *codex iuris canonici* detta previsioni specifiche al riguardo⁵⁵.

Un altro aspetto emerso in sede di esame dei pareri, riguarda la possibilità che un ente ecclesiastico, mancante di uno dei requisiti per essere riconosciuto agli effetti civili, possa ottenere il riconoscimento come ente di diritto privato comune. In merito a ciò la giurisprudenza amministrativa mostra ancora una volta incertezza essendo, le diverse pronunce, di indirizzo contrario. In un primo parere, in occasione della richiesta di riconoscimento come persone giuridica comune di un ente che non aveva tutti i requisiti per ottenere la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, è stato espresso giudizio negativo: più in particolare, in esso si legge che "in base alla legge n. 222/85, è consentito il riconoscimento civile di un istituto di diritto diocesano solo previo assenso della Santa Sede e sempre che sussistano garanzie di stabilità"⁵⁶. Un secondo parere, sulla stessa questione, afferma che

⁵³ Ad esempio il Consiglio di Stato, parere 21 dicembre 1988, n. 2490.

⁵⁴ P. FLORIS, *L'ecclesiasticità* cit., p. 105 ss.

⁵⁵ G. PASTORI, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di Stato*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 159 ss.

⁵⁶ Consiglio di Stato, 12 maggio 1986, n. 272.

mentre per gli enti appartenenti alla costituzione gerarchica della Chiesa ex art. 2, 1° comma legge n.222/85 (ossia gli istituti religiosi, i seminari, le chiese non parrocchiali, e i capitoli), non è possibile il riconoscimento se non come enti ecclesiastici, per gli altri è invece ammessa la riconoscibilità come enti di diritto privato comune, quando il fine di religione o di culto risulti assente, ovvero manchino altri specifici requisiti⁵⁷.

È da rilevare come ambedue gli orientamenti possano essere criticati: innanzitutto, con riferimento al primo, nel momento in cui l'ente ecclesiastico presenta la domanda di riconoscimento agli effetti civili è intenzionato ad essere inquadrato tra gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e non in un'altra categoria; se poi vi sia l'impossibilità ad ottenere tale qualifica, l'ente potrà avanzare la domanda della personalità giuridica comune in base ad una propria iniziativa e non già automaticamente, come invece sembra far supporre il Consiglio, ed in tal caso la valutazione discrezionale avverrà in base ai "parametri normativi civilistici"⁵⁸.

Passando ad analizzare l'altra pronuncia, si può contestarne l'indirizzo in base a cui per le associazioni e le fondazioni (ossia gli enti che possono essere riconosciuti anche come persone giuridiche di diritto comune) il fine religioso sarebbe un elemento secondario: infatti risulta evidente che se la fondazione ha come scopo quello di sostenere le vocazioni missionarie⁵⁹, e questo viene meno, non si potrà più parlare di quel tipo di ente. Considerato ciò, bisogna altresì analizzare quella conseguenza che il Consiglio trae, nel medesimo parere, dalla distinzione tra le due categorie di enti: si sostiene, in particolare, che quelli facenti parte della costituzione gerarchica appartengano geneticamente all'ordinamento canonico, mentre le associazioni e le fondazioni rientrano per ogni aspetto negli schemi del Libro I del codice civile, e solo quando abbiano l'ulteriore requisito "secondario" del fine religioso possono ottenere la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto. Invero quest'ultimo orientamento, contrasta con la disciplina che si ricava dal Concordato dell'84 e dalla legge n. 222/85, la quale distingue i due supposti tipi di enti solo nel senso che per al-

⁵⁷ V. parere alla nota n. 19

⁵⁸ È quanto sottolinea C. CARDIA, *Riconoscimento* cit., p. 658.

⁵⁹ Lo scopo di sostenere le vocazioni missionarie rappresenta un fine che è considerato "religioso" ex art. 16, lett. a, legge n. 222/85.

cuni (ex art. 2, 1° comma) il fine religioso è presunto, mentre per gli altri è da accertare di volta in volta e dunque altre distinzioni sarebbero giuridicamente infondate; come esempio di queste ulteriori distinzioni illegittime, è possibile citare il Consiglio quando sostiene che per gli enti di cui all'art. 2, 1° comma, legge n. 222/85, non si può esigere un atto costitutivo posto in essere nelle forme dell'ordinamento civile, mentre per gli altri è legittimo esigere questo onere⁶⁰.

Emerge infine, sempre dalla stessa pronuncia (462/93), una teoria della "discrezionalità graduata", affermandosi una discrezionalità assai ridotta o addirittura inesistente solo per gli enti per i quali il fine religioso è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre per gli altri il riconoscimento sarebbe ampiamente discrezionale⁶¹; pure questo indirizzo, in ordine alla discrezionalità consentita, è criticabile, in quanto deriva la violazione del principio di eguale trattamento delle istituzioni ecclesiastiche, tant'è che alcune di esse (ad esempio associazioni e fondazioni) si vedono addossare degli "oneri aggiuntivi rispetto a quanto previsto dalla legislazione pattizia"⁶².

Passando a trattare delle fondazioni di culto, la giurisprudenza le colloca tra gli enti per i quali il riconoscimento è maggiormente discrezionale: a parte i requisiti generali, deve essere accertata la sufficienza dei mezzi e la rispondenza alle esigenze religiose della popolazione e ciò non può avvenire se non sulla base di principi economici e di opportunità⁶³. Anche le chiese appartengono al genere degli "enti fondazionali" e a tal proposito l'art. 11, legge n. 222/85, richiede il patrimonio sufficiente e l'apertura al culto pubblico, oltre alla non annessione ad altro ente ecclesiastico. Si deve osservare come vi sia la tendenza ad esigere anche un requisito aggiuntivo, ossia che l'edificio di culto sia di proprietà dell'ente riconoscendo: secondo l'organo consultivo "l'attribuzione della personalità giuridica comporta che il so-

⁶⁰ C. CARDIA, *Riconoscimento* cit., p. 659.

⁶¹ Il Consiglio di Stato, con lo stesso parere, "non esclude in assoluto un'indagine anche sulla prima categoria degli enti, quando ad esempio la figura tipica non corrisponde alla realtà sostanziale dell'ente"; pur essendo questo un caso raro, si può osservare che tale pronuncia risulta apprezzabile in quanto scoraggia l'uso strumentale della personalità giuridica per il perseguimento di finalità diverse da quelle di religione o di culto.

⁶² Così P. LO IACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, Napoli, 2000, p. 180 ss.

⁶³ F. FINOCCHIARO, *Fondazioni* cit., p. 3 ss.

strato sostanziale (cioè l'edificio di culto) su cui sorge il nuovo ente, si trasformi in elemento patrimoniale e oggetto di dominio"⁶⁴. Di conseguenza, se il precedente proprietario dell'edificio di culto non trasferisce il suo diritto, non è possibile riconoscere un ente-chiesa, ma semmai una fondazione di culto o una confraternita.

Tale orientamento, tuttavia, viene disapprovato, in quanto la normativa pattizia non richiede che la proprietà dell'edificio spetti all'ente erigendo: infatti quando la chiesa sia aperta al culto pubblico, e dunque assoggettata al vincolo di destinazione di cui all'articolo 831⁶⁵ c.c., ciò comporta la sua piena funzionalità, visto che solo un atto dell'autorità ecclesiastica o la distruzione materiale possono sottrarre l'edificio alla destinazione al culto⁶⁶.

Per quanto concerne l'attribuzione della personalità giuridica ai nuovi santuari, come enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, l'amministrazione ritiene che essi vadano inseriti tra gli enti per i quali il fine di religione è presunto *iuris et de iure*, ed inoltre è sufficiente che siano costituiti nelle forme proprie dell'ordinamento canonico, senza un atto costitutivo creato nelle forme del diritto dello Stato⁶⁷.

In riferimento alle associazioni cattoliche, esse possono assumere varie forme tra cui gli istituti religiosi e le società di vita apostolica. Sulla base dei requisiti stabiliti dalla normativa pattizia, le predette associazioni, nonché le loro procure e case generalizie, hanno "un vero e proprio diritto al riconoscimento" nel senso di una discrezionalità minima concessa all'amministrazione, tant'è che non devono provare l'esistenza di un patrimonio proprio, essendo sufficiente "la loro capa-

⁶⁴ Consiglio di Stato, 10 novembre 1993, n. 1132; sulla stessa posizione, per quanto concerne la dottrina, F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 283-284.

⁶⁵ L'art. 831 c.c. dispone al 2° comma "che gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano".

⁶⁶ In senso analogo L. LACROCE, *Riconoscimento* cit., p. 74: per l'A., ai fini del riconoscimento dell'ente-chiesa, "è sufficiente che il sostrato sostanziale sia costituito dal diritto reale di godimento che l'autorità ecclesiastica ha sull'edificio in base all'art. 831 c.c."

⁶⁷ Consiglio di Stato, 27 maggio 1992, n. 2031; in dottrina v. P. CIPROTTI, *Santuari*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1991: per l'A., in riferimento al riconoscimento dei santuari, "è corretto ritenere che la discrezionalità della pubblica amministrazione sia esclusa su ogni aspetto".

cità di acquistare e possedere”⁶⁸. L’unico accertamento spettante all’autorità civile è quello di accertare, nei casi previsti, se il rappresentante di diritto sia anche quello di fatto. Nonostante ciò, la prassi amministrativa ha assunto una posizione diversa, a tal punto che si distingue il riconoscimento degli istituti religiosi da quello delle singole case religiose: nel primo caso la discrezionalità è ridotta al minimo, mentre nel secondo è più ampia occorrendo verificare sia la struttura organizzativa, sia il patrimonio delle singole case, in modo che l’ente abbia una stabile vita autonoma⁶⁹.

Merita poi di essere ricordato come la giurisprudenza eserciti una pressione costante affinché negli statuti degli enti venga inserita una clausola di rinvio, per quanto non previsto, al codice civile in tema di persone giuridiche private. Ad esempio in riferimento ad una associazione ecclesiastica, si richiede che “lo statuto menzioni un richiamo alle norme del diritto civile e del diritto canonico per quanto non contemplato dallo stesso”⁷⁰. Quando poi in un altro caso lo statuto faccia già riferimento alle norme canoniche e alle leggi italiane in materia di enti ecclesiastici, occorre operare un rinvio diverso, ossia alle norme canoniche e a tutte le leggi civili dello Stato, e non solo quelle riguardanti gli enti⁷¹. Nel ’92 tale orientamento subisce delle modifiche, e più precisamente in occasione del riconoscimento dell’Istituto di *Notre Dame de Digne*, il Consiglio sostiene che nello statuto debba essere inserita una clausola che rinvii al diritto canonico e alla sola disciplina statale dettata per gli enti ecclesiastici piuttosto che, come in precedenza, un generico rinvio a tutte le leggi statali (in questo modo si vuole sottolineare lo *status* differenziato degli enti ecclesiastici); il parere poi continua, nella sua seconda parte, nel senso che agli enti ecclesiastici non si applicano solo leggi statali dettate a loro riguardo

⁶⁸ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 290-291.

⁶⁹ In tal senso si può ricordare il già citato parere del Consiglio n. 462/93, che subordina “il riconoscimento di una casa di ‘Fratelli Minori Cappuccini’ a vari adempimenti, tra i quali l’indicazione del patrimonio iniziale e le future fonti di alimentazione”; tra l’altro è stata richiesta anche “la modifica dello statuto sia per consentire la determinazione del rappresentante legale, sia per prevedere la tenuta di regolari libri contabili, fino alla costituzione di un collegio di revisori dei conti”.

⁷⁰ Consiglio di Stato, 28 febbraio 1990, n. 216 (si trattava della Pia Associazione “*Opera di S. Serafino*”).

⁷¹ Consiglio di Stato, 12 dicembre 1990, n. 1900; Consiglio di Stato, 23 ottobre 1991, n. 2442.

ma anche tutte quelle che la normativa speciale richiama⁷². Dunque, nel complesso, la pronuncia non risulta molto chiara perché nella prima parte ritiene sufficienti le normative statali stabilite appositamente per gli enti ecclesiastici, mentre nella seconda afferma che sono applicabili anche la generalità delle leggi statali.

In conclusione ciò che maggiormente emerge dai pareri, è lo scostamento dalla normativa pattizia: in più occasioni si è finito con il trattare gli enti ecclesiastici come persone giuridiche private, a discapito del loro carattere di specialità⁷³. Tutto ciò è chiaramente denunciato dall'*Intesa interpretativa del 30 aprile '97* e per correggere gli orientamenti giurisprudenziali è possibile riconsiderare i principi elaborati dalla Commissione paritetica nella fase di predisposizione della legge n. 222/85: per la Commissione "gli enti ecclesiastici sono retti da una disciplina speciale che ne salvaguarda le caratteristiche originarie stabilite dall'ordinamento canonico, ma, tuttavia, si specifica che ci si uniforma al diritto comune per quanto riguarda le attività diverse da quelle religiose, i momenti salienti dell'amministrazione patrimoniale, la tutela dei diritti dei terzi che entrano in contatto con l'ente"⁷⁴. Perciò, solo in questi ultimi casi devono essere tenute ferme tutte le pronunce del Consiglio qui analizzate, quando negano il carattere speciale degli enti⁷⁵.

3. *Limiti della discrezionalità; verso un diritto al riconoscimento?*

A proposito del riconoscimento degli enti ecclesiastici, la legislazione pattizia introduce "il principio concessorio", ripreso a sua volta dall'art. 12 del codice civile⁷⁶ e dalle disposizioni attuative del codice stesso per le persone giuridiche private. Sulla base di tale principio, le

⁷² Consiglio di Stato, 27 maggio 1992, n. 767.

⁷³ Così si esprime C. CARDIA, *Alcune innovazioni* cit., p. 919.

⁷⁴ Così la *Relazione sui principi del 6 luglio 1984*, citata in *Il diritto ecclesiastico*, 1984, I, p. 725.

⁷⁵ P. FLORIS, *L'ecclesiasticità* cit., p. 204: l'A. a giustificazione di ciò aggiunge che "il diritto speciale non si applica all'ente in base ad un criterio soggettivo, ma solo se l'ente agisca nell'ambito della proprie finalità istituzionali che giustificano il suo riconoscimento agli effetti civili".

⁷⁶ Il 1° comma, art. 12 c.c., stabilisce che "le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica".

norme pattizie escludono qualunque forma di automatismo nel riconoscimento, stabilendo che lo stesso consegue ad un atto amministrativo discrezionale e non dovuto: la discrezionalità risulterebbe dunque ancorata ai requisiti generali e specifici per ciascun ente stabiliti dalla legge, ed a volte essa si risolve in un sindacato di legittimità (è di legittimità il riscontro del requisito della sede in Italia) oppure di opportunità, quando ad esempio si deve accertare la stabilità dell'istituto di diritto diocesano ex art. 8, legge n. 222/85⁷⁷.

Di contrario avviso si mostrano quelle correnti dottrinarie⁷⁸ che sostengono una quasi obbligatorietà del riconoscimento degli enti ecclesiastici, il quale conseguirebbe solo all'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto, con un atto, quindi, di tipo dichiarativo e non già discrezionale. Lungo questa traiettoria si muove il Consiglio di Stato che, in diversi pareri, conferma un ambito di discrezionalità più ristretto per taluni tipi di enti rispetto a quello riguardante gli altri istituendi enti morali⁷⁹. In questi casi ci si riferisce ovviamente agli enti che fanno parte della costituzione gerarchica della Chiesa, ossia a quelli per i quali il fine religioso è presunto ed è intervenuto il decreto di erezione da parte della competente autorità canonica.

Al riguardo è rilevabile una tendenza verso l'interpretazione estensiva della categoria degli enti appartenenti alla costituzione gerarchica. Si può considerare come esempio il caso delle associazioni religiose di diritto diocesano. In effetti, sebbene non siano menzionate dall'art. 2, 1° comma, legge n. 222/85 e la stessa circolare ministeriale n. 71/89 le collochi tra quelle per le quali il fine religioso va accertato di volta in volta, il Consiglio sostiene una discrezionalità ristretta in merito al loro riconoscimento, purché l'ente sia debitamente eretto dall'autorità ecclesiastica sulla base di uno statuto contenente le norme sull'ammi-

⁷⁷ È dello stesso parere C. CARDIA, *Stato e confessioni* cit., p. 238, il quale si spinge anche più oltre, affermando che "il problema della discrezionalità può proporsi anche in termini più generali nel senso che, pur avendo verificato la sussistenza dei requisiti richiesti per ciascun ente, l'amministrazione potrebbe ulteriormente e discrezionalmente valutare l'opportunità di concedere, o meno, il riconoscimento".

⁷⁸ G. LEZIROLI, *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici*, Milano, 1990, p. 75: a proposito del riconoscimento degli enti ecclesiastici, a giudizio dell'A. "non pare che si possa parlare di discrezionalità e nel caso in cui si voglia usare tale termine, esso appare assolutamente modesto e circoscritto"; in senso analogo G. PASTORI, *I profili amministrativistici*, in *Il nuovo regime giuridico degli enti e beni ecclesiastici*, a cura di A. CASIRAGHI, Milano, 1993, p. 189.

⁷⁹ Ad esempio v. parere alla nota n. 19.

nistrazione, così come richiesto dall'art. 16 del codice civile⁸⁰. In tal senso è possibile citare altri pareri, come quello in riferimento ad una società di vita apostolica: esso afferma che per l'ente, pur non rientrando in base alla normativa pattizia tra quelli appartenenti alla costituzione gerarchica, possono ritenersi acquisiti i requisiti dell'*erectio* canonica nonché quelli relativi agli aspetti patrimoniali e organizzativi richiesti dall'ordinamento statale⁸¹.

Di conseguenza, sulla scia di tali pronunce, è deducibile una "discrezionalità limitata", in quanto l'istruttoria per il riconoscimento avrebbe carattere documentale, basandosi solo su quanto dichiarato dagli organi confessionali nella documentazione allegata alla domanda. Pertanto, anche lo stesso accertamento del fine di religione che mira a verificare la sua costitutività ed essenzialità, avverrebbe solo appurando i dati denominazionali e statuari dell'ente, in modo da verificare che l'attività dichiarata rientri tra quelle di cui all'art. 16, lett. a, legge n. 222⁸².

Tutte queste critiche all'attuale sistema concessorio degli enti ecclesiastici, adducono a proprio favore anche la portata dell'art. 19 Cost., che tutela la libertà di professare liberamente la propria fede religiosa, settore che lo Stato è chiamato eventualmente a favorire a norma dell'art. 3 cpv. Cost.⁸³; inoltre, secondo alcuni, il principio costituzionale di cui all'art. 19 sarebbe meglio tutelato se il riconoscimento conseguisse ad un atto di mera legittimità circa i requisiti prescritti⁸⁴.

Da tempo si discute sul superamento del sistema concessorio an-

⁸⁰ Consiglio di Stato, 27 novembre 1991, n. 2717.

⁸¹ Consiglio di Stato, 5 marzo 1992, n. 2511.

⁸² Cfr. P. PICOZZA, *L'ente ecclesiastico* cit., p. 152-153: per l'A. la valutazione del requisito finalistico si riduce in concreto "all'applicazione di regole sostanzialmente già predeterminate che finiscono per connotare il giudizio in termini di legalità prevalentemente formale".

⁸³ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 1996, p. 282; ID., *Gli enti ecclesiastici e l'Accordo del 18 febbraio 1984 tra Stato e Chiesa*, in *Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede*, Milano, 1987, p. 178, ove si afferma che occorre "tenere conto che pur l'agevolazione delle istituzioni con fine di religione, quando favorisca l'esercizio del diritto di libertà religiosa (art. 19 Cost.) si iscrive nel novero dei mezzi idonei a favorire il pieno sviluppo della personalità umana, ove il riconoscimento civile di tali enti valga a rimuovere ostacoli di carattere economico e sociale che limitino la libertà e l'uguaglianza dei cittadini (art. 3 cpv. Cost.)".

⁸⁴ F. FINOCCHIARO, *Gli enti ecclesiastici* cit., p. 173.

che per le persone giuridiche private e della sua sostituzione con quello normativo, attualmente previsto dal libro V del codice civile per le organizzazioni di profitto. Sulla base di questo parallelismo emerge la possibilità di applicazione dei progetti elaborati in sede governativa⁸⁵, per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento, agli stessi enti ecclesiastici. Invero siffatta applicazione risulterebbe alquanto difficile: ad esempio, in base ad essa, l'accertamento del fine di religione si ridurrebbe ad una mera rilevazione formale incentrata sullo statuto dell'ente; oppure potrebbe crearsi un contrasto con l'attuale sistema accentratissimo di riconoscimento degli enti ecclesiastici, che prevede la distribuzione delle funzioni fra più organi centrali dello Stato (il Ministero dell'Interno ai fini dell'emanazione del decreto di riconoscimento, l'eventuale deliberazione del Consiglio dei Ministri ecc.), e il conferimento della maggior parte delle funzioni alle prefetture, come stabilito dai progetti governativi succitati.

Dunque, pur non dimenticando la loro natura di schemi di regolamento non tradotti in legge, l'applicazione agli enti cattolici sarebbe possibile solo se si apportassero delle correzioni al tipo di controllo pubblico previsto, in modo da tenere conto della specialità della normativa pattizia⁸⁶.

⁸⁵ Ad esempio il primo *Schema di regolamento* del '94, per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento delle persone giuridiche private, prevede "per le associazioni, fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato, l'acquisizione della personalità al momento dell'iscrizione nel registro, di cui all'articolo 33 del codice civile". Individua poi nel presidente del tribunale l'organo competente ad ordinare l'iscrizione nel registro, "previo un giudizio di omologazione con cui si accerta la consistenza documentata di un patrimonio, la possibilità e liceità dello scopo".

⁸⁶ P. FLORIS, *L'ecclesiasticità degli enti cit.*, p. 186-187.

LUCA PAOLINI *Organizzazione della professione legale, tariffe e mercato: spunti giurisprudenziali*

ABSTRACT

L'articolo trae spunto da una recente sentenza del T.A.R. Lazio che, anche sulla base di precedenti pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, e attraverso l'analisi della natura dell'attività svolta dal professionista intellettuale, assimila quest'ultimo all'imprenditore. A tale risultato si perviene attraverso il riconoscimento della natura di impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica, consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle modalità di finanziamento. Il tema è trattato tenendo conto di uno scenario – quello delle professioni intellettuali in generale e della professione forense in particolare – in frenetico movimento e intorno al quale fervono gli interventi, non solo giurisprudenziali, ma anche (e soprattutto) normativi, e coinvolge aspetti delicati quali la determinazione delle modalità di compenso del professionista, il modello di professionalità da perseguire in un contesto sociale sempre più legato a principi di libero mercato e "standard europei", la natura della prestazione, la struttura della professione e, di conseguenza, il dibattito sul carattere imprenditoriale (o non) di chi svolge attività professionale in genere. L'articolo si conclude con un breve raffronto con il modello statunitense, alla luce del diverso ruolo che storicamente l'avvocato ha svolto in quel tipo di società¹.

¹ Il presente lavoro costituisce il primo di una serie di interventi collegati e intesi a strutturare uno studio monografico in materia di professione legale e modalità di compenso delle prestazioni professionali dell'avvocato, nell'ambito di un corso di Dottorato di ricerca in Teoria generale del processo e comparazione processuale.

LUCA PAOLINI

*ORGANIZZAZIONE DELLA PROFESSIONE LEGALE,
TARIFFE E MERCATO: SPUNTI GIURISPRUDENZIALI*

T.A.R. Lazio, Sezione I, Sentenza 12-28 gennaio 2000 n. 466. Ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, la cui disciplina è di derivazione comunitaria, gli esercenti le professioni intellettuali sono considerati imprese, consistendo la loro attività nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo; ai medesimi fini, gli ordini professionali sono considerati associazioni di imprese, sussistendo il profilo strutturale di ente associativo, nonché quello funzionale rappresentato dalla capacità di influenzare il mercato di riferimento.

SOMMARIO

1. La questione. 2. Rapidi cenni storici e linee evolutive in materia di professione forense. 3. Progetti di riforma, recenti interventi giurisprudenziali e disciplina comunitaria in materia di concorrenza. 4. Conclusioni e cenni di raffronto con l'esperienza statunitense.

1. La questione

Il problema della modernizzazione del ruolo delle professioni intellettuali e la necessità di adeguamento delle regole che le disciplinano alle *esigenze dell'utenza* costituiscono forse uno dei temi più attuali nello scenario legislativo italiano. Le professioni intellettuali in genere, e quella forense in particolare, si trovano al centro di un acceso dibattito, in cui vengono di volta in volta prospettate soluzioni che, pur se indirizzate a far fronte a una forte domanda di qualità ed efficienza, rischiano di snaturarne l'identità e le funzioni¹. Proprio il tema relativo alla compatibilità delle tariffe professionali degli avvocati con la tutela della concorrenza ha assunto, nel corso degli ultimi mesi, toni particolarmente accesi.

Le considerazioni che verranno svolte traggono spunto da una re-

¹ Tra queste soluzioni, è opportuno ricordare brevemente la previsione dell'esercizio della professione legale sotto forma di società di capitali con soci non professionisti, l'abolizione del divieto di pubblicità, l'abolizione dell'albo professionale e la totale liberalizzazione delle tariffe.

cente sentenza con cui il T.A.R. del Lazio ha stabilito che il professionista intellettuale è al contempo un imprenditore e, di conseguenza, il rispettivo Ordine (o Collegio) professionale costituisce una associazione di imprese².

In effetti, l'inizio del dibattito in tema di professione e di concorrenza è piuttosto risalente: merita di essere ricordata la recente sentenza della V^a Sezione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Repubblica italiana³, che costituisce uno dei primi segnali di qualcosa che sta cambiando. Il giudice comunitario, infatti, richiamandosi a principi e categorie profondamente radicati nella cultura dei paesi di *common law*, e sulla scorta della normativa comunitaria in vigore, ha riconosciuto natura di

² La sentenza è riportata per intero su *Guida al diritto*, n. 6/2000, p. 85 ss., con commento di RICCIO, *L'Antitrust non può censurare le tariffe: sulla legittimità la parola spetta al Giudice*.

Il relativo giudizio era stato instaurato attraverso ricorso proposto dal C.N.D.C. (Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti) e dal C.N.P.R.C. (Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti commerciali) contro la deliberazione del 26 novembre 1998, con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato stabiliva che: a) l'elaborazione e la definizione, da parte del C.N.D.C., di un tariffario relativo alle prestazioni professionali degli iscritti all'albo costituisce infrazione all'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990; b) l'elaborazione e la definizione, da parte del C.N.R.P.C., di un tariffario relativo alle prestazioni professionali degli iscritti all'albo costituisce infrazione all'art. 2, comma 2, lett. A) della legge n. 287/1990; c) la raccomandazione del C.N.R.P.C. di applicare le tariffe dallo stesso deliberate nelle more dell'approvazione ministeriale costituisce infrazione alla medesima norma; d) il coordinamento concorrenziale attuato dai due Consigli Nazionali volto all'uniformazione delle tariffe costituisce, anch'esso, infrazione alla citata disposizione di legge.

Dall'altra parte, le censure avanzate dai ricorrenti riguardavano, in primo luogo, la considerazione che gli stessi Consigli Nazionali non debbono ritenersi assoggettati alla normativa che vieta le intese restrittive della concorrenza. Ciò in ragione del fatto che i singoli professionisti non possono essere qualificati come imprese, né gli organi rappresentativi degli stessi possono essere considerati associazioni di imprese; inoltre, dovrebbe comunque ritenersi operante l'esenzione di cui all'art. 8, comma 2, L. 287/1990, in funzione della finalità di interesse generale attribuita ai ricorrenti dall'ordinamento. Tra le altre censure, poi, veniva evidenziato che la partecipazione consultiva degli Ordini ricorrenti alla formazione delle proprie tariffe professionali è prevista ed imposta ex lege (art. 47 D.P.R. n. 1067/1953 e art. 47 D.P.R. n. 1068/1953) e che, essendo dette tariffe approvate con decreto del Capo dello Stato, l'atto di approvazione delle stesse non potrebbe in alcun modo essere imputato ai due Consigli nazionali.

³ In proposito, *Guida al diritto*, n. 26/1998, p. 15 ss. Si vedano, per un approfondimento, i Paragrafi successivi.

impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica – consistente nell’offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi – a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento.

A rendere più complessa la questione, si assiste in questo periodo – accanto ad un’intensa attività normativa in materia di regolamentazione delle libere professioni e, in particolare, della professione forense – ad ulteriori pronunzie di un certo rilievo nell’economia della questione. È, appunto, il caso della sentenza in commento, con cui il Giudice amministrativo accoglie la tesi *comunitaria*, secondo cui: 1) la nozione di impresa (ai fini concorrenziali) comprende qualsiasi entità che eserciti un’attività economica sul mercato, a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento; 2) gli organi di rappresentanza degli Ordini professionali, nel partecipare al procedimento amministrativo di determinazione delle tariffe professionali (attività diretta alla tutela degli interessi dei propri assistiti), possono realizzare intese lesive della concorrenza.

La posta in gioco, come si vede, è alta: si va al di là della semplice determinazione delle modalità di compenso del professionista (e, in particolare, del legale). Sono in gioco questioni di ben altra portata, quali il modello di professionalità da perseguire in un contesto sociale sempre più complesso e sempre più legato a “*standard europei*”, la natura della prestazione, la struttura della professione e, di conseguenza, il dibattito sul carattere imprenditoriale (o non) di chi svolge attività professionale in genere; di qui, la questione dell’autonomia e del ruolo dei rispettivi Ordini (o Collegi) in materia di formazione e aggiornamento del professionista, nonché di tutela del cittadino-utente⁴. Ecco, allora, che il problema si presta inevitabilmente a considerazioni di un certo rilievo. Pertanto, ci si limiterà, in questa sede, ad un semplice abbozzo della questione inerente le tariffe forensi, rinviando a prossimi interventi l’inevitabile approfondimento.

⁴ La questione in esame, dunque, investe il ruolo, attuale e futuro, dell’avvocato, ponendo l’interlocutore di fronte ad un’ipotesi che è stata definita “*di mutazione genetica*” (COTTINO, *Introduzione*, in *L’avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d’impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago/Set. 1999, p. 1762).

2. Cenni storici e linee evolutive in materia di professione forense

La legge professionale forense risale al 1933⁵, ma già all'indomani dell'unità d'Italia si assiste ad un processo di unificazione del professionalismo giuridico italiano, attraverso la perdita di significato di ordinamenti giuridici e strutture di respiro regionale radicate nel corso dei secoli. Estremamente significativa è, poi, la circostanza che tutta la produzione normativa ispirata dal nuovo corso storico – e, specificamente, in materia di professione legale, la Legge 8 giugno 1874 n. 1938⁶ – appare già sostanzialmente coerente con l'ordinamento successivamente delineatosi con la citata Legge n. 36/1934.

In particolare, la legge professionale del 1874, con l'introduzione (o, meglio, con il *recupero*) di un istituto di tradizione millenaria quale l'Ordine professionale, inteso in senso moderno quale ente esponenziale di una corporazione ma anche quale organo di rilevanza pubblicistica, pone per la prima volta la questione del significato del termine "libera professione"⁷. Tale questione può sinteticamente ricondursi alla duplice ambivalenza tra il diritto esclusivo all'esercizio professionale, da un lato, e il dovere di rendere disponibile a tutti la prestazione legale, dall'altro; nonché tra elementi che caratterizzano la professione forense in senso specificamente pubblicistico ed elementi privatistici inerenti la struttura e la funzione dell'attività svolta⁸.

Rinviando ad altra sede ogni approfondimento in materia, occorre comunque soffermarsi brevemente sulla legge del 1874 per rilevare,

⁵ Più precisamente, ci si riferisce al R.D.L. 27 novembre 1933, convertito in Legge 22 gennaio 1934 n. 36 (e al relativo Regolamento di attuazione emanato con R.D. 22 gennaio 1934 n. 37). In proposito, CIPRIANI, *La professione di avvocato*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto e giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, pp. 881 e ss.

⁶ Il primo progetto della Legge viene presentato in Parlamento nella sessione del 23 marzo 1866. Si veda, in proposito, BIANCHI, *Sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore. Testo e commento della Legge n. 1938, 8/6/1874 e del Regolamento n. 2012, 26/7/1874*, in *Raccolta delle leggi speciali e convenzionali internazionali del Regno d'Italia*, vol. II, seria VI, Torino, 1886.

⁷ Per un'ampia panoramica della questione, OLGIATI, *Avvocati e notai tra professionalismo e mutamento sociale*, in *Saggi sull'avvocatura*, Milano, 1990, pp. 1 ss..

⁸ Cfr. OLGIATI, *op. cit.*, p. 12; LIPARI, *L'avvocato libero professionista*, in *L'ordinamento giudiziario* (a cura di Picardi e Giuliani), Rimini, 1985. Per un approfondimento, si veda il Par. 4 del presente commento.

nella formulazione della stessa, una “doppia anima”⁹: l’una, che incarna il progetto voluto dalla classe forense, orientato a superare l’antica impostazione corporativa¹⁰; l’altra, individuabile nel progetto promosso dal legislatore, volto anch’esso al superamento degli angusti confini privatistici ed orientato verso un più ampio programma politico di unificazione nazionale¹¹. Proprio in questi termini, dunque, si pone la “*questione professionale*”, con particolare riferimento alla entificazione dell’Ordine, inteso al contempo quale organo istituzionale, integrativo della funzione pubblica e destinato al perseguimento dei fini propri della ragion di Stato, nonché quale garante dei principi dell’autonomia e dell’indipendenza proclamati dalla classe forense.

Durante il ventennio fascista, la collocazione socio-politica della classe forense induce la dittatura a tentare una sorta di “*disciplinamento sociale*”, di “*neutralizzazione politica*” nei confronti di un ceto giudicato potenzialmente concorrente alla rivoluzione fascista¹². Accade così che, attraverso la Legge 25 marzo 1926 n. 454, si tenti di attuare una vera e propria restaurazione della “*sovranità dello Stato sui gruppi minori*”¹³, mediante strumenti predisposti per il perseguimento di tale fine, tra cui la previsione del criterio discriminante degli interessi superiori della Nazione ed il relativo giuramento di fedeltà quale condizione per l’accesso alla professione, l’introduzione del numero chiuso, l’istituzione del Consiglio Superiore Forense, con funzioni disciplinari sugli iscritti e di controllo finanziario sui singoli Ordini, nonché la previsione di un periodo di pratica forense di cinque anni ed il supe-

⁹ L’argomento è sapientemente trattato in OLGATI, *op. cit.*, pp. 14 ss..

¹⁰ Cfr., in proposito, ZANARDELLI, *L’avvocatura. Discorsi*, Firenze, 1879; CARRARA, *Il passato, il presente e l’avvenire degli avvocati in Italia*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VI, Lucca, 1876.

¹¹ Al riguardo, OLGATI, *op. cit.*, p. 15, rileva l’ulteriore intento di “... realizzare anche una sorta di funzionarizzazione, cioè un processo di socializzazione al ruolo istituzionale dal quale potesse emergere non tanto una tendenza burocratica in senso weberiano, quanto piuttosto un allineamento del ceto al programma politico dell’unificazione nazionale”.

¹² Non sorprende – secondo OLGATI, *op. cit.*, p. 62 – “...il fatto che, non potendo essere considerati né come hostes, cioè come avversari-antagonisti, ma neppure come veri amici o socii cioè, come alleati-aderenti, gli avvocati italiani furono, a loro volta, considerati dallo stesso P.N.F. come inimici, cioè come avversari-concorrenti, interni (per scelta di classe)”.

¹³ Si veda ROCCO, *Le trasformazioni dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, 1927.

ramento di un esame di stato per l'ottenimento dell'abilitazione. Dunque, lungi dal porre in discussione l'esistenza di un ceto sociale, il fascismo persegue un programma socio-normativo di "disorganizzazione-mediante-riorganizzazione"¹⁴. Prova ne sia il fatto che – in virtù del R.D.L. 22 agosto 1928 n. 2580 – i Consigli degli Ordini vengono sostituiti da organi estranei alla tradizione forense, le Commissioni Reali¹⁵.

Nel corso del secondo dopoguerra, i progetti di riforma si susseguono, senza peraltro mai sfociare in un testo normativo definitivo¹⁶. Già nel I Congresso Nazionale giuridico forense si discute della "Riforma della legge professionale" e si affrontano temi importanti quali l'autonomia e l'indipendenza dell'Ordine forense, il maggiore rigore deontologico come obiettivo da perseguire, e la necessità di porre riparo alla notevole sproporzione fra le possibilità di utile opera professionale e il numero degli iscritti agli Albi. Cosicché, nel corso della I Legislatura, viene predisposto un progetto di riforma dell'ordinamento forense¹⁷. Si tratta del Disegno di Legge del Ministro Grassi (D.d.l. 10 settembre 1949, intitolato "Norme per gli ordini forensi e per gli esami da procuratore") che, oltre a prevedere il ripristino dell'albo chiuso¹⁸, riguarda essenzialmente il riconoscimento della personalità giuridica agli Ordini forensi. Anche durante la II Legislatura viene elaborato uno schema di legge. È il frutto del lavoro svolto da una Commissione formata da soli avvocati e presieduta da Piero Calamandrei, che,

¹⁴ OLGATI, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵ Tanto queste ultime quanto gli stessi Ordini professionali, simboli evidenti del principio di autonomia della professione, verranno in seguito sciolti attraverso il R.D. 27 novembre 1933 n. 1578, e le relative funzioni conferite rispettivamente ai Direttori e ai Sindacati territoriali di categoria.

¹⁶ In proposito, si veda BERTI ARNOALDI VELI, *La riforma dell'ordinamento professionale forense ed i suoi precedenti storici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 621 ss..

¹⁷ Occorre, però, sottolineare che – già nell'art. 18 del D.Lgt. 23 novembre 1944 n. 382 – viene prospettata l'esigenza concreta di realizzare una riforma dell'ordinamento forense.

¹⁸ La legge professionale del 1934 prevedeva *ab origine* il sistema dell'albo chiuso e del numero limitato di posti a concorso. Soltanto in pieno conflitto mondiale (attraverso l'art. 1 del D.d.l. 7 settembre 1944 n. 215) il sistema era stato modificato, essendo stata temporaneamente sospesa "l'applicazione delle norme concernenti la limitazione dei posti da conferire annualmente per iscrizione o per trasferimento negli albi dei procuratori".

nel settembre 1955, presenta al Guardasigilli, On. Moro, un testo in cui è prevista, tra l'altro, l'abolizione del numero chiuso, l'effettività dell'esercizio professionale per mantenere l'iscrizione all'albo, nonché l'obbligo di revisione biennale dell'albo stesso a carico dei Consigli.

Fanno seguito, nelle successive Legislature, altri progetti di riforma dell'ordinamento forense¹⁹, caratterizzati da qualche elemento innovativo. Tra i più significativi, merita di essere ricordato il Progetto di legge presentato dal Sen. Viviani²⁰, i cui contenuti costituiscono in un certo senso i primi segnali di un cambiamento nel mondo professionale: il progetto, tra l'altro, introduce un Capo intitolato "*Avvocati della CEE*", porta gli anni di pratica forense a tre, distinguendo un periodo di pratica presso gli uffici giudiziari ed uno presso l'avvocato. Come spesso accade in Italia, lo scioglimento anticipato delle Camere impedisce che il Progetto possa percorrere per intero il suo *iter* legislativo.

Altre iniziative seguono nell'VIII e nella IX Legislatura²¹, tutte con scarso successo, tanto da non riuscire ad ottenere neppure l'approvazione di un ramo del Parlamento. Al di là di alcuni interventi dagli orizzonti quantomai limitati²², anche la successiva Legislatura non produce i risultati auspicati in materia di riforma dell'ordinamento forense, se non un Disegno di legge governativo²³ elaborato dal Consiglio Nazionale Forense sul "*vecchio*" Progetto Ricci-Marinucci (e successivamente modificato in molti dei punti più qualificanti rispetto al progetto di partenza). Proprio in ragione di tali e tante modifiche, il Di-

¹⁹ Meritano una particolare menzione, tra gli altri, quelli del Ministro di Grazia e Giustizia, On. Gonella (1959, 1968 e 1972), quello del Guardasigilli, On. Bosco (1963), e quello dell'On. Lenoci (1972).

²⁰ Si tratta di un Progetto di legge del luglio 1976. Di lì a qualche mese avrebbero visto la luce altri due progetti: il P.d.l. Bussetti (gennaio 1977) e il P.d.l. Bonifacio (luglio 1977).

²¹ Ci si riferisce, in particolare, al Progetto di legge Bussetti, presentato nel luglio 1979, e al Progetto di legge Abete, presentato nel 1982. Entrambi i Progetti furono esaminati nell'Assemblea straordinaria degli avvocati, convocata a Rimini nel 1982, nella quale sede vennero espressi alcuni fondamentali principi cui si informarono anche i successivi Progetti (il Progetto Ricci-Marinucci, il Progetto Mancino, il Progetto La Russa e il Progetto Maceratini).

²² Si veda, in particolare, la Legge di riforma della pratica forense (1985), dovuta all'iniziativa del Guardasigilli Martinazzoli, nonché la Legge 27 giugno 1988 n. 242.

²³ Si tratta del D.d.l. n. 1782, presentato il 23 maggio 1989 ad opera del Ministro di grazia e giustizia Vassalli. In realtà, vanno registrate altre iniziative in tal senso, tra le quali il Progetto Maceratini, il Progetto Mancino e il Progetto Battello.

segno di legge viene fatto oggetto di ferma opposizione, da parte dell'avvocatura, nel Congresso di Catanzaro (settembre 1989).

Proprio quando più forte si fa nella categoria la coscienza che i tempi per un cambiamento sono maturi, è dall'esterno che giungono alcuni importanti interventi diretti a modificare le regole della professione, a sconvolgerne gli standard culturali e deontologici. Di questo aspetto della questione si è fatto cenno in precedenza e si tratterà più ampiamente nel Paragrafo successivo. Basti per ora rilevare che, proprio nella prima metà degli anni '90, il bisogno di mantenere la professione forense al passo con una società in frenetica evoluzione ha dato vita ad un numero impressionante di progetti di riforma²⁴. Tutto ciò conferma un'effettiva presa di coscienza riguardo ad un fenomeno, già da tempo in atto, di divaricazione tra forme di esercizio della professione altamente organizzate e "imprenditorializzate" e forme di tipo più spiccatamente personale, per non dire addirittura "artigianale".

3. Progetti di riforma, recenti interventi giurisprudenziali e disciplina comunitaria in materia di concorrenza

L'interrogativo da cui si deve partire è se la nozione di impresa propria dell'ordinamento italiano ricomprenda in sé anche quella di professione. Secondo una parte della dottrina, la definizione contenuta nell'art. 2082 c.c. sarebbe, di per sé, idonea a ricomprendere una pluralità di accezioni di imprenditore. Inoltre, quale conferma della progressiva opera di assimilazione ontologica tra "professionista" e "impresa" in campo nazionale, meriterebbe una citazione la Legge 6 febbraio 1996 n. 52 che, nel dare attuazione alla Direttiva 93/13/CEE, ha introdotto l'art. 1469-bis c.c., il cui 2° comma definisce professionista la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, stipula con un consumatore un contratto che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi. In questo modo, il concetto di professionista parrebbe dilatarsi, tanto da far pensare ad una sorta di omologazione delle professioni all'impresa, nell'illusione che il consumatore venga meglio tutela-

²⁴ Tra questi, merita ricordare il D.d.l. Mastrantuono (1992), il D.d.l. Brutti (1993), il D.d.l. Covi (1993), il D.d.l. Castagnetti (1993), il Progetto di legge-quadro di riforma della professione predisposto dall'O.U.A. (1995), il D.d.l. Cessetti (1996) e il D.d.l. Fragalà (1996).

to, anche nei confronti del professionista, se si rispettano le più rigide e tradizionali regole del mercato: libera concorrenza e prodotto al minor costo²⁵.

Di gran lunga prevalente è l'opinione per cui l'esercizio di una professione intellettuale sarebbe attività nettamente distinta da quella di impresa²⁶, anche se quest'ultimo concetto, così come previsto dal Codice civile del 1942, appare piuttosto esteso e idoneo a comprendere in sé l'attività del professionista intellettuale²⁷, sì da fare apparire la questione – anche alla luce delle conferme giurisprudenziali di cui nel seguito del commento – oramai superata. Esistono tuttavia argomenti di natura sistematica a sostegno di una differente impostazione. In particolare, pur essendo disciplinate nel medesimo Libro del Codice civile (*“Del Lavoro”*), l'attività di impresa e il lavoro autonomo sono collocati sotto titoli diversi: la prima, al Titolo II; la seconda al Titolo III. Esistono, poi, anche ragioni più squisitamente esegetiche. Infatti, l'art. 2238 c.c. dispone, da un alto (1° comma), che al professionista si applichi la disciplina dell'impresa soltanto ove *“l'esercizio della profes-*

²⁵ Al riguardo, LAURINI, *Tariffe professionali e libera concorrenza*, in *Notariato rass. sist. dir. e tecn. contratt.*, 1995 n. 2, p. 105. Si veda, inoltre, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto dell'impresa*, vol. 1, Torino, 1997, secondo cui il legislatore, con la definizione contenuta nell'art. 2082 c.c., avrebbe inteso fissare solamente i requisiti rilevanti ai fini della nozione civilistica di imprenditore, per cui in diritto non esisterebbe la nozione di imprenditore, bensì *“le nozioni di impresa (civilistica, tributaria, comunitaria) dettate in funzione degli specifici assetti normativi regolati e degli specifici interessi cui si intende dare sistemazione”*.

²⁶ In tal senso si esprime la Relazione al codice civile (n. 917): *“il codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario”*. In dottrina, tra gli altri, si veda PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, (Cicu-Messineo), vol. XXXVII, 1, Milano, 1996, pp. 351 ss.; IRTI, *Gli errori dell'Antitrust sulle libere professioni*, in *Italia Oggi*, 14 ottobre 1997, p. 27; DORE, *Professioni e impresa tra diritto interno e comunitario: il problema delle tariffe*, in *Corriere giuridico*, 1999, 1, pp. 41 ss. Contra: GALGANO, *Le professioni intellettuali ed il concetto comunitario d'impresa*, in *Contratto ed Impresa/Europa*, 1997, pp. 3-4.

²⁷ Si veda, in proposito, MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, in *Rass. Forense*, 1997 n. 3, p. 753, in cui si afferma che la distinzione operata dall'art. 2238 atiene allo status del professionista intellettuale rispetto all'imprenditore commerciale, ma non esclude la natura imprenditoriale dell'attività professionale. È cioè una distinzione qualitativa perché tende a sottolineare le caratteristiche intellettuali dell'esercizio professionale, ma non ad escludere che questa attività intellettuale possa assumere o abbia in sé attributi di impresa.

sione costituisca elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa"; dall'altro (2° comma), che venga comunque estesa la sola disciplina relativa al rapporto subordinato, e non anche quella dell'impresa, al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari.

Nonostante ciò, in giurisprudenza sono numerose le decisioni della Corte di Giustizia europea in materia di concorrenza che, da almeno un paio di decenni, ribadiscono che la nozione di impresa in ambito comunitario deve essere intesa come non collegata ai concetti desumibili dai diversi sistemi nazionali e, per quel che ci riguarda, dall'art. 2082 c.c., che definisce l'impresa sotto il profilo soggettivo, caratterizzandola come l'attività economica organizzata di beni, esercitata professionalmente al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

La nozione comunitaria pone, invece, l'accento sull'aspetto funzionale dell'attività economica, da chiunque organizzata: in tal modo, si ampliano i profili soggettivi, potendosi riconoscere il carattere di impresa all'attività di qualsiasi persona fisica o giuridica, associazione non riconosciuta o ente pubblico, a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità del suo finanziamento²⁸. E ciò tanto più che il Trattato istitutivo della Comunità Europea espressamente annovera tra i servizi assoggettati alla disciplina comunitaria sulla concorrenza le "attività delle libere professioni". In effetti, nella nozione comunitaria di impresa, l'elemento organizzativo non sembra in alcun modo caratterizzante, dato che l'attività del professionista costituisce *ex se* attività di impresa, grande o piccola che sia la sua organizzazione. Sulla scorta di questo fondamentale principio in materia di tutela del mercato – e considerato che *il mercato* è stato qualificato, a sua volta, quale moti-

²⁸ In tal senso, viene attribuita natura di impresa agli "...artisti che facciano, ancorché isolatamente e non sistematicamente, un'utilizzazione commerciale delle proprie rappresentazioni" (Decisione 15 giugno 1978 Rai/Unitel – G.U.C.E., Serie L, n. 157/1978), nonché alle "... persone fisiche che non possono inquadarsi nella figura dell'imprenditore, né svolgono attività economica in forma organizzata, quando esse compiano un atto di natura economica suscettibile di restringere la concorrenza" (Decisioni 2 dicembre 1975, Aoip/Beyrard – G.U.C.E., Serie L, n. 6/1976; 21 dicembre 1976, Theal/Watts – G.U.C.E., Serie L, n. 39/1977; 10 gennaio 1979, Vaessen/Moris – G.U.C.E., Serie L, n. 19/1979). Infine, e più in generale, "è da intendersi impresa, per il diritto comunitario della concorrenza, ogni entità impiegata in attività commerciali" (si veda, ad esempio, Decisione 23 aprile 1986, Polipropilene – G.U.C.E., Serie L, n. 230/1986).

vo ispiratore, ormai idolo e mito della nostra stessa civiltà giuridica²⁹ – sta diventando davvero sempre più arduo tentare di opporsi all'idea del professionista quale imprenditore e produttore di servizi da immettere su un mercato fondato sul principio della libera concorrenza³⁰.

Come si è detto all'inizio, uno dei primi sintomi del radicale cambiamento che si stava profilando all'orizzonte delle professioni può essere individuato in una recente sentenza della V^a Sezione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Repubblica italiana), con cui viene riconosciuta natura di impresa a qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica – consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato, verso un corrispettivo e con assunzione dei rischi finanziari connessi – a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento. Cosicché, afferma il giudice europeo, un'attività come quella dello spedizioniere doganale, in quanto avente carattere intellettuale e per la quale è richiesta un'autorizzazione per l'esercizio, non può ritenersi esclusa dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato C.E.³¹.

²⁹ MACCAGNO, *Relazione*, in *L'avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d'impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago./Set. 1999, p. 1764.

³⁰ In proposito, CLARICH, *Quelle proposte figlie del corporativismo*, in *Guida al diritto*, 1999, Supplemento al n. 35, p. XXXVIII, secondo cui "... che non vi sia un'incompatibilità ontologica, intesa come inesistenza di esperienze positive, prima ancora che giuridica (specie alla luce del diritto comunitario), tra la nozione di libera professione e la nozione di impresa risulta da uno sguardo anche rapido oltre confine. E ciò senza neppure spingersi fino alle esperienze più estreme degli studi legali a dimensione planetaria. Si tratta soltanto di concepire gli adattamenti necessari, muovendo però da un assunto non più disputabile".

³¹ La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione V, 18 giugno 1998 – Causa C-35/96 sancisce, in massima, che "non possono essere qualificati esperti indipendenti i membri di un'organizzazione professionale che fissano le proprie tariffe, non essendo tenuti dalla legge a prendere in considerazione anche gli interessi generali e gli interessi delle imprese e degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi. La tariffa che determina i prezzi massimi e minimi applicabili alla clientela degli spedizionieri doganali, vincolante per questi ultimi e fissata dai membri dell'organizzazione professionale, si configura come decisione di associazione di imprese ed è nulla di diritto ai sensi dell'art. 85 del Trattato C.E...", in quanto "...impresa è qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento; un'attività economica è costituita da qualsiasi attività consistente nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi. Un'attività (come quella di spedizioniere dogana-

Sulla spinta della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, e preso atto dell'estrema attenzione del giudice comunitario nei confronti del problema della libera concorrenza, si sono potute registrare le prime inversioni di rotta anche in Italia. La Corte di Appello di Torino, I^a Sezione Civile, con sentenza 9 giugno-11 luglio 1998 n. 791³², ha infatti riconosciuto che l'attività svolta dal difensore è, per la normativa comunitaria, un'attività economica svolta da un'impresa e, pertanto, soggetta all'applicazione dell'art. 85 (ora art. 81) del Trattato di Roma che vieta le intese e gli accordi lesivi della concorrenza.

Il precedente giurisprudenziale non è rimasto isolato. Così, la questione relativa alla compatibilità al Trattato C.E. delle tariffe inderogabili in materia di attività professionale degli avvocati è stata rimessa ai giudici di Lussemburgo, affinché si possa giungere ad una soluzione definitiva del problema. In particolare, nel corso di un procedimento penale, il Pretore di Pinerolo, con sentenza n. 551 del 3 giugno 1997³³ (dunque, addirittura precedente a quella, già citata, della Corte di Appello di Torino) aveva liquidato le spese processuali sostenute dalla parte civile in misura inferiore alla nota prodotta dal difensore della stessa, disapplicando le tariffe professionali forensi approvate con D.M. 5 ottobre 1994 n. 585. La Corte di Cassazione, con sentenza 29 aprile-6 luglio 1998 n. 1363, ha annullato la sentenza del Pretore di Pinerolo per avere questi disapplicato senza motivazione l'inderogabile tariffa professionale forense in vigore, rimettendo la decisione sul punto al medesimo giudice, in sede di giudizio di rinvio, per la liquidazione delle spese processuali *secundum legem*.

Senonché, il Pretore di Pinerolo – anziché pronunciare in conformità – con ordinanza 13/15 gennaio 1999, ha rimesso la questione pregiudiziale, ex art. 177 Trattato C.E., alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, affinché la stessa si pronunci sull'operatività del divieto di cui all'art. 85, paragrafo 1, del Trattato in materia di tariffe

le) avente carattere intellettuale, richiedente un'autorizzazione per l'esercizio ed esercitata senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani, non è esclusa dalla sfera di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato C.E.. Un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica richiesta dal Trattato..."

³² Guida al diritto, n. 33/1998, pp. 74 ss..

³³ Guida al diritto, n. 10/1999, pp. 18 ss..

inderogabili relative all'attività professionale forense e, in caso positivo, sull'eventualità che, per la particolarità dell'attività svolta dall'avvocato e delle sue funzioni, la determinazione delle tariffe inderogabili nei minimi e nei massimi, effettuata dall'Organo di rappresentanza della categoria, possa rientrare nelle previsioni derogatorie ex art. 85, paragrafo 3, del Trattato.

In attesa che il Giudice comunitario si pronunci sul punto, assume rilievo l'indagine conoscitiva avviata, nel settore degli Ordini e Collegi professionali, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato³⁴, dalla quale emerge, in relazione alla professione legale, che l'esistenza degli Ordini trova una duplice giustificazione: da un lato, la previsione costituzionale del diritto alla difesa in giudizio; dall'altro, l'elevata complessità delle prestazioni professionali, con conseguente difficoltà, per gli utenti, di valutare a posteriori la qualità del servizio e la congruità dei prezzi indicati³⁵. Dunque, l'Ordine professionale si qualifica, in mancanza di mezzi alternativi, come strumento diretto a garantire il miglioramento del mercato e, come tale, supera l'esame dell'Antitrust, a differenza di quanto accade per altri fattori quali la potestà del medesimo Ordine (in realtà: Consiglio Nazionale) in materia di tariffe. L'Ordine (Consiglio Nazionale), dunque, può oggi essere considerato "una sorta di motivata deroga alla disciplina della concorrenza"³⁶, in ragione di esigenze di interesse generale.

In effetti, stando al parere espresso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, esiste una rete di norme – tra cui quelle sull'accesso alla professione, sui doveri dei professionisti, sull'apparato sanzionatorio, e così via – idonea e sufficiente a ridurre il rischio per il consumatore dell'imperizia e dei comportamenti opportunistici da parte del professionista, e tale da rendere superflua l'introduzione di

³⁴ L'indagine, aperta con deliberazione 1° dicembre 1994 n. 2523 (in *Bollettino AGCM*, 1994 n. 48), si è conclusa con provvedimento del 3 ottobre 1997 n. 5400 (in *Bollettino AGCM*, 1997 n. 42; la Relazione finale si può leggere in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 884 ove, alla p. 659, si trova il commento di V. MELI, *L'indagine dell'antitrust sugli ordini e collegi professionali*).

³⁵ Si tratta delle c.d. "asimmetrie informative", ovvero imperfezioni del mercato di significativo rilievo. La più generale questione relativa al ruolo e alla natura degli Ordini (e dei Collegi) professionali ha da sempre animato il dibattito storico e culturale, in ragione delle funzioni di natura pubblicistica e, al contempo, di regolazione di interessi privati della categoria svolte da tali organi.

³⁶ MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, cit., p. 756.

ulteriori strumenti di regolamentazione, quali ad esempio la fissazione di tariffe omogenee. È, inoltre, necessario – sempre secondo il parere dell’Autorità Antitrust – eliminare tutte quelle norme destinate unicamente alla salvaguardia di logiche prettamente corporative. In questa ottica, le tariffe professionali sono state definite come strumenti diretti alla protezione delle categorie interessate, in quanto non riconducibili al perseguimento dell’interesse generale di garantire elevati livelli qualitativi di prestazione, ma unicamente a costituire un ostacolo alla libera concorrenza. L’analisi condotta dall’Autorità Antitrust, come si dirà in seguito, appare per certi versi fuorviante. Si pensi, ad esempio, alle funzioni di natura squisitamente pubblicistica svolte dal Consiglio Nazionale Forense al quale, per tali motivi, appare fuori luogo l’attributo di “*associazione di imprese*”.

In questo clima, il Progetto di legge-quadro per il riordino delle professioni intellettuali (la cosiddetta “Bozza Mirone”, approvata dal Consiglio dei Ministri in data 3 luglio 1998), è stato addirittura ritirato dal tavolo delle proposte. Il Progetto si fondava su un delicato punto di equilibrio fra tradizione e *deregulation*, richiamandosi da un lato ai valori di “*deontologia, personalità delle prestazioni, indipendenza e responsabilità del professionista*” e dall’altro ai principi di “*pluralismo e concorrenza*”³⁷. Questo strenuo tentativo di mediazione emergeva, già ad un primo esame, dall’art. 1, punto E), con cui veniva sancito il principio di “*distinzione delle professioni intellettuali dall’attività di impresa*”, disponendosi che la disciplina delle prime dovesse attuarsi “*...secondo i caratteri, intrinseci e prevalenti, delle prestazioni professionali (personalità della prestazione e responsabilità rispetto all’esecuzione; natura creativa e non meramente esecutiva) e secondo requisiti soggettivi del prestatore (possesso del titolo di studio e dell’abilitazione, e rispetto dei principi di deontologia)*”. Si assisteva, così, ad una vera e propria presa di posizione, se non fosse stato per il fatto, certamente non di poco conto, che il medesimo Disegno di legge – almeno inizialmente, e nel tentativo di risolvere le questioni già rilevate dall’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato – aveva previsto l’abolizione delle tariffe minime e massime, ammettendo valori non vincolanti con riferimento alla complessità e alla qualità della prestazione³⁸.

³⁷ Il progetto contiene i principi generali di riordino e rinvia a uno o più decreti legislativi da emanarsi entro un anno dalla sua entrata in vigore.

³⁸ Nella versione finale, il Disegno di legge non prevedeva alcuna proposta di

Allo stesso modo, l'intensa attività del legislatore ha – più o meno nello stesso periodo – portato all'elaborazione e all'approvazione di uno schema di Disegno di legge contenente “*Nuove disposizioni sulla professione di avvocato*”³⁹. Accanto ad un indirizzo particolarmente restrittivo in tema di società fra professionisti⁴⁰, mancano indicazioni in materia tariffaria, in quanto si rinvia semplicemente al disegno di legge sulle professioni intellettuali⁴¹. Successivamente, è stato predisposto

abolizione dei minimi tariffari, ma semplicemente una delega a rivedere il meccanismo di determinazione degli stessi; inoltre, solo in caso di prestazione professionale obbligatoria erano previsti livelli tariffari inderogabili, fissati dal Consiglio dei Ministri, sentiti gli Ordini interessati. Erano, poi, delineati i principi per le società professionali, anche in deroga al codice civile, attraverso il rinvio a un decreto legislativo (in quanto il Governo già aveva rinunciato – su richiesta del Senato che aveva votato una mozione in tal senso – a emanare il regolamento previsto dall'art. 24 L. 266/1997).

³⁹ Lo schema è stato elaborato e approvato dalla Commissione Mirone in data 26 febbraio 1998, e deliberato dal Consiglio dei Ministri il 6 agosto successivo. La Relazione al Disegno di legge, nel premettere che “*l'ordinamento della professione di avvocato è tuttora regolato dalle norme del Regio Decreto legge 27 novembre 1933 n. 1578, convertito nella legge 22 gennaio 1934 n. 36, che mantiene sostanzialmente inalterato l'originario impianto ottocentesco della disciplina della professione...*”, stabilisce che “*l'evoluzione e la profonda trasformazione intervenuta nel dopoguerra nella vita economica e sociale del paese, l'instaurazione di un sistema politico fondato sui principi democratici, l'integrazione economica e politica dell'Europa occidentale, le riforme del diritto sostanziale e della giurisdizione, hanno sensibilmente mutato i compiti e la funzione dell'avvocato nel processo e nella società, ma il nuovo ruolo della professione forense, essenziale allo sviluppo e all'ordinato svolgimento della vita civile, è rimasto negativamente condizionato da una legge che per finalità, principi e soluzioni organizzative venne concepita per una società e per una professione del tutto diverse da quelle attuali... Dal 1949 ad oggi, l'agenda parlamentare ha registrato una ininterrotta serie di proposte di riforma dell'ordinamento professionale forense, sia ministeriali che parlamentari, ma nessuna di esse si è tradotta in legge ...L'Assemblea degli Ordini e delle associazioni forensi svoltasi a Rimini nel 1982 ha rappresentato un contributo significativo, definendo, nella cosiddetta “Carta di Rimini”, i principi e gli indirizzi di una nuova legge professionale ai quali si sono generalmente ispirati i disegni di legge presentati nella IX legislatura e nelle successive. I Congressi nazionali giuridici di Salerno (1985), di Ancona (1987), di Catanzaro (1989), di Trento (1991) e di Roma (1993) hanno elaborato ulteriori rilevanti apporti anche in relazione ai problemi posti alla professione dagli ordinamenti comunitari e dalle riforme del processo penale e civile”.*

⁴⁰ Quanto alla possibilità di esercitare la professione sotto forma societaria, lo schema di legge prevedeva che ciò potesse avvenire solo tra iscritti all'Ordine e nella forma della società di persone, ma non anche in deroga alle norme del codice civile, ritenendo soluzioni diverse suscettibili di pericolose involuzioni sul terreno dell'autonomia e dell'indipendenza dell'avvocato.

⁴¹ Va, in proposito, rilevato che – in risposta alle recentissime prese di posizione

un Disegno di legge governativo (2 settembre 1998, atto Camera n. 5211⁴²) – il cosiddetto *Disegno di Legge Flick* – contenente, “*Nuove disposizioni sulla professione forense*”, anch’esso piuttosto lacunoso in virtù dei continui rinvii a regolamenti di attuazione ed esecuzione.

Ma vi è di più. Nell’esercizio dei poteri consultivi previsti dall’art. 22 Legge n. 287/1990, e in seguito alla richiesta da parte del Ministero di Grazia e Giustizia, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è nuovamente pronunciata, in riferimento alle disposizioni contenute nel Disegno di legge n. 5092, recante “Delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali”, con parere del 5 febbraio 1999.

Partendo dalla considerazione che l’attuale regolamentazione ordinistica è in massima parte espressione di una sedimentazione di interventi particolaristici e di una prospettiva tesa all’isolamento dai processi concorrenziali, l’Autorità ha tra l’altro sancito che fine prioritario, per quanto riguarda la regolamentazione delle modalità di esercizio della professione, è quello di correggere le già menzionate asimmetrie informative, attraverso la predisposizione di una serie di strumenti correttivi idonei ad agevolare il cliente (*ex ante*) nella scelta della prestazione e del professionista più adeguato e (*ex post*) nella valutazione della prestazione erogata. Tra gli strumenti in questione, viene giustamente indicata la pubblicazione e diffusione di standard qualitativi delle prestazioni e dei comportamenti che i professionisti devono rispettare, nonché l’eliminazione del divieto di pubblicità. Tuttavia, lo strumento forse più incisivo nello sforzo di rendere effettivo il superamento delle asimmetrie informative e di agevolare realmente la parte più debole (il cliente) nella scelta della regolamentazione più opportuna del rapporto professionale, consiste nella previsione della possibilità di stipulare contratti con prezzi e garanzie collegati anche al conseguimento degli obiettivi concordati, quasi a segnare un’apertura (del tutto inattesa) verso un modello molto vicino a quello che nel sistema statu-

del Governo in materia di abolizione degli ordini professionali – i rappresentanti degli stessi hanno messo a punto un documento contenente i “*principi di una riforma giusta*”. In effetti, il vertice del Comitato Unitario degli Ordini e Collegi professionali ha elaborato il suo programma, nell’ambito del quale viene definita la ristrutturazione del sistema tariffario attraverso la previsione dei prezzi massimi delle prestazioni, in modo da tutelare il cliente, e la sostituzione della tariffa minima con la rilevazione dei costi e dei corrispettivi medi applicati.

⁴² Si tratta del c.d. Disegno di legge Flick, dal nome dell’allora Guardasigilli.

nitense è definito come “*contingent fee agreement*”⁴³, pur con tutte le difficoltà – insite nel nostro sistema – di superare il principio secondo cui l’avvocato non può essere, a nessun titolo, cointeressato nell’esito della controversia.

È naturale allora domandarsi quali potranno essere le implicazioni pratiche di tutto ciò. In particolare, ci si deve chiedere in quale misura la professione legale sia destinata a mutare e quali criteri segneranno questo mutamento, nell’ambito di una tendenza a perpetuare, per quanto possibile, la tradizione “*ordinistica*”, e di una contrapposta tendenza verso istanze di liberalizzazione e di incentivazione della concorrenza tipiche dell’esperienza degli ordinamenti di *common law*.

4. Conclusioni e cenni di raffronto con l’esperienza statunitense

Sono, dunque, numerosi gli elementi di imprenditorialità della nuova figura del professionista – e dell’avvocato, in particolare – venutasi a delineare attraverso l’evoluzione della società odierna. Del resto, la normativa comunitaria è chiara in proposito. Inoltre, nel momento stesso in cui si ammette la possibilità di costituire una società fra professionisti (ovvero, un’associazione che, di fatto, molto le somiglia), pare difficile fissare confini al tipo sociale adottato⁴⁴. Potranno, allora, sorgere problemi di natura sistematica, posto che la stessa definizione comunitaria di imprenditore è stata criticata per essere “*estremamente magmatica*”⁴⁵, con la conseguenza che, una volta classificato l’avvocato tra gli imprenditori, ci si dovrà porre il problema degli effetti pratici di tale scelta in ordine alla normativa da applicare.

Tuttavia, al di là dei falsi miti del mercato e della concorrenza⁴⁶,

⁴³ Per una breve analisi del tema, si rinvia al Paragrafo successivo.

⁴⁴ Una società, infatti, non può non essere impresa, soprattutto ove si consideri che il *professionista* è colui che esercita *professionalmente* un’attività economica (dunque, in modo non certo occasionale) e, pertanto, costituendosi in società, diviene imprenditore collettivo.

⁴⁵ COTTINO, *Introduzione*, in *L’avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d’impresa: una crisi di identità?*, cit., p. 1763.

⁴⁶ In questi termini, DE TILLA, *L’avvocatura fattore di modernizzazione della società*, in *La Previdenza forense*, 4/1999, p. 3. Secondo l’Autore, non è possibile che, per malintese esigenze del mercato, i professionisti perdano la propria identità. Il valore che essi rappresentano va, infatti, salvaguardato e può assimilarsi ad un prisma esagonale rappresentato dalla natura intellettuale della prestazione, dal rapporto fiduciario

occorre muoversi in una prospettiva che tenga presente tanto la posizione "interstiziale" delle professioni giuridiche⁴⁷, quanto il rilievo costituzionale della professione forense (l'art. 24 Cost. e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo definiscono il diritto alla difesa come diritto inviolabile), in ragione del quale l'avvocato costituisce strumento di attuazione dei principi costituzionalmente protetti che nessuna norma (neppure di tipo comunitario) può in alcun modo pregiudicare⁴⁸.

Pare, quindi, possibile distinguere tra attività a carattere effettivamente imprenditoriali e attività che costituiscono invece l'esercizio di funzioni tipicamente pubblicistiche o socialmente rilevanti, così da permettere la coesistenza dei due diversi profili. In questo modo, anche l'attività di fissazione delle tariffe forensi parrebbe collocarsi nell'ambito di queste funzioni di carattere pubblicistico, restando così estranea al contesto disciplinato ai sensi dell'art. 85 del Trattato C.E.. A sostegno della tesi prospettata va considerato che il Consiglio Nazionale Forense è un organo di diritto pubblico⁴⁹. Lo prova il fatto che le funzioni dallo stesso svolte, quali la tenuta degli Albi, la predisposizione delle regole deontologiche e, non ultima, la partecipazione al procedimento di determinazione delle tariffe professionali. Quest'ultimo profilo concreta un'essenziale funzione pubblica, stabilita per legge, per la tutela degli interessi generali della collettività⁵⁰.

La situazione che si prospetta non sembra, dunque, in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza, posto che – nel caso specifico degli avvocati – la normativa italiana non delega a sog-

con l'utente, dall'elevato grado di affidabilità, dalla tenuta etica dei comportamenti, dal prestigio del ruolo sociale ed infine dagli influssi pubblicistici della funzione.

⁴⁷ PARSONS, *A Sociologist Looks at the Legal Profession*, in T. PARSONS, *Sociological Essays*, New York, 1954.

⁴⁸ Questo tipo di impostazione è stato, peraltro, criticato da una parte della dottrina italiana. Si veda, in proposito, ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *L'avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d'impresa: una crisi di identità?*, cit., p. 1765.

⁴⁹ Il C.N.F. è composto da membri che, pur essendo eletti in seno agli Ordini distrettuali, sono proclamati dal Ministero di Grazia e Giustizia, ed il loro incarico ha carattere onorario, trovandosi gli stessi in posizione di autonomia e indipendenza rispetto alla categoria.

⁵⁰ Si noti, inoltre, che ulteriore fondamento normativo delle tariffe forensi è la previsione (R.D. n. 1578/1933, art. 12) secondo cui gli avvocati "debbono adempiere al loro ministero con dignità e decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia".

getti privati la responsabilità di adottare decisioni di intervento in materia economica e, dunque, non parrebbe violare le norme di concorrenza da applicarsi alle imprese. A ciò si aggiunga che il processo decisionale che conduce alla fissazione delle tariffe forensi si svolge interamente nell'ambito dell'Amministrazione dello Stato, e l'intervento del Consiglio Nazionale Forense, che delibera uno schema di regolamento⁵¹, è soltanto una delle componenti che portano all'adozione del provvedimento finale, attraverso un decreto del Ministro di Grazia e Giustizia⁵² che tiene conto del parere obbligatorio di organi di rango costituzionale quali il C.I.P. (cui è demandata una valutazione dell'impatto sull'economia) e il Consiglio di Stato (cui spetta il controllo di conformità alla legge), soggetto alla registrazione da parte della Corte dei Conti ed alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

All'interno del procedimento, così come delineato, risulta preponderante l'aspetto attinente la tutela dell'interesse pubblico (con particolare riferimento alla politica reddituale e fiscale) rispetto a quello specificamente economico-imprenditoriale⁵³. Pertanto, se manca la decisione di una associazione di imprese (non potendo il C.N.F. essere considerato tale) e se lo Stato interviene attraverso suoi organi nella omologazione e deliberazione delle proposte, sembra potersi affermare che le tariffe forensi debbano ritenersi sottratte ad ogni tipo di sindacato di tipo concorrenziale⁵⁴. Poiché la regolamentazione di prezzi e

⁵¹ Cui non è riconosciuto neppure il valore formale di "proposta", dovendo essere fatto proprio dal Ministero di Grazia e Giustizia, unico interlocutore formale nelle fasi successive del procedimento.

⁵² Ai sensi dell'art. 57, u.c., R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578.

⁵³ In tal senso, SCASELLATI SFORZOLINI, *Compatibilità delle tariffe forensi con il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rassegna Forense*, 1999, pp. 757 ss.. Per un diverso orientamento, cfr. MARIANI MARINI, *Il progetto di riforma dell'ordinamento forense*, in *Rassegna Forense*, 1998, pp. 733 ss.. Si veda, inoltre, ANGELETTI, *Relazione, in L'avvocatura tra funzione pubblica, corporazione e attività d'impresa: una crisi di identità?*, in *Giur. It.*, Ago./Set. 1999, p. 1764. L'Autore attribuisce scarsa rilevanza al fatto che la determinazione del C.N.F. sia espressione di un potere regolamentare che ripete la sua disciplina da leggi speciali (così come sancito da Cassazione civile, Sez. II, 1° luglio 1996 n. 5962, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, p. 932), che la deliberazione del C.N.F. sia approvata con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia, e che il regolamento contenente la tariffa sia suscettibile di ricorso per l'annullamento davanti alla giurisdizione amministrativa.

⁵⁴ Si veda l'orientamento di parte della dottrina già diversi anni fa. In particolar modo, SCASELLATI SFORZOLINI, *L'indagine conoscitiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rassegna Forense*, 1994, pp. 193 ss..

tariffe da parte di uno Stato non è di per sé un comportamento vietato, ma costituisce in linea generale una delle misure adottabili al fine di garantire un ordinato sviluppo del mercato, deve ritenersi che tale regolamentazione non risulta in contrasto con la libertà di iniziativa economica, ma costituisca al contrario una limitazione giustificata da fini di interesse generale⁵⁵.

È stato, peraltro, rilevato che la tutela della qualità del servizio dovrebbe essere perseguita con strumenti diversi dalle tariffe minime inderogabili, tant'è vero – si sostiene, appunto⁵⁶ – che, a conforto di questa impostazione, anche oltre oceano la giurisprudenza (si cita, per tutte, la sentenza *Goldfarb v. Virginia State Bar*⁵⁷) si è già pronunciata in modo inequivoco. Il richiamo meriterebbe un'analisi molto più approfondita ed estesa, soprattutto in considerazione del fatto che, se da un lato è vero che la Corte Suprema americana ha stabilito l'illegalità delle "minimum fee schedules", considerate quali ingiustificate limitazioni al libero mercato, dall'altro è altrettanto vero che esiste negli Stati Uniti una vasta normativa, tanto statale quanto federale, che prevede limitazioni (anche di un certo rilievo) in materia di compensi dovuti per l'espletamento di attività legali⁵⁸. Ogni violazione di tali regole dà luogo ad una condotta illecita.

⁵⁵ Sul punto, assume un certo rilievo la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*, in *Racc.*, 1993-5801 ed in *Foro it.*, 1994, IV, p. 458, con cui è stata esaminata una procedura di determinazione tariffaria in tutto analoga a quella che caratterizza le tariffe forensi. La Corte ha concluso che gli esperti membri delle Commissioni tariffarie non possono essere considerati come rappresentanti di organizzazioni professionali, essendo l'intervento del Ministro diretto ad evitare una concorrenza sleale tra i servizi, armonizzando le prestazioni e i prezzi relativi: in tal modo, il potere pubblico non ha delegato le proprie competenze in materia di determinazione delle tariffe ad operatori economici privati, per cui non si può parlare di una decisione presa da un'associazione di imprese.

Si veda, in proposito, NASCIBENE, *Tariffe professionali e norme sulla concorrenza fra giudice comunitario e giudice nazionale*, in *Corriere giuridico*, 1997, pp. 482 ss.; ROBERTI, TIZZANO, *Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 310-311.

⁵⁶ Vedi MILITELLO, *Antitrust e professioni liberali*, in *Rassegna forense*, 1997, 3, p. 762.

⁵⁷ 421 U.S. 773, 787 (1975).

⁵⁸ Tra queste, esistono numerose normative statali contenenti esplicite limitazioni dei compensi dovuti al legale in materia di controversie relative a compensi di lavoro. Inoltre, un certo numero di stati ha predisposto limiti sulle percentuali che gli avvocati possono pattuire in caso di *contingent fee agreement*; altre norme prevedono co-

Il raffronto con modelli comunemente ritenuti molto diversi dal nostro, come quello statunitense, deve partire dalla considerazione del diverso ruolo che storicamente l'avvocato ha svolto – e svolge – in quel tipo di società e dei principi fondamentali che regolano il rapporto tra avvocato e cliente. Va poi rilevato che, quando si fa riferimento al sistema americano quale esempio di totale liberalizzazione delle tariffe forensi nel nome della libera concorrenza tra professionisti, anche nel sistema statunitense esistono regole dirette a tutelare la parte “*contrattualmente più debole*” attraverso alcune limitazioni al potere degli avvocati di stabilire liberamente il prezzo delle proprie prestazioni. Tuttavia, la fissazione di regole dirette a disciplinare il rapporto avvocato-cliente sotto il profilo del compenso assume, nel sistema statunitense, una connotazione più complessa, un carattere più squisitamente processuale, in una prospettiva che tende – ben al di là della tutela del contraente debole – a creare un raccordo “*tra una corretta definizione del compenso spettante al difensore e l'attuazione di criteri di buona difesa in giudizio*”⁵⁹.

Tra le norme di riferimento, particolare rilevanza deve riconoscersi alla Rule 1.5 (a) delle *Model Rules of Professional Conduct*, secondo cui il “*fee*” che dovrà essere corrisposto al difensore “*shall be reasonable*”. Anche l'*A.B.A. Model Code of Professional Responsibility* prevedeva che l'avvocato non potesse porre a carico del cliente “*more than a reasonable fee*” (EC 2-17), sancendo altresì che una violazione disciplinare potesse individuarsi soltanto quando il legale avesse posto a carico del cliente “*a clearly excessive fee*”: cioè il “*fee*” in ordine al quale un avvocato di ordinaria diligenza possa ritenere in modo sufficientemente certo l'eccessività rispetto al compenso ragionevole (DR 2-106 (A), (B)). Ecco, dunque, il paradosso: mentre negli Stati Uniti si è registrata, nel corso degli ultimi venti anni, una tendenza a creare una disciplina dell'attività legale, ponendo delle regole dirtte a delimitare il potere degli avvocati (per il perseguimento di un modello di giustizia ancora più efficiente), in Italia si tenta di attuare una frettolosa “*deregulation*”, senza minimamente preoccuparsi di recuperare alla professione forense una centralità nell'ambito del processo.

munque un importo massimo che l'applicazione della percentuale non può superare nelle controversie in materia di lesioni.

⁵⁹ A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, p. 36.

Tornando al nostro ordinamento, occorre rammentare che le tariffe forensi non hanno carattere obbligatorio né vincolante, in quanto la primaria fonte di determinazione del compenso dell'avvocato è individuabile nella libera determinazione delle parti; Solo in assenza di tale accordo, e dunque in via del tutto sussidiaria, trovano applicazione le tariffe (art. 2233 c.c.). Quanto al fatto che i minimi tariffari siano inderogabili, va precisato che detti minimi, oltre a poter essere ridotti su conforme parere del Consiglio dell'Ordine, sono fissati ad un livello talmente basso da avere effetti pressoché nulli sulla concorrenza tra professionisti. Ciò lascia fondatamente ritenere che la valutazione di proporzionalità tra l'(eventuale) effetto distorsivo della concorrenza e l'interesse pubblico che si intende salvaguardare non possa che condurre alla conclusione già ipotizzata.

La questione delle tariffe forensi è solo un aspetto del problema; proprio il riferimento all'accordo delle parti quale primaria fonte di disciplina del rapporto (anche economico) tra avvocato e cliente fornisce ulteriori spunti di riflessione sotto il profilo comparatistico. Nel sistema in cui maggiormente si è sviluppata una visione *imprenditoriale* dell'avvocato, tale fenomeno si è potuto verificare soprattutto in ragione di due grandi cambiamenti verso forme più o meno complesse di imprenditorialità: la previsione dei cosiddetti "*contingent fee agreements*" e la possibilità, per gli avvocati, di pubblicizzare i propri servizi legali⁶⁰.

Al contrario di quanto accade in Italia, dove il "*patto di quota lite*" è espressamente vietato dal Codice civile, quale forma di partecipazione ("*champerty*")⁶¹, negli Stati Uniti la possibilità che l'avvocato e il proprio cliente si accordino sulla base di tale "partecipazione" agli utili della causa è ammessa, anche se con qualche riserva. Semplificando al massimo, si può dire che i "*legal fees*" possono essere sostanzialmente di tre tipi: un prezzo fisso ("*fixed charge*"), un compenso ad ore ("*hourly charge*"), ovvero un "*contingent fee*", attraverso la

⁶⁰ In proposito, solo per citare alcuni esempi: ABEL, LEWIS (eds.), *Lawyers and Society: Comparative Theories*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1989; OLSON, *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed The Lawsuit*, Truman Talley Books/Plume, New York, 1992.

⁶¹ In proposito: DE STEFANO, *Patto di quota lite*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXII, p. 521; NOBILE, *Cenni in tema di patto di quota lite e autonomia sindacale*, in *Dir. giur.*, 1984, p. 1021; CARBONE, *Patto di quota lite: eccezionalità ed ambito soggettivo di un divieto*, in *Giur. It.*, 1984, I, 2, p. 677.

cui pattuizione l'avvocato riceve una percentuale (di regola, fissa) sul recuperato e non riceve nulla ove la controversia abbia esito negativo⁶². Proprio sulla base di questa previsione, si ritiene che l'accordo di "contingent fee" permetta a soggetti non abbienti di accedere al servizio giustizia per tutelare i propri interessi.

Si tratta di un atteggiamento marcatamente "entrepreneurial", attraverso il quale si delinea in modo netto una figura professionale decisamente calata in un mercato disciplinato dalle regole della concorrenza. Tutto ciò dovrebbe indurre a riflettere sulla opportunità, a livello europeo, di operare scelte coerenti. Sembra, infatti, davvero poco lungimirante classificare il professionista nel novero delle attività imprenditoriali e, al contempo, privarlo di quelli che per l'impresa sono gli strumenti vitali, svuotando la nuova figura professionale di ogni contenuto. Che senso ha, infatti, da un lato portare avanti l'equazione avvocato (professionista in genere) = imprenditore, e riconsiderare complessivamente la materia delle professioni in una società nella quale mercato e concorrenza dovranno costituire i valori dominanti; e dall'altro negare agli avvocati italiani (ed europei, in genere) la possibilità di utilizzare tutti gli strumenti necessari a perseguire un elevato livello di imprenditorialità?

Più coerente sarebbe, allora, riconoscere che esistono professioni – e quella legale è tra queste – per le quali non è neppure immaginabile un'applicazione indiscriminata delle regole e dei principi del mercato, nella consapevolezza che la logica del profitto – pur costituendo il criterio di base dei soggetti che operano sul mercato – non coincide con l'etica professionale e neppure con la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, poiché la professione forense non è soltanto una delle libere professioni; l'avvocato è un soggetto attivo e determinante della giustizia e del suo funzionamento: porta i valori della libertà individuale in conflitto con altre libertà individuali o con gli interessi dello Stato, e non difende solo un cliente in un rapporto mercantile.

⁶² Da anni si assiste alla stipula di accordi che combinano elementi propri dei modelli-base cui si è fatto cenno. Si è parlato, in simili ipotesi, di "creative fee agreements". Così, ad esempio, un "minimum fee" potrebbe essere previsto all'interno di un diverso "contingency fee agreement". È abbastanza facile notare che, a discapito dell'interesse del cliente, il legale che operi in regime di "contingent fee" trova beneficio nel rendere la risoluzione della controversia più spedita, mentre un avvocato pagato ad ore potrebbe trarre vantaggio dal protrarre la vertenza nel tempo.

GIURISPRUDENZA SAMMARINESE

1

TRIBUNALE COMMISSARIALE REPUBBLICA DI SAN MARINO – Appellazione penale – Ord. 27 gennaio 1997 – Gualtieri (Giud. ed Est.), Sini Cicchetti (app.).

Sequestro penale-finalità-funzione preventiva -sussistenza-limiti – Sequestro penale-presupposti – gravi indizi di reato-necessità – periculum in mora-necessità

Sebbene il codice di procedura penale sammarinese consenta espressamente il sequestro penale solo ai fini probatori o di confisca, deve ammettersi la possibilità di fare ricorso alla misura in funzione preventiva in via del tutto eccezionale e limitata ai soli casi in cui sia necessario fronteggiare condotte delittuose gravemente lesive di interessi collettivi, atteso che un'applicazione più ampia andrebbe inevitabilmente a confliggere con la presunzione di non colpevolezza.(1)

È altresì pacifico che l'apprensione coattiva possa cadere solo su beni materiali e che suoi presupposti essenziali siano la sussistenza di gravi indizi di reità a carico di taluno (anche al momento ignoto) ed il pericolo nel ritardo. Il “fumus delicti” ricorre quando risultino sufficienti elementi di attendibilità e di fondatezza-seppur prima facie – del diritto da tutelare, ossia del crimine pur in via di accertamento, ed il “periculum in mora” si realizza se risulti una situazione di rischio per l'efficace conseguimento dello scopo, rischio altrimenti non adeguatamente scongiurabile.(2)

Il Giudice delle appellazioni penali Prof. Piero Gualtieri ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento penale n. 659 dell'anno 1996, sul reclamo proposto da Mara Sini Cicchetti in data 23 agosto 1996 avverso il decreto 2

agosto 1996 con il quale il Commissario della Legge ha convalidato il sequestro di un libro antico effettuato dal Corpo della Gendarmeria con verbale in pari data.

Il 2 agosto 1996 la cittadina italiana Mara Sini Cicchetti si presentava presso la Biblioteca di Stato, chiedendo di valutare il libro intitolato "Dell'origine et Governo della Repubblica di San Marino di Matteo Valli", edito a Padova da Giulio Crivellari nel 1633: la Direttrice dott. Elisabetta Righi esternava alla Brigata San Marino della Gendarmeria il dubbio che il volume potesse essere quello sottratto da ignoti, come da denuncia 4 maggio 1992, e i militari, effettuato un confronto con la copia fotostatica esistente presso l'Ufficio, procedevano al suo sequestro onde sottoporlo ad analisi approfondite ed accertare se si trattasse dell'opera oggetto di furto.

Con decreto reso lo stesso 2 agosto 1996, il Commissario della Legge convalidava la misura, rilevando che il bene risultava, allo stato, essere corpo di reato o comunque necessario per assicurarne la prova.

Mara Sini Cicchetti ha proposto reclamo avverso tale provvedimento, deducendone la illegittimità.

A suo parere manca, infatti, qualsiasi riferimento a fattispecie incriminatrici e, comunque, difetta ogni indizio di reità a suo carico, attese le caratteristiche del libro, tali da escludere che sia quello sottratto alla Biblioteca: il sequestro, inoltre, viene definito "cautelativo" dalla polizia giudiziaria, mentre il magistrato richiama solo esigenze probatorie.

Il Giudice delle appellazioni osserva che, secondo la dottrina prevalente, il sequestro penale ha la tipica finalità di acquisire al processo le prove necessarie per l'accertamento dell'esistenza del reato e quella del tutto eventuale e secondaria di assicurare la confisca delle cose che ne sono passibili (cfr. AMODIO, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della coercizione reale nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1072; DALIA, *Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione di confisca*, in *AA. VV.*, *Disfunzioni del processo e difesa della società*, Milano, 1983, p. 172; DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, Padova, 1953, p. 181; FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 572; PAOLOZZI, *Il sequestro penale*, Padova 1984, p. 16 seg.; cfr. in proposito, gli artt. 126, 127 e 182, comma primo, del Progetto del nuovo codice di procedura penale sammarinese).

È, altresì, pacifico che l'apprensione coattiva possa cadere solo su

beni materiali e che suoi presupposti essenziali siano la sussistenza di gravi indizi di reità a carico di taluno (anche al momento ignoto) e il pericolo nel ritardo (cfr. Giud. app. Nobili, ord. 5 febbraio 1996, proc. pen. n. 103/1996, imp. Pelliccioni, secondo cui il *fumus delicti* ricorre quando risultino sufficienti elementi di attendibilità e di fondatezza – seppur *prima facie* – del diritto da tutelare, ossia del crimine pur in via di accertamento, e il *periculum in mora* si realizza se risulti una situazione di rischio per l'efficace conseguimento dello scopo, rischio altrimenti non adeguatamente scongiurabile: nella decisione si precisa, altresì, richiamando precedenti conformi che l'adozione del sequestro non è subordinata ad una vera e propria prova del reato e tanto meno, di responsabilità dell'individuo (solo per le misure cautelari personali l'ordinamento richiede più robuste condizioni), essendo sufficiente la ricorrenza di elementi, conoscitivi che conducano, in concreto, ad una non meramente ipotetica o eventuale prospettazione di illiceità penale).

Va, ancora, condiviso l'assunto che l'acquisizione coattiva di prove mediante la perquisizione e il sequestro possa essere disposta anche presso terzi non sottoposti a indagini, i quali quand'anche incolpevoli soggiacciono a *servitutes justitiae*, ove i beni siano pertinenti ad investigazioni o imputazioni gravanti su altri (Giud. app. Nobili, ord. 15 luglio 1993, rog. n. 355/1993).

Si è, inoltre, andata sviluppando nell'ordinamento italiano una elaborazione giurisprudenziale che fra "prassi devianti e prassi promozionali" (l'espressione è di AMODIO, *op. cit.*, p. 1072) ha attribuito all'istituto in esame anche una funzione preventiva (volta ad impedire la reiterazione della condotta illecita e fondata sulla previsione dell'art. 219 c.p.p. ora abrogato, che imponeva alla polizia giudiziaria di evitare che il reato fosse portato a conseguenze ulteriori), la quale ha trovato l'avallo della Corte costituzionale (sentenza 25 marzo 1972, n. 82, in *Giur. cost.*, 1973, p. 788) e riconoscimento del nuovo codice di procedura penale (artt. 321 seg. 5; si veda, nello stesso senso, anche l'art. 182, secondo comma, del Progetto del nuovo codice di procedura penale sammarinese, nonché in generale BALDUCCI, *Il sequestro preventivo*, Milano, 1991).

L'attuale codice di procedura penale sammarinese consente espressamente il sequestro penale solo ai fini probatori o di confisca (cfr. gli artt. 20, 44, 51, 59, 60, 62 seg., 68 e 78 c.p.p. e 147 c.p.), mentre tace in ordine alla sua utilizzazione per impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori.

Elementi per dedurre la possibilità di far ricorso altra misura in funzione preventiva sono peraltro ravvisabili nell'art. 2 della legge 12 novembre 1987, n.131, portante il Regolamento del Corpo della Gendarmeria (ove si precisa che il Corpo stesso è istituito per "provvedere alla *prevenzione* e repressione dei reati, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità ed alla tutela della proprietà") e nell'art. 93 della legge 19 luglio 1995, n. 87 (nel quale si prevede il sequestro di impianti e merci "*anche* per scopi probatori") (partendo da quest'ultima disposizione, Giud. app. Nobili, ord. 5 febbraio 1996, proc. pen. n. 103/1996, imp. Pelliccioni, osserva che in via generale "l'ordinamento non ignora una terza categoria di sequestro – oltre a quello probatorio e a quello con scopi di garanzia patrimoniale – ovvero sequestri a fini di prevenzione. Tuttavia li limita al c.d. corpo del reato. Fissa, così, una restrittiva connessione con la confisca (la quale integra una caratteristica misura penale finale, per l'appunto volta a prevenire il crimine"; per una nozione parzialmente diversa dalla confisca, considerata istituto sostanzialmente civilistico, volto alla espropriazione di determinati beni, ma anche con connotazioni penalistiche, di prevenzione (se riferita alle cose che servono o furono destinate a commettere il reato) e di repressione (allorquando concerne il prezzo, il prodotto e il profitto del reato) o, insieme, di prevenzione e repressione (riguardo ai beni relativamente o assolutamente criminosi), cfr. Giud. app. Gualtieri, ord. 8 novembre 1995, proc. pen. n. 1465/90, imp. Sicari).

Questo Giudice, tuttavia, in coerenza con gli enunciati principi generali, ritiene che l'eventuale adozione di un sequestro preventivo debba essere del tutto eccezionale e limitata ai soli casi in cui sia necessario fronteggiare condotte delittuose gravemente lesive di interessi collettivi, poiché un'applicazione più ampia andrebbe inevitabilmente a confliggere con la presunzione di non colpevolezza (cfr. in termini Giud. app. pen. Gualtieri 25 ottobre 1993, proc. pen. n. 771/1993, imp. Forcellini; Giud. app. pen. Gualtieri 23 settembre 1993, proc. pen. n. 38/1992, imp. Stefanelli; Giud. app. Gualtieri 18 settembre 1992, proc. pen. n. 641/1992, imp. Berti).

Tanto premesso in diritto, il Giudice delle impugnazioni rileva come il gravame sia infondato.

Nel caso in esame sussistono indizi tali da far ritenere che il libro sequestrato sia quello sottratto nel maggio del 1992 alla Biblioteca di Stato: e il reato per il quale si procede è, allo stato, il furto (ma potrebbe essere prospettabile anche la ricettazione).

La misura adottata (al di là delle imprecisioni terminologiche) ha senza dubbio finalità probatorie, essendo dichiaratamente diretta a sottoporre il volume ad analisi più approfondite per accertare se trattasi del libro trafugato alla Biblioteca di Stato” (cfr. il verbale di sequestro 2 agosto 1996).

Ricorre, altresì, il *periculum in mora*, poiché la mancata apprensione del bene non avrebbe permesso l'esecuzione di tali accertamenti.

La convalida è quindi, e parimenti, del tutto legittima.

P.Q.M.

rigetta il reclamo proposto da Mara Sini Cicchetti avverso il decreto di convalida di sequestro emesso dal Commissario della Legge il 2 agosto 1996.

San Marino, li 27 gen. 1997

Il Giudice delle appellazioni penali
Prof. Piero Gualtieri

Depositata in Cancelleria 27 gen. 1997

Il Cancelliere

(1) Non vi è dubbio che il sequestro penale possa avere anche una funzione preventiva così come stabilito dalla legge stessa (Regolamento del Corpo della Gendarmeria, art. 2 legge 12 novembre 1987, e dall'art. 93 della legge 19 luglio 1995 n. 87 e come ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza (v. Giud. app. pen. Gualtieri 25 ottobre 1993, proc. pen. 771/1993, Forcellini; Giud. app. pen. Gualtieri 23 settembre 1993, Stefanelli, pp. 38/1992; Giud. app. pen., Nobili ord. 28 giugno 1995, Barducci, pp. 480/1995; Giud. app. pen., Nobili ord. 5 febbraio 1996 proc. pen. 103/1996, Pelliccioni). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'attuale codice di procedura penale contempla tre tipi di sequestro: penale (art.253), preventivo (art. 321) e conservativo (art. 316). Il primo è un mezzo di ricerca della prova, mentre gli altri due sono misure cautelari reali. Il codice abrogato, non prevedeva il sequestro preventivo, figura nuova, emersa dalla bivalenza del vecchio sequestro penale esperibile anche a fine non istruttorio per impedire conseguenze ulteriori del reato (cfr. Cordero, Procedura penale, Giuffrè, Terza edizione 1995 p. 525 e seg.). Sotto l'impero del codice previgente, si è andata sviluppando una elaborazione giurisprudenziale che ha attribuito al sequestro penale anche una funzione preventiva (fondata sulla previsione dell'art. 219 c.p.p. ora abrogato, che imponeva alla polizia giudiziaria di evitare che il reato fosse portato a conseguenze ulteriori), la quale ha trovato dapprima l'avallo della Corte costituzionale (sentenza 25 marzo 1972, n. 82, in Giur. cost., 1973, p. 788) e successivamente riconoscimento del nuovo codice (artt. 321 seg. si veda nello stesso senso, anche l'art. 182, secondo comma, del Progetto del nuovo codice di procedura penale sammarinese).

(2) La massima fa propri principi già affermati dalla giurisprudenza, secondo la quale ai fini dell'adozione del sequestro tuttavia non è necessaria una vera e propria prova del reato e tanto meno di responsabilità dell'individuo essendo sufficiente la ricorrenza di elementi conoscitivi che conducano, in concreto, ad una non meramente ipotetica o eventuale prospettazione di illiceità penale. (cfr. Giud. app. Nobili, ord. 5 febbraio 1996, proc. pen. 103/1996, Pelliccioni). Venendo all'ordinamento italiano, per quanto attiene al sequestro penale il codice non indica i presupposti di applicabilità che la giurisprudenza ravvisa nell'astratta configurabilità del reato (*fumus boni iuris*) e nella necessità di procedere all'accertamento della commissione di un reato ovvero nel fondato timore-di fronte ad un comportamento antiggiuridico in atto-che un ritardo nell'assoggettamento di determinate cose al vincolo di indisponibilità costituisca un impedimento al buon esito del processo (cfr. Cass. pen., sez. I, 26 febbraio 1991, Rapisarda; Cass. pen., sez. III, 9 aprile 1992, Gerace). In tema di sequestro preventivo l'art. 321 c.p.p. individua soltanto il *periculum in mora*, mentre non fa nessun accenno ai "gravi indizi", ma deve ritenersi requisito implicito nell'idea della "cosa pertinente al reato". (cfr. CORDERO, op. cit. p. 326 e Cass. pen., sez. fer., 6 agosto 1992, LIOTTI in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, 539, n. Fiore; Cass. pen., sez. III, 9 giugno 1992, Chiodega).

LAURA CARNEROLI

TRIBUNALE COMMISSARIALE REPUBBLICA DI SAN MARINO – Appellazione penale – Ord. 2 agosto 1996 – Gualtieri (Giud. ed Est.), Morandi (app.).

Prescrizione del reato – Ferie giudiziarie – Sospensione termini processuali – Sospensione prescrizione – Violazione diritto di difesa – Insussistenza – Questione di legittimità costituzionale – Manifesta infondatezza

Prescrizione del reato – Sospensione – Procedimenti penali pendenti – Applicazione retroattiva – Artt. 29 e 32 L. 55/94 – Artt. 29 e 32 L. 55/94 – Questione di legittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza

La prescrizione è un modo generale di estinzione dei rapporti giuridici civili e penali fondato sulla inerzia del soggetto attivo del rapporto e il termine non decorre allorquando tale soggetto si trovi nell'impossibilità di agire. Ne consegue che la previsione degli artt. 29 e 32 L. 55/94 è conforme alla L. 59/74 poiché l'inerzia degli organi dello stato durante il periodo delle ferie giudiziarie non è volontaria ma imposta dalla legge. È pertanto manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 29, ultimo comma, e 32 ultima parte della L. 55/94 relativa alla violazione del diritto di difesa per contrasto con l'art. 15, 2° comma, L. 59/74.

Non è manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 29, ultimo comma, e 32 ultima parte della L. 55/94 relativa alla violazione del principio di irretroattività della legge penale sostanziale in caso di applicazione della sospensione della prescrizione – durante la sospensione dei termini processuali per le ferie giudiziarie – anche a tutti i procedimenti pendenti per contrasto con l'art. 15, 4° comma, della L. 59/79.

Il Giudice delle appellazioni Penali prof. Piero Gualtieri ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento penale n. 152 dell'anno 1995

CONTRO

MORANDI Maurizio, nato a Viadana (Mantova) il 15 ottobre 1946 residente a San Marino, Via Taddeo Zuccari n. 18 - Serravalle – quale legale rappresentante della S.a. CO.FRASS., ora denominata Pharmaland s.a., con sede in Borgo Maggiore, Via dei Casetti n. 21-25-27 –

IMPUTATO

del reato previsto e punito dall'art. 248 del codice penale, in relazione all'art. 242 dello stesso codice, per aver messo in circolazione sostanze medicinali pericolose per la salute pubblica. In concreto:

1. perché metteva in circolazione i prodotti denominati Homeo-Polis Rodophyta, Homeo-Polis Cyanophyta, Homeo-Polis Clorophyta e Homeo-Polis Crysophyta destinati alla assunzione per via aerosolica i quali dalle analisi di laboratorio sono risultati tutti contaminanti, potendo, in particolari circostanze, risultare dannosi alla salute dei pazienti.

2. perché metteva in circolazione il prodotto denominato Homeo-Polis Rodophyta Plus e Homeo Polis Clorophyta omettendo di evidenziare sulla confezione o in fogli allegati, la potenziale dannosità del prodotto se somministrato in modo inappropriato, in particolare se assunto per via parenterale. Agli stessi destinatari di tali prodotti venivano consegnati dalla società Co.ffrass determinati opuscoli alcuni dei quali rinvenuti presso la sede della società, ove appariva relativamente alle modalità di assunzione dei suddetti prodotti, la dicitura "IM" che convenzionalmente indica l'assunzione del prodotto per via intramuscolo, nonostante tale forma di somministrazione, in caso di prodotto omeopatico, sia particolarmente dannosa per la salute – e dunque idonea a cagionare un nocumento.

Fatto occorso in San Marino il 26 aprile 1993.

APPELLANTE

avverso la sentenza pronunciata dal Commissario della Legge in data 26 aprile 1996, con la quale è stato riconosciuto responsabile del reato a lui ascritto e condannato alla pena di prigionia per mesi sei ed al pagamento delle spese del procedimento, con la confisca della merce in sequestro ed i benefici della sospensione condizionale della pena

per anni due e della non menzione della condanna nei certificati del Casellario.

Maurizio Morandi ha interposto appello avverso la sentenza pronunciata dal Commissario della Legge il 26 aprile 1996, con la quale è stato riconosciuto colpevole del reato a lui ascritto e condannato alla pena di prigionia per mesi sei, con la confisca dei prodotti in sequestro e i benefici della sospensione condizionale e della non menzione.

Attivata la fase del contraddittorio cartolare, il Procuratore del Fisco ha concluso chiedendo la conferma della impugnata decisione, mentre il difensore dell'imputato (al quale è stato concesso per il deposito della propria memoria un termine di venti giorni decorrente dal 26 giugno 1996 e in scadenza, quindi, nel periodo feriale) ha sollevato eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 32 della legge 17 giugno 1994, n. 55, nella parte in cui prevede che la sospensione della prescrizione del reato si applichi a tutti i procedimenti penali iscritti a ruolo dopo il 1 settembre 1994 e "con effetto sul loro prosieguo, a quelli che a tale data sono pendenti": a suo avviso, tale disposizione contrasta con gli artt. 15, secondo e penultimo capoverso, della legge 8 luglio 1974, n. 59, poiché vanifica e stravolge il diritto di difesa e viola il principio di irretroattività della legge penale sostanziale.

Con decreto in data 1 luglio 1996 il Commissario della Legge ha ordinato la notificazione dell'istanza al Procuratore del Fisco e al Segretario di Stato per gli Affari Interni, assegnando venti giorni per il deposito di memorie, e ha dichiarato sospesi il giudizio e il termine di prescrizione del reato e disposto la prosecuzione della procedura anche durante il periodo di ferie giudiziarie.

Secondo il Procuratore del Fisco l'eccezione è manifestamente infondata, in quanto le norme impuginate non hanno introdotto nell'ordinamento alcuna limitazione del diritto di difesa, né aggravamenti di sanzioni o nuove fattispecie incriminatrici, e non incidono sull'applicazione della pena: in ogni caso sarebbe possibile una loro interpretazione (attuata nella sentenza *Giudice delle Appellazioni Penali Prof. Massimo Nobili il 28 maggio 1996 nel procedimento penale n. 551 dell'anno 1993 contro Bozzola Franco e altro*) nel senso che esse si riferiscono solo alla disciplina processuale delle ferie giudiziarie, con esclusione di ogni effetto di diritto penale sostanziale, e dunque senza violazione delle regole dettate dagli artt. 3 c.p. e 15 legge n. 59 del 1974.

Nella memoria depositata il 19 luglio 1996, il difensore dell'imputato precisa il contenuto delle censure, ponendo in risalto che, secon-

do consolidati orientamenti dottrinari e giurisprudenziali la prescrizione ha natura sostanziale e non tollera quindi applicazioni retroattive, specie considerando il riferimento alle "pene che possono essere irrogate solo in base a norme non retroattive" contenuto nel quarto comma dell'art. 15 citato.

Un prolungamento dei termini di questa causa estintiva del reato configgerebbe, altresì con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata con Decreto reggenziale 9 marzo 1989, n. 22, il quale vuole realizzare e garantire anche attraverso l'istituto in esame la durata ragionevole del processo penale, come diritto soggettivo perfetto dell'imputato.

Sussisterebbe, altresì, la violazione del diritto di difesa, in quanto le nuove disposizioni metterebbero nel nulla le strategie dirette a pervenire proprio al maturarsi della prescrizione.

L'avv. Marino Nicolini osserva, infine, che le applicazioni giurisprudenziali, anche se autorevoli, non sono idonee a risolvere i problemi sollevati, sui quali dovrà pronunciarsi l'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale, preposto dalla legge a questa funzione.

Con decreto in data 22 luglio 1996 il Commissario della Legge ha correttamente ordinato la trasmissione degli atti al Giudice delle appellazioni penali per il giudizio di ammissibilità previsto dal secondo comma dell'art. 3 della legge 19 gennaio 1939, n. 4: la fase destinata al c.d. contraddittorio cartolare (deposito delle memorie) costituisce infatti una sorta di attività integrativa rispetto alla proposizione dei motivi di appello, per cui residua in essa una competenza meramente esecutiva e di impulso del Giudice di primo grado (pur già spogliatosi dell'azione penale con la pronuncia della sentenza) relativamente alla direzione della fase medesima, in virtù del rinvio agli artt. 157, 158 e 159 operato dall'art. 197, primo comma, c.p.p. restando invece assegnato esclusivamente al Giudice delle appellazioni il potere di decidere ogni questione eventualmente insorta e il merito della causa (cfr., in termini, Giud. app. pen. Nobili ord. 20 maggio 1996, imp. De Biagi, proc. pen. n. 1257/88, Giud. app. pen. Nobili ord. 22 giugno 1993, imp. Campodall'Orto, proc. pen. n. 871/87) senza controlli anticipati o generalizzati sull'attività dei giudici inquirente e decidente, salvo nei casi tassativamente indicati dalla legge (Giud. app. pen. Nobili, ord. 20 maggio 1996, cit.; Giud. app. pen. Gualtieri, ord. 13 settembre 1994, imp. Pasqualini, proc. pen. n. 543/94).

Ciò posto, in ordine alle sollevate eccezioni va preliminarmente osservato che la prima e assorbente valutazione che il giudice è chiama-

to ad effettuare è quella stabilita dal secondo comma dell'art. 3 della legge 19 gennaio 1989, n. 4 e cioè se la questione dedotta sia rilevante ai fini della decisione (cfr. Giud. app. Nobili, ord. 22 giugno 1993, cit. e altri, secondo cui la norma richiamata va interpretata nel senso di ricomprendere "anche ed in primis un giudizio di rilevanza", vale a dire che deve trattarsi "di norma da applicare in quella fase e momento "dell'iter procedurale" e, nell'ambito di un giudizio incidentale, "sarebbe addirittura privo di senso che potessero essere sollevate eccezioni su norme non applicabili, o comunque non rilevanti, o non attualmente rilevanti, nell'ambito di quel procedimento rispetto al quale la questione deve per l'appunto risultare attualmente "incidente" (e non soltanto ipotetica, futura, eventuale)" nonché, in successione logica, se sia o meno manifestamente infondata o semplicemente dilatoria.

La disposizione in esame, invero, non subordina in alcun modo tali decisive valutazioni alla preventiva notificazione dell'istanza (rimessa addirittura alla iniziativa del ricorrente) nè al deposito delle memorie delle altre parti, per cui l'emanando provvedimento del Giudice in materia è da intendersi completamente svincolato dagli adempimenti citati: tanto vero che l'istanza medesima produce gli effetti cui è diretta (sospensione del giudizio e trasmissione degli atti del procedimento all'Ufficio Segreteria Istituzionale del Consiglio Grande e Generale) solo quando viene "accettata" (cioè valutata ammissibile, nel senso sopra precisato).

D'altro canto, la contraria soluzione andrebbe a ledere i principi di speditezza ed economicità dei giudizi (anch'essi garantiti dall'art. 15 terzo comma, della legge 59/1974) imponendo inutilmente il dilatarsi dei tempi processuali e maggiori spese: e non sarebbe comunque, accettabile far dipendere la definizione del giudizio dall'esecuzione, in una procedura incidentale, di atti di parte, che potrebbero essere pretestuosamente moltiplicati o (come le notificazioni o il deposito di memorie) addirittura mancare o essere scientemente ritardati, al fine di ottenere, ad esempio, il maturare della prescrizione o la scarcerazione di detenuti, anche quando le eccezioni siano palesemente inammissibili.

Al riguardo va rammentato che l'esperto nominato dal Consiglio Grande e Generale relativamente ad una questione concernente il procedimento civile n. 10 dell'anno 1988, nel redigere il parere, fatto proprio dallo stesso Ecc.mo Consiglio nella deliberazione n. 10 adottata il 13 marzo 1990 ha testualmente osservato: "La verifica di legittimità di una legge (o di un atto avente forza di legge) deve essere

sempre richiesta dal giudice in via incidentale in sede di applicazione giurisdizionale della legge stessa, sia *ex officio* sia su istanza di parte. Ciò comporta il potere-dovere del giudice di procedere ad un primo esame circa la fondatezza o meno dell'istanza. Egli non può assumere un ruolo esclusivamente passivo, limitandosi a trasmettere – come è avvenuto nelle fattispecie ora portate all'esame del consulente – le istanze stesse al Consiglio Grande e Generale, ma deve respingere, motivando quelle manifestamente infondate. Per quelle che ritenga, *re perpensa*, non manifestamente infondate, deve, invece, formulare espressamente motivi ed argomentazioni idonei giustificare ed a suffragare la propria richiesta di controllo da parte del Consiglio Grande e Generale.

Ciò non solo per il rispetto dovuto al procedimento formativo dell'eccezione di illegittimità sancito dalla legge, ma, anche, per evitare l'increscioso e deprecabile diffondersi di prassi dilatorie (le *moratoriae exceptiones* del diritto comune) estremamente nocive al buon andamento dell'*ordo iudiciorum*.

Né, così argomentando è ipotizzabile una violazione del diritto di difesa, poiché il ricorrente ha modo di esporre nella istanza le ragioni poste a suo fondamento, e la notificazione e il deposito di memorie appaiono rispondere al principale scopo di mettere gli altri interessati in condizione di replicare alle argomentazioni avversarie e contrastare così un ritardato evolvere del processo: ove questo risultato venga raggiunto con la declaratoria di inammissibilità della eccezione, le memorie stesse possono mancare, senza il verificarsi di alcun pregiudizio.

Insomma e conclusivamente, la legge non impone alcun obbligo del Giudice di attendere la scadenza del termine di venti giorni previsto dal primo comma dell'art. 3 cit. per valutare la manifesta infondatezza o la dilatorietà della istanza: il pieno contraddittorio dovrà, dunque, essere assicurato solo se la questione viene "accettata", e unicamente in questa ipotesi si dovrà attendere il decorso del predetto termine di venti giorni correnti prima di trasmettere il fascicolo all' Ecc.mo Consiglio Grande e Generale.

Alla stregua delle considerazioni ora svolte, il Commissario della Legge non avrebbe quindi dovuto dichiarare la sospensione del procedimento penale né della prescrizione, riservata al Giudice delle Appellazioni Penali, unico organo competente a decidere sulla "accettazione dell'istanza".

Tanto puntualizzato in rito, la questione appare rilevante.

Dalle contestazioni in atti il reato risulta commesso il 26 aprile

1993 ed è soggetto al termine di prescrizione di tre anni ai sensi del combinato disposto degli artt. 54 e 57 del codice penale, prorogato di tre mesi a norma degli artt. 56 stesso codice, e 3, ultimo comma, della legge 11 dicembre 1974, n. 86, portante le *Norme di attuazione del codice penale* [data di accettazione dell'incarico peritale 29 aprile 1993, data di deposito dell'elaborato 12 gennaio 1996, pari a mesi uno e giorni quindici nella fase dell'inquisizione: data di accettazione dell'incarico (presunta) 14 novembre 1995, data di deposito dell'elaborato 12 gennaio 1996, pari a mesi uno e giorni ventotto, nella fase dibattimentale, e così in totale mesi tre e giorni tredici].

Se non fosse applicabile il periodo di sospensione di mesi quattro (riferito agli anni 1995 e 1996) previsto dagli artt. 29, ultimo comma, e 32 della legge 17 giugno 1994, n. 55, il tempo necessario al maturare della prescrizione sarebbe già scaduto il 26 luglio 1996.

L'eccezione è altresì, non manifestamente infondata, nei limiti appresso specificati.

È infatti, da escludere qualsivoglia violazione dell' art. 15, secondo comma, della legge 8 luglio 1974, n. 59, poiché la normativa in esame non lede in alcun modo il diritto di difesa, e mira, al contrario, a rafforzarlo, consentendo agli esercenti la professione forense di ritemprare il fisico e la mente, senza porre condizionamenti di sorta alle attività di assistenza, intervento e raccolta delle prove o diminuire la garanzia del contraddittorio (sul contenuto del diritto di difesa, sia consentito di rinviare a GUALTIERI, *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma*, in *Dir. pen. e processo*, 1996, p. 494 seg.)

I dubbi rimangono quindi circoscritti alla possibile violazione dell'art. 15, quarto comma, legge 59, ove com'è noto, è sancito il divieto di irrogare pene in base a norme retroattive.

Secondo gli Autori del diritto comune (cfr. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, ed. Venezia 1841, ad Lib. XLIV, tit. III, art. I) "varie sono nel Gius le Prescrizioni dalle quali pel lasso di un certo tempo definito dalla Legge le azioni sono escluse, o i diritti estinti e perciò chiamate temporali. Fra le altre la principale è quella che chiamasi DI LUNGO TEMPO; della quale abbiamo parlato sopra, lib. 4, tit. *de Usucapion*. Se ne incontrano però qua e là nel Gius in numero quasi infinito; alcune delle quali DI SEI MESI, come nell' azione Redibitoria; alcune DELL'ANNO UTILE, come nella maggior parte delle azioni penali, p.e. nell'azione *vi bonorum raptorum*; alcune si compiono col QUINQUENNIO come nella querela d'inofficioso; altre nel BIENNIO o nel TRIENNIO, o finalmente in maggiore o minore spa-

zio di tempo, anzi anche di pochi giorni... I. Quando la prescrizione è di TEMPO CONTINUO, il tempo di essa decorre continuamente dal momento in cui si ha potuto cominciare ad agire; e da quel tempo non si deducono i giorni ne' quali taluno non potè agire; per altro, non decorre prima che si abbia cominciato a poter agire. Così ha luogo quando la Legge ha predefinito all'azione un tempo entro il quale l'attore possa sperimentare. Quando poi dalla stessa convenzione è stabilito il tempo oltre il quale il fideiussore non può più essere convenuto; la Prescrizione di questo tempo decorre subito dal momento in cui il promissore era pronto a sostener l'azione, benché non avesse potuto ancora agire, anzi benché non vi fosse ancora persona che potesse agire. Di questo caso intendasi ciò che scrive Giavoleno: Se uno schiavo ereditario, o di quello ch'è in poter de' nemici, ha ricevuto soddisfazione. E di vero dobbiamo esaminare se si aveva o no la facoltà di sperimentare l'azione in confronto di quello ch'è obbligato; non già se abbia o no potuto agire colui che assunse l'obbligazione. Altrimenti sarebbe cosa ingiustissima il voler secondo la condizione degli attori estendere le obbligazioni dei rei, i quali nulla hanno fatto per impedire che si agisca contro di loro. E certamente soffre qualche danno l'attore contro il quale corre la Prescrizione, mentre non può ancora agire; ma soffrirebbe un danno di gran lunga maggiore il reo il quale sarebbe obbligato più a lungo di quanto egli deve. Ma ogniqualvolta nulla si può investigare senza danno, bisogna scegliere ciò che ha in sé meno d'ingiustizia. II. Ora siccome la Prescrizione è di GIORNI UTILI, così que' soli giorni si computano, ne' quali l'attore aveva facoltà di sperimentare l'azione. E giacché frequentemente si tratta di giorni utili, vediamo cosa sia AVER FACOLTÀ DI SPERIMENTARE. E in primo luogo si deve esigere che vi sia facoltà di agire. Non basta che il reo dia facoltà di sperimentare l'azione contro di lui; né basta che vi sia persona idonea che lo difenda: ma è uopo altresì che l'attore da veruna causa idonea non sia impedito di sperimentare. Laonde, se è preso dai nemici, se è assente per pubblica causa, se è in ceppi, o se è trattenuto in qualche luogo o in qualche situazione dal tempo burrascoso, di maniera che non possa agire né mandare, egli non ha facoltà di sperimentare. Certamente quegli ch'è impedito da malattia, ma può mandare, è alla condizione di avere facoltà di sperimentare. Niuno poi potrà dire che abbia facoltà di esperire quegli che non potè avere la presenza del Pretore. Laonde decorrono que' giorni ne' quali il Pretore rende ragione" (si vedano anche Comm. Legge Ramoino, sent. 20 giugno 1932, causa n. 184/1931, ricca di ri-

chiami dottrinari, in *Giur. samm.*, 1911-1936, p. 63 seg., e sent. 25 luglio 1934, causa n. 169/1933, *ibidem*, p. 64; Comm. Legge Viroli 13 ottobre 1986, causa n. 262/1935, *ivi*, 1981-1990, p.1158).

Il principio di fondo è dunque che la prescrizione è un modo generale di estinzione dei rapporti giuridici civili e fondato sulla inerzia del soggetto attivo del rapporto e che il termine non decorre allorché tale soggetto si trovi nell'impossibilità di agire.

La dottrina penalistica moderna è concorde nel ritenere questo istituto una causa estintiva del reato per decorso del tempo in difetto della pronuncia di una sentenza irrevocabile, che fa apparire inutile ed inopportuno l'esercizio della funzione repressiva, poiché le esigenze di prevenzione si affievoliscono fino a spegnersi e con esse anche l'interesse dello Stato ad accertare il reato (cfr. il fondamentale studio di MOLARI, *Prescrizione del reato e dalla pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 679 seg.; vedi anche più recentemente PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1995, e PISA, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 78 seg., nonché, per la manualistica, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1994, p. 708 seg.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, p. 742 seg.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992, p. 328 seg.).

Attesa l'affinità degli istituti, utili spunti possono essere tratti dagli orientamenti interpretativi e legislativi italiani in materia, come *lex loci viciniore*, che appaiono inclini a ritenere la natura sostanziale della prescrizione, con conseguente applicabilità ad essa dei principi di retroattività della disposizione più favorevole e di irretroattività della norma sopravvenuta deteriore, da valutare tuttavia in concreto e non in astratto (cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 99 seg.; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 74 seg.; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 122 seg.; MOLARI, *op. cit.*, p. 680; PANAGIA, *op. cit.*, p. 660; PISA, *op. cit.*, p. 79; Cass. 12 febbraio 1979, Lentini in *Giust. pen.* 1981, II c. 461; Cass. sez. un. (6 Ottobre 1979, Lanceni, in *Giur. it.*, 1980, II, c. 193 seg. con nota di V. ZAGREBELSKY, *Prescrizione dell'omicidio colposo aggravato in presenza di circostanze attenuanti ed ultrattività della norma abrogata più favorevole*; Cass. 8 maggio 1984, Marcucci, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 424; *contra* vedi però CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano 1969, p. 122, incline a negare che nella *ratio* della irretroattività in materia penale rientri la sua operatività in materia di prescrizione).

L'art. 33 della legge 11 dicembre 1974, n. 86, portante le *Norme*

di attuazione al codice penale, prevede, in armonia con gli indicati prevalenti indirizzi, l'applicazione delle disposizioni più favorevoli fra vecchio e nuovo codice penale in tema di prescrizione.

Appare inoltre degna di citazione l'opinione espressa da Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114 (in *Giust. pen.*, 1994, I, c. 255), ove si dichiara inammissibile in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva in *malam partem*, la questione volta ad introdurre una nuova ipotesi di sospensione della prescrizione per i casi in cui il dibattimento non possa essere celebrato per la mancata partecipazione del difensore dell'imputato, dipendente dall'astensione dalle udienze deliberata dalla categoria professionale, pur con la sollecitazione al Parlamento di intervenire al fine di regolamentare la situazione (definita del tutto patologica).

Va, però, anche sottolineata la propensione del legislatore (già resa concreta nella Repubblica dal ricordato art. 3 della legge 11 dicembre 1974, n. 86, e dall' art. 56 del codice penale, e in Italia dalle ipotesi speciali disciplinate dall'art. 16 della legge 22 maggio 1975, n.152 al d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989, n. 154, dal d.l. 16 marzo 1991, n. 83, convertito nella legge 15 maggio 1991, n. 154, e dal d.p.r. 20 gennaio 1992, n. 23, nonché dalle modifiche all'art. 159 c.p. attuata con gli artt. 1 della legge 5 ottobre 1991, n. 320, e 15 della legge 8 agosto 1995, n. 332) a sospendere il corso della prescrizione allorquando circostanze particolari impediscano la prosecuzione del processo.

In proposito, si è osservato che il fondamento dell'istituto della sospensione della prescrizione poggia sul mancato esercizio dell'azione penale per un certo periodo di tempo, stabilito in relazione alla natura ed alla gravità del reato; il suo corso deve quindi "essere logicamente sospeso nel caso e per il tempo in cui l'esercizio dell'azione penale non sia possibile per un ostacolo posto dalla stessa legge; in altre parole, se la prescrizione ha l'effetto di elidere la possibilità di far valere la pretesa punitiva dello Stato contro l'autore di un determinato reato, è logico che essa può operare se ed in quanto la pretesa punitiva possa essere esercitata e durante tutto il periodo in cui tale esercizio sia possibile; ne consegue che, ove sorgano delle cause che ostacolino il corso ed anzi lo stesso esercizio dell'azione, e quindi del conseguente procedimento penale, il decorso del termine si deve arrestare fino a quando la causa anzidetta non sia rimossa" (così Cass., sez. III, 18 giugno 1971, Malavasi, in *Giur. it.*, Rep. 1972, voce *Prescrizione penale*, n.1).

E si è ancora autorevolmente affermato che "l'applicazione delle disposizioni penali più favorevoli al reo può subire limitazioni o deroghe, sancite non senza una qualche razionale giustificazione da parte del legislatore ordinario" (così Corte cost. 20 maggio 1980, n.74, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1825, in cui vengono richiamati i numerosi precedenti conformi).

D'altro canto, la valutazione della legittimità di uno *ius novum* peggiorativo deve essere effettuata con riferimento alla intera disciplina introdotta, avendo riguardo al complesso degli interessi tutelati.

In effetti, nessuna censura è mai stata mossa in Italia alle leggi in materia tributaria e urbanistica, che, attraverso la sospensione dei procedimenti penali pendenti, hanno differito i termini di prescrizione di reati anteriormente commessi, per un tempo corrispondente ai periodi di presentazione di domande di sanatoria o condono, anche al fine di beneficiare dell'amnistia (si vedano il d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989, n. 154 (art. 21, settimo comma), d.p.r. 12 aprile 1990, n. 75 (art. 2, terzo comma), legge 15 maggio 1991, n. 154 (art. 1, secondo comma), d.p.r. 20 gennaio 1992, n. 23 (art. 2, terzo e quarto comma) e i successivi provvedimenti di proroga, da ultimo il d.l. 23 gennaio 1993, n. 16, convertito nella legge 24 marzo 1993, n. 75; quanto alla pacifica giurisprudenza sul punto, cfr. per tutte recentemente Cass. 5 maggio 1994, Maffei, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 3075; Cass. 11 novembre 1993, n. 2270, in *Il fisco*, 1994, p. 3685; Cass. 13 novembre 1992, n. 11722, *ivi*, 1993, p. 2444: relativamente al settore dell'urbanistica, vedi gli artt. 22 e 44 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, e 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, nonché Corte cost. 31 marzo 1998, n. 370, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1333; Cass. sez. un. 1 ottobre 1991, Mapelli, *ivi*, 1992, p. 928).

Le esposte considerazioni hanno indotto questo Giudice a ritenere conforme alla legge 8 luglio 1974, n. 59, la previsione degli artt. 29 e 32 della legge 17 giugno 1994, n. 55, poiché, appunto, l'inerzia degli organi dello Stato nei giudizi penali non è volontaria, ma imposta dalla legge, e la posizione giuridica complessiva dell'imputato non pare mutare in peggio: nel caso in discussione si verifica, infatti, una sorta di congelamento della situazione, che trova la sua giustificazione nell'esigenza di assicurare ai difensori il diritto di godere delle ferie, tutelato dall'art. 9 della stessa legge 8 luglio 1974 n. 59. E la stasi processuale viene equilibrata con un corrispondente aumento dei tempi di prescrizione, per soddisfare l'altro interesse costituzionalmente garantito di assicurare la economicità dei processi (art. 15, secondo comma,

legge n. 59/1974), onde evitare la vanificazione dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria e il conseguente sperpero di danaro pubblico e quello generale di preservare la pace sociale, attraverso la repressione delle condotte illecite. Il tutto, senza alcuna lesione del principio della durata "ragionevole" dei procedimenti fissato dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Né sembra ammissibile una scissione fra sospensione dei termini processuali e sospensione della prescrizione, come ritenuto invece nei diversi indirizzi giurisprudenziali, nei quali si è affermata la riferibilità dell'art. 32 della legge n. 55 alle sole disposizioni di natura meramente procedurale contenute nell'art. 29 e non a quella del suo quarto comma, in quanto, avendo la prescrizione natura sostanziale, l'applicabilità della sua sospensione a fatti anteriormente commessi violerebbe l'art. 15, quarto comma, della più volte citata *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* (cfr. Giud. app. Nobili, sentenza 28 maggio 1996, imp. Bozzola e altro, proc. pen. n. 551/1993 e 12 febbraio 1996, imp. Pauselli e altro, proc. pen. n. 388/1994).

Senza nulla togliere all'acutezza diretta all'evidente tentativo di "salvare" la disposizione, queste conclusioni non sono condivisibili.

La formulazione delle norme è tale da non lasciar dubbi in ordine alla loro efficacia sui processi pendenti ("I termini di prescrizione del reato rimangono comunque sempre sospesi durante le ferie giudiziarie" – art. 29, ultimo comma –; "Le disposizioni contenute nel titolo II... si applicano a tutti i processi penali iscritti a repertorio dopo tale data e, con effetto sul loro prosieguo, a quelli che a tale data sono pendenti" – art. 32) e alla strettissima correlazione tra ferie giudiziarie e sospensione della prescrizione.

Non appare, dunque, consentito disattendere la lettera della legge e operare la sopra ricordata distinzione, che porterebbe ad avvantaggiare unilateralmente solo l'imputato, e, come si è accennato e per converso, alla rinuncia dello Stato all'accertamento delle responsabilità, con inutile dispendio di energie umane e di fondi.

Se le scelte normative siano considerate irragionevoli o confliggenti con i principi fissati dalla legge n. 59, ai sensi dell'art. 16 secondo comma, della medesima legge, deve essere richiesto l'intervento del Consiglio Grande e Generale.

E poiché le argomentazioni svolte nelle appena citate sentenze del Giudice delle appellazioni penali, raffrontate al diverso orientamento pure rappresentato, rendono dubbia e controversa l'applicazione delle

norme in esame, appare necessario che sulla loro legittimità si esprima il Supremo organo legislativo della Repubblica.

Questo Giudice ritiene inoltre di sottoporre alla verifica dell'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale altre questioni.

La prima riguarda il rango della legge 8 luglio 1974, n. 59, e quindi il suo grado di resistenza rispetto a leggi successive approvate con maggioranza superiore a due terzi dei componenti del Consiglio, che introducano istituti contrastanti con i principi in essa fissati: ciò al fine di stabilire se il combinato disposto degli artt. 29 e 32 della legge n. 55/1994 possa, ove deliberato con il predetto *quorum*, essere considerato modificativo dell'art. 15, quarto comma, della legge n. 59/1974. E sul punto è opinione di questo Giudice che tali eventuali modifiche, per essere efficaci, debbano contenere la espressa menzione della volontà del legislatore di operare una revisione delle disposizioni emanate nella Dichiarazione dei diritti (art. 16, primo comma).

Il secondo problema concerne la mancata previsione nell'art. 56 del codice penale, fra le cause di sospensione della prescrizione, delle questioni pregiudiziali civili costituzionali: il testo normativo cita, infatti, soltanto "tutto il periodo necessario a definire il giudizio penale o amministrativo su una questione pregiudiziale all'accertamento del reato" e gli "altri casi stabiliti dalla legge". E l'art. 3 ultimo comma, della legge 19 gennaio 1989, n. 4, stabilisce che, con l'accettazione dell'istanza, "il giudizio resta sospeso", ma nulla dispone espressamente in ordine alla prescrizione, che, quindi, dovrebbe continuare a decorrere.

Questa regolamentazione appare irragionevole e confliggente con il principio di uguaglianza stabilito nell'art. 4 primo comma, della legge 8 luglio 1974 n. 59 (sulla irragionevolezza delle scelte legislative in relazione al Principio di uguaglianza, vedi FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 22 seg.; PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 304 seg.).

La risoluzione del problema è rilevante ai fini della decisione, atteso che la prescrizione potrebbe non risultare sospesa per il tempo occorrente per la verifica della legittimità delle disposizioni da parte del Consiglio Grande e Generale.

La terza questione è relativa alla mancata previsione del diritto dell'imputato a rinunciare alla prescrizione, non consentita dall'attuale formulazione penale, che impone la declaratoria della causa estintiva del reato, salvo risulti già accertato che il fatto non sussiste che l'im-

putato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato, ed impedisce qualsivoglia ulteriore attività di acquisizione di prove.

In proposito si verifica la contrapposizione fra due interessi costituzionalmente rilevanti: da un lato, quello generale dello Stato a non perseguire reati in ordine ai quali il lungo tempo decorso ha fatto cessare l'allarme sociale e spesso reso difficile l'acquisizione delle fonti di prova (art. 15, secondo comma, legge n. 59/1974); dall'altro, quello dell'imputato ad ottenere una sentenza che riconosca la sua mancanza di responsabilità e faccia così venir meno i noti effetti negativi che si riverberano su chi sia sottoposto a procedimento penale, ivi comprese le eventuali menomazioni alla piena integrità dell'onore e della reputazione (art. 15, commi primo, secondo e ultimo, legge n. 59/1974).

Orbene, avuto riguardo al fatto che il maturare della prescrizione non sfugge a valutazioni discrezionali dell'autorità giudiziaria (si pensi all'applicazione delle circostanze di aggravamento e di attenuazione e al loro concorso e comparazione - artt. 54, ultimo comma, e 92 c.p.) e comunque non dipende dall'imputato (ben potendo essere eventuali suoi comportamenti dilatori frustrati da opportuni interventi), sembrerebbe corretto dare la prevalenza al diritto dello stesso convenuto di difendersi provando (cfr. anche l'art. 6, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e di vedere tutelata la propria presunzione di non colpevolezza.

Il legislatore, nel disciplinare l'istituto sostanziale della Prescrizione, avrebbe dovuto tener conto del carattere inviolabile di tali diritti, intesi come diritto al giudizio e alla prova, ragion per cui sembra privo di ragionevolezza rispetto ad una situazione processuale improntata a discrezionalità, che quell'interesse a non più perseguire (sorto a causa di circostanze eterogenee e comunque non dominabili dalle parti) debba prevalere su quello dell'imputato, con la conseguenza di privarlo di un diritto fondamentale (cfr. in termini Corte cost. 31 maggio 1990, n. 275, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2078, con nota sostanzialmente critica di A. PISANI, *Reirement in tema di prescrizione*).

Alla stregua di questi rilievi, l'art. 59 del codice penale potrebbe essere illegittimo nella parte in cui non prevede che l'imputato possa rinunciare alla prescrizione

P.Q.M.

il Giudice delle appellazioni penali dichiara non manifestamente infondata la istanza di verifica della legittimità degli artt. 29, ultimo comma, e 32, ultima parte, della legge 17 giugno 1994, n. 55, avanzata dal

difensore di Maurizio Morandi, in riferimento all'art. 15, quarto comma, della legge 8 luglio 1979, n. 59, e propone a sua volta di ufficio, per le ragioni sopra esposte, istanza di verifica della legittimità: a) dei medesimi artt. 29, ultimo comma, e 32, ultima parte della legge 17 giugno 1994, n. 55, in riferimento all'art. 16, primo comma, della legge 8 luglio 1974, n. 59; b) dell'art. 56 del codice penale, in riferimento all'art. 4, primo comma, della legge 8 luglio 1974, n. 59; c) dell'art. 59 del codice penale, in riferimento all'art. 15, primo, secondo e quinto comma, della legge 8 luglio 1974, n. 59;

dichiara

sospeso il giudizio e

ordina

la trasmissione degli atti del procedimento all'Ufficio Segreteria Istituzionale del Consiglio Grande e Generale,

dispone

che il presente provvedimento sia notificato al difensore dell'imputato, al Procuratore del Fisco e al Segretario di Stato per gli Affari Interni, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, concedendo termine di venti giorni per presentare memorie e deduzioni ed eventuale integrazione di quelle già depositate e in merito alle questioni sollevate di ufficio, e ritenuta l'urgenza della procedura, ordina, altresì, che essa prosegua anche durante il periodo di ferie giudiziarie.

San Marino, li 2 ago. 1996

Il Giudice delle appellazioni Penali
Prof. Piero Gualtieri

Depositata in Cancelleria il 2 ago. 1996

Il Cancelliere

(1) Si tratta di una tesi che risale agli Autori del diritto comune (cfr. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, ed. Venezia 1841, ad Lib. XLIV, tit. III, art. I) e che è condivisa dalla dottrina penalistica moderna (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1994, p. 708 seg.; FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1995, p. 742 seg.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1992, p. 828 seg.). Per quanto riguarda il diritto di difesa la massima non solo esclude che la normativa in esame possa comportarne una violazione, ma al contrario ritiene che ne esce rafforzato dal momento che essa consente agli esercenti la professione forense di ritemperare il fisico e la mente, senza porre condizionamenti di sorta alle attività di assistenza, intervento e raccolta delle prove o diminuire la garanzia del contraddittorio (sul contenuto del diritto di difesa, cfr. GUALTIERI, *Registro delle notizie di reato: i problemi del dopo riforma*, in *Dir. Pen. e processo*,

1996, p. 494 seg.). Venendo all'ordinamento italiano, nel periodo feriale opera la sospensione dei termini processuali ma non la sospensione della prescrizione la quale resta sospesa solo in casi tassativi previsti dall'art. 159 C.P.

(2) Il tenore letterale delle citate norme è tale da non lasciare dubbio sull'applicazione dell'art. 32 della L. 55/94 – che dispone la sospensione della prescrizione durante il periodo delle ferie giudiziarie – anche ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della predetta legge. Tuttavia sussistono dubbi in ordine alla violazione dell'art. 15 4° comma, L. 59/74 che sancisce il divieto di irrogare pene in base a norme retroattive. La massima si rifà ad orientamenti dottrinali e giurisprudenziali italiani che ritengono la natura sostanziale della prescrizione con conseguente applicabilità ad essa dei principi di retroattività della disposizione più favorevole e di irretroattività della norma sopravvenuta deteriore (cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 99 seg., FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 74 seg., MANTOVANI, *op. cit.*, p. 122 seg., MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 680 seg.; PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, pag. 660, Torino, 1995; *contra* vedi però CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 122, incline a negare che nella *ratio* della irretroattività in materia penale rientri la sua operatività. In materia di prescrizione in giurisprudenza cfr. Cass. 12 febbraio 1979, Lentini, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 461; Cass. sez. un. 6 ottobre 1979, Lanceni, in *Giur. it.*, 1980, II, c. 193 seg. con nota V. ZAGREBELSKY, *Prescrizione dell'omicidio colposo aggravato in presenza di circostanze attenuanti ed ultrattività della norma abrogata più favorevole*; Cass. 8 maggio 1984, Marcucci, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 424).

LAURA CARNEROLI

ISBN 88-3480730-8