

Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile

di Elisabetta Lamarque

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2007)

1. Le questioni sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri per violazione della riserva allo Stato dell'ordinamento civile nei confronti della legge della Regione Toscana sulle discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere erano varie. Prima di passare ad illustrarle, posso anticipare che le soluzioni concrete fornite dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento si prestano ad essere condivise in linea di massima dalla maggior parte degli autori che fino ad oggi si sono impegnati nel definire il possibile contenuto della materia¹.

Tuttavia, anche in questa pronuncia, come nelle moltissime precedenti, la Corte mostra di non avere (ancora) operato la tanto attesa scelta di fondo in favore di una delle possibili concezioni dell'ordinamento civile, mantenendo ancora irrisolta l'ambiguità circa l'estensione e la stessa natura della materia. Procedere ad una simile scelta, naturalmente, sarebbe stato particolarmente necessario e direi determinante in casi più problematici di quelli risolti dalla sentenza che si annota, ma avrebbe potuto essere utile anche in vista della risoluzione delle singole questioni qui prospettate perché, perlomeno, avrebbe influito sul tenore della motivazione della sentenza e di conseguenza avrebbe contribuito alla razionalizzazione di una giurisprudenza costituzionale ormai alluvionale, della quale risulta davvero difficile individuare una precisa linea di sviluppo. Ed è su quest'ultimo punto che proverò a svolgere una brevissima riflessione, cercando di non ripetere quanto già scritto nei miei precedenti contributi sul tema, ai quali faccio integralmente rinvio².

2. Le norme regionali denunciate come invasive della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile sulle quali la Corte si è pronunciata nel merito erano le seguenti:

¹ Le diverse letture date dalla dottrina alla materia sono elencate e sinteticamente richiamate nel mio *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, 262 ss., al quale rinvio per ogni riferimento bibliografico. Agli scritti ivi indicati si possono ora aggiungere i contributi di C. CHIOLA, *Regioni e ordinamento civile: materia o limite?*, in www.federalismi.it, n. 22/2006; V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, 377 ss.; A. ROCCELLA, *Governo del territorio. Rapporti con la tutela dei beni culturali e l'ordinamento civile*, in questa *Rivista*, 2005, 1256 ss.; A.M. BENEDETTI, "Ordinamento civile" e "tutela e sicurezza del lavoro": un (apparente) scontro tra materie?, *ivi*, 1268 ss.; ID., *Ordinamento civile e competenza legislativa delle regioni*, in *Foro it.*, 2005, I, 2960 ss.; I. PELLIZZONE, *La "concorrenza di competenze" ovvero la formazione professionale tra ordinamento civile e competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 2005, 3375 ss.; C.E. GALLO, *Regioni e ordinamento civile (a proposito dell'Ordine mauriziano)*, *ivi*, 2006, 1569 ss.. Sulla legge regionale toscana oggetto della sentenza che si annota si veda ancora A.M. BENEDETTI, *Diritto privato regionale (toscano). Ordinamento civile e sindacato di legittimità costituzionale: è possibile una sentenza interpretativa di rigetto?*, in www.federalismi.it, n. 19/2005, il quale, pur ritenendo molto difficile che la disposizione in materia di consenso informato potesse superare il vaglio di costituzionalità – come in effetti non ha poi superato – prova a proporla, ma dichiarandosene non del tutto convinto, un'ardita interpretazione adeguatrice.

² Gli ultimi due miei contributi sul tema sono richiamati alle note 1 e 4.

a) le previsioni, poste nel capo II, sezione I, della legge regionale (“Disposizioni in materia di formazione professionale e politiche del lavoro”), che assicurano che “la Regione e le province garantiscono opportune misure di accompagnamento anche al fine di assicurare percorsi di formazione e di riqualificazione alle persone che risultino discriminate o esposte al rischio di esclusione sociale per motivi derivanti dall’orientamento sessuale o dalla identità di genere” e che, “in coerenza con le strategie dell’Unione europea per lo sviluppo delle risorse umane, la Regione e le province favoriscono l’accrescimento della cultura professionale correlata all’acquisizione positiva dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere di ciascuno”;

b) la disposizione contenuta nel capo III della legge regionale (“Disposizioni in materia di sanità e assistenza”) secondo cui “ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l’interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l’urgenza e indifferibilità della decisione”, e le collegate previsioni che demandavano ad un apposito regolamento regionale la disciplina delle modalità per rendere tale dichiarazione di volontà, indicando i criteri a cui il regolamento avrebbe dovuto attenersi;

c) la disposizione, prevista nel medesimo Capo, ai cui sensi “la richiesta di un trattamento sanitario, che abbia ad oggetto la modificazione dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere per persona maggiore degli anni diciotto, deve provenire personalmente dall’interessato, il quale deve preventivamente ricevere un’adeguata informazione in ordine allo scopo e natura dell’intervento, alle sue conseguenze ed ai suoi rischi”;

d) l’ulteriore previsione, contenuta nel capo V della legge (“Disposizioni in materia di attività culturali, turistiche e commerciali”), secondo cui “gli esercenti di pubblici esercizi non possono rifiutare le loro prestazioni, né erogarle a condizioni deteriori rispetto a quelle praticate alla generalità degli utenti senza un legittimo motivo e in particolare, fra l’altro, per motivi riconducibili all’orientamento sessuale o all’identità di genere”, con la correlata imposizione di una sanzione amministrativa per il caso di contravvenzione al divieto.

Ebbene. Secondo la Corte costituzionale solo le disposizioni *sub a)* non violano la riserva allo Stato dell’ordinamento civile ricadendo, al contrario di quanto sostenuto dal Presidente del Consiglio, nella materia dell’istruzione e della formazione professionale, di competenza residuale delle Regioni.

Tutte le altre previsioni sono invece dichiarate incostituzionali perché eccedenti la competenza regionale.

Le argomentazioni portate dalla Corte a sostegno dell’incostituzionalità si possono ridurre alle seguenti: le disposizioni impugnate rientrano nell’ordinamento civile perché incidono, quanto a *b)*, sull’“istituto della rappresentanza”; quanto a *c)*, sulla “materia” “degli atti di disposizione del proprio corpo”; quanto a *d)*, “sull’autonomia negoziale dei privati” prevedendo, “in sostanza, un’ipotesi di obbligo legale a contrarre”.

Se tutto questo non è ordinamento civile, ci si potrebbe chiedere, cosa altro mai potrebbe esserlo?

3. La relativa facilità con cui le disposizioni dichiarate incostituzionali dall’odierna sentenza possono essere fatte rientrare nell’ordinamento civile, qualunque ne sia la nozione – ampia o restrittiva – che si voglia abbracciare, non elimina ovviamente la necessità di individuare quale fosse il criterio interpretativo di quella formula costituzionale seguito nel caso di specie dal giudice delle leggi. Tanto più che nella giurisprudenza costituzionale posteriore alla riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione convivono orientamenti interpretativi diversi, destinati a prevalere o a soccombere nelle singole decisioni in modo apparentemente casuale, ma in realtà in modo variabile in relazione

all'intensità degli interessi unitari minacciati dalle legislazioni regionali, o tutelati dalle norme statali, che di volta in volta vengono in considerazione.

Se si guarda alle decisioni costituzionali più significative sul nostro argomento, le concezioni dell'ordinamento civile accolte dalla Corte sembrano essere sostanzialmente due, anche se non mancano numerosi esempi di varianti al loro interno.

Secondo un primo orientamento, l'ordinamento civile si configura come un titolo di legittimazione trasversale all'intervento dello Stato, potenzialmente idoneo ad attrarre alla legge statale la disciplina dei profili civilistici di rapporti giuridici che per i restanti profili ricadono in un settore materiale di spettanza regionale concorrente o residuale.

Si tratta di un orientamento che si pone in perfetta linea di continuità con la giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale. Negli ultimi trent'anni, infatti, la Corte aveva progressivamente preso le distanze dalla scelta di massima chiusura operata all'avvio delle Regioni ordinarie, nel clima di sospetto e di timore che circondava la nascita del nuovo ente, con la notissima sentenza n. 154 del 1972, nella quale il diritto privato era stato qualificato come una "materia" vera e propria e quindi ritenuto totalmente precluso alle Regioni in quanto assente dall'elenco delle materie regionali di cui al vecchio art. 117 della Costituzione; ed era così giunta ad affermare, nell'altrettanto nota sentenza Mengoni n. 391 del 1989, che il limite del diritto privato implica che "le Regioni non hanno il potere di modificare la disciplina dei diritti soggettivi per quanto riguarda i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'inadempimento delle obbligazioni e della responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale ecc."

Ma in che cosa poi concretamente consistevano quei "profili civilistici" preclusi alle Regioni? Secondo la ricostruzione del limite del diritto privato che a me è sembrata meglio rispondente alle soluzioni concrete di volta in volta offerte dalla giurisprudenza costituzionale, che nel silenzio del testo costituzionale originario di quel limite era unica artefice, si può dire che prima della riforma costituzionale dovessero ritenersi sottratte alle Regioni tutte quelle previsioni che, pur ricadenti nei settori materiali di competenza regionale, *non* fossero specificamente volte a regolare l'organizzazione o l'attività di una pubblica amministrazione.

Se così è, le decisioni posteriori alla riforma costituzionale che si pongono in linea di continuità con il passato sono sia quelle che ricollegano l'appartenenza delle norme all'ordinamento civile al carattere privatistico dei soggetti a cui sono rivolte (soprattutto le sentenze n. 300 e 301 del 2003, in tema di fondazioni di origine bancaria, ma anche la sentenza n. 282 del 2004, in tema di consorzi di bonifica) o che, specularmente, non ritengono violata la riserva statale se le norme regionali denunciate sono indirizzate a società a capitale pubblico assimilabili ad un ente pubblico (sentenza n. 29 del 2006); sia, in modo analogo, le numerosissime pronunce che ritengono afferenti all'ordinamento civile le sole norme di diritto del lavoro che producono effetti nel rapporto fra datore di lavoro e lavoratore (si tratta della giurisprudenza che ha preso avvio dalla prima sentenza sul *mobbing* nel 359 del 2003, e si è poi definitivamente consolidata con la sentenza sul mercato del lavoro n. 50 del 2005); sia, infine, quelle decisioni nelle quali la Corte, di fronte ad una disciplina legislativa regionale che nel suo complesso sembra attenere, oltre che all'ordinamento civile, anche a materie di competenza regionale concorrente, distingue appunto a seconda del profilo regolato, e afferma che la legislazione regionale può disciplinare solo il profilo pubblicistico, e mai incidere nei rapporti fra soggetti privati (così la sentenza n. 232 del 2005, in tema di disciplina delle distanze tra fabbricati, dove la Corte afferma che le deroghe alle distanze minime apportate dalla legge regionale, per essere legittime, "devono attenere agli assetti urbanistici e quindi al governo del territorio e

non ai rapporti tra vicini isolatamente considerati in funzione degli interessi privati dei proprietari di fondi finitimi”).

4. Il secondo orientamento, emerso di recente nella giurisprudenza costituzionale, tende invece in vario modo a costruire l'ordinamento civile non già come una materia “trasversale”, o “materia-non materia”, o “materia-tipo di disciplina”³, e cioè come un titolo di intervento della legge statale che può riguardare ogni bene o ogni attività, bensì piuttosto come una “materia-materia”, e cioè come un settore costituito da determinati oggetti o contenuti o, meglio ancora, da determinati istituti, gli istituti di diritto civile, preclusi *in quanto tali* alla legge regionale.

Si tratta di un orientamento che rompe nettamente con la giurisprudenza costituzionale sul vecchio limite del diritto privato degli ultimi trenta anni di vigenza del testo costituzionale originario, e che evoca quel medesimo clima politico-istituzionale di forte limitazione dell'autonomia legislativa regionale che nel momento di entrata in funzione delle Regioni ordinarie aveva sostenuto la presa di posizione più restrittiva mai attuata in argomento dal giudice delle leggi di cui si è più sopra riferito.

In proposito, al di là di ogni altra considerazione che si potrebbe avanzare, come per esempio quella che la riforma costituzionale del 2001 non dovrebbe essere interpretata o applicata contro le sue intenzioni, e cioè in modo tale da diminuire i poteri delle Regioni, è forse utile ricordare che mentre il primo orientamento aveva e ha tuttora un senso dal punto di vista politico-istituzionale, in quanto era ed è ancora funzionale a mantenere l'intera autonomia regionale, anche se svolta in forma legislativa, nell'ambito della disciplina dell'organizzazione e dell'attività dei pubblici poteri⁴; al contrario il secondo orientamento non è sostenuto da alcuna ragione di sistema, per cui risulta difficilmente giustificabile quel cieco divieto per le Regioni, che da esso deriva, di adattare gli istituti civilistici alle speciali esigenze dell'agire funzionalizzato della pubblica amministrazione in ambito regionale.

Fanno certamente parte di quest'ultimo orientamento quelle pronunce nelle quali la Corte costituzionale dichiara illegittime le norme di una Regione o di una Provincia autonoma che richiamano istituti del diritto civile allo scopo di disciplinare in modo specifico la propria attività in materie di propria competenza.

Mi riferisco soprattutto alla sentenza n. 106 del 2005, che dichiara incostituzionale una disposizione legislativa della Provincia autonoma di Bolzano che prevedeva la surrogazione legale della Provincia nel diritto di credito nei confronti del genitore obbligato al mantenimento del figlio ma inadempiente a tale obbligo, nella misura corrispondente agli importi anticipati dalla Provincia stessa all'altro genitore affidatario del minore. Ma rileva in questo senso anche la sentenza n. 173 del 2006, che con motivazione stringatissima ascrive all'ordinamento civile, e quindi ritiene incostituzionale, la norma regionale che incideva sulla proprietà, ma solo nel senso che trasferiva ad una azienda sanitaria locale i beni mobili e immobili appartenenti una persona giuridica di diritto privato: quando, naturalmente, la norma regionale avrebbe potuto essere dichiarata incostituzionale per l'altro motivo sollevato nel ricorso del Presidente del Consiglio, e cioè perché disponeva l'espropriazione di una proprietà privata non accompagnata dalla corresponsione di un equo indennizzo.

³ Utilizza quest'ultima categoria F.S. MARINI, *I criteri di interpretazione delle materie*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, Milano, 2006, 95-99.

⁴ Si vedano, volendo, le considerazioni su questo punto da me svolte in E. LAMARQUE, *Legge della Provincia autonoma di Bolzano, surrogazione legale in favore della Provincia e ordinamento civile*, in questa *Rivista*, 2005, 996, che si rifanno alla posizione di Falcon e ne richiamano gli scritti.

Ma anche la nostra sentenza, stando al tenore della sua motivazione, sembra fondarsi più su quest'ultima concezione che su una lettura "continuista" dell'ordinamento civile, in quanto alla Corte costituzionale basta evocare il solo nome degli istitutivi civilistici – rappresentanza, atti di disposizione del proprio corpo, obbligo legale a contrarre – per concludere che la Regione abbia agito al di là della propria sfera di competenza. Mentre, forse, se avesse inteso appoggiarsi al primo orientamento, la Corte avrebbe potuto argomentare – in relazione alle questioni *b* e *c* – che per non incorrere nella declaratoria di incostituzionalità la legge regionale non avrebbe dovuto disciplinare in generale il consenso ai trattamenti terapeutici e le modalità di richiesta di trattamenti sanitari aventi ad oggetto la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, bensì solo il consenso e le richieste rivolte alle strutture pubbliche. Se si fosse limitata a disciplinare gli effetti del consenso e delle richieste indirizzate alle strutture del servizio sanitario, infatti, la legge regionale non avrebbe fatto altro che disciplinare l'attività della pubblica amministrazione in ambito regionale nella materia della tutela della salute, nella quale è sufficiente che la Regione rispetti i principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, e non avrebbe in alcun modo toccato i profili civilistici della materia stessa, evitando così la declaratoria di incostituzionalità.

C'è poi un altro filone della giurisprudenza costituzionale dal quale emerge, in modo a prima vista meno evidente ma altrettanto sicuro, la considerazione dell'ordinamento civile come materia in senso proprio. Mi riferisco a quel buon numero di pronunce nelle quali la Corte costituzionale, invece di distinguere nettamente all'interno di una materia regionale i profili ascrivibili all'ordinamento civile, e di conseguenza assegnare la disciplina del settore materiale alla legge regionale e la disciplina di quei profili alla legge statale, ipotizza al contrario un concorso, una concorrenza, di competenze statali e regionali, a cui poi applica l'uno o l'altro dei due canoni da essa elaborati per sciogliere appunto gli intrecci di competenze, e cioè il criterio della prevalenza di una materia sull'altra e il criterio della leale collaborazione.

Si tratta, come è noto⁵, di criteri recentemente elaborati in via giurisprudenziale⁶ per supplire alla mancata previsione di un meccanismo costituzionale di composizione delle interferenze fra materie, utilizzando i quali la Corte pone le regole di esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni nei casi più problematici, e cioè quelli in cui "la complessità della realtà sociale da regolare comporta che le discipline legislative non possano essere attribuite nel loro insieme ad un'unica materia, perché concernono posizioni non omogenee ricomprese in materie diverse sotto il profilo della competenza legislativa"⁷, ovvero nei quali in una medesima disciplina convergono in modo difficilmente scindibile materie assegnate dalla Costituzione a soggetti diversi e a titolo differente.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, l'applicazione dei due criteri è posta in via alternativa, se non gerarchicamente subordinata, dovendosi senz'altro fare ricorso al criterio di prevalenza qualora "appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre"⁸, oppure qualora si ravvisi "la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa"⁹; mentre solo in seconda battuta potrà essere applicato il principio generale di leale collaborazione, che "per la sua elasticità consente di avere

⁵ Si veda, per tutti, E. GIANFRANCESCO, *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3602-3603.

⁶ Il criterio della prevalenza è stato per la prima volta enunciato nella nota sentenza sugli asili nido (Corte cost., sent. n. 370 del 2003, punto 4 del Considerato in diritto, seguita nei medesimi termini da Corte cost., sent. n. 320 del 2004).

⁷ Corte cost., sent. n. 213 del 2006.

⁸ Corte cost., sent. n. 50 del 2005.

⁹ Corte cost., sent. n. 219 del 2005.

riguardo alla peculiarità delle singole situazioni”¹⁰, e che si sostanzia “in momenti di reciproco coinvolgimento istituzionale e di necessario coordinamento dei livelli di governo statale e regionale”¹¹ ed in particolare impone “alla legge statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze”¹².

Ebbene. E’ evidente che è soltanto la concorrenza e l’intreccio di diversi *settori materiali* a giustificare l’applicazione dell’uno o dell’altro criterio, e che entrambi i criteri siano invece logicamente incompatibili con il modo di operare delle materie statali trasversali, le quali agiscono proprio nel senso di sottrarre alla legge regionale la possibilità di intervenire su alcuni specifici aspetti dei settori materiali di sua competenza: senza tuttavia potere attrarre alla potestà statale la disciplina di tutto il settore materiale, come imporrebbe il criterio di prevalenza, né in modo da dovere necessariamente lasciare spazio alla disciplina regionale nella stessa materia trasversale, come vorrebbe il criterio di leale collaborazione.

Ne è prova il fatto la stessa Corte costituzionale, da una parte, non ha mai evocato nessuno dei due criteri quando era coinvolta una materia da essa ritenuta sicuramente trasversale, come la tutela della concorrenza, la tutela dell’ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali; e, dall’altra parte, ha espressamente precisato, nella stessa prima occasione nella quale ha enunciato e applicato il criterio della prevalenza, che l’utilizzo del criterio impone che siano “fatti salvi, naturalmente, gli interventi del legislatore statale che trovino legittimazione nei titoli “trasversali” di cui all’art. 117, secondo comma, della Costituzione”¹³.

Non si può dire, allora, che la Corte abbia considerato l’ordinamento civile come una materia trasversale in tutte le occasioni in cui lo ha sottoposto al *test* di prevalenza, giudicandolo ora prevalente¹⁴, ora soccombente¹⁵ rispetto a settori materiali di competenza regionale. Né che lo abbia considerato tale quando, verificando un incrocio fra l’ordinamento civile e una materia di competenza concorrente, ha applicato il principio di leale collaborazione¹⁶. In tutti questi casi, quindi, la concezione di fondo a cui la Corte costituzionale ha sicuramente attinto è quella dell’ordinamento civile come materia in senso stretto, con tutte le conseguenze che se ne possono trarre.

Vedremo se nel futuro la Corte vorrà compiere questa scelta in modo esplicito, o vorrà invece smentire i segnali ora richiamati, e ritornare così ad una lettura dell’ordinamento civile caratterizzata dalla continuità con il vecchio limite del diritto privato.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 50 del 2005, cit.

¹¹ Corte cost., sent. n. 213 del 2006, cit.

¹² Così ancora Corte cost., sent. n. 219 del 2005, cit.

¹³ Corte cost., sent. n. 370 del 2003, cit.

¹⁴ Corte cost., sentt. n. 234 del 2005, n. 285 del 2005 e, forse, sent. n. 271 del 2005.

¹⁵ Corte cost., sentt. n. 181 del 2006 e n. 422 del 2006.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 231 del 2005.