

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVIII – Nuova serie  
N.2/2019 (maggio-agosto)

## INDICE

### **DOTTRINA**

Laura LORELLO

*Sistema dei partiti, legislazione elettorale e disciplina dei gruppi parlamentari: è possibile governare la frammentazione politica in Italia?* 145

FRANCESCO MANGANARO

*L'eguaglianza di genere nelle pubbliche amministrazioni e nelle Università* 179

ANNA ROMEO

*Statuto siciliano e specialità: tradizione e futuro dell'autonomia regionale* 197

ALBERTO ZITO

*La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici* 215

ORNELLA SPATARO

*Autorità amministrative indipendenti e istituzioni politiche: questioni problematiche* 227

MARCO RAGUSA	<i>Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione contabile. Brevi notazioni critiche</i>	267
ALESSIO RAUTI	<i>L'accesso alla cittadinanza come strumento di integrazione</i>	287
DARIO CAPOTORTO	<i>I "super poteri" dell'ANAC: contraddizioni e paradossi delle misure di prevenzione anticorruzione sulle imprese "sospette"</i>	323

## NOTE E COMMENTI

MARIO PALMA	<i>Competenze legislative statali e regionali nella determinazione della disciplina del procedimento amministrativo: il caso della Conferenza di servizi. (Commento a Corte costituzionale 25 gennaio 2019 n. 9)</i>	379
VINCENZO DESANTIS	<i>Recensione al volume di Pasquale Pantalone, Autorità indipendenti e matrici della legalità, Napoli, Editoriale scientifica, 2018</i>	401

*Dottrina*



# Sistema dei partiti, legislazione elettorale e disciplina dei gruppi parlamentari: è possibile governare la frammentazione politica in Italia?

di Laura Lorello

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei partiti politici nelle scelte dei Costituenti. – 2. Frammentazione politica e leggi elettorali. – 2.1. La riforma elettorale del 1993. – 2.2. La legge n. 270 del 2005. – 2.3. La legge elettorale n. 165 del 2017. – 3. Gruppi parlamentari e assetto dei partiti. – 4. La frammentazione dei gruppi parlamentari all'interno del Parlamento. – 4.1. La nuova disciplina dei gruppi parlamentari nella riforma del regolamento del Senato del 2017. – 5. Gli effetti del voto del 2018. Alcune considerazioni di chiusura.

## 1. *Il ruolo dei partiti nelle scelte dei Costituenti*

Nel complesso dibattito dell'Assemblea Costituente uno dei pochi punti sul quale maturò una sicura convergenza fu, come è noto, l'affermazione del principio pluralistico. Consacrata nell'armonico testo dell'art. 2 della Costituzione<sup>1</sup>, la dimensione pluralistica costituiva, e costituisce, la base indiscutibile di un assetto democratico e rappresentava, e rappresenta, uno dei caratteri essenziali della nuova comunità costituzionale. Questa doveva nascere sull'idea della natura necessariamente composita di ogni società umana, nella quale esistono e si muovono molteplici e diversi interessi, finalmente non più soffocati e nascosti dal paravento della finta uniformità dello Stato fascista.

I Costituenti erano ben consapevoli che la comunità repubblicana che si costruiva andava aperta al pluralismo, al dialogo e al confronto pacifico, che dovevano divenire modalità *ordinarie* e consolidate di ogni processo di decisione. Era questa l'unica via per radicare nella divisa società italiana del dopoguerra i principi costituzionali fondamentali, rendendoli patrimonio davvero comune di tutti i cittadini.

Nel progetto dei Costituenti questo compito era affidato in primo luogo ai partiti politici, speciale formazione sociale e speciale associazione, per la quale essi non ritenero sufficiente l'assimilazione alle altre formazioni sociali dell'art. 2 Cost. o alle associazioni dell'art. 18 Cost., ma definirono una fisionomia autonoma, espressa dall'art. 49 Cost.: *Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*<sup>2</sup>. Dunque, una libertà di associarsi liberamente con lo scopo di partecipare in modo democratico e in prima persona alla “determina-

<sup>1</sup> Si veda E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario della Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 388 ss., e M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017.

<sup>2</sup> Sui partiti politici nel sistema costituzionale italiano si vedano tra gli altri V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *Stato, Popolo e Governo*, Milano, 1985; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 66 ss.; C. ROSSANO, *Partiti politici*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, 1990; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Nov. Dig. Disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 705 ss.; G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario della Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 981 ss.

zione” delle scelte politiche dello Stato<sup>3</sup>. Questo era il primo canale di esercizio della sovranità, secondo l’art. 49 Cost., che precede l’altro grande momento, cioè l’espressione del voto, e al quale è strettamente connesso, come la stessa collocazione delle due disposizioni, in immediata successione nel testo costituzionale, testimonia<sup>4</sup>. Corollario di questa scelta è stata, come è ben noto, l’opzione per una formula elettorale proporzionale, l’unica ritenuta in grado di garantire la più estesa proiezione in parlamento delle diverse forze politico-sociali che popolarono la società<sup>5</sup>. E guardando rapidamente il succedersi delle leggi elettorali italiane<sup>6</sup>, può dirsi che tale convinzione sia rimasta inalterata nella sua sostanza.

<sup>3</sup> Come è noto l’art. 49 attende ancora un’attuazione per via legislativa. L’ultimo tentativo di rilievo in tal senso è costituito dal d.d.l. 2439 presentato nella scorsa legislatura e approvato dalla sola Camera dei deputati il 10 giugno 2016 “Disposizioni in materia di partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica”. Su questo profilo si veda S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, Firenze, 2004, 73 ss. e 81 ss.

<sup>4</sup> Il dibattito relativo ai partiti politici in Assemblea Costituente fu articolato, ma essenzialmente concentrato sulla scelta di riferire il carattere democratico del metodo, indicato nel testo, al solo aspetto esterno, cioè quello della competizione elettorale, o anche a quello interno, cioè quello della struttura e dell’organizzazione del partito. Questo secondo aspetto fu, tuttavia, escluso, ritenendosi che, laddove il partito avesse fini “antisociali o antiguridici, o contrari ai principi del diritto e dell’etica, esso non ha diritto di esistere”, così l’on. Ruggiero (seduta del 21/5/1947, in Camera dei Deputati, Atti dell’Assemblea Costituente, Roma, 1971, 1835). Accanto a questo, fu rilevato come, nel proporre di introdurre questa disposizione, si intendeva sostanzialmente certificare in Costituzione il ruolo centrale che i partiti già possedevano: si trattava di una realtà obiettiva già esistente data l’influenza notevolissima che i partiti esercitavano nella vita del Paese ed era “la prima volta che in una carta statutaria venivano introdotti i partiti con una propria fisionomia”, così l’on. Merlin (seduta del 22/5/1947, in Camera dei Deputati, Atti dell’Assemblea Costituente, cit., 4162-4163).

<sup>5</sup> I Costituenti, tuttavia, preferirono non cristallizzare la formula proporzionale nel testo della Costituzione, dandola per “presupposta”. Va, inoltre, ricordato che in Assemblea Costituente, per quanto l’opzione per un sistema di tipo proporzionale fosse quella più diffusa, vi fu anche chi si fece portatore dell’esigenza di eleggere una delle due camere con un sistema maggioritario con collegi uninominali. Così si ricava dall’odg dell’on. Nitti (e altri), approvato nella seduta del 7 ottobre 1947 (in Camera dei Deputati, Atti dell’Assemblea Costituente, cit., seduta del 7 ottobre 1947, 3084 ss.), l’Assemblea si esprimeva riguardo al Senato, affermando che “sarà eletto con suffragio universale e diretto, col sistema del collegio uninominale (3086). Si veda sul punto A. BARBERA, *Fra forma di governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quad. cost.*, 2011, 9 ss., e F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo*, Milano, 2014, 71 ss.

<sup>6</sup> Si fa riferimento alla continuità prevalente della formula proporzionale, che ha caratterizzato la prima parte della storia repubblicana. Sulla scelta per la formula proporzionale si vedano le osservazioni di C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 849 ss. e la lettura che ne dà M. CROCE, *Appunti in tema di Costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna)*, in *www.rivistaic.it*, n. 1, 2011. In particolare, la legge 31/1/1955, n. 1064 e il DPR 30/3/1957, n. 361, introducevano il sistema elettorale proporzionale ed avevano seguito l’abbandono del sistema maggioritario previsto dalla precedente legge 31/3/1953, n. 148, c.d. legge truffa. Questa aveva introdotto un sistema elettorale che stabiliva l’attribuzione di un premio di maggioranza per il partito o la coalizione che avesse ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validamente espressi, conquistando il 65% dei seggi. Se nessun partito avesse raggiunto tale maggioranza si sarebbe proceduto alla ripartizione dei seggi secondo il meccanismo proporzionale previsto dalla legge previgente. A questa disciplina seguirono le due leggi 4/8/1993 n. 276 e n. 277, che hanno introdotto un nuovo sistema elettorale di tipo misto, che, come è noto, prevedeva l’attribuzione del 75% dei

Il ruolo dei partiti nello stato democratico appariva insostituibile<sup>7</sup>, dato che essi erano gli unici in grado di costruire l'interesse generale, che non è già dato nella società plurale, a partire dagli interessi particolari, diversi e confliggenti<sup>8</sup>, componendoli e conciliandoli. La dimensione del pluralismo affermata dalla Costituzione, dunque, si nutreva dell'opera dei partiti, capaci di realizzare la sintesi delle diversità e di conservare al tempo stesso "la complessità sociale"<sup>9</sup>. Questa, proprio per essere mantenuta, necessitava, come già ricordato, della formula proporzionale, che la proiettava dentro il parlamento con le forme e

---

seggi parlamentari con metodo maggioritario, in collegi uninominali a turno unico, e il restante 25% con il metodo proporzionale. Ancora, la legge 21/12/2005 n. 270 riprendeva la formula proporzionale, benché con i forti correttivi della clausola di sbarramento e del premio di maggioranza. Seguirà la legge 6/5/2015 n. 52, che doveva operare solo per l'elezione della Camera dei deputati, che manteneva la formula elettorale proporzionale per l'assegnazione dei seggi, su base nazionale, ma le abbinava nuovamente i due correttivi della clausola di sbarramento, che limitava l'accesso alla ripartizione dei seggi alle sole liste che avessero ottenuto, su scala nazionale, almeno il 3% dei voti validi; e del premio di maggioranza, di 340 seggi, da assegnare alla lista che avesse ottenuto, sempre su base nazionale, il 40% dei voti validamente espressi. Tale disciplina non è stata mai applicata ed è stata sostituita dalla recente legge 3/11/2017 n. 165, che ripropone un sistema misto, a prevalente componente proporzionale. Questo alternarsi delle formule elettorali nell'ordinamento italiano dà conferma della funzione dei sistemi elettorali, che non sono più un semplice strumento per trasformare i voti formulati dagli elettori in seggi parlamentari, ma in un sistema democratico assume una funzione molto più profonda, dovendo "operare come una parte del meccanismo di governo, e precisamente" "lavorare come una cinghia di trasmissione che, risalendo dal basso verso l'alto, riduce finché possibile il molteplice al semplice", si veda G. SCHEPIS, *Elezioni (Sistemi elettorali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 649 ss., 653. L'A. a proposito della rappresentanza, individua i caratteri necessari a garantirne la democraticità, espressi non solo dall'idea della "rappresentatività", ovvero dalla capacità dell'Assemblea degli eletti di "riprodurre" la nazione "su scala ridotta nella propria composizione", 653; ma anche nella capacità di assicurare il controllo degli eletti da parte degli elettori, il che si realizza mediante elezioni libere che vengono ripetute periodicamente, 653. Si veda anche D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 543 ss., 567, che ritengono che "il collegamento tra rappresentanza ed elezione, il rapporto tra rappresentanti e rappresentati (...) vengono assicurati non nel momento iniziale della scelta del rappresentante, ma in quello successivo della responsabilità politica del rappresentante verso il rappresentato". Ed è proprio l'elezione che può realizzare pienamente tale responsabilità. Da qui "l'elezione periodica" garantisce che "i governanti siano responsabili verso i governati". Sull'evoluzione del sistema elettorale in Italia e sul legame con il sistema politico-partitico, si veda L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale*, Torino, 2013, e F. SGRÒ, *Legge elettorale*, cit.

<sup>7</sup> M. PLUTINO, *In margine alle etichette di "prima" e "seconda" repubblica. Ovvero la democrazia rappresentativa in Italia e la sua crisi*, in *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, Milano, 2015, 71 ss., 79 ss.

<sup>8</sup> Come già H. KELSEN affermava in *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, a cura di G. Meloni, Bologna, 1981, 35 ss. e 144 ss. Così anche S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, 76 ss.

<sup>9</sup> Ancora S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, p. 77. Secondo l'A. i partiti trasformano, in tal modo, "il pluralismo sociale da fattore di disgregazione", per questo da combattere nel pensiero di C. SCHMITT (*Il Custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, 113 ss. e 136 ss.), in "fattore di coesione e di organizzazione della comunità, convertendo in tal modo la complessità sociale in unità politica", così come ricorda G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Roma-Bari, 1996, 28.

i contenuti disegnati dai partiti. Il pluralismo delle formazioni politiche veniva considerato, nella prima fase della storia repubblicana<sup>10</sup>, come un fattore positivo e strutturale dell'assetto democratico, funzionale al suo consolidamento. Non sembrava destare particolare preoccupazione l'instabilità degli esecutivi, che si susseguivano con cadenza mediamente annuale, e che riproponevano formule politiche diverse, ma sostanzialmente omogenee<sup>11</sup>.

Il cambio di prospettiva si produce nella seconda metà degli anni ottanta, quando viene in luce l'altra faccia del pluralismo politico italiano, ovvero la frammentazione politica, causa della breve vita degli esecutivi e dell'inefficiente funzionamento della forma di governo parlamentare<sup>12</sup>. Appariva allora chiaro che la governabilità<sup>13</sup> era anch'essa un elemento essenziale per il funzionamento e il consolidamento dell'assetto democratico, governabilità, che, invece, una eccessiva pluralizzazione delle formazioni politiche poteva compromettere.

## 2. Frammentazione politica e leggi elettorali

Ma come contenere o governare la frammentazione politica e partitica italiana? L'aver fatto della stessa, nel corso della storia repubblicana, quasi una condizione per l'esistenza della democrazia aveva reso difficile promuovere una cultura dell'aggregazione politica, che inducesse i partiti ad avvicinarsi, riducendo il numero delle formazioni esistenti: mantenere le differenze, ideologiche o pseudotali, programmatiche o di indirizzo (anche se non sempre corrispondenti all'evoluzione della società) era divenuto un requisito irrinunciabile per la sopravvivenza delle forze politiche. Altra doveva essere la strada; e fu trovata nella modifica della formula elettorale<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sull'evoluzione del ruolo dei partiti si veda M. PLUTINO, *In margine alle etichette*, cit., 70 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, 99 ss.

<sup>12</sup> Si veda per tutti G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., 39 ss. e 100 ss.

<sup>13</sup> Ricorda M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018, 270, come lo stesso Calamandrei in Assemblea costituente richiamasse l'esigenza della stabilità del governo, nota 10. Nel dibattito dell'Assemblea Costituente, inoltre, lo stesso odg Perassi richiamava la necessità di disciplinare la forma di governo parlamentare italiana "con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze della stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo" (odg presentato nella seduta del 4/7/1946 ed approvato nella seduta del 5/9/1946, in Camera dei Deputati, Atti dell'Assemblea Costituente, 917 e 944). Sul punto si veda anche G. SILVESTRI, Relazione di sintesi, in *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, a cura di L. Ventura, Torino, 2001, 174, che parla di stabilità come "valore in sé dal punto di vista costituzionale".

<sup>14</sup> Come è noto, le formule elettorali vengono generalmente ricondotte a due grandi tipologie: formula proporzionale e formula maggioritaria. La prima prevede che i seggi vengono assegnati, in collegi plurinominali, in proporzione ai voti ottenuti da ciascuna lista che ha partecipato alla competizione elettorale. Stabilito quanti seggi spettano a ciascuna lista, si procede all'attribuzione



### 2.1. *La riforma elettorale del 1993*

Alla vecchia formula proporzionale *poco corretta*<sup>15</sup>, vigente fino all'inizio degli anni novanta, si sostituisce, con le due leggi n. 276 e n. 277 del 1993, una formula mista, a prevalente componente maggioritaria, in base alla quale il 75% dei seggi parlamentari veniva assegnato con metodo maggioritario a turno unico, in collegi uninominali, e il restante 25% con quello proporzionale<sup>16</sup>. Come non è sfuggito alla più attenta dottrina<sup>17</sup>, il percorso di modifica della legge elettorale del 1993 non trovò la propria origine nella capacità dei partiti di autoriformarsi, attraverso una meditata e condivisa scelta compiuta *dentro* il parlamento, ma fu il frutto della spinta di un evento *esterno*, traumatico ed espressivo di una frattura

---

degli stessi ai candidati eletti sulla base del numero dei voti ottenuti, se l'elettore può esprimere una o più preferenze; sulla base dell'ordine dei candidati indicato nella lista, nel caso di liste c. d. bloccate. Tale sistema si caratterizza per un effetto *proiettivo*, garantendo l'accesso in parlamento anche a forze politiche di piccole dimensioni, cioè alle minoranze politiche. Diversamente, nella formula maggioritaria l'unico seggio del collegio (collegio uninominale) è attribuito al candidato che ottiene la maggioranza dei voti: maggioranza assoluta, se occorre raggiungere la metà più uno dei voti validamente espressi; maggioranza relativa, se occorre che il candidato ottenga semplicemente più voti degli altri. Nel primo caso, se nessun candidato ottiene la maggioranza assoluta dei voti, si svolge un secondo turno di votazione (al quale, in base ai diversi sistemi, accedono i due candidati più votati al primo turno o tutti i candidati che hanno raggiunto una soglia minima di voti), in esito al quale risulterà eletto il candidato che ha ottenuto più voti. Tipico della formula maggioritaria è l'effetto *selettivo*, cioè la limitazione dell'accesso in parlamento ai candidati che hanno ottenuto più voti, ovvero alle formazioni politiche di maggiori dimensioni.

<sup>15</sup> Si tratta della l. n. 1064/1955 e del d.P.R. n. 361/1957, che prevedevano un sistema proporzionale con "l'applicazione di correttivi così poco rilevanti" che di fatto il primo poteva collocarsi "in prossimità dei sistemi proporzionali puri o estremi", così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 295-296. Riguardo al Senato, nell'ottica del *favor* verso il sistema proporzionale (così F. SGRÒ, *Legge elettorale*, cit., 71 ss.), già presente per l'elezione della Camera dei deputati (d.P.R. 5/2/1948, n. 26 – Testo Unico per l'elezione della Camera dei deputati, confluito poi nel d.P.R. n. 361/1957), la legge 6/2/1948, n. 29 (Norme per l'elezione del Senato della Repubblica) prevedeva un sistema di riparto dei seggi di tipo maggioritario, seggi che venivano attribuiti ai candidati che avessero ottenuto nel proprio collegio, in unico turno, il 65% dei voti validi. Poiché tale soglia difficilmente sarebbe stata raggiunta, si sarebbe provveduto ad assegnare i seggi con metodo proporzionale (sistema d'Hondt), che operava sulla base del collegamento di un candidato con almeno altri due candidati di altri collegi della regione. In tal modo, in caso di mancato raggiungimento della soglia del 65%, le preferenze ottenute dai candidati collegati sarebbero state sommate, formando un'unica cifra elettorale, utilizzata per il riparto, in ambito regionale e con metodo proporzionale, dei seggi rimasti disponibili.

<sup>16</sup> È noto che le due leggi furono l'esito dei due distinti referendum abrogativi, del 1991, per la legge elettorale della Camera dei deputati, e del 1993, per la legge elettorale del Senato della Repubblica, nei quali i *si* riportarono rispettivamente il 90% e l'82% dei consensi, e che produssero la trasformazione del precedente sistema elettorale proporzionale in maggioritario. A ciò seguirono le due leggi n. 276 e n. 277 del 1993.

<sup>17</sup> G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., 37 ss. e 74.

profonda tra partiti e società<sup>18</sup>. Questa difficoltà del sistema politico italiano di rinnovarsi dall'interno sarebbe divenuta una costante e si sarebbe riproposta negli anni successivi.

L'obiettivo perseguito dalla nuova disciplina elettorale era quello di produrre un effetto di semplificazione del quadro partitico, spingendo le formazioni politiche esistenti all'aggregazione e, quindi, riducendo il loro numero ed ampliando le loro dimensioni, in linea con la grandezza della media dei partiti degli altri paesi europei. In sostanza, si cercava di utilizzare la formula elettorale per incidere sull'assetto dei partiti e sulle modalità di funzionamento della forma di governo<sup>19</sup>. Il risultato immediato dell'applicazione della nuova formula fu la definizione di un assetto bipolare, con due coalizioni, che si formavano già prima del momento elettorale e che si contendevano, con un proprio leader e un proprio programma, la guida del governo. Alla chiusura della competizione elettorale l'immagine che si presentava era del tutto nuova: non più una pluralità di formazioni politiche, ma, con poche eccezioni, due "poli", riconducibili alle due tradizionali aree del centro destra e del centro sinistra<sup>20</sup>. Ma si trattava solo di un

---

<sup>18</sup> Come emerse dall'esito dei due referendum abrogativi del 1991 e del 1993. La spinta era determinata dalla fine delle identità storiche dei partiti, frutto della contrapposizione tra blocco occidentale e blocco sovietico e, per l'Italia, dalla scoperta di fenomeni di corruzione endemica, che avevano colpito tutto il vecchio sistema dei partiti tradizionali.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra funzionamento della forma di governo, sistema elettorale e sistema politico si veda L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc Dir*, vol. XIX, Milano, 1970, 634 ss., che ricorda che "ogni forma di governo include oggi un contesto partitico che la qualifica almeno in parte, sia dal punto di vista strutturale, sia, più ancora, dal punto di vista funzionale" (640) e procede a definire la sua classificazione delle forme di governo su queste basi in: "a) governo parlamentare a bipartitismo rigido; b) governo parlamentare a multipartitismo temperato; c) governo parlamentare a multipartitismo esasperato (per frammentazione – di tipo paritario o a partito preponderante; per polarizzazione e frammentazione insieme); d) governo presidenziale; e) governo a componenti presidenziali e parlamentari; f) governo direttoriale" (642). Così anche G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., cap. I e II, che, pur osservando, a proposito della Gran Bretagna, l'esistenza di "una peculiare interazione tra sistema politico bipartitico e sistema elettorale maggioritario", evidenzia però come non possa trascurarsi il "rapporto bidirezionale" tra il sistema politico e la forma di governo, che "presuppone come suo contesto il sistema politico" (12-13). Infine, G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Bologna, 2013, 9 ss., propone le sue quattro "leggi" relative all'influenza del sistema elettorale sul "formato" bipartitico, affermando che un sistema maggioritario non crea, ma può mantenere un formato bipartitico, se questo già esiste; e può invece crearlo a condizione che il sistema dei partiti sia ben strutturato e che vi sia una "dispersione dell'elettorato", "refrattario a qualsiasi pressione del sistema elettorale", nei collegi "in proporzioni largamente minoritarie" (53). Sul legame tra forma di governo e sistema dei partiti si veda, più di recente, A. RUGGERI, "Forme di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale? in *www.giurcost.org*, III/2018.

<sup>20</sup> Sulle fasi della forma di governo parlamentare nella storia repubblicana si richiama G. DEMURO, *Gli organi di governo nella realtà costituzionale*, relazione presentata al XXIX Convegno annuale AIC, "Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale", in *Annuario Aic*, 2014, Napoli, 2015, 55 ss.

*effetto ottico*, poiché l'originaria frammentazione, un tempo distribuita in diverse e numerose formazioni politiche presenti nel parlamento, non era stata realmente superata, ma semplicemente trasferita dentro i due contenitori delle coalizioni, nei quali restava sostanzialmente inalterata. La comunanza di programmi e indirizzi, propagandata e proposta prima delle elezioni, era destinata ad infrangersi dopo, in aggregazioni instabili e litigiose, talvolta fino al punto di rompersi<sup>21</sup>. La possibilità di un reale funzionamento della forma di governo secondo una dinamica maggioritaria, che il nuovo sistema mirava a realizzare, era di fatto ostacolata dal permanere della frammentazione politica, questa volta *infracolizione*. E il Presidente del Consiglio, *leader* dello schieramento vincitore delle elezioni, lungi dall'essere il *premier* che si pubblicizzava, restava imprigionato in quell'attività di mediazione faticosa e continua, in quell'opera di complessa contrattazione che già aveva caratterizzato il capo dell'esecutivo dei governi nati dalla formula proporzionale. Ciò che il meccanismo maggioritario di attribuzione dei seggi rendeva meno visibile in modo immediato agli occhi degli elettori era il "peso" effettivo di ciascuna formazione politica, appartenente alla coalizione. E in un contesto di litigiosità prolungata, questo poteva divenire un elemento rilevante, in vista della creazione o della rottura dell'accordo di governo.

## 2.2. La legge n. 270 del 2005

Questo profilo, insieme ad altri, è alla base della riforma elettorale del 21/12/2005, che, con la legge n. 270, ripristina la formula proporzionale, mantenendo, tuttavia, la dinamica maggioritaria della competizione e l'assetto bipolare, ormai entrato nella maniera di proporsi dei partiti e ritenuto utile alla conquista del consenso elettorale.

La nuova legge elettorale abbina, dunque, al criterio proporzionale del riparto dei seggi la previsione delle coalizioni preelettorali, con un leader e un programma preventivamente indicati, la presentazione di liste di candidati definite dai partiti e da votare senza la possibilità di esprimere alcuna preferenza (liste bloccate) ma, soprattutto, introduce i due correttivi del premio di maggioranza e della clausola di sbarramento, volti a limitare fortemente l'effetto proporziona-

---

<sup>21</sup> Ad esempio, casi di rottura della coalizione furono quelli del I governo Berlusconi, nel 1994, e del I governo Prodi nel 1998. La riforma aveva, infatti, dato corpo a un sistema politico bipolare fragile, articolato su due coalizioni *apparenti*, perché formate da partiti disomogenei, capaci di unirsi solo in vista delle elezioni, ma pronti al conflitto e alla divisione già nel momento immediatamente successivo. Né risultati significativi si sono prodotti sul piano della riduzione del numero delle formazioni politiche, spostandosi semplicemente la complessità delle stesse e la loro frammentazione dall'assemblea all'interno di ciascuna coalizione. In questo quadro il Presidente del Consiglio restava, come in passato, attore di una difficile e continua mediazione tra le componenti della riottosa e dissonante maggioranza che lo sosteneva. Sugli aspetti del particolare bipolarismo italiano si vedano V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale*, Soveria Mannelli, 2007.

le<sup>22</sup>. In particolare, il premio di maggioranza era costruito allo scopo di assegnare alla coalizione un numero consistente di seggi (340 alla Camera e il 55% al Senato), che le consentisse di avere una maggioranza stabile, ma la sua attribuzione avveniva in modo diverso: per la Camera a livello nazionale; per il Senato a livello regionale. Ciò ha determinato, talora, la formazione di maggioranze diverse nelle due assemblee, vanificando l'esigenza di stabilità e di omogeneità politica che tale correttivo perseguiva.

Il citato assetto frammentato degli schieramenti e la perdurante litigiosità al loro interno non hanno consentito, tuttavia, di raggiungere gli obiettivi sperati<sup>23</sup>, come è accaduto ad esempio nelle elezioni del 2013, che hanno consegnato al Paese maggioranze non omogenee alla Camera e al Senato, con la conseguente difficoltà nella formazione del nuovo esecutivo. All'esito delle elezioni del 2013, infatti, seguì dapprima il tentativo di formare l'esecutivo dell'on. Bersani, *leader* della coalizione vincitrice di centro sinistra, tentativo che fallì; e seguì poi la formazione del governo presieduto dall'on. Letta, in qualità di vice segretario del PD, il partito che aveva ottenuto più voti alle elezioni, governo che però durò in carica solo pochi mesi<sup>24</sup>. La crisi del governo Letta ebbe origini del tutto peculiari e può considerarsi espressione del tentativo del PD di ricercare la stabilità di governo non tanto nella riduzione della frammentazione presente nella coalizione, quanto nel superamento delle divisioni interne al partito, che doveva "compattarsi" sotto la guida di un *leader* forte. Significativo è, in tal senso, che la crisi venne innescata dal cambio della *leadership* del partito, che portò Renzi nel febbraio 2014 a divenire nuovo segretario del PD, con un vasto consenso<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Le clausole di sbarramento erano diverse tra Camera e Senato. Alla Camera per accedere al riparto dei seggi la coalizione doveva raggiungere la soglia del 10%, i partiti della coalizione la soglia del 2% e quelli che competevano da soli la soglia del 4%. Al Senato per l'accesso all'assegnazione dei seggi si richiedeva che la coalizione raggiungesse il 20%, i partiti della coalizione il 3% e i partiti singoli non coalizzati l'8%.

<sup>23</sup> Si può dire che la cattiva prova che la legge n. 270/2005 ha dato sin dalla sua prima applicazione abbia costituito una sorta di *contrappasso dantesco*, in senso soggettivo, cioè verso il suo autore, il centro destra, che nelle elezioni del 2006 perse la maggioranza, in favore della coalizione di centro sinistra (l'Unione con a capo Romano Prodi); ma anche in senso oggettivo, sul piano dei risultati, in quanto la coalizione vincitrice nel 2006 poteva disporre di una maggioranza più solida alla Camera dei deputati, ma solo grazie al premio di maggioranza, e assolutamente esigua al Senato (per ottenere la fiducia iniziale al Senato furono necessari i voti di quattro senatori a vita), il che ha fortemente condizionato il funzionamento della forma di governo, ad esempio inducendo l'Esecutivo ad iniziare il procedimento legislativo quasi sempre dal Senato, dove maggiori erano le difficoltà, e proseguendolo poi alla Camera, con una chiara alterazione del carattere perfetto del bicameralismo italiano, cui si lega "l'indifferenza" dell'assemblea presso cui avviare l'esame dei disegni di legge.

<sup>24</sup> Si vedano le considerazioni di A. ZITO, *La formazione del governo Renzi tra indirizzo di partito e accordo di coalizione*, in *Rass. parl.*, 2, 2014, 349 ss.

<sup>25</sup> In esito al dibattito svoltosi nel corso della Direzione nazionale del PD del 13 febbraio 2013, la linea di Letta venne sconfitta e fu approvato un ordine del giorno che esprimeva la neces-

Richiamando una dinamica tipica delle democrazie maggioritarie compiute (quale l'Italia non poteva dirsi), si ritenne che l'ascesa di Renzi a nuovo segretario del PD, dunque alla *leadership* del partito, non consentisse a Letta di mantenere la *premiership*, ossia di restare alla guida del governo<sup>26</sup>. Gli subentrò proprio Renzi, che formò un esecutivo destinato a durare fino alla fine della legislatura, nel 2018, e che era caratterizzato dalla coincidenza tra la *premiership* e la *leadership*, condizione non nuova ma rara nella storia repubblicana. La vicenda confermava ancora una volta la centralità del ruolo dei partiti nella dinamica di funzionamento della forma di governo parlamentare italiana.

Tra le priorità del governo Renzi si collocava la modifica della legge elettorale del 2005, modifica prospettata come lo strumento più idoneo per perseguire l'obiettivo della stabilità di governo e della riduzione della frammentazione politica. Una nuova legge elettorale era poi necessaria al presidente del Consiglio per mantenere la forza conquistata all'interno del suo partito e per permettere che essa si dispiegasse sull'intero esecutivo. Ma l'intervento del legislatore era altresì sollecitato dal fatto che il giudice costituzionale, con la sentenza n. 1 del 13 gennaio 2014 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. n. 270/2005, censurando, in particolare, la previsione dell'attribuzione del premio di maggioranza alla lista *semplicemente* più votata, senza l'indicazione di una ragionevole soglia minima di voti che la stessa dovesse raggiungere, e il sistema delle liste bloccate con un numero elevato di candidati. L'attenzione della Corte si era concentrata, da un lato sull'alterazione del meccanismo proporzionale che la legge n. 270/2005 produceva, dato che alla lista vincitrice sarebbe stato assegnato un numero di seggi ben superiore a quello dei voti dalla stessa effettivamente ottenuti, compromettendo la "legittima aspettativa" dell'elettore a che il peso che il suo voto possiede nel momento in cui lo esprime sia eguale a quello che gli viene assegnato nel momento in cui si procede alla ripartizione dei seggi, senza alterazioni o "squilibri"<sup>27</sup>. L'obiettivo della governabilità, cui il premio di maggioranza

---

sità e l'urgenza di un nuovo esecutivo, nella continuità della legislatura. Derivò da qui l'ascesa di Renzi a nuovo segretario del partito e successivamente il suo incarico per la formazione del nuovo governo.

<sup>26</sup> Tale condizione di separazione tra le due cariche era stata, invece, alla base dei passati governi, con poche eccezioni (governi Craxi e D'Alema), nei quali occorreva assicurare che *leadership* e *premiership* restassero separate, per evitare che il Presidente del Consiglio divenisse troppo forte. Era derivata da questa scelta la sua citata posizione di debolezza in seno al governo, lontana dal ruolo direttivo che, invece, gli assegna l'art. 95 Cost. Sulle dinamiche della formazione del governo Renzi, si veda A. ZITO, *La formazione del governo Renzi*, cit., 359 ss.

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2014, cons. dir. 3.1. Sulla sentenza n. 1/2014 si vedano, tra i numerosissimi contributi, *La crisi di legittimazione del governo rappresentativo. Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Osservatorio costituzionale*, marzo 2014, i saggi di G. U. Rescigno, A. Anzon Demmig, A. Morrone, A. D'Andrea, E. Lehner, pubblicati in *Giur. cost.* 2014, 27 ss., i contributi raccolti nella stessa Rivista, 629 ss., in *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, i

mirava, non poteva in ogni caso, secondo la Corte, condurre al sacrificio di altri interessi costituzionalmente protetti, identificati nella sovranità popolare (art. 1.2 Cost.), nell'eguaglianza (art. 3 Cost.), nel diritto di voto libero ed eguale (art. 48.2 Cost.) e nel principio della rappresentanza politica (art. 67 Cost.).

Dall'altro lato, la Corte, pur riconoscendo al partito politico, come peculiare formazione sociale, la libertà di determinazione dell'ordine dei candidati nella formazione delle liste, aveva affermato che non era, invece, consentito allo stesso di definire liste lunghe di candidati, per nulla o poco conoscibili agli elettori, chiamati a votarle "in blocco", senza potere effettuare alcuna scelta e nell'ordine di preferenza prefissato<sup>28</sup>.

Passaggio successivo è stata la legge elettorale n. 52 del 6/5/2015, che ha mantenuto il sistema proporzionale, accompagnato sempre dai due correttivi del premio di maggioranza e della clausola di sbarramento, anche in questo caso dotati di un peso rilevante. In particolare, la legge 52 prevedeva che potessero accedere alla ripartizione dei seggi le sole liste che avessero ottenuto a livello nazionale almeno il 3% dei voti validi. A ciò si aggiungeva l'assegnazione di un premio di maggioranza (in grado di consentire l'acquisizione di 340 seggi alla Camera dei deputati), attribuito alla lista che avesse raggiunto su scala nazionale il 40% dei voti validamente espressi. Laddove nessuna lista avesse riportato tale risultato, era previsto un secondo turno elettorale, al quale avrebbero partecipato le due liste che al primo turno avevano riportato il maggior numero di voti. In questo caso il premio di maggioranza sarebbe stato assegnato alla lista che avesse ottenuto *semplicemente* più voti. La nuova disciplina era destinata a regolare l'elezione della sola Camera dei deputati, dato che nel progetto di revisione costituzionale in discussione in quel momento (e che costituiva l'antecedente logico della riforma elettorale), il Senato non sarebbe più stato elettivo<sup>29</sup>. Tuttavia,

---

commenti alla sentenza pubblicati sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e gli Atti del seminario "Le Corti e il voto". La sentenza della Corte costituzionale sul sistema elettorale (29 gennaio 2014), pubblicati in *Nomos*, 3, 2013.

<sup>28</sup> Corte cost., sentenza n. 1/2014, cons. dir. 5.1. Con la sentenza n. 1/2014 la Corte ha mutato l'idea che la disciplina del sistema elettorale appartenesse al solo ambito della discrezionalità del legislatore ordinario, per attrarla, invece, in modo esplicito nella *dimensione costituzionale*, fondata sull'inscindibile e già ricordato legame tra la formula elettorale e il carattere democratico della rappresentanza politica. Afferma la Corte che le leggi elettorali di Camera e Senato in quanto "definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento del sistema democratico-rappresentativo", "non possono essere immuni" dal sindacato di costituzionalità, (Corte cost., sentenza n. 1/2014, cons. dir. 2 e 3.1). Il ragionamento del giudice costituzionale, ruota attorno ai canoni della proporzionalità e della ragionevolezza, e, quindi, del bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, che richiede che si realizzi un equilibrio tra gli stessi, senza sacrificio o intollerabile compressione di alcuno di essi. Sull'uso di questi canoni da parte del giudice costituzionale si veda, tra gli altri, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 – Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola.

<sup>29</sup> Si tratta del corposo progetto di revisione costituzionale Renzi-Boschi (Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il conte-



l'esito negativo del referendum costituzionale sul testo di riforma (celebratosi il 4 dicembre 2016) fece venir meno, oltre che il corposo progetto governativo, anche la legge elettorale del 2015, che non venne mai applicata. Su di essa, così come sulla precedente del 2005, si abbatté poi la scure del giudice costituzionale, con la sentenza 25/1/2017 n. 35. Anche in questo caso, la Corte costituzionale è intervenuta ritenendo incompatibile con la Costituzione il meccanismo del secondo turno (c. d. di ballottaggio) tra le due liste più votate al primo, poiché la legge non prevedeva che fosse raggiunta alcuna soglia predefinita di voti, in grado di garantire il conseguimento di un consenso effettivamente corrispondente al numero dei seggi assegnati, difetto già presente nella precedente legge del 2005 ed evidenziato dalla Corte nella sentenza n. 1/2014. Come già evidenziato, in questa decisione il giudice costituzionale aveva rilevato come le disposizioni della legge n. 270/2005 non si limitassero ad introdurre il correttivo del premio di maggioranza in un sistema elettorale di tipo proporzionale, ma *rovesciassero* “la *ratio* della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005”, producendo “una eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica” (...) “e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l’art. 1, secondo comma, Cost.”<sup>30</sup>. In continuità con queste parole, nella sentenza n. 35/2017, la Corte ha ricordato che l’obiettivo della stabilità del governo, “di sicuro interesse costituzionale”, perseguito dalla l. n. 52/ 2015 attraverso la previsione del turno di ballottaggio e della successiva e conseguente assegnazione del premio di maggioranza, “non può giustificare uno sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali di rappresentatività e di eguaglianza del voto, trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi esiguo, in maggioranza assoluta”<sup>31</sup>.

---

nimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione), relativo a numerose disposizioni della parte seconda della Costituzione, che interveniva, tra l’altro, sull’assetto perfetto del bicameralismo italiano e sulla formazione delle Camere. Il progetto, approvato in seconda lettura con la maggioranza assoluta, fu poi sottoposto a referendum il 4/12/2016, con esito negativo.

<sup>30</sup> Corte cost., sentenza n. 1/2014, cons. dir. 3.1.

<sup>31</sup> Corte cost., sentenza 35/2017, cons. dir. 9.2. Inoltre, egualmente incostituzionale era per la Corte la circostanza che, in presenza di candidature plurime, il candidato plurieletto potesse scegliere in assenza di regole prestabilite per quale collegio optare, senza che fosse stabilito in precedenza alcun criterio preciso e che fosse in grado di rispettare la volontà effettiva degli elettori. Si richiama M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto*, p. 254 e la copiosa bibliografia riportata alla nota n. 5. Si veda anche R. BIN, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in [www.laCostituzione.info](http://www.laCostituzione.info), 2017, R. DICKMAN, *Le questioni all’attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017*, e V. BALDINI, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse) lascia intendere*, in [www.Dirittifondamentali.it](http://www.Dirittifondamentali.it), 1, 2017.

### 2.3. *La legge elettorale n. 165 del 2017*

Il fantasma della frammentazione, che a fatica si era cercato di scacciare con le leggi elettorali del 1993 e, successivamente, con quelle del 2005 e del 2015, tornava così a turbare il sonno dei partiti politici italiani.

Infatti, le due sentenze della Corte di fatto consegnavano due distinte formule elettorali per la Camera e per il Senato, accomunate dalla loro natura di normativa di risulta<sup>32</sup> e dall'impianto proporzionale, ma sostanzialmente diverse e, comunque, prive dei correttivi originari che potessero efficacemente incidere sul diviso quadro partitico<sup>33</sup>. Con non poche difficoltà<sup>34</sup>, come è noto, le forze politiche sono giunte all'approvazione di una nuova legge elettorale, che, ancora una volta, è nata sotto la spinta di fattori esogeni, e cioè per l'intervento del giudice costituzionale, e non per la loro capacità di riformare il sistema dal suo interno.

La legge elettorale 3/11/2017 n. 165<sup>35</sup> si caratterizza per la scelta di ritornare ad una formula mista<sup>36</sup>, proporzionale e maggioritaria<sup>37</sup>, deviando dai precedenti sistemi elettorali, formalmente di tipo proporzionale, ma connotati, come visto, da un'impronta maggioritaria per la previsione dei correttivi del premio di maggioranza e della clausola di sbarramento<sup>38</sup>. In particolare, nella nuova disciplina un terzo dei seggi di Camera e Senato (circa il 37%) sono assegnati in collegi uninominali con sistema maggioritario e due terzi (circa il 63%) con

<sup>32</sup> M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 255 e P. PULSONI, *Note a margine della nuova legge elettorale c. d. Rosatellum bis (legge 3 novembre 2017 n. 165)*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2, 2017.

<sup>33</sup> Aggiunge M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 255, che i due sistemi erano del tutto privi di una "logica unitaria", dato che il sistema della Camera era stato disegnato nell'ottica del superamento del bicameralismo e dell'elezione diretta del Senato, elementi di base del progetto di revisione poi naufragato; mentre il sistema del Senato era tarato per un assetto di bicameralismo perfetto.

<sup>34</sup> Si vedano i contributi contenuti nel volume, *Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis. Il sistema elettorale spiegato dagli esperti*, a cura di P. Costanzo, A. Ruggeri, L. Trucco, in *Giur. it.*, 2, 2018.

<sup>35</sup> Si vedano i commenti di F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3, 2017, M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 4, 2018, A. APOSTOLI, *Il c. d. Rosatellum bis. Alcune prime considerazioni*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 5, 2017, A.M. NICO, *La protezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2, 2018.

<sup>36</sup> F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., p. 2 ss. e M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 8 ss. che opera un confronto con il sistema tedesco, 14.

<sup>37</sup> Non è di questo avviso P. PULSONI, *Note a margine*, cit., 3.

<sup>38</sup> In questo senso per M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 2, la legge n. 165/2017 appartiene alle leggi elettorali che hanno caratterizzato la seconda fase della storia repubblicana, di tipo maggioritario o proporzionale molto corretto, leggi che si prefiggevano l'obiettivo di una maggiore governabilità a discapito della rappresentatività. Attraverso il loro uso si è ritenuto possibile usare la formula elettorale per riformare il sistema politico e per incidere sulla forma di governo.



sistema proporzionale e liste brevi e bloccate, con una soglia di sbarramento unica per le due camere del 3% per le liste singole e del 10% per le coalizioni di liste<sup>39</sup>. La scelta della formula mista può ritenersi il frutto di un difficile compromesso tra esigenze diverse<sup>40</sup> e mira ad adattarsi a sistemi politici complessi e fortemente destrutturati. In uno scenario come quello italiano emerge, infatti, la necessità di una formula che sia in grado di rappresentare le sue diversità e le sue divisioni, privilegiando l'effetto proiettivo rispetto a quello selettivo, che, come è noto, caratterizza i sistemi maggioritari. Sotto questo profilo, la prevalenza della componente proporzionale può essere letta come la presa d'atto della difficoltà della forma di governo italiana di funzionare pienamente secondo una logica maggioritaria<sup>41</sup>, che richiede una società più coesa e integrata. Allo stesso modo, la ridotta percentuale di seggi assegnati con la formula maggioritaria non sembra realmente in grado di imprimere al sistema un effetto autenticamente maggioritario.

La legge n. 165/2017 restituisce nella sostanza ai partiti il potere di definire la coalizione di governo nella fase successiva alle elezioni<sup>42</sup>; e ciò è visibile sia nella previsione del maggior numero di seggi assegnati con la formula proporzionale, sia nell'abolizione del premio di maggioranza. Lo stesso può dirsi riguardo alle liste bloccate, che, benché contenute nel numero di candidati<sup>43</sup>, *costringono* il voto degli elettori, più di quanto fosse previsto dalla legge n. 52/2015<sup>44</sup>. Inoltre, sulla natura postelettorale della scelta dei partiti non può incidere significativamente la quota di seggi attribuita con il sistema maggioritario, che, come detto, data la sua esiguità, non può avere effetti decisivi ai fini della formazione della maggioranza di governo<sup>45</sup>. La stessa quota, poi, non sembra possa realmente rappresentare una forma di compensazione dell'abolizione del premio di maggioranza, dato che si tratta di due strumenti diversi, dei quali solo la seconda ha natura di correttivo e, quindi, effettiva capacità selettiva. Peraltro, la combinazione dei due elementi, bassa quota maggioritaria ed eliminazione del premio di maggioranza, può determinare negli elettori la sensazione di essere completamente esclusi dalle scelte relative alla formazione del futuro governo, scelte delle quali, invece, con le leggi precedenti e nelle dinamiche da queste introdotte, gli stessi potevano percepirsi in qualche modo partecipi<sup>46</sup>. L'obiettivo prospettato dalla nuova

<sup>39</sup> Esprime dubbi sulla scelta di una soglia unica per le due camere P. PULSONI, *Note a margine della nuova legge*, cit., 10, calcolata a livello nazionale anche per il Senato, in contrasto con l'art. 57 Cost.

<sup>40</sup> "Senza effettuare scelte troppo nette", così M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 8.

<sup>41</sup> Si veda M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 258.

<sup>42</sup> F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 10 ss.

<sup>43</sup> Così come richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/ 2014, cons. in dir. 5.1.

<sup>44</sup> Che permetteva all'elettore di formulare due preferenze per candidati di sesso diverso e bloccava solo il capolista, si veda P. PULSONI, *Note a margine*, cit., 7.

<sup>45</sup> Così F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 9.

<sup>46</sup> Nella dinamica maggioritaria che connota il sistema elettorale delle leggi del 1993 e quello

formula, cioè la riduzione della frammentazione politica, troverebbe riferimento nella promozione delle coalizioni<sup>47</sup>, da realizzare attraverso la previsione del collegamento obbligatorio tra liste<sup>48</sup>; nel divieto del voto disgiunto, che impedisce di votare nella parte proporzionale per una lista diversa da quella che sostiene il candidato della parte maggioritaria<sup>49</sup> e nella soglia unica di sbarramento, che è l'unico vero correttivo dell'effetto proporzionale<sup>50</sup>.

In sostanza, la nuova legge elettorale sembra cercare un nuovo equilibrio tra le due esigenze più volte richiamate dal giudice costituzionale, specie in tempi recenti, quella della rappresentatività e quella della governabilità. Se la prima ha prevalso nella prima parte della storia repubblicana, la seconda aveva conquistato una posizione predominante dagli anni '90, trascorrendo inalterata da una formula mista prevalentemente maggioritaria, a formule proporzionali molto corrette, con effetto essenzialmente maggioritario. È noto come il dibattito costituzionalistico sulla disciplina elettorale abbia oscillato tra il polo della rappresentatività, che richiede sistemi proporzionali poco corretti, ritenuti impliciti nelle scelte dei Costituenti, e quello della governabilità, ritenuta essenziale per il buon funzionamento della forma di governo, e altrettanto rilevante sul piano costituzionale per realizzare gli obiettivi che la Costituzione pone<sup>51</sup>.

Le decisioni della Corte costituzionale n. 1/2014 e n. 35/2017 hanno mostrato l'esigenza di leggere il rapporto tra rappresentatività e governabilità non in termini di conflitto, ma piuttosto di interazione<sup>52</sup>, configurandosi la rap-

---

proporzionale molto corretto delle leggi del 2005 e del 2015, il voto espresso dall'elettore aveva formalmente ad oggetto l'elezione del deputato o senatore ma sostanzialmente si indirizzava alla scelta della coalizione di governo, del suo programma e del suo leader, si veda M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 4.

<sup>47</sup> F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 6-7, 10, di diverso avviso P. PULSONI, *Note a margine*, cit., 6.

<sup>48</sup> Previsione assente nella legge n. 52/2015.

<sup>49</sup> Ancora F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 6, e M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 16-17, che evidenzia il carattere positivo e di maggior coerenza del divieto di voto disgiunto in un sistema parlamentare, poiché qui il buon andamento della forma di governo è dato dalla pluralità (e non dalla frammentazione) e dalla coesione tra i partiti, elementi che sono facilitati dall'assenza del voto disgiunto, in grado di accrescere la propensione dei partiti all'accordo e alla formazione di maggioranze stabili. E ciò specie in un sistema politico come quello italiano altamente diviso e conflittuale (19).

<sup>50</sup> Di diversa opinione F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 8.

<sup>51</sup> M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 271, nota 12, che richiama in proposito un altro scritto di C. LAVAGNA, *Brevi annotazioni in tema di governabilità*, nel quale veniva posta l'esigenza della governabilità, gravemente compromessa dall'assetto politico e partitico. Sul punto si veda anche A. DI GIOVINE, S. SICARDI, *Rappresentatività e governabilità: il dilemma delle macchine che fanno parlare il popolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 114 ss., e M. LUCIANI, *Il potere di scelta degli elettori e i nodi del sistema elettorale*, in *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, a cura di G. Rolla, Milano, 1991, 173, spec. 209.

<sup>52</sup> Si vedano ancora le considerazioni di M. ARMANNI, *Personale, uguale, libero e segreto*, cit., 269-270.

presentatività l'ambiente necessario perché la governabilità possa essere pienamente realizzata.

Con questa ambiziose intenzioni la legge n. 165/2017 si è confrontata con un assetto politico frammentato e ancor più polarizzato rispetto al passato, a causa dell'inasprirsi di conflittualità politiche risalenti e del consolidarsi di conflittualità nuove, espresse da forze politiche antieuropeiste e xenofobe. Se l'effetto cui la legge n. 165 mirava era quello di riproporre la dinamica bipolare conquistata in precedenza, l'obiettivo non può dirsi raggiunto<sup>53</sup>. Diversamente, dai risultati delle elezioni del 2018 è emerso un assetto tripolare, senza nessuna formazione politica realmente decisiva per la costituzione della nuova maggioranza di governo<sup>54</sup>, assetto che, probabilmente, la nuova formula elettorale ha solo formalmente *certificato*, e che pone fine, almeno per il momento, all'articolazione dell'offerta politica in due coalizioni<sup>55</sup>. I caratteri del nuovo quadro politico si sono immediatamente riflessi nel faticoso percorso di formazione del governo, che, solo dopo tre mesi dalle elezioni e con non poche difficoltà, ha potuto vedere la luce nella inedita quanto *originale* coalizione tra Lega e Movimento 5 stelle. La loro *competitiva* presenza nella maggioranza di governo, la cui guida è stata affidata ad un soggetto *esterno*, Giuseppe Conte, ha trovato espressione nella nomina di due distinti vicepresidenti del Consiglio, uno anche ministro dell'interno e l'altro anche ministro dello sviluppo economico e del lavoro<sup>56</sup>.

Con l'analisi fin qui condotta si è cercato di dimostrare come il ricorso al sistema elettorale, pur nella varietà delle formule adottate, sia stato di fatto inefficace rispetto all'obiettivo di contenere la molteplicità delle formazioni politiche in Italia, rimaste numerose, tendenzialmente di piccole dimensioni e conflittuali anche nell'assetto bipolare, per poi transitare, tali, nell'attuale assetto tripolare. Ciò sarebbe il sintomo di una naturale difficoltà delle stesse ad aggregarsi e di una altrettanto naturale propensione a dividersi, facendo della frammentazione un carattere ormai *strutturale* e non eliminabile del sistema politico italiano<sup>57</sup>. Ma

<sup>53</sup> Si veda M. PLUTINO, *In tema di nuove leggi elettorali*, cit., 3 ss., e PULSONI, *Note a margine*, cit., 9.

<sup>54</sup> I dati relativi alla Camera dei deputati vedono il centro destra con il 37% dei voti (Lega 17,37%, Forza Italia 14,01%, Fratelli d'Italia 4,35%, Noi con l'Italia UDC 1,30%); al Senato il centro destra ha riportato il 37,49% dei voti (Lega 17,62%, Forza Italia 14,42%, Fratelli d'Italia 4,26%, Noi con l'Italia UDC 1,19%). Il centro sinistra ha ottenuto alla Camera il 22,85% (PD 18,72%, +Europa 2,55%, Insieme, Civica popolare e SVP-PATI) e al Senato il 22,92% (PD 18,12%, +Europa 2,36%, Insieme, Civica popolare e SVP-PATI). Il Movimento 5 stelle ha raggiunto alla Camera il 32,68% dei voti e al Senato il 32,22%. Il numero delle formazioni autonome che hanno partecipato al voto è di ben 18 sia per la Camera, che per il Senato.

<sup>55</sup> F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017*, cit., 11, esprime preoccupazione per l'effetto disaggregante della nuova legge elettorale.

<sup>56</sup> Sulla formazione del governo Conte si vedano per tutti i contributi del volume curato da A. MORELLI, *Dal "contratto di governo" alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, 2018.

<sup>57</sup> Va evidenziato che il carattere frammentato del sistema politico sta assumendo una conno-

è davvero così? È davvero impossibile governare o contenere la frammentazione dei partiti in Italia?

### 3. *Gruppi parlamentari e assetto dei partiti*

Il tentativo di contenere la frammentazione del sistema politico e partitico italiano non si è limitato al terreno della legislazione elettorale, ma ha operato anche all'interno del parlamento, attraverso la disciplina dei gruppi parlamentari<sup>58</sup>. Si tratta di due strumenti diversi ma, si potrebbe dire, complementari, volti a semplificare il complesso assetto dei partiti.

È noto come i gruppi parlamentari siano stati configurati quali “espressione dei partiti politici” in Parlamento<sup>59</sup> o “proiezione” degli stessi nelle istituzioni pubbliche<sup>60</sup>, evidenziando, così, il legame inscindibile che li unisce ai partiti, che al Parlamento rimangono esterni. Questo legame produce l'effetto di portare i partiti *dentro* il parlamento, *incanalando* la loro irregolata e irregolabile politicITÀ nella dimensione della regolazione, che si realizza con l'attribuzione agli stessi

---

tazione diffusa anche in ambito europeo. Infatti, alla fine del 2018 all'interno dell'UE si registrano ben 14 governi guidati da forze politiche minoritarie. In alcuni casi ciò è dovuto alla moltiplicazione delle formazioni politiche, ben più marcata che in tempi passati, e alla volontà di non includere nella coalizione di governo partiti estremisti o populistici. Si veda, B. ROMANO, *L'Europa della politica fragile: sono 14 i governi di minoranza*, *il Sole24 ore*, 27/12/2018. A conferma della diffusione della frammentazione politica, possono poi indicarsi i risultati delle elezioni politiche in Spagna dell'aprile 2019 e quelli delle elezioni locali in Gran Bretagna del maggio 2019, che sembrano allontanare i rispettivi sistemi politici da un assetto bipolare.

<sup>58</sup> In generale sulla relazione tra gruppi parlamentari e forma di governo, ci si limita a citare A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 91 ss., S. CECCANTI, *Regolamenti parlamentari: un altro tassello di una riforma “strisciante”* e A. MORRONE, *Quale modello di Governo nella riforma del Regolamento della Camera dei deputati*, entrambi in *Quad. cost.*, 1998, 157 ss. e 449 ss., C. FUSARO, *Il rapporto di fiducia nei regolamenti parlamentari*, in *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, a cura di S. Labriola, Milano, 1999, 161 ss., i saggi contenuti nel volume *Il Parlamento. Storia d'Italia*, vol. 17, a cura di L. Violante, Torino, 2001, i saggi del volume, *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto italiano*, a cura di S. Merlini, Torino, 2004, V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei deputati del 1997 e il parlamento del bipolarismo*, in *Il Filangeri*, Quaderno 2007, *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 2007, 5 ss., e dello stesso A., *Regolamenti, forma di governo, innovazione istituzionale*, seminario su “Riforma dei regolamenti e decretazione d'urgenza”, Roma 27/10/2008, in AAVV, *Riforma dei regolamenti e decretazione d'urgenza: i rapporti tra Parlamento e Governo nel nuovo equilibrio costituzionale*, Soveria Mannelli, 2009, 13 ss., A. CIANCIO, *I Gruppi parlamentari*, Acireale-Roma, 2008, spec. 107 ss., E. CATELANI, *Manutenzione dei regolamenti parlamentari come strumenti di inizio di una mediazione politica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2, 2017.

<sup>59</sup> Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, 489 ss.

<sup>60</sup> P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2016, 148, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2010, 155, e R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, 241.

della *veste* giuridica del gruppo parlamentare<sup>61</sup>. Ne discende che i gruppi parlamentari possiedono una sostanza duplice, politica e giuridica al tempo stesso<sup>62</sup>, e rappresentano le “gambe” attraverso le quali il partito “può camminare” all’interno del parlamento. A dare forma a questo disegno è la prescrizione, contenuta nei regolamenti parlamentari, della necessaria appartenenza di ciascun deputato o senatore ad un gruppo<sup>63</sup>, seguita dalla previsione sussidiaria dell’assegnazione degli stessi al gruppo misto, laddove non abbiano formulato alcuna scelta.

Tuttavia, se questa duplice sostanza rappresenta un vantaggio, poiché può dare al partito politico una dimensione di determinatezza e di disciplina che esso non possiede<sup>64</sup>, può però anche produrre l’effetto inverso, di proiettare cioè sul gruppo parlamentare la fluidità e l’instabilità del partito, connotazioni particolarmente spiccate nel sistema politico italiano<sup>65</sup>. Le vicende dei gruppi parlamentari finiscono, in tal modo, per divenire il riflesso di quelle, esterne, del partito, cui ciascuno di essi *appartiene*, trasferendosi sugli stessi gli effetti dei cambiamenti di composizione e di consistenza, della soppressione di formazioni esistenti o della creazione di nuove. In sostanza, la frammentazione del quadro dei partiti, così come la loro molteplicità, si scarica dentro il parlamento, dividendo e moltiplicando a sua volta l’assetto dei gruppi.

Per la formazione di un gruppo, i regolamenti parlamentari prevedono innanzitutto un requisito numerico (art. 14.1 R. C. e art. 14.4 R. S.), richiedendo, rispettivamente, un minimo di 20 deputati o di 10 senatori. Carattere residuale ha un secondo requisito, di natura politica<sup>66</sup>, ora vigente solo per la Camera, che consente l’autorizzazione, a cura dell’Ufficio di Presidenza, della formazione di un gruppo con meno di 20 deputati, purché esso “rappresenti un partito organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno in almeno 20 collegi, proprie liste di candidati”, che devono aver ottenuto “almeno un quoziente in un collegio ed una cifra elettorale nazionale di almeno 300 mila voti di lista validi”.

Al Senato vigeva una disposizione analoga (art. 14.5 R. S.), che permetteva di creare gruppi c. d. in deroga o autorizzati dal Consiglio di Presidenza, con un

<sup>61</sup> Così A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 20. R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *www.forumcostituzionale*, 2008, 1, ora in *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di S. Merlini, Firenze, 2009, 253 ss., parla di “solidificazione” del partito nel gruppo parlamentare.

<sup>62</sup> Doppia come quella del Parlamento, ancora A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 16, o ambivalente, così L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, 85.

<sup>63</sup> Art. 14 R. C. e art. 14 R. S., su cui L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 84.

<sup>64</sup> Come già ricordato, è noto come i partiti sono a tutt’oggi associazioni non riconosciute, non essendo stata mai approvata una legge che desse attuazione all’art. 49 Cost. L’ultimo tentativo, fallito, è quello del ddl 2439 presentato nella XVII legislatura.

<sup>65</sup> R. BIN, *Rappresentanza e parlamento*, cit., 1, parla di proiezione dell’ombra del partito, della sua opacità e privatezza sulle istituzioni, che diminuisce il livello di trasparenza e giuridicità.

<sup>66</sup> L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 86 ss.

numero minore di 10 senatori, nel caso rappresentassero “un partito o movimento organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno, in almeno 15 regioni, proprie liste di candidati alle elezioni per il senato ed abbia ottenuto eletti in almeno 3 regioni, e purché ai gruppi stessi aderiscano almeno 5 senatori, anche se eletti con diversi contrassegni”<sup>67</sup>. Pur legando la creazione dei gruppi in deroga alla rappresentanza di un partito o di un movimento politico di livello nazionale, che in più avesse conseguito un risultato elettorale significativo, le due disposizioni di fatto determinavano (e nel caso della Camera determinano ancora) la possibilità di dare vita a gruppi con un numero di componenti inferiore alla soglia prevista in generale<sup>68</sup>.

Nello stesso senso, e in modo più incisivo, hanno operato le previsioni relative alla formazione del gruppo misto. Anche per il gruppo misto i regolamenti parlamentari contengono disposizioni apposite, entrambe riferite a quei parlamentari che non scelgano di fare parte di nessun gruppo *ordinario*. Alla Camera, così come al Senato, infatti, i parlamentari non appartenenti a nessuno dei gruppi già formati “costituiscono” o “formano” un “unico Gruppo misto” (art. 14.4 R. C.) o “il gruppo misto” (art. 14.4 R. S.). Si tratta di quei deputati o senatori che, oltre a rifiutare di partecipare ai gruppi già esistenti, non raggiungono la soglia prevista di 20 o di 10 componenti, necessaria per creare un gruppo autonomo, o che hanno deciso di lasciare il gruppo di appartenenza originario, per motivi personali o in conseguenza di cambiamenti interni alla formazione politica corrispondente<sup>69</sup>. Proprio la diffusa pluralizzazione delle forze politiche alla Camera ha determinato, nella seconda metà degli anni '90, l'incontenibile crescita del gruppo misto<sup>70</sup>, che ha reso necessario stabilire, con la riforma regolamentare del 1997, che esso possa dividersi in componenti politiche diverse<sup>71</sup>, con una soglia

<sup>67</sup> La disposizione è stata eliminata dalla riforma del regolamento del Senato del 2017, della quale si dirà nelle pagine successive.

<sup>68</sup> Benché raramente utilizzata nella fase maggioritaria, questa era ed è una possibile via attraverso la quale la fluidità del sistema dei partiti può riproporsi all'interno del parlamento, aggirando i requisiti generali che erano volti, invece, a contenerne gli effetti, così L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 86, che parlano di “riproporzionalizzazione” dell'esito maggioritario della competizione elettorale, grazie proprio alla possibilità di costituire una pluralità di gruppi.

<sup>69</sup> L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 87. Nel regolamento della Camera, completano la disciplina del gruppo misto l'art. 15.3 sulle attrezzature, l'art. 15 bis sull'organizzazione interna, gli artt. 83.1, 85.5 e 7, 116.3, 118 bis.4 e 125.2 sui poteri del gruppo misto e 132 sulla partecipazione alla Conferenza dei capigruppo. Per il Senato, invece, vale solo la disposizione generale dell'art. 14.4.

<sup>70</sup> L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 87, ricordano che nella XIII legislatura (1996-2001) il gruppo misto conteneva quasi 100 deputati.

<sup>71</sup> Nel regolamento del Senato non è contenuta una previsione analoga e le componenti politiche del gruppo misto sono citate solo all'art. 156 bis.1, che riconosce ai presidenti dei gruppi parlamentari e ai “rappresentati delle componenti politiche del gruppo misto”, la possibilità di presentare interpellanze di gruppo, nel numero di una al mese. Ancora L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 88, ricordano che in un parere del 30/3/2004 la Giunta per il regola-



minima di 10 deputati e l'autorizzazione del Presidente della Camera<sup>72</sup>.

Si trattava di un ulteriore effetto della frammentazione politica e partitica esterna che si rifletteva sui gruppi parlamentari, non a caso proprio nella fase di piena operatività della formula elettorale *semimaggioritaria* delle leggi del 1993, che era stata introdotta, come visto in precedenza, per spingere i partiti ad aggregarsi. Questi, costretti già prima delle elezioni, all'interno delle due coalizioni nelle quali si perdeva la loro autonoma singolarità, tornavano ad affermarla successivamente, nella formazione dei c. d. gruppi in deroga, cioè con un numero di componenti inferiori a quello previsto dal regolamento, e, soprattutto, nella varietà delle diverse componenti del gruppo misto<sup>73</sup>.

A sostenere ulteriormente questo assetto molteplice del quadro politico all'interno della Camera, si aggiunge poi la previsione dell'art. 14.5 R. C., che introduce la possibilità di costituire all'interno del gruppo misto componenti politiche con almeno 3 deputati, e dunque meno di 10, purché “rappresentino un partito o un movimento politico la cui esistenza, alla data di svolgimento delle elezioni per la Camera dei deputati, risulti in forza di elementi certi ed inequivoci, e che abbia presentato, anche congiuntamente con altri, liste di candidati ovvero candidature nei collegi uninominali”<sup>74</sup>. Dunque, i benefici effetti di ricomposizione e di aggregazione prospettati dal sistema elettorale misto del 1993 e poi da quello proporzionale corretto del 2005 e del 2015 venivano così mitigati, se non del tutto annullati, restituendo all'assetto politico italiano la sua risalente e consueta natura frammentata.

#### 4. *La frammentazione dei gruppi parlamentari all'interno del Parlamento*

Come si è visto, l'assetto del sistema dei partiti nel corso della storia repubblicana ha proiettato il proprio riflesso all'interno del Parlamento, conformando il numero e la dimensione dei gruppi parlamentari.

---

mento del Senato ha escluso espressamente la possibilità di dare riconoscimento alle componenti politiche del gruppo misto.

<sup>72</sup> La rilevanza del gruppo misto alla Camera era diventata tale che con la riforma del 1997 è stato aggiunto l'art. 15 bis, che disciplina la composizione degli organi direttivi del gruppo misto, richiamando quanto previsto dall'art. 15 per i gruppi in generale, e prescrivendo che essi rispecchino “le varie componenti politiche del medesimo gruppo”. In base a ciò viene assicurato che i membri delle diverse componenti politiche, una volta eletti, siano in grado di rappresentare “la componente alla quale appartengono nei rapporti con gli altri organi della Camera”. Inoltre, questo carattere deve conformare le deliberazioni di competenza del gruppo misto, che vanno assunte “tenendo proporzionalmente conto della consistenza numerica delle componenti politiche in esso costituite”. Nel regolamento del Senato non vi sono previsioni di analogo contenuto.

<sup>73</sup> Si veda R. BIN, *Rappresentanza e parlamento*, cit., 3 ss., e S. MERLINI, *Natura e collocazione dei gruppi parlamentari in Italia*, in, *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il caso italiano*, a cura di S. Merlini, Torino, 2004, 3 ss.

<sup>74</sup> La disposizione si chiude con una previsione relativa alla componente del gruppo misto destinata ad accogliere i deputati appartenenti alle minoranze linguistiche.

In particolare, alla Camera dei deputati si registra un andamento pressoché costante nel numero dei gruppi parlamentari per le prime dieci legislature: 11 gruppi nella I legislatura, 8 nella II, 9 nella III, V e VIII, 10 nella IV, nella VII e nella IX, 7 nella VI e 11 nella X. Nell'XI legislatura, l'ultima con il sistema elettorale interamente proporzionale vigente fin dagli anni cinquanta, i gruppi sono stati 13, in numero superiore rispetto alle legislature passate. Riguardo alla consistenza del gruppo misto, si può osservare come esso contenesse circa 30 unità nelle prime tre legislature (33, 32, 31), sia sceso ad una ventina nelle due legislature successive (22, 20), si sia ulteriormente ridotto nella VI (11) e nella VII (15), per poi crescere di poco nell'VIII (28), di più nella IX (50) e nella X (45), riducendosi nuovamente nell'XI a 21 unità, forse in relazione alla crescita del numero dei gruppi parlamentari, giunto a 13. La XII legislatura rappresenta un momento di transizione, poiché sembrano prodursi subito, pur se nel limitato biennio della sua durata (1994-1996), gli effetti "contenitivi" del nuovo sistema elettorale *semimaggioritario*, introdotto con le leggi n. 276 e n. 277 del 1993. Infatti, la nuova formula elettorale sembra incidere sul numero dei gruppi parlamentari, che scendono a 10, rispetto ai 13 della precedente legislatura. Diversamente accade però per il gruppo misto, che vede crescere il numero dei suoi componenti di quasi cinque volte, giungendo a 99.

Questo assetto si consolida nella XIII legislatura, nella quale può ritenersi entrato a regime il nuovo sistema elettorale; qui il numero dei gruppi di ferma a 11, ma quello dei membri del gruppo misto sale sensibilmente a 148. Su questa consistente crescita possono avere inciso almeno due fattori. Da una parte la riforma del regolamento della Camera del 1997, che prevedeva la possibilità di formare, all'interno del gruppo misto, componenti politiche autonome, purché composte da almeno 10 deputati (art. 14.5 R. C.). Tale criterio veniva poi ammorbidito ammettendo anche la presenza di componenti di numero inferiore, purché con almeno 3 deputati, che "rappresentino un partito o un movimento politico la cui esistenza, alla data di svolgimento delle elezioni per la Camera dei deputati, risulti in forza di elementi certi ed inequivoci, e cha abbia presentato, anche congiuntamente con altri, liste di candidati ovvero candidature nei collegi uninominali"<sup>75</sup>. L'effetto che si è prodotto è stato, appunto, quello di un aumento significativo dei membri del gruppo misto, 148, distribuiti in ben 16 diverse componenti politiche.

Dall'altra parte può richiamarsi anche l'esito della nuova formula elettorale che era stata introdotta con l'obiettivo di semplificare il quadro politico e di ridurre il numero dei partiti. Questi risultavano ora racchiusi all'interno delle due coalizioni di centro destra e di centro sinistra e si distribuivano dentro la Camera in soli 11 gruppi parlamentari. Ma questo risultato era però apparente, poiché,

---

<sup>75</sup> Un'unica componente interna al gruppo misto, con un minimo di tre deputati, è quella delle minoranze linguistiche.



come già ricordato, la frammentazione politica veniva solo *nascosta* nelle due coalizioni e nel ridotto numero dei gruppi parlamentari espressione dei partiti, ma tornava alla luce con tutto il suo vigore nella molteplicità delle componenti politiche del gruppo misto e nell'elevato numero dei suoi aderenti. In sostanza, quella tendenza alla pluralizzazione delle identità politiche, prima collocata nei partiti e poi nei gruppi parlamentari, non potendo più essere da questi accolta, si trasferiva nelle articolazioni interne del gruppo misto.

L'andamento delle legislature successive dà conferma del nuovo equilibrio interno alla Camera, con un numero di gruppi che oscilla da 7 (XIV e XVI) a 13 (XV), per fermarsi a 11 nella XVII legislatura. Sulla stessa linea si pone la composizione del gruppo misto, che va da 88 membri con 10 componenti politiche nella XIV legislatura, a 110, ancora con 10 componenti politiche nella XV legislatura, a 94 con 15 componenti nella XVI, per approdare, infine, a 127 con 14 componenti politiche nella XVII. Su questo sviluppo non sembra avere inciso sensibilmente la modifica del sistema elettorale della l. n. 270/2005, mostrando che il carattere proporzionale della nuova formula risultava pienamente addomesticato dai forti correttivi del premio di maggioranza e dalla clausola di sbarramento, mantenendosi in concreto una dinamica di natura maggioritaria.

La XVIII legislatura, iniziata nel 2018, è stata caratterizzata da una nuova legge elettorale che, come già ricordato, ripropone un sistema misto, ma questa volta a prevalenza proporzionale. La ridotta componente maggioritaria può forse spiegare perché ad avvio della legislatura i gruppi siano *solo* 6 ed il gruppo misto conti *solo* 23 iscritti<sup>76</sup> e 6 componenti politiche: quasi a volere suggerire che il carattere proporzionale della formula elettorale permette alla pluralizzazione politica di trovare espressione diretta nei partiti e nei gruppi, senza bisogno di scaricarsi, come avveniva in passato, all'interno del gruppo misto e delle sue plurime componenti.

Per quanto riguarda il Senato, prima della riforma regolamentare del 2017, nella continuità della formula proporzionale, e cioè fino all'XI legislatura (1992-1994), il numero dei gruppi parlamentari si muove da un minimo di 4 nella III legislatura, a 7 (I, II e VIII), ad 8 (IV, V, VI e IX), fino a un massimo di 9 nella VII, X e nell'XI<sup>77</sup>. La consistenza del gruppo misto varia dai 33 membri della I legislatura, agli 11 della II, ai 28 della III, ai 10 della IV e dell'VIII, agli 8 della V e della VI, ai 13 della VII, ai 15 della IX, ancora ai 12 della X, fino ai 23 dell'XI. Con l'eccezione della I legislatura, nella quale si ritrovano, come visto, 7 gruppi

<sup>76</sup> Cui si aggiungono due deputati non iscritti ad alcuna componente.

<sup>77</sup> Al Senato si può osservare, in particolare, che, quando il numero dei gruppi parlamentari è più basso all'inizio della legislatura, ad es. nella III con 4, si formano nuovi gruppi successivamente, per arrivare alla media di 7-8, con quindi 3 gruppi formati in corso di legislatura; così anche per la IV legislatura, partita con 6 gruppi e arrivata alla fine con 2 nuovi gruppi; per la V, con 7 gruppi iniziali cui se ne aggiunge 1, per la VII, con 6 gruppi all'avvio e 3 in aggiunta, per l'XI con 7 più 1, per la X, con 8 più 1 e per l'XI, con 7 più 2.

e un gruppo misto di 33 membri, dalla II legislatura si può individuare una relazione inversa tra il numero dei gruppi e quello dei componenti del gruppo misto, riscontrandosi, in generale, una consistenza di quest'ultimo che si colloca tra 10-15 unità in presenza di 7-9 gruppi e di 28 unità in presenza dei soli 3 gruppi della III legislatura.

Si tratta, in alcuni casi, di gruppi presenti sin dall'inizio della legislatura (I, II, III, VI e VIII) o formati successivamente, come nel caso della IV, con 4 gruppi, della V con 1, della VIII con 3 e della IX e X ancora con 1. È probabile che la costituzione di gruppi parlamentari durante la legislatura rispondesse all'esigenza di dare corpo dentro il parlamento alla pluralizzazione del quadro politico che andava definendosi all'esterno.

Un cambiamento di rilievo si osserva nell'XI legislatura, nella quale a fronte di un numero di gruppi parlamentari pari a 9, cui in passato si era accompagnato un gruppo misto con un massimo di 15 membri, si registra un aumento degli stessi fino alle 23 unità, confermando, come già per la Camera, il carattere di legislatura di transizione. L'avvento del sistema elettorale *semimaggioritario* nel 1993 produce in una prima fase un incremento del numero dei gruppi rispetto al passato, che sono 12 nella XII legislatura e 13 nella XIII, con un gruppo misto rispettivamente di 19 e 15 membri; si torna poi a 8 gruppi nella XIV, ma con un gruppo misto di 23 membri e a 10 gruppi nella XV, con un gruppo misto di 24. Ciò dà prova di quell'andamento, cui si è fatto cenno, di proporzionalità inversa tra il numero dei gruppi parlamentari e quello dei componenti del gruppo misto, con, peraltro, la quasi costante creazione di gruppi successivi all'inizio della legislatura (XII, XIII e XV). Anche in questo caso, all'interno del Senato si proiettava la frammentazione del sistema dei partiti, con la creazione di gruppi in corso di legislatura e l'incremento della consistenza del gruppo misto, più ampia se ridotto era il numero dei gruppi presenti. Questa frammentazione assume al Senato forme differenti dalla Camera, nella quale dalla XII legislatura operava la "valvola di sfogo" della formazione di componenti politiche diverse nel gruppo misto<sup>78</sup>. Nelle ultime due legislature precedenti quella attuale, cioè la XVI e la XVII, il numero dei gruppi parlamentari è stato rispettivamente di 9, di cui 4 formati successivamente, e di 14, di cui ben 8 successivi, con un gruppo misto di 20 componenti. Il rilevante aumento dei gruppi parlamentari nella XVII legislatura, insieme a quello dei componenti del gruppo misto, rappresenta, probabilmente, come già osservato per la Camera, l'espressione dell'insofferenza dei partiti alla formula elettorale della l. n. 270/2005, che è proporzionale solo in apparenza, dato l'effetto fortemente selettivo introdotto dai correttivi del premio di maggioranza e della clausola di sbarramento. Insofferenza che si trasferisce all'interno del Senato, producendo, appunto, spostamenti frequenti dei parlamentari da un gruppo ad un altro e creazione di nuovi gruppi. L'obiettivo di frenare e conte-

---

<sup>78</sup> Con un minimo di 10 o anche di 3 deputati, art. 14.5 R. C.

nere questi due fenomeni è alla base della riforma regolamentare del 2017, che ha trovato la sua prima applicazione nelle elezioni del marzo 2018, caratterizzate anche dall'utilizzo della nuova legge elettorale, n. 165/2017.

#### 4.1. *La nuova disciplina dei gruppi parlamentari nella riforma del regolamento del Senato del 2017*

La riforma del regolamento del Senato approvata il 20 dicembre 2017 si colloca, come già evidenziato, nel quadro del tentativo di incidere sulla frammentazione politica e partitica attraverso la disciplina dei gruppi parlamentari. In particolare, l'intervento di riforma nel suo complesso sembra potersi legare all'esigenza di garantire la formazione in Senato di una maggioranza omogenea a quella dell'altra Camera<sup>79</sup> e soprattutto di assicurare la corrispondenza tra le forze politiche effettivamente partecipi della competizione elettorale e quelle presenti all'interno dell'Assemblea<sup>80</sup>.

Sotto questo profilo, il novellato testo regolamentare<sup>81</sup> introduce nuovi e più

<sup>79</sup> Si veda l'esito della prima applicazione della legge n. 270/2005 nella XV legislatura (2006-2008).

<sup>80</sup> Su questo aspetto A. CARBONI, E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3 gennaio 2018, 2 ss., che fanno riferimento agli eventi della XVII legislatura e G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione: spunti e prospettive tra non più e non ancora*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15 aprile 2019. Si vedano anche M. MANETTI, *Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell'assetto politico parlamentare* e E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 1, 2018, N. LUPO, *La riforma del (solo) Regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura* e T. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 1, 2018, e n. 7, 2018. In generale sulla revisione dei regolamenti parlamentari si richiamano, tra gli altri, S. CURRERI, *Le riforme regolamentari possibili*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 13 ottobre 2008, A. SAITTA, *Sulle proposte di modifica dei regolamenti parlamentari ad inizio di XVI legislatura*, in *Rass. parlam.*, n. 4, 2008, 871 ss., N. LUPO, G. PERNICIARO, *Riforma del regolamento del Senato: un approccio bipartisan, ma ancora non sufficientemente organico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2012, *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, Roma, 2009.

<sup>81</sup> A. CARBONI, E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma*, cit., 1 ss., evidenziano come la riforma del 2017 sia in assoluto la più corposa del regolamento del Senato, abbracciando ben 59 articoli. Ricostruendo il percorso della riforma gli Autori mettono in luce la particolarità del procedimento adottato, nel quale, sulla base della previsione dell'art. 167 R. S., si è proceduto alla concentrazione delle modifiche in 4 articoli, configurati come "complesso normativo organico". Tale articolato era peraltro frutto di un decalogo (10 ss.) sottoposto alla Giunta per il regolamento dalla Presidenza del Senato, sul quale si era raggiunta una immediata e generale condivisione. Sul punto anche P. DE LUCA, *Il nuovo Regolamento del Senato: come si è arrivati a questo punto?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) 19 marzo, 2018, 6 ss. La formulazione delle disposizioni era stata poi affidata ad un Comitato ristretto, formato dai membri di gruppi di FI, Mov. 5 stelle, Lega e PD, che aveva concentrato l'attenzione e il conseguente dibattito solo sui punti controversi. L'aspetto della condivisione dei contenuti dei testi di riforma dei regolamenti parlamentari è richiamato da G. RIVISECCHI, *Le proposte di riforma dei regolamenti parlamentari nella XVI legislatura: ovvero, di una male intesa (e*

stringenti criteri per la costituzione dei gruppi parlamentari, allo scopo di contenere la loro proliferazione e di limitare i movimenti dei senatori da un gruppo all'altro, cioè il c. d. transfughismo parlamentare<sup>82</sup>, che tanto ha interrogato la dottrina<sup>83</sup>. Non può tacersi, in proposito, come la scelta di irrigidire le modalità di formazione e di composizione dei gruppi parlamentari debba confrontarsi con la presenza nell'ordinamento costituzionale del divieto di mandato imperativo, sancito dall'art. 67 Cost.<sup>84</sup>. Ciò pone il problema di assicurare il non facile

---

*smemorata*) interpretazione del principio maggioritario, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, cit., 291 ss., che lo collega alla funzione *conciliativa* dei regolamenti parlamentari. Secondo l'Autore, nel procedimento di revisione occorre dare espressione agli artt. 64 e 72 Cost., che fanno dei regolamenti parlamentari un atto *partecipato*, nel quale si definisce l'indirizzo politico e che richiede, pertanto, l'adesione di un'ampia maggioranza di gruppi. Il regolamento parlamentare, infatti, nel complesso assetto della nostra forma di governo, appare come l'unica fonte che può assolvere una "funzione unificante" (292) all'interno del parlamento, facendosi strumento di "aggregazione e unificazione", e di prosecuzione in parlamento del "dialogo Costituente". Sulla natura di "fonte patto" dei regolamenti parlamentari, si veda anche R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti del diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in *www.federalismi.it*, 9 settembre, 2018, 7 ss., E. GIANFRANCESCO, *La riforma dei regolamenti parlamentari all'intersezione tra forma di stato e forma governo*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, cit., 235, indica la centralità del regolamento parlamentare nel sistema costituzionale e la sua capacità unificante, insieme a quella di "rispecchiamento dei rappresentati nei rappresentanti", che lo pone "all'intersezione tra la forma di governo e la forma di stato" (236). In proposito rileva l'idea che il regolamento parlamentare formalizzi in un testo scritto quell'insieme di prassi parlamentari, pareri espressi dalla Giunta per il regolamento, procedure sperimentate in casi singoli, che si sono consolidate nell'esperienza dell'attività parlamentare e, dunque, assuma una natura "pretoria" e "incrementale" e, per questo, in grado di conferire alle sue disposizioni efficacia concreta (ancora P. DE LUCA, *Il nuovo Regolamento del Senato*, cit., 2). L'Autrice richiama l'art. 16.3 R. C., che esprime proprio questo aspetto, affermando che le modifiche e le aggiunte al regolamento proposte all'Assemblea dalla Giunta siano quelle che "l'esperienza dimostri necessarie". Si veda anche L. CIAURRO, *Verso una nuova codificazione delle regole parlamentari*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, cit., 223 ss., 226, e G. RIVISECCHI, *Le proposte di riforma dei regolamenti parlamentari*, cit., 290.

<sup>82</sup> Si tratta delle misure "antiframmentazione" e antitrasformismo". Infatti, l'esperienza della formula *semimaggioritaria* degli anni '90 e quella della formula proporzionale molto corretta degli anni 2000 hanno prodotto una consistente crescita degli episodi di spostamento di gruppo, espressione dell'insofferenza del nostro pluralizzato sistema politico verso la "camicia di forza" delle coalizioni dell'assetto bipolare. Sul punto A. PERTICI, *Semplificazione e razionalizzazione dell'organizzazione del funzionamento delle Camere nelle proposte di riforma dei regolamenti parlamentari della XVI legislatura*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, cit., 276 ss.

<sup>83</sup> Si richiamano, tra gli altri, P. RIDOLA, *La rappresentanza parlamentare tra unità politica e pluralismo*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 439 ss., S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, cit., 7 ss., L. CARLASSARE, *I rapporti controversi tra democrazia, rappresentanza e responsabilità*, in *Democrazia, rappresentanza e responsabilità*, a cura di L. Carlassare, Padova, 2001, 1 ss., e L. VERZICHELLI, *Cambiare casacca o della fluidità parlamentare*, in *Il Mulino*, 2, 2000, 273 ss.

<sup>84</sup> Si vedano per tutti D. NOCILLA, *Il libero mandato*, e R. BIN, *La disciplina dei gruppi parlamentari*, in AAVV, *Il Parlamento. Annuario 2000*, Atti del XV Convegno Aic, Firenze, 2001, 47 ss., 106, S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, cit., spec. Cap. I e II. M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi: le*

equilibrio tra la garanzia della libertà del parlamentare e l'esigenza di evitare da parte sue condotte opportunistiche, che possono minacciare la stabilità della maggioranza di governo<sup>85</sup>.

In questa prospettiva, il diffuso fenomeno del transfughismo induce ad una riflessione riguardo alla sua compatibilità con il divieto di mandato imperativo e richiede una lettura dello stesso che sia in armonia con il principio della rappresentanza politica, cui si informa il nostro peculiare sistema parlamentare, e con il ruolo centrale affidato dai Costituenti ai partiti politici<sup>86</sup>, consacrato nell'art. 49 Cost. Se il partito politico, infatti, rappresenta il luogo in cui si acquisiscono i diversi interessi della società plurale e quello in cui si deve produrre la loro sintesi, il parlamentare, che aderisce ad un partito e che viene eletto nelle sue liste, diviene mezzo per la realizzazione di questa sintesi all'interno del parlamento e, in quanto tale, resterà vincolato al partito cui appartiene, così come al suo indirizzo e al suo programma. Proprio per tale ragione, i regolamenti parlamentari obbligano ogni eletto a fare parte di un gruppo, che non potrà che essere quello *corrispondente* al partito nel quale egli ha scelto di candidarsi<sup>87</sup>. Dunque, pur nel pieno rispetto del divieto del vincolo di mandato, non può escludersi che il parlamentare risulti *legato* al partito, del quale sarà, come già ricordato, necessario strumento di azione dentro le aule parlamentari.

In questo quadro, il nuovo testo dell'art. 14 R. S. esordisce confermando il

---

*proposte di modificazione dei regolamenti parlamentari*, in *La riforma dei regolamenti parlamentari*, a cura di E. Gianfrancesco, N. Lupo, cit., 31 ss, 46-47, evidenzia la necessità di una lettura del mandato imperativo alla luce del principio di sovranità popolare, entrambi componenti della modalità con cui la Costituzione disegna il circuito rappresentativo. L'Autore per tale ragione giunge a prospettare l'idea che il divieto di mandato imperativo si concili pienamente con l'obbligatoria appartenenza del parlamentare ad un gruppo, a sua volta espressione di un partito politico, al quale la Costituzione stessa ha affidato il ruolo di formazione-espressione della sovranità popolare. Dubbi sulla compatibilità tra i nuovi criteri di formazione dei gruppi parlamentari al Senato e il divieto di mandato imperativo sono espressi da R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere*, cit., 14.

<sup>85</sup> A. CARBONI. E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma*, cit., 13. In effetti il transfughismo parlamentare nella XVII legislatura ha prodotto ben 548 trasferimenti di gruppo ed una crescita esponenziale del numero dei gruppi, specie nella seconda parte della legislatura. Si sono infatti aggiunti ai 6 gruppi iniziali ben 8 nuovi: Alleanza liberalpopolare-Autonomie, Articolo 1- Movimento democratico e progressista, Conservatori, Riformisti italiani, Federazione della Libertà (Idea-Popolo e Libertà, PLI), Grandi Autonomie e Libertà, Nuovo centrodestra, Noi con l'Italia e Scelta Civica con Monti per l'Italia, si veda sul punto anche A. IORFIDA, *Il nuovo regolamento del Senato: prime istruzioni per l'uso*, in *www.osservatorioaic.it*, 1, 2018.

<sup>86</sup> Si veda S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, cit., 85 ss., 99.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 116. Secondo l'Autore, in sostanza, il divieto di mandato imperativo nel sistema parlamentare italiano deve operare verso gli elettori, rispetto alle cui istruzioni il parlamentare non è vincolato; ma deve operare in modo attenuato verso il partito, o meglio il suo programma, che l'eletto è chiamato ad attuare (p. 104). Il tal senso, sull'eletto grava un "mandato politico generale", che circoscrive il suo operato, così anche M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi*, cit., 37-39.

generale obbligo dei senatori di adesione<sup>88</sup> ad un gruppo parlamentare<sup>89</sup>. Riguardo ai requisiti per la costituzione del gruppo, il comma 4 dell'art. 14 ripropone il criterio numerico di almeno 10 senatori, ma lo abbina alla necessità che il gruppo stesso rappresenti un partito o un movimento politico, anche frutto dell'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia partecipato alle elezioni del Senato con propri candidati, sotto lo stesso contrassegno, candidati che devono essere stati effettivamente eletti. Emerge qui l'esigenza, in primo luogo, di legare l'identità del gruppo a quella del partito o movimento che si è presentato alle elezioni, riconfermando l'idea che il primo rappresenti una proiezione del secondo e rafforzando il legame tra di essi<sup>90</sup>.

La disposizione prende poi in considerazione il caso di partiti politici che abbiano presentato insieme liste di candidati con lo stesso contrassegno. In questa ipotesi è possibile formare un *solo* gruppo parlamentare, "che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici" (art. 14.4 R. S.): viene così confermata la relazione tra l'eventuale raggruppamento di formazioni sotto lo stesso contrassegno, definito per la competizione elettorale, e il gruppo parlamentare che verrà costituito in Senato, che deve *corrispondere* al primo. E può ritenersi ricollegabile all'esigenza di evitare la proliferazione dei gruppi in generale la circostanza che in questo caso si possa costituire un *solo* gruppo. L'art. 14.4 R. S. parla poi di gruppi *autonomi*, formati da un minimo di 10 senatori, che tuttavia devono corrispondere a singoli partiti o movimenti politici che si sono presentati alle elezioni *uniti* o *collegati*. Si tratta di una innovazione volta a contenere la creazione dei *gruppi in deroga*, che non potranno più essere autorizzati dal Consiglio di Presidenza senza condizioni, ma solo se rispettino la soglia prescritta<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Formulata con una dichiarazione espressa entro 3 giorni dalla proclamazione o dalla nomina, art. 14.3 R. S.

<sup>89</sup> Da questo obbligo sembra non siano esenti i senatori a vita, indipendentemente dalla natura della loro nomina, benché essi possano dirsi dotati di una *legittimazione autonoma* rispetto agli altri.

<sup>90</sup> E. GIANFRANCESCO, *La riforma dei regolamenti parlamentari*, cit., 246, solleva il dubbio che imponesse una simile corrispondenza, sì giustificata sul piano della "aspirazione stabilizzatrice della forma di governo", possa però scontrarsi con il ruolo dell'assemblea parlamentare quale riflesso della società. In particolare, l'Autore mette in evidenza come il principale criterio per la formazione di un gruppo nei regolamenti sia quello numerico, che l'Autore definisce "criterio di razionalizzazione "neutro" della distribuzione dei parlamentari in gruppi", dovendosi dare al criterio della corrispondenza del gruppo al partito politico solo la funzione di "correttivo per evitare eccessi di frammentazione e non già quale regola principale". Sul punto anche M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi*, cit., 31 ss., che, riguardo alla costituzione dei gruppi parlamentari, configura il criterio numerico-quantitativo come garanzia del buon andamento dei lavori parlamentari e quello politico-qualitativo come garanzia della rappresentatività. I due criteri sono stati però ampiamente diluiti, indebolendo il loro utilizzo combinato ai fini del contenimento della frammentazione politica.

<sup>91</sup> A. CARBONI, E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma*, cit., 15. Unica eccezione ammessa è quella delle minoranze linguistiche, i cui senatori di appartenenza possono dare vita ad un gruppo con un minimo di 5 componenti (art. 14.4 R. S.). Previsione di chiusura è, infine, quella che assegna



Il successivo comma 6 dell'art. 14 riprende la previsione del vecchio testo, relativa al caso di riduzione a meno di 10 unità del numero dei componenti di un gruppo regolarmente costituito. In questo caso è adesso previsto che sia dichiarato lo scioglimento del gruppo e che i senatori suoi componenti indichino, entro tre giorni, a quale altro gruppo intendano aderire o, in mancanza di apposita opzione, che essi siano assegnati al gruppo misto. Risulta, pertanto, esclusa la possibilità, presente in precedenza<sup>92</sup>, di autorizzare, da parte del Consiglio di Presidenza, la costituzione di gruppi con un numero di senatori minore di 10 ma almeno uguale a 5, espressione di un partito o movimento politico che avesse presentato proprie liste di candidati con lo stesso contrassegno in almeno 15 regioni e avesse ottenuto l'elezione di senatori in almeno 3 regioni. In sostanza, in continuità con il citato obiettivo di arginare la proliferazione dei gruppi parlamentari, le modifiche della loro composizione, che determinino la riduzione di consistenza sotto la soglia di 10 componenti, non permettono che il gruppo sopravviva per la restante parte della legislatura, obbligando alla *ricollocazione* dei suoi membri all'interno dei gruppi già esistenti o del gruppo misto.

Un'attenzione particolare alla costituzione del gruppo e alle sue vicende è poi dedicata dall'art. 15 bis R. S., che, nel nuovo testo, richiede apposita comunicazione alla Presidenza del Senato della denominazione del gruppo e delle successive variazioni, oltre all'elenco dei componenti, all'indicazione delle nomine del o dei vicepresidenti e di ogni variazione della composizione del gruppo<sup>93</sup>.

Ulteriore misura che potrebbe avere positivi effetti sul contenimento del numero dei gruppi parlamentari è quella dell'art. 15.3 R. S., che, eliminando la

---

al gruppo misto i senatori che non abbiano aderito ad alcun gruppo costituito.

<sup>92</sup> Attraverso il rinvio al vecchio testo dell'art. 14.5 R. S. "Il Consiglio di Presidenza può autorizzare la costituzione di Gruppi con meno di dieci iscritti, purché rappresentino un partito o un movimento organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno, in almeno quindici regioni, proprie liste di candidati alle elezioni per il Senato ed abbia ottenuto eletti in almeno tre regioni, e purché ai Gruppi stessi aderiscano almeno cinque Senatori, anche se eletti con diversi contrassegni".

<sup>93</sup> Previsioni già presenti nel vecchio testo. Tale disciplina va letta in connessione con il successivo art. 16 bis.10, relativo alla gestione contabile e finanziaria dei gruppi. Qui si prescrive innanzitutto che gli eventuali avanzi di gestione contabile del gruppo, non rinnovato nella nuova legislatura, debbano essere restituiti al bilancio del Senato. Se, invece, il gruppo venga ricostituito, potrà subentrare nel patrimonio del gruppo presente nella passata legislatura. La disposizione, tuttavia, precisa che debba considerarsi come *ricostituito* "in ogni caso anche" quel gruppo parlamentare che nella legislatura successiva "assuma una denominazione parzialmente diversa" da quella posseduta in precedenza (previa intesa tra i rispettivi presidenti dei due gruppi). La comunanza, anche solo parziale, delle denominazioni, infatti, configura una relazione di continuità tale da potere ritenere che il primo abbia mantenuto e trasmesso la propria identità al secondo, e, con essa, la possibilità di disporre dei fondi residui. Obiettivo della disposizione è quello di incentivare la ricostituzione di gruppi da una legislatura all'altra, garantendo una dimensione di omogeneità, se non di piena corrispondenza, nell'assetto dei gruppi lungo l'arco di più legislature, si vedano A. CARBONI, E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma*, cit., 15-16.

possibilità di costituire nuovi gruppi nel corso della legislatura, prima contemplata in via generale, la ammette soltanto se gli stessi siano frutto dell'unione di gruppi esistenti. Quindi, la creazione di un nuovo gruppo a legislatura iniziata potrà essere solo la risultante della fusione di gruppi già formati, producendosi in tal caso non un incremento del loro numero ma, semmai, una riduzione dello stesso<sup>94</sup>.

L'effetto della nuova disciplina dei gruppi parlamentari può essere poi valutato in riferimento agli organi interni al Senato. Ad esempio, nel caso della Giunta per il regolamento, che è presieduta dal Presidente del Senato ed è ora composta da 10 senatori, "in modo che si rispecchiata, per quanto possibile, la proporzione esistente in Assemblea tra tutti i gruppi parlamentari" (art. 18.1 R. S.): a tale scopo essa può essere integrata dal suo presidente, "appreziate le circostanze e udito il parere della Giunta", con un massimo di 2 membri, "al fine di assicurare una più adeguata rappresentatività" (art. 18.2 R. S.)<sup>95</sup>. Lo stesso può dirsi riguardo alle commissioni permanenti, per la cui formazione si prescrive che venga rispettata non solo la proporzione "esistente in assemblea" tra tutti i gruppi parlamentari, ma anche "il rapporto tra maggioranza e opposizione" (art. 21.3 R. S.). Entrambe le disposizioni possono essere lette nella prospettiva di evitare che eventuali spostamenti di gruppo, operati dai senatori in corso di legislatura, possano incidere sugli equilibri interni degli organi parlamentari, compromettendone la composizione politica rispetto a quella dell'Assemblea e la connessa funzionalità.

Dal testo di riforma della disciplina dei gruppi parlamentari al Senato sembra, dunque, possibile ricavare le coordinate di un percorso, tracciato attraverso i regolamenti parlamentari, per una riduzione della frammentazione del sistema dei partiti italiano.

Di questo percorso, come si è evidenziato, visibile traccia è, innanzitutto, la previsione della necessaria corrispondenza tra gruppo parlamentare e gruppo o

---

<sup>94</sup> Con più specifico riferimento agli episodi di transfughismo all'interno del Senato, può richiamarsi la previsione dell'art. 13.1 R. S., che sancisce la decadenza dall'ufficio di vicepresidente e di segretario per quei senatori che, nel corso della legislatura, entrino a far parte di un gruppo parlamentare diverso da quello scelto al momento dell'assunzione del mandato, con la sola eccezione dei casi di cessazione del gruppo, da esso deliberata, o di scioglimento o di fusione con altri gruppi. Allo stesso modo, l'art. 27 bis.3 R. S. dispone analoga decadenza per tutti i componenti dell'Ufficio di Presidenza, fatte salve sempre le ipotesi di cessazione del gruppo dallo stesso deliberata o di scioglimento o fusione con altri gruppi. Le due disposizioni si pongono nell'ottica della garanzia della stabilità dell'Ufficio di Presidenza nel suo complesso, evitando che eventuali mutamenti interni alle forze politiche si riflettano negativamente sulla struttura della Presidenza dell'Assemblea.

<sup>95</sup> A. CARBONI, E. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma*, cit., 17-18. I due Autori considerano la previsione particolarmente opportuna, data la situazione verificatasi nella XVII legislatura, nella quale, a causa degli spostamenti di senatori tra gruppi, la componente dell'opposizione aveva avuto la prevalenza nella composizione dell'organo.



movimento politico<sup>96</sup> che abbia presentato liste di candidati alle elezioni (art. 14.4 R. S.); ma anche la prescrizione dello scioglimento del gruppo parlamentare che nel corso della legislatura, riduca il numero dei propri componenti sotto le 10 unità (art. 14.6 R. S.); o ancora la limitazione della costituzione di nuovi gruppi, a legislatura iniziata, solo ai casi di fusione di gruppi già esistenti (art. 15.3 R. S.).

La combinazione di questi interventi di revisione potrebbe produrre l'effetto di ridurre la proliferazione dei gruppi parlamentari, cercando di assicurare che l'assetto politico disegnato dall'esito delle elezioni non venga alterato, se non stravolto, da cambiamenti successivi, che, maturati all'interno dei partiti, vengono poi a scaricarsi sui gruppi dentro il parlamento.

Allo stesso modo, la scelta di porre un argine alla creazione di nuovi gruppi diversi da quelli originariamente costituiti (e ciò tanto nel rispetto della soglia fissata, quanto sotto di essa) può andare nella direzione di spingere i partiti a contenere la loro tendenza alla divisione e alla scissione, poiché queste rimarrebbero solo interne al partito. Mancherebbe, infatti, la possibilità di dare alle stesse un riscontro *formale*, attraverso la formazione di un nuovo gruppo parlamentare, e di riproporla così all'interno dell'assemblea.

##### 5. *Gli effetti del voto del 2018. Alcune considerazioni di chiusura*

L'esito delle elezioni del 2018 ha reso visibile l'assetto ormai tripolare del sistema politico italiano. I nuovi e più stringenti criteri del regolamento del Senato per la costituzione dei gruppi parlamentari sembrano aver arginato la fluidità del recente passato, producendo, a circa un anno dell'inizio della XVIII legislatura, un'articolazione dell'assemblea strutturata su 6 gruppi e con un gruppo misto di soltanto 14 membri<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> La corrispondenza tra i gruppi parlamentari e le formazioni che si sono presentate alle elezioni veniva messa in evidenza già nella precedente legislatura da S. CECCANTI, *La bozza di riforma del Regolamento della Camera non tocca i due aspetti chiave da riformare: disciplina dei gruppi e corsia preferenziale per il Governo in Parlamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 1, 2014. In proposito, si può ricordare come nella prima fase della storia repubblicana si registrasse una sostanziale e piena riconducibilità dei gruppi ai partiti, fondata sulla loro solida struttura e certa collocazione ideologica, su cui A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari*, cit., 25 ss. Successivamente, la destrutturazione del modello partitico e la proliferazione di nuove formazioni si è proiettata sui gruppi parlamentari, anch'essi sottoposti allo stesso trend di crescita numerica o a fenomeni di scomposizione caratterizzata dalla crescita del numero dei componenti del gruppo misto e dalla sua divisione, alla Camera, in componenti politiche autonome. Si veda M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi*, cit., 33-34, che evidenzia anche il legame tra la formula elettorale e la frammentazione politica e, di rimbalzo, tra questa e quella dei gruppi parlamentari.

<sup>97</sup> Gruppi parlamentari  
XVIII Legislatura (dal 23 marzo 2018)  
Composizione dei Gruppi parlamentari  
Forza Italia-Berlusconi Presidente, 61

Sicuramente la scelta di legare la formazione dei gruppi, oltre che al consolidato criterio numerico, anche al necessario legame con un partito o movimento politico presente alle elezioni (art. 14.4 R. S.), ha prodotto un effetto di semplificazione e di snellimento, riportando il numero dei gruppi alle cifre dell'era del proporzionale ed allontanandolo dall'aspetto patologico raggiunto nella precedente legislatura, nella quale si contavano 14 gruppi parlamentari, di cui ben 8 formati successivamente al suo inizio. Questo esito, come già ricordato, può essere ricollegato tanto alle “costrizioni” subite dai partiti per effetto della dinamica maggioritaria, quanto alla trasmissione ai gruppi parlamentari della progressiva e continuata variazione degli equilibri politici originari.

Tuttavia, le elezioni del 2018 hanno definito alla Camera un assetto analogo a quello del Senato: nella prima, infatti, egualmente, sono presenti 6 gruppi parlamentari e il gruppo misto, con 24 aderenti, è articolato in sole 6 diverse componenti politiche<sup>98</sup>.

Di certo la Camera non ha conosciuto modifiche recenti della disciplina regolamentare dei gruppi parlamentari e i criteri per la loro costituzione, risalenti al 1997, facevano già riferimento al legame tra il gruppo e un partito presente alle elezioni, nel caso della formazione dei gruppi in deroga (art. 14.2 R. C.); e al legame tra il gruppo e un partito o movimento politico già esistente, “in forza di elementi certi ed inequivoci”, alla data di svolgimento delle elezioni e presente

---

Fratelli d'Italia, 18  
 Lega-Salvini Premier-Partito Sardo d'Azione, 58  
 MoVimento 5 Stelle, 107  
 Partito Democratico, 52  
 Per le Autonomie (SVP-PATT, UV), 8  
 Misto, 14  
 Totale, 318

<sup>98</sup> Cui si aggiungono 3 deputati non iscritti ad alcuna componente, alla data del 10 maggio 2019.

Composizione dei gruppi parlamentari:

Gruppo	Consistenza attuale
Forza Italia – Berlusconi presidente,	104
Fratelli d'Italia,	32
Lega – Salvini premier,	123
Liberi e uguali,	14
Movimento 5 stelle,	219
Partito Democratico,	112
Misto,	24
+Europa – Centro democratico,	3
Civica popolare-AP-PSI-Arena civica,	4
MAIE – Movimento associativo italiani all'estero,	3
Minoranze linguistiche,	4
Noi con l'Italia-USEI,	4
Sogno Italia-10 volte meglio,	3
Deputati non iscritti ad alcuna componente,	3
Totale,	628

con proprie liste o candidature nei collegi plurinominali, nel caso della formazione di componenti politiche interne al gruppo misto, con un minimo di 10 deputati (art. 14.5 R. C.). Tale disciplina non aveva impedito, come già evidenziato, la tendenziale crescita del numero dei gruppi e, soprattutto, del numero delle componenti del gruppo misto. La contrazione riscontrata va, quindi, spiegata con ragioni diverse.

In proposito, può in principio richiamarsi la nuova formula elettorale mista, che ha restituito prevalenza al sistema proporzionale, permettendo di porre fine alla *finzione* dell'ordine bipolare, realizzatosi in modo autentico forse solo per poche legislature, ma sostanzialmente infrantosi nella composizione frammentata e instabile delle coalizioni. In questo senso, la legge n. 165/2017 avrebbe solo permesso di fare emergere il tripolarismo già in atto, considerato più rispondente al quadro politico del Paese, tripolarismo che può ora più liberamente esprimersi, evitando di scaricarsi nella pluralizzazione delle componenti della coalizione e nella proliferazione dei gruppi parlamentari. Ma vi è un altro fattore che potrebbe aver giocato un ruolo importante: il carattere inedito e peculiare dell'alleanza di governo, fondata, come già ricordato, sull'accordo di soggetti politici antagonisti nella competizione elettorale. Entrambe le formazioni politiche al governo, infatti, sono consapevoli della necessità di mantenere pressoché inalterati gli equilibri di forza emersi dagli esiti delle elezioni, poiché variazioni consistenti e ripetute nella composizione dei gruppi parlamentari potrebbero rivelarsi pericolose per la stabilità della maggioranza di governo. Ciò potrebbe spiegare il minor numero dei gruppi parlamentari, quasi dimezzato rispetto alla precedente legislatura, nonché il minor volume di spostamenti finora registratisi da un gruppo all'altro o da questi al gruppo misto (e viceversa)<sup>99</sup>.

In sostanza, per la combinazione di questi fattori, l'avvio della XVIII legislatura presenta un quadro semplificato delle forze politiche, tanto all'esterno, quanto all'interno del parlamento, sintomo, forse, di un possibile cambiamento di rotta rispetto al passato, che possa condurre alla riduzione della eccessiva pluralizzazione politica<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Dati Camera, <http://www.camera.it/leg18/46>. Si tratta di considerazioni che potrebbero formularsi anche per il Senato, dove, però, gli effetti di contrazione troverebbero prima di tutto spiegazione nelle modifiche regolamentari.

<sup>100</sup> Guardando agli esiti delle elezioni svoltesi nella prima parte del 2019 in due paesi a regime parlamentare come il nostro, si può osservare una tendenza alla pluralizzazione del sistema politico. È ad esempio il caso dell'Inghilterra, nella quale le elezioni amministrative del maggio 2019 hanno prodotto un quadro politico più composito, che vede, accanto al crollo del partito Conservatore, la flessione di quello Laburista. In particolare, il partito conservatore ha perso ben il 44% dei *councillors*, (dati BBC), conseguenza soprattutto della pessima gestione da parte della *premier* Theresa May dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, fino alle dimissioni di fine maggio 2019; il partito laburista ha perso il 6% dei *councillors* (dati BBC). Inoltre, si è ormai consolidata la presenza dell'*UK Independence party*, si è registrata la crescita del partito *LibDem* e di quello *Green* e, infine, si è avuto il forte incremento degli indipendenti (l'*UKIP* ha comunque perso ben 245 *councillors* fermandosi a 31, i *LibDem* ne hanno con-

Sembra, tuttavia, troppo presto per immaginare un reale superamento dello scenario consueto di frammentazione e divisione che ha rappresentato, nell'arco di tutta la storia del parlamentarismo italiano, la cifra distintiva del suo sistema politico. Ma se di questa frammentazione si è in grado di cogliere il riflesso positivo, già intravisto all'inizio della storia repubblicana, e cioè la molteplicità e la diversità dei soggetti politici della comunità costituzionale, chiamati a confrontarsi e a dialogare pacificamente e permanentemente, si potrà allora anche scoprire come essa possa essere il *naturale* risolto di quel pluralismo voluto e difeso dai Costituenti, e dagli stessi configurato come presupposto della democrazia e antidoto alle sue degenerazioni e involuzioni. Una frammentazione, in sostanza, *virtuosa* e che può, a sua volta, farsi condizione per mantenere il pluralismo e per custodire, in un tempo così difficile ed incerto, la nostra democrazia repubblicana<sup>101</sup>.

---

quistati 706 (+10%), i Green 194 e gli indipendenti 604 (+2%), dati BBC). Per quanto nell'esperienza di questo Paese i risultati delle consultazioni locali non possano sovrapporsi a quelli delle consultazioni nazionali, resta il dato di una maggiore varietà del quadro politico. Considerazioni analoghe possono svolgersi riguardo alle elezioni politiche in Spagna dello scorso aprile, le seconde nel giro di tre anni, il cui esito allontana, forse in modo definitivo, il sistema politico spagnolo dal passato assetto bipolare. Accanto, infatti, al PSOE, che ha ottenuto 123 seggi e al PP che ha raggiunto 66 seggi, si collocano *Ciudadanos* con 57 seggi, *Unidos Podemos* (UP) con 42 e il più recente partito nazionalista *Vox* con 24. Altre tre formazioni potrebbero poi acquisire un peso nella costituzione della futura, incerta maggioranza, come Erc-Sobiranistes con 15 seggi, JxCAT-JUNTS con 7 e PNV (partito nazionalista basco) con 6 (Dati El País). Nelle elezioni del 2016 il PSOE aveva ottenuto 85 seggi, il PP 137 e UP 71; queste due le formazioni hanno, dunque, conseguito un risultato peggiore nelle elezioni del 2019.

<sup>101</sup> Al momento della consegna di questo lavoro, erano in corso le consultazioni del Presidente della Repubblica per la formazione di un nuovo governo, dopo le dimissioni del Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, avvenute il 20 agosto 2019, in esito alla presentazione di una mozione di sfiducia da parte della Lega, componente della maggioranza di governo. Il Presidente della Repubblica ha successivamente conferito allo stesso Conte l'incarico per la formazione del nuovo governo, il 29 agosto, governo che è stato nominato il 5 settembre e che si fonda sull'alleanza tra Movimento 5 stelle e PD. Si veda il saggio di A. RUGGERI, *La crisi del I governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 3, 2019.

### **Abstract**

Fragmented party system in Italy: nightmare or advantage for democracy?

by Laura Lorello

In building the newly-established democracy, the Authors of the Italian Constitution attributed a fundamental role to political parties. Therefore, the Italian political system comprises numerous political parties, often small in size, which have to coalesce to form a government majority. The resulting fragmented party system in Italy is generally considered a negative characteristic. Historically, it has been very difficult to reduce the number of political parties.

Many attempts were made to modify the electoral system, from proportional representation to majority rule during the last thirty years. More recently, further attempts have been made to introduce more restrictive rules to form a parliamentary group in the Senate (one of the two Houses of Parliament).

However, it can be said that the fact of having many parties is advantageous to the contemporary Italian and global contexts in preserving democracy from attrition, degeneration and self- destruction.

*Parole chiave:* frammentazione politica, sistema politico italiano, sistema elettorale.

*Keywords:* political fragmentation; italian political system; electoral system.



# L'eguaglianza di genere nelle pubbliche amministrazioni e nelle Università

di Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. La parità di genere nelle amministrazioni pubbliche. – 2. Le norme europee e l'applicazione giurisprudenziale delle Corti. – 3. L'evoluzione della normativa nazionale. – 4. Equilibri di genere negli organi di rappresentanza politica. – 5. Equilibri di genere nelle pubbliche amministrazioni. – 6. L'effettiva attuazione delle politiche di genere nelle pubbliche amministrazioni. – 7. La difficile parità di genere nelle Università e nei centri di ricerca. – 8. Incentivi del diritto europeo nel settore della ricerca. – 9. Piani di eguaglianza di genere in specifici progetti europei.

## 1. *La parità di genere nelle amministrazioni pubbliche*

Gli strumenti messi a disposizione dalla legislazione europea e nazionale per l'attuazione delle politiche di riequilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni possono essere ricondotti a due macro settori: da una parte, misure più “lievi”, basate sulla promozione delle pari opportunità attraverso formule incentivanti o di *moral suasion* (ad esempio, il concetto di *gender mainstreaming* compare in diverse raccomandazioni, comunicazioni e programmi anche non vincolanti), dall'altra, strumenti maggiormente coercitivi, come le *affirmative actions*, azioni positive<sup>1</sup>, che attribuiscono autoritativamente vantaggi diretti al genere meno rappresentato.

## 2. *Le norme europee e l'applicazione giurisprudenziale delle Corti*

La promozione della parità di genere è considerata un compito fondamentale dell'Unione Europea<sup>2</sup>: l'uguaglianza tra donne e uomini rappresenta un valore essenziale, uno degli obiettivi primari, nonché – come in più circostanze certificato dall'OCSE – un vettore di crescita economica.

Già nel Trattato di Roma del 1957, con una norma invero poco attuata,

---

<sup>1</sup> M. AINIS, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 582-601; M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN, C. PINELLI, Torino, 1996; A. SIMONATI, *La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività*, in *Nuove autonomie*, 2015, 361 ss.

<sup>2</sup> A. FERRARI ZUBINI, *Gli equilibri di genere nella normativa europea. Sviluppi e problemi*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*. Atti del XX Convegno di Copanello, 26-27 giugno 2015, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAIITA Padova, 2016, 137 ss.

veniva enunciato il principio di parità retributiva tra uomini e donne che svolgono lo stesso lavoro.

L'articolo 8 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea attribuisce all'Unione il compito di attuare a tutti i livelli il c.d. *gender mainstreaming*, la "integrazione della dimensione di genere" ed è senz'altro al diritto dell'Unione Europea che si deve il merito di aver portato all'attenzione degli Stati la necessità di promuovere l'attuazione dei principi delle pari opportunità e della valorizzazione delle differenze anche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. Il riferimento va innanzitutto alla direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo 2006/54/CE, ove si sottolinea l'importanza del ruolo propositivo che le pubbliche amministrazioni possono (e devono) svolgere per la promozione e la concreta realizzazione dei principi di pari opportunità e valorizzazione delle differenze nelle politiche del personale.

I diritti hanno bisogno di un giudice che li tuteli e li renda effettivi. Un ruolo significativo in materia di equilibri di genere è interpretato dalla Corte di giustizia. Una svolta storica per il principio di parità retributiva si ha con la sentenza *Defrenne II* dell'8 aprile 1976 che riconosce ad una *hostess* il diritto alla stessa retribuzione salariale degli *stewart*, ai sensi dell'art. 119 del Trattato<sup>3</sup>. Con la sentenza *Danfoss* del 17 ottobre 1989, la Corte ha sostenuto che, ove vi sia un dubbio su una possibile discriminazione salariale, è onere dell'imprenditore provarne l'eventuale infondatezza. Di conseguenza, il legislatore europeo ha emanato la direttiva 97/80, con la quale si concretizza l'inversione dell'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso. Infatti, spetta al convenuto provare che il principio di parità di trattamento non sia stato violato quando l'attore abbia prodotto dinanzi al giudice "elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta".

Il *gender mainstreaming*, istituzionalizzato con il Trattato di Amsterdam<sup>4</sup> del 1997, supera la concezione limitata al mero profilo retributivo, ampliando la visuale alla parità di trattamento delle complessive condizioni di lavoro ed oltrepassando la più ampia concezione lavoristica della *gender equality*, diventa un elemento trasversale, comune a tutte le politiche europee. Ancora più significativa la previsione del Trattato di Amsterdam che inserisce nel diritto originario le *affirmative actions*, aggiungendo il secondo paragrafo all'art. 3, secondo cui "L'azione della Comunità mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne".

Anche la Carta di Nizza, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contiene un'apposita enunciazione del principio di parità, ben delineando la

<sup>3</sup> M.P. MADURO, L. AZOULAI, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, in particolare S. O'LEARY, *Defrenne II Revisited*, 274 ss. e H. MUIR WATT, *Gender Equality and Social Policy after Defrenne*, 286 ss.

<sup>4</sup> P. MORI, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 317 ss.



distinzione tra la previsione programmatica di politiche di sostegno dell'uguaglianza tra uomini e donne “*in tutti i campi*” (art. 23, comma 1) e la predisposizione di “ *misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*” (art. 23, comma 2)<sup>5</sup>.

Il perimetro operativo delle *affirmative actions*, già previste nei Trattati, è stato progressivamente ampliato dalla Corte di giustizia. Nel famoso caso *Kalanke* (17 ottobre 1995, causa C-450/93) la legislazione nazionale è stata censurata perché introduceva sistemi di preferenza automatica per le donne nel pubblico impiego. Ma, successivamente, nel caso *Marshall* (11 novembre 1997, causa C-409/95) la Corte ammette la legittimità di una norma che impone al datore di lavoro di decidere le promozioni dando la precedenza alle donne, a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona del candidato di sesso maschile: la discrezionalità della decisione e la non automaticità è ciò che convince la Corte della legittimità della norma<sup>6</sup>.

Il programma attuale della Commissione europea in materia è stato condensato in un documento, denominato “*Impegno strategico per l'uguaglianza di genere 2016-2019*”, prevede un'assidua cooperazione tra la Commissione, le altre istituzioni europee, gli Stati membri e le parti interessate, nel quadro del “*Patto europeo per la parità di genere (2011-2020)*”<sup>7</sup> al fine di colmare il divario in materia di occupazione, retribuzioni, pensioni e processo decisionale, sradicare la violenza di genere, aiutare le vittime e promuovere l'uguaglianza di genere e i diritti delle donne in tutto il mondo. Il patto prevede anche impegni per affrontare le discriminazioni multiple, promuovere l'integrazione della dimensione di genere e garantire l'adozione di una prospettiva di parità di genere nei programmi di finanziamento UE successivi al 2020.

Di recente, anche il Consiglio d'Europa, con la “*Strategia per la parità tra uomini e donne 2018-2023*”, ha ribadito l'impegno dell'Organizzazione a rimuovere gli ostacoli che impediscono il raggiungimento dell'effettiva parità tra donne e uomini, tanto negli Stati membri, quanto all'interno del Consiglio stesso. In particolare, il documento ha individuato sei aree strategiche che dovranno essere oggetto di specifiche azioni di intervento: prevenzione degli stereotipi basati sul genere e il sessismo; prevenzione e contrasto della violenza nei confronti delle

<sup>5</sup> K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2014, 1235 ss.

<sup>6</sup> In tal modo, la Corte ha conciliato “lo strumento del trattamento preferenziale con il principio generale di non discriminazione, non facendo apparire il primo, grazie alla possibilità espressa di deviare dalla regola attributiva della preferenza alle candidate donne, come in grado di violare il diritto del candidato uomo non preferito a non essere discriminato a causa del suo sesso”. Così, O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005, 121.

<sup>7</sup> Il documento integrale è reperibile all'indirizzo web: [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525(01)&from=IT).

donne e della violenza domestica; garanzia alle donne dell'equo accesso alla giustizia; garanzia della partecipazione equilibrata di donne e uomini ai processi decisionali politici e pubblici; protezione dei diritti di donne e ragazze migranti, rifugiate e richiedenti asilo<sup>8</sup>; integrazione della dimensione di genere in tutte le politiche europee<sup>9</sup>.

### 3. *L'evoluzione della normativa nazionale*

In Italia, la riforma costituzionale, realizzata con la legge cost. 30 maggio 2003, n. 1, modifica l'art. 51 Cost.<sup>10</sup> consentendo l'ammissibilità di "appositi provvedimenti", anche autoritativi, volti a garantire in via diretta le pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici. Lo ha chiarito a più riprese la stessa Corte costituzionale che, ad esempio, con l'ordinanza del 27 gennaio 2005, n. 39 in materia di commissioni di concorso, ha affermato che, a seguito della novella, l'art. 51 Cost. non si limita più a vietare discriminazioni basate sul sesso, "*ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini*". Le amministrazioni pubbliche hanno l'importante compito di svolgere un ruolo propositivo e propulsivo, non solo promuovendo politiche di genere, ma attuandole in tutta la propria organizzazione. Un ruolo rilevante è riconosciuto alle Regioni che, ai sensi dell'art. 117, c. 7 della Costituzione, si vedono assegnato l'importante compito di promuovere l'uguaglianza tra i sessi nell'accesso alle cariche elettive.

Nel nostro ordinamento, le azioni positive erano state già introdotte con la l. n. 125/1991, per poi ottenere un definitivo riconoscimento nel c.d. Codice delle pari opportunità, adottato con il d.lgs. n. 198/2006, come modificato dal d.lgs. n. 5/2010.

La definizione di "azioni positive" è contenuta nel d.lgs. n. 198 del 2006, che le qualifica come misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono di realizzare l'uguaglianza di genere nei vari settori dell'ordinamento. Più nello specifico, le azioni positive sono misure autoritative temporanee (in quanto necessarie fintanto che si rileva una disparità di trattamento tra uomini e donne)

<sup>8</sup> È uno dei casi di doppia discriminazione in quanto donna ed in quanto migrante: sul punto, A. SIMONATI, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in *Diritto e Società*, n. 3/2014, 629 ss.

<sup>9</sup> Il documento è disponibile per la consultazione all'indirizzo web: <https://rm.coe.int/ge-strategy-2018-2023/1680791246>.

<sup>10</sup> Art. 51 Cost. "*Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini*". Sul punto: R. CARIDÀ, *Il principio di pari opportunità tra Costituzione, norme ordinarie e giurisprudenza: La disciplina costituzionale e le azioni positive*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, cit., 19 ss.

e speciali (in quanto non generali ma specificamente operanti in un determinato contesto) che, in deroga al principio di uguaglianza formale, tendono ad eliminare e rimodulare le condizioni che impediscono la piena ed effettiva parità di opportunità tra uomini e donne<sup>11</sup>.

In particolare, l'art. 42, c. 2, del d.lgs. n. 198 del 2006, individua, tra gli scopi precipui di tale strumento di regolazione, il superamento di “*condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo*”, nonché la promozione e “*l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità*”.

Con riferimento alla disciplina prevista in materia di accesso alle cariche elettive, l'attività legislativa degli ultimi anni, dimostrando una crescente attenzione alla vicenda, si è concentrata sulla creazione e/o il rafforzamento delle garanzie volte a determinare l'equilibrata presenza di entrambi i sessi a tutti i livelli di governo<sup>12</sup>. Estremamente importante è la legge 23 novembre 2012, n. 215, che ha introdotto nel Testo unico degli enti locali specifiche misure positive finalizzate a ristabilire la parità di genere negli organismi politici elettivi dei comuni. Dell'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia si è occupata la legge n. 65 del 2014, mentre l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei Consigli regionali è stato disciplinato dalla l. 15 febbraio 2016, n. 20. In materia di elezioni politiche nazionali, un importante passo in avanti per la tutela degli equilibri di genere è stato compiuto dalla l. 6 maggio 2015, n. 52, poi sostituita – dopo la dichiarazione di parziale incostituzionalità – dalla legge 3 novembre 2017, n. 165, tuttora vigente. Attualmente, nei collegi plurinominali l'elenco dei candidati di ciascuna lista deve seguire l'alternanza di genere e, nel complesso dei collegi uninominali e nelle posizioni di capolista nei collegi plurinominali, i candidati di ciascun genere devono essere compresi tra il 40% e il 60% del totale.

#### 4. *Equilibri di genere negli organi di rappresentanza politica*

In materia di rappresentanza politica, le misure approvate dalle Regioni presentano una natura eterogenea<sup>13</sup>, differenziandosi sia sotto il profilo della natura

---

<sup>11</sup> Segnalava S. GAMBINO, *Verso la democrazia paritaria ... cavalcando le lumache*, in *Astrid Rassegna*, febbraio 2005, che la questione della parità deve coinvolgere la coscienza civile e politica del Paese, che ancora procedeva molto lentamente “con il passo delle lumache”.

<sup>12</sup> A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2010; E. A. IMPARATO, *La rappresentanza di genere tra sistemi elettorali, giurisprudenza costituzionale e modelli socio-culturali di ‘effettiva uguaglianza’*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2018.

<sup>13</sup> Le leggi regionali approvate hanno previsto tutti sistemi proporzionali a liste plurinomina-

dei vincoli imposti, sia con riguardo alle conseguenze derivanti dall'inosservanza dei precetti in esse contenuti<sup>14</sup>.

Quanto al primo profilo, la maggior parte delle Regioni ha operato individuando soglie minime o massime di presenza di candidati dello stesso genere nelle liste elettorali (c.d. quota di lista). La legge elettorale della Regione Abruzzo<sup>15</sup> dispone, ad esempio, che nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore al sessanta per cento dei candidati, mentre due terzi è la misura massima di presenza del medesimo genere individuata dalle Regioni Campania<sup>16</sup>, Puglia<sup>17</sup>, Toscana<sup>18</sup>, Umbria<sup>19</sup> e Lazio<sup>20</sup>. La legge elettorale della Regione Friuli-Venezia Giulia, oltre a prevedere la quota di lista, impone che i nomi dei candidati siano inseriti nella lista in modo alternato per genere fino all'esaurimento del genere meno rappresentato<sup>21</sup>. Particolarmente significativa è, poi, la disciplina contenuta nella legge elettorale della Lombardia, secondo cui la rappresentanza dei due sessi deve essere perfettamente paritaria<sup>22</sup>. Disposizione analoga compare nella legge elettorale della Regione Veneto<sup>23</sup>.

Sul versante opposto si pongono le soluzioni prescelte da altre Regioni meno virtuose, tra cui la Calabria, la cui legge elettorale – riproducendo il contenuto della norma valdostana scrutinata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2003 – si limita a stabilire che le liste contengano candidati di entrambi i sessi (cfr. art. 1, comma 6, l.r. n. 1 del 2005). Una disposizione così succinta non è stata, naturalmente, in grado di produrre effetti apprezzabili, come testimoniato dalla quasi nulla presenza femminile nell'organo consiliare calabrese.

Questa previsione è stata sottoposta al vaglio della Consulta che – con la

---

li. In dottrina si è sostenuto che i sistemi elettorali proporzionali sono maggiormente compatibili con l'innesto di meccanismi di riequilibrio di genere, in quanto più facilmente «malleabili» (cfr. G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3/2005). Tuttavia, è stato evidenziato come le Regioni abbiano sfruttato poco la potenzialità offerte dalla legislazione elettorale, adottando misure spesso meramente simboliche o, comunque, poco incisive (cfr. A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, in part. 83).

<sup>14</sup> Per un'analisi della normativa elettorale regionale in materia di pari opportunità, si rinvia a S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2013, 86 ss.; S. GARDINI, *Equilibri di genere negli organi di rappresentanza politica*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, cit., 55 ss.

<sup>15</sup> Cfr. art. 1, c. 4, l. r. Abruzzo 2 aprile 2013, n. 9.

<sup>16</sup> Cfr. art. 10, c. 2, l. r. 27 marzo 2009, n. 4.

<sup>17</sup> Cfr. art. 3, c. 3, l. r. 28 gennaio 2005, n. 2.

<sup>18</sup> Cfr. art. 8, c. 4, l. r. 13 maggio 2004, n. 25.

<sup>19</sup> Cfr. art. 3, c. 3, l. r. 4 gennaio 2010, n. 2.

<sup>20</sup> Cfr. art. 3, c. 2, l. r. 13 gennaio 2005, n. 2.

<sup>21</sup> Cfr. art. 23, c. 2, l. r. 18 giugno 2007, n. 17.

<sup>22</sup> Cfr. art. 1, c. 11, l. r. 31 ottobre 2012, n. 17, secondo cui “le liste provinciali plurinominali, a pena di esclusione, sono composte seguendo l'ordine dell'alternanza di genere”.

<sup>23</sup> Cfr. art. 13, c. 6, l. r. 16 gennaio 2012, n. 5.

sentenza n. 4 del 2010 – ne ha confermato la legittimità costituzionale. Determinante, secondo la ricostruzione della Corte, è proprio la circostanza che all'elettore sia consentito di non avvalersi della seconda preferenza e che solo quest'ultima sia travolta da invalidità nel caso in cui non sia rispettata l'alternanza di genere: i votanti, infatti, potrebbero ben disattendere il fine perseguito dal legislatore, semplicemente votando per un unico candidato<sup>24</sup>.

Per i Consigli dei Comuni con meno di 5.000 abitanti, la legge si accontenta di garantire la presenza in lista di entrambi i sessi, escludendo soltanto che uno dei due possa esserne estromesso *in toto*. per i Comuni con un numero di abitanti superiore a 5.000, all'interno delle cui assemblee elettive “nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidat” (art. 2, l. n. 215/2012).

##### 5. *Equilibri di genere nelle pubbliche amministrazioni*

La disciplina sugli equilibri di genere ha una peculiare applicazione nelle pubbliche amministrazioni<sup>25</sup>. L'aporia di genere influisce, infatti, anche sulla qualità dell'amministrazione, in quanto la impoverisce drasticamente, limitando la visuale e l'incisività della sua azione<sup>26</sup>.

Questa osservazione trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha avuto modo di accostare il principio di buon andamento – “*cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale*” (Corte cost., sentenza n. 123/1968) – alla predisposizione di strutture e moduli di organizzazione idonei ad assicurare un ottimale esercizio della funzione (Corte cost., sentenza n. 234/1985).

Questo profilo è stato anche evidenziato, con ampiezza di argomentazioni, dalla giurisprudenza amministrativa. La sentenza del 25 luglio 2011, n. 6673 del T.A.R. del Lazio ha, infatti, ritenuto che la violazione del principio di equilibrio

<sup>24</sup> Neanche la più recente modifica della legge elettorale regionale è intervenuta sul tema della parità di genere, mantenendo un pesante *vulnus* di rappresentanza. La legge è stata impugnata per altri motivi e la Corte costituzionale con la sentenza n. 243/2016 ne ha dichiarato l'illegittimità in quanto non prevedeva l'attribuzione del seggio al miglior perdente. Per un caso fortuito, la migliore perdente era una donna, che è perciò entrata in Consiglio regionale, insieme all'unica altra eletta. A seguito delle novità introdotte dal legislatore nazionale, tutte le Regioni inadempienti dovranno adattare la loro legislazione alla doppia preferenza di genere.

<sup>25</sup> S. BORELLI, *Pari opportunità e non discriminazione nelle amministrazioni pubbliche*, in *Il nuovo diritto del lavoro. Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: la terza riforma*, a cura di A. PERULLI, L. FIORILLO, Torino, 2013, 505 ss.

<sup>26</sup> F. CAMMEO, *Nota a Cons. Stato, Ad. gen., 20 maggio 1920*, in *Foro it.*, 1921, III, 77, richiamata da A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato e l'accesso delle donne ai pubblici uffici (ricordando Federico Cammeo)*, *Nota a Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2472*, in *Foro it.*, III, 2014, 40, criticando la decisione dell'Adunanza generale, sosteneva che la politica contraria all'ammissione delle donne nella pubblica amministrazione era irragionevolmente fondata su assetti maschilisti ed antifemministi della burocrazia.

di genere influisca negativamente sulla corretta concretizzazione dei doveri che discendono dall'art. 97 Cost. e, in particolare, di quelli connessi al buon andamento delle pubbliche amministrazioni. Secondo il ragionamento del Giudice amministrativo, la bilanciata rappresentanza di genere negli organi amministrativi determina l'acquisizione al *modus operandi* dell'ente di un patrimonio umano, culturale, sociale, di sensibilità e di professionalità più articolato, complesso e perciò maggiormente efficace. La parità di genere, in tal modo, assume i tratti di parametro di legittimità sostanziale dell'azione amministrativa e l'equilibrata inclusione di uomini e donne nel sistema amministrativo diviene strumento di garanzia di "funzionalità", intesa come miglior perseguimento degli obiettivi di efficienza, imparzialità e buon andamento dell'azione pubblica.

Tale ragionamento è stato fatto proprio anche dal Consiglio di Stato, con il parere n. 1801/2014. La questione esaminata dai giudici di Palazzo Spada verteva sull'applicabilità dell'obbligo di parità di genere anche alle società a capitale misto pubblico-privato ed a controllo disgiunto, oltre che a quelle a capitale pubblico. Il Consiglio di Stato, rispondendo in senso favorevole al quesito, ha rimarcato gli effetti benefici che – sotto il profilo dell'economicità, dell'implementazione delle *performance* e, in definitiva, del buon andamento – derivano da un'equa distribuzione dei ruoli di comando fra entrambi i sessi.

#### 6. *L'effettiva attuazione delle politiche di genere nelle pubbliche amministrazioni*

Le previsioni normative per l'equilibrio di genere devono essere accompagnate, per essere realmente attuate, dalla costituzione di organismi all'interno delle amministrazioni pubbliche, prevedendo anche adempimenti obbligatori.

Si segnalano, in particolare, due misure normative che interessano tutte le pubbliche amministrazioni.

A) La prima riguarda la costituzione dei Comitati di pari opportunità (CPO), istituiti per sviluppare risorse e capacità personali e professionali di uomini e donne. L'art. 21 della legge n. 183/2010 ha riscritto l'originario art. 57 del d.lgs. n. 165/2001, che aveva previsto i Comitati pari opportunità, stabilendo l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di costituire un Comitato unico di garanzia (CUG) "per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", un organismo più complesso "che sostituisce, unificando le competenze in un solo organismo, i comitati per le pari opportunità [CPO] e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, costituiti in applicazione della contrattazione collettiva, dei quali assume tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni".

Il Comitato ha una composizione paritetica, con un componente designato

da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e con un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione, in modo da assicurare la presenza paritaria di entrambi i generi" (art. 57, comma 2). Tuttavia tale composizione, tipica di un organismo bilaterale, non tiene conto dell'articolazione complessa di alcune amministrazioni in cui operano categorie differenziate, come ad esempio le Università, ove vi sono docenti, personale tecnico, studenti.

Il Comitato ha il compito di predisporre piani di azioni positive e di redigere una relazione annuale sulla situazione del personale nell'amministrazione di appartenenza, in merito all'attuazione dei principi di parità, pari opportunità, benessere organizzativo e di contrasto alle discriminazioni ed alle violenze morali e psicologiche nei luoghi di lavoro.

La mancata costituzione del Comitato comporta una responsabilità per i dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche al fine del raggiungimento dei rispettivi obiettivi (art. 57, c. 5).

L'esiguità dei fondi messi a disposizione di tale organismo è un pesante limite alla sua azione. Secondo il Rapporto 2013 *Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche*<sup>27</sup>, solo 1/4 dei Comitati esistenti hanno avuto a disposizione un budget – non previsto come obbligatorio da parte della legge – sempre piuttosto limitato (nel 46% dei casi inferiore ai 5.000 euro annui), mentre quasi la metà degli stessi non dispone stabilmente di alcun finanziamento, né di personale o locali per l'esercizio delle proprie funzioni.

Di recente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – con la Direttiva 2/2019 del 16 luglio 2019, sottoscritta dal Ministro della pubblica amministrazione e dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri delegato alle pari opportunità – ha auspicato il rafforzamento dei Comitati unici di garanzia ed ha indicato una serie di adempimenti utili ad assicurare una maggiore effettività nello svolgimento delle loro funzioni e superare alcune criticità sorte in sede applicativa. In particolare, la Direttiva prevede che, in ordine alle modalità di individuazione dei componenti dei CUG, al fine di assicurare che la scelta ricada effettivamente su soggetti in possesso di adeguati requisiti di competenza ed esperienza, l'amministrazione procede alla relativa designazione ad esito dell'espletamento di una procedura comparativa trasparente cui possa partecipare tutto il personale interessato in servizio nell'amministrazione<sup>28</sup>.

A tal fine è significativo che il Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020 abbia prescritto la realizzazione, fra le altre misure, di un'adeguata azione di formazione di tutte le professionalità che possono entrare in contatto con fatti di violenza di genere o di *stalking*.

<sup>27</sup> In <http://www.funzionepubblica.gov.it>.

<sup>28</sup> <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/27-06-2019/direttiva-recante-%E2%80%99Cmisure-promuovere-le-pari-opportunita-e>.



In proposito il Dipartimento della funzione pubblica e il Dipartimento per le pari opportunità prevedono di realizzare corsi di formazione rivolti anche ai componenti dei CUG con l'obiettivo di accrescere, a cominciare dai luoghi di lavoro pubblico, la conoscenza del fenomeno della violenza di genere, compresi gli aspetti legislativi e giuridici che entrano in gioco in casi di violenza, molestie e abusi e migliorare la capacità di ascolto e di interazione degli operatori pubblici con le vittime potenziali<sup>29</sup>.

B) Il secondo adempimento che grava sulle pubbliche amministrazioni riguarda la predisposizione dei Piani triennali di azioni positive (PTPAP o PAP), programmi articolati e coordinati di azioni positive, volti all'individuazione e rimozione degli specifici ostacoli che, nell'ambito delle singole amministrazioni, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro tra uomini e donne.

Il dovere di predisporre tali piani è espressamente previsto dall'art. 48 del d.lgs. n. 198 del 2006 *Codice delle pari opportunità*. Tra le finalità esplicite che i piani perseguono, riveste importanza prioritaria la promozione dell'inserimento delle donne nei settori e nei livelli professionali nei quali esse sono sottorappresentate, favorendo il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussista un divario fra generi non inferiore a due terzi.

Si tratta di profili ben evidenziati anche nella *Direttiva sulle misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche*, emanata il 23 maggio 2007 dai Ministri per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione e per i diritti e le pari opportunità, che ha altresì individuato precisi strumenti di azione da inserire nei Piani, quali lo sviluppo di buone pratiche finalizzate a valorizzare l'apporto delle lavoratrici e dei lavoratori e lo sviluppo di politiche di gestione delle risorse umane orientate al genere<sup>30</sup>.

Il Piano è destinato principalmente ai vertici delle amministrazioni e, in particolare, alle/ai responsabili del personale, che devono orientare le politiche di gestione delle risorse umane e l'organizzazione del lavoro, secondo le linee di azione fissate. Le amministrazioni sono tenute a dare attuazione alla previsione normativa sopra indicata nel rispetto delle forme di partecipazione sindacale e di consultazione previste dalla normativa, ivi compresa la consultazione delle Consigliere di Parità. In caso di inadempimento al dovere di predisposizione del Piano, è prevista un'esplicita sanzione: l'amministrazione non potrà infatti assumere nuovo personale (art. 6, c. 6, d.lgs. n. 165/2001) e non potrà richiedere il rimborso degli oneri finanziari connessi all'attuazione di progetti di azioni positive a cui le amministrazioni partecipano ai sensi dell'art. 44, d.lgs. n. 198/2006. La già citata Direttiva della Presidenza del Consiglio n. 2/2019 ha precisato che,

<sup>29</sup> <http://www.pariopportunita.gov.it/wp-content/uploads/2018/03/testo-piano-diramato-conferenza.pdf>.

<sup>30</sup> [http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Normativa%20e%20Documentazione/Dossier%20Pari%20opportunit%C3%A0/direttiva\\_pari\\_opportunita.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Normativa%20e%20Documentazione/Dossier%20Pari%20opportunit%C3%A0/direttiva_pari_opportunita.pdf).



in ragione del collegamento con il ciclo della *performance*, il Piano triennale di azioni positive deve essere aggiornato entro il 31 gennaio di ogni anno, anche come allegato al Piano della *performance*.

I Comitati unici di garanzia hanno funzioni di vigilanza sull'emanazione ed a attuazione dei Piani; essi devono presentare, entro il 30 marzo di ogni anno, agli organi di indirizzo politico-amministrativo una relazione sulla situazione del personale dell'ente di appartenenza riferita all'anno precedente, contenente una apposita sezione sulla attuazione del suddetto Piano triennale e, ove non adottato, una segnalazione dell'inadempienza dell'amministrazione. Tale relazione, a decorrere dall'entrata in vigore della citata Direttiva della Presidenza del Consiglio n. 2/2019, deve essere trasmessa anche all'Organismo indipendente di Valutazione (OIV), rileva ai fini della valutazione della performance organizzativa complessiva dell'amministrazione e della valutazione della performance individuale del dirigente responsabile.

La questione degli equilibri di genere all'interno degli organi direttivi è stata affrontata anche nell'ambito delle società pubbliche e nei collegi professionali<sup>31</sup>, tra i quali si segnala l'esperienza dell'Ordine degli avvocati.

L'ordinamento forense è stato, infatti, riformato dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247, che ha inciso, tra l'altro, sulla composizione dei consigli circondariali e sulle procedure elettorali, prevedendo modalità di voto che favoriscono l'equilibrio di genere. L'art. 28 della legge, pur demandando a livello regolamentare la disciplina di dettaglio, chiarisce che il numero dei componenti di ciascun consiglio deve essere proporzionato al numero degli iscritti e che l'elezione deve rispettare il principio di cui all'art. 51 Cost., in modo da assicurare l'equilibrio di genere.

## 7. *La difficile parità di genere nelle Università e nei centri di ricerca*

È interessante approfondire la questione, analizzando la situazione di una pubblica amministrazione molto particolare quale è l'Università. L'interesse nasce prima di tutto per la scarsità di lavori scientifici sul punto, ma soprattutto perché l'alto livello culturale dei soggetti interessati dovrebbe indurre a superare le discriminazioni sessiste.

Purtroppo non è così. Se partiamo dai dati, in base all'Indice globale *Global gender gap index*<sup>32</sup>, elaborato dal *World Economic Forum* nel 2018, l'Italia si colloca al

---

<sup>31</sup> Sul punto, si rinvia a: S. VERNILE, *Equilibri di genere nelle pubbliche amministrazioni, nelle società pubbliche e nei collegi professionali*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, cit., 89 ss.

<sup>32</sup> [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf). Invero, l'Italia ha recuperato 12 posizioni rispetto al 2017 in questa particolare classifica che misura le differenze di genere in ambito

70° posto su 149 Paesi in riferimento alla disparità di genere ed il settore universitario e scientifico ne rappresenta un caso emblematico.

Nel corso della formazione universitaria, in Italia, le donne rappresentano stabilmente ben oltre il 50% della popolazione a tutti i livelli, dai corsi universitari ai dottorati di ricerca. Secondo le statistiche del MIUR, contenute nel documento del 2017 “*Indicatori e statistiche di genere attraverso le Banche Dati del MIUR*”<sup>33</sup>, le donne sono il 57% degli iscritti ai corsi di laurea; il 59% del totale dei laureati; il 51% degli iscritti ai corsi di dottorato; il 52% del totale di dottori di ricerca.

Passando dalla formazione universitaria alla carriera accademica la situazione relativa alla presenza femminile cambia drasticamente: la percentuale di donne nelle diverse fasce accademiche scende in maniera rilevante, attestandosi al 50,6% per le titolari di assegni di ricerca; al 45,9% per le ricercatrici universitarie; al 35,6% per le professoresse associate; al 21,4% per le professoresse ordinarie; più elevata la quota della dirigenza amministrativa che raggiunge il 42,7%.

Nelle Università, dunque, sebbene poco meno della metà dei ricercatori siano donne, la percentuale femminile diminuisce in modo drastico e netto nel caso dei professori associati e ordinari.

All’interno degli altri enti di ricerca, i dati sono parzialmente diversi, ma comunque non equilibrati. Se le ricercatrici sono circa il 48,1% del totale, la situazione muta se si prendono in considerazione gli incarichi di maggiore responsabilità: le donne ricoprono il 36,7% degli incarichi di prima ricercatrice ed il 23,6% degli incarichi dirigenziali di ricerca. Tra i dirigenti, la percentuale femminile è del 42,3% degli incarichi di II fascia e del 39% di quelli di I fascia.

I dati statistici richiamati ben rappresentano una “segregazione verticale” della carriera delle donne in ambito accademico e scientifico, che aumenta progressivamente man mano che il livello di professionalità si innalza<sup>34</sup>. E tale situazione è abbastanza comune e diffusa anche in altri Paesi europei: la percentuale di donne afferenti al *Grade A*, corrispondente alla posizione di professore ordinario per l’Italia, è in Europa pari a circa il 21%.

In altre parole, il genere femminile – pur essendo molto presente nell’ambito delle Università – non riesce a progredire oltre un certo livello di carriera accademica, poiché “bloccato” da non meglio precisati fattori che determinano la preponderante presenza di soggetti di genere maschile nei settori decisionali più importanti o caratterizzati da più elevata professionalità. È il “*glass ceiling*”, un

---

sanitario, politico, economico ed educativo. Sebbene vi siano miglioramenti anche nell’ambito retributivo, permane una disparità quantificata in un 10% in più a favore degli uomini.

<sup>33</sup> Cfr. [http://ustat.miur.it/media/1126/presentazione\\_miuir\\_ferrara-20-novembre2017.pdf](http://ustat.miur.it/media/1126/presentazione_miuir_ferrara-20-novembre2017.pdf).

<sup>34</sup> La segregazione verticale riguarda la difficoltà delle donne ad accedere ai vertici della scala gerarchica, mentre la “segregazione orizzontale” rappresenta la concentrazione delle donne in alcuni ambiti e la loro scarsa presenza soprattutto nei settori *STEM Science, Technology, Engineering, Mathematics*.

“soffitto di cristallo”, un modo metaforico di rappresentare una barriera insuperabile, ma invisibile e difficile da definire.

La constatazione di questa situazione è il punto di partenza del documento “*Indicazioni per azioni positive del MIUR sui temi di genere nell’Università e nella Ricerca*”, elaborato dal Gruppo di lavoro “Genere e Ricerca” e presentato l’11 maggio 2018 dal MIUR<sup>35</sup>. Al fine di contrastare gli squilibri di genere, le raccomandazioni, contenute nella parte finale del documento, sollecitano – in particolare – le università e gli enti di ricerca ad incentivare la creazione e l’utilizzo di variabili e dati disaggregati per sesso nell’ambito della ricerca e dell’istruzione e nei campioni utilizzati per gli studi scientifici, a includere il genere come contenuto trasversale, a creare appositi repertori di esperte ed esperti in queste tematiche che formino i valutatori dei *panel* incaricati della selezione dei progetti di ricerca da finanziare, a introdurre le specificità di genere nella declaratoria dei raggruppamenti disciplinari universitari e a monitorare l’attuazione del Piano Lauree Scientifiche 2017-2018 anche nell’ottica dell’orientamento delle studentesse verso le discipline STEM.

#### 8. *Incentivi del diritto europeo nel settore della ricerca*

La questione di genere nella ricerca scientifica è stata riconosciuta per la prima volta come settore primario su cui intervenire dall’Agenda di Lisbona del 2000, che ne ha sottolineato il valore strategico. L’Università non può, infatti, prescindere dalla valutazione di questi profili, poiché il raggiungimento dell’eccellenza nella ricerca richiede senza dubbio accessibilità, risorse, e opportunità di avanzamento per i ricercatori migliori, indipendentemente dal genere.

I progetti promossi in Europa negli ultimi decenni per il riequilibrio di genere in ambito universitario sono stati molteplici e possono essere ricondotti sostanzialmente a tre approcci teleologici. Il primo di essi, noto come *fixing the number of women*, ha come obiettivo principale l’aumento del numero di donne presenti nelle istituzioni universitarie. I primi interventi volti a favorire la parità di genere in ambito accademico si sono ispirati principalmente a questo sistema, ritenendo che una maggiore partecipazione femminile negli organi collegiali ed apicali avrebbe spontaneamente favorito processi di inclusione anche in ambito scientifico. Appartengono a questa categoria le azioni che impongono una composizione equilibrata sotto il profilo della rappresentanza di genere nella formazione delle commissioni di concorso, nonché la previsione di premialità nelle risorse finanziarie destinate al sostegno di progetti proposti da donne<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Il documento integrale è consultabile all’indirizzo web: [https://www.miur.gov.it/documents/20182/615845/Documento\\_+Indicazioni\\_azioni\\_positive\\_MIUR\\_su\\_temi\\_genere.pdf/23e81cb6-f15a-4249-9bd6-cf4fdcd113a8?version=1.0&v=1526057127577](https://www.miur.gov.it/documents/20182/615845/Documento_+Indicazioni_azioni_positive_MIUR_su_temi_genere.pdf/23e81cb6-f15a-4249-9bd6-cf4fdcd113a8?version=1.0&v=1526057127577).

<sup>36</sup> Si veda, ad esempio, la Risoluzione adottata il 21 maggio 2008 dal Parlamento europeo.

In tempi più recenti, si è fatta strada l'idea che fosse necessario uno spostamento di *focus* dagli attori alle istituzioni, riconoscendo la necessità di agire non soltanto a fini inclusivi, ma anche e soprattutto nell'ottica di un cambiamento strutturale del sistema in cui la disuguaglianza si colloca. Così, a partire dal 2011, la Commissione ha promosso programmi ispirati ad una differente finalità, *fixing the institution*, volti ad incentivare un'evoluzione strutturale delle amministrazioni universitarie. La pianificazione e la costituzione di organismi paritetici ne rappresentano l'attuazione più tipica.

Negli ultimi anni, a queste due prospettive se ne è affiancata una terza, riconducibile all'espressione *fixing the knowledge*. Tale modalità tende a rafforzare la tutela di genere nei percorsi di conoscenza, incidendo direttamente sulle metodologie didattiche e di ricerca, nell'intento di favorire lo sviluppo di nuovi metodi professionali, maggiormente adattabili ad entrambi i generi. Si pensi alla predisposizione di criteri di valutazione del personale e dell'attività di ricerca che superino quelli basati sul numero delle pubblicazioni, considerando anche altre capacità, quali quella di costituire gruppi di ricerca o di formare giovani di talento.

Tutte le politiche europee di genere si sono mosse e si muovono a cavallo tra questi tre metodi operativi, nel tentativo di bilanciare ed armonizzarne le relative potenzialità.

Per favorire il monitoraggio dei progressi compiuti dagli Stati aderenti, presso la Commissione Europea sono state attivate diverse strutture e tra queste, con particolare riferimento al mondo della ricerca scientifica, il Gruppo di Helsinki su donne e scienze, organismo al quale partecipano rappresentanti degli Stati e dei Paesi associati, responsabili delle tematiche connesse al coinvolgimento delle donne nella ricerca scientifica. Il Gruppo mira a promuovere la partecipazione e l'eguaglianza delle donne in ambito scientifico ed aiuta la Commissione ad avere, per ciascun Paese, un quadro chiaro del livello raggiunto. I Paesi dell'Unione Europea hanno l'obbligo di fornire i dati relativi agli studenti, al personale accademico ed alle risorse umane impiegate nei settori della ricerca disaggregati per genere, con sanzioni in caso di inadempimento. Anche l'Italia partecipa al progetto attraverso il MIUR, per le statistiche su istruzione e formazione e l'ISTAT, per le statistiche sulle risorse umane impiegate nei relativi settori.

#### 9. *Piani di eguaglianza di genere in specifici progetti europei*

Il mandato del Gruppo di Helsinki è stato di recente aggiornato alla luce della maggiore enfasi posta sull'eguaglianza di genere dall'*European Research Area* e dal programma Horizon 2020. Nel Programma Quadro per la ricerca e l'innovazione Horizon 2020 è stata, infatti, ribadita nuovamente l'esigenza di "*rimuovere*

*le barriere che impediscono alle donne una carriera scientifica di successo*” e sono stati individuati ulteriori strumenti di intervento.

La Commissione Europea, ha in questo ambito predisposto e finanziato il progetto PLOTINA, *Promoting Gender Balance and Inclusion in Research, Innovation and Training*, che ha come area di intervento proprio le eterogenee problematiche della parità di genere nell'area della ricerca scientifica. Come il precedente progetto GENOVATE, si vuole incoraggiare il cambiamento strutturale e la trasformazione delle pratiche istituzionali degli organi di governo delle Università attraverso l'adozione del *Gender equality plan* di Ateneo e l'approvazione di Bilanci di genere. Inoltre PLOTINA individua modalità per sostenere l'avanzamento di carriera delle ricercatrici e dei ricercatori meritevoli al fine di evitare lo spreco di talenti, in particolare delle donne, che più spesso abbandonano il loro percorso di carriera, favorendo altresì la diversità di prospettive e di metodologie nella ricerca e nella didattica.

In tale contesto si pone il nuovo *Piano per l'Eguaglianza di Genere (Gender Equality Plan GEP)*, che – predisposto al fine di “identificare e implementare strategie innovative per favorire il cambiamento culturale e promuovere le pari opportunità nelle Università e nei Centri di ricerca” – ha il compito di individuare sul piano pratico le azioni legate al raggiungimento di tali obiettivi, anche sulla base delle indicazioni fornite sul punto dall'Istituto Europeo per la *Gender Equality*<sup>37</sup>. Il Piano di Eguaglianza di genere è uno strumento flessibile, accostabile agli strumenti interni di pianificazione e programmazione e viene costruito tenendo conto, da una parte, degli obiettivi individuati a monte dalle Istituzioni europee e, dall'altro, delle peculiarità e necessità di ogni singola Università o centro di ricerca.

Nel contesto delle organizzazioni di ricerca e degli istituti universitari, la Commissione europea ha definito “piano di parità di genere” quell'insieme di azioni volte a condurre valutazioni d'impatto per individuare e attuare strategie innovative per correggere eventuali pregiudizi, impostare obiettivi e monitorare i progressi attraverso determinati indicatori<sup>38</sup>. Questo insieme di azioni, che possono avere diversi gradi di complessità, ha lo scopo di articolare una visione strategica efficace, che sia in grado di raggiungere livelli prefissati di parità di genere attraverso strategie innovative e sostenibili per tutti gli enti universitari e di ricerca.

L'ambito strutturale ed operativo di un piano di parità di genere varia naturalmente a seconda dei caratteri dell'organizzazione in cui si colloca, del più ampio contesto istituzionale in cui esso viene attuato, del tipo di disuguaglianze di genere identificate nell'ambito della diagnosi e della forma delle misure prescelte. Il modo in cui le differenze di genere vengono affrontate può, infatti,

---

<sup>37</sup> Cfr. [eige.europa.eu](http://eige.europa.eu).

<sup>38</sup> *European Institute for Gender Equality – EIGE, 2017, Comunicazione della Commissione europea sul tema “Un partenariato europeo per la promozione dell'eccellenza e della crescita”.*

variare in maniera significativa anche sulla base delle modalità prescelte dall'amministrazione, che può fare ricorso a misure, sotto certi profili, più blande e generiche, ovvero prevedere azioni positive in senso stretto, in grado di influenzare in via diretta l'azione e l'organizzazione dei suoi apparati.

Particolarmente interessante è, con riferimento al reclutamento ed alla progressione di carriera, la previsione della produzione di linee guida riguardanti le procedure di reclutamento del personale, rivolte *in primis* ai componenti delle commissioni di concorso. La finalità è quella di individuare elementi che possano intervenire direttamente sulla quasi totalizzante caratterizzazione mono-genere dei ruoli apicali della ricerca scientifica, anche attraverso la rimodulazione delle regole valutative e procedurali. Tale profilo è di non poco conto. Nell'ambito del progetto GENOVATE, sopra richiamato, è stato, infatti, condotto uno studio specifico sui meccanismi di valutazione della ricerca che ha portato alla stesura di un documento<sup>39</sup> che contesta la presunta neutralità delle attività valutative, mostrando l'esistenza di un doppio standard di eccellenza, uno valido per gli uomini ed un altro per le donne, le quali risultano "costrette" a sostenere performance migliori per essere valutate al pari dei colleghi maschi. Si tratta di misure riconducibili al sopra richiamato approccio europeo del *fixing the knowledge*, che valorizza in via diretta il riequilibrio dei percorsi di studio e ricerca.

Sulla stessa scia si colloca l'azione positiva volta all'introduzione – tra i criteri di valutazione dei bandi di finanziamento – delle variabili sesso e genere nella progettazione della ricerca. Questa misura può essere ricondotta alla più ampia previsione del c.d. bilancio di genere, strumento idoneo a delineare il quadro della effettiva distribuzione delle risorse economiche tra i due sessi, rompendo quello che il sociologo Robert Merton definì *Matthew's effect*<sup>40</sup>, cioè quelle dinamiche di allocazione delle risorse che premiano chi ne ha già, aggravando la posizione di svantaggio delle donne. Introdurre il bilancio di genere nelle organizzazioni scientifiche ed universitarie risulta almeno un buon punto di inizio per mettere in discussione queste dinamiche ampiamente consolidate.

In questo contesto si inseriscono le misure suggerite dal MIUR nel recente documento "Indicazioni per azioni positive del MIUR sui temi di genere nell'Università e nella ricerca" del maggio 2018, che, riconoscendo il disequilibrio, propone azioni adeguate come, ad esempio, misure premiali per le Università virtuose o per i gruppi di ricerca in cui ogni genere sia rappresentato almeno al 40%. Inoltre, il documento ribadisce gli obblighi nella composizione degli organi accademici o delle commissioni giudicatrici dei concorsi<sup>41</sup>.

Come in tutte le occasioni in cui il diritto vuole sostenere modificazioni

<sup>39</sup> *Guiding principles on gender equality and diversity competence in research excellence standards*, invero riassuntivo dell'ampia bibliografia di ricerche internazionali sull'argomento.

<sup>40</sup> Sulla base del versetto del Vangelo di Matteo cap.13,12: "... a chi ha sarà dato e sarà nell'abbondanza; e a chi non ha, sarà tolto anche quello che ha".

<sup>41</sup> <http://www.miur.gov.it/-/parità-di-genere-nelle-università-e-negli-enti-di-ricerca-presentato-al-miur-il-documento-dedicato>.

culturali e sociali con azioni positive, le pianificazioni possono essere inefficaci se non sostenute da obblighi ed incentivi: le misure adottate, oggetto di continui aggiornamenti e revisioni, sono utili sotto questo aspetto, anche nell'ottica del superamento di stereotipi, per dimostrare che l'integrazione tra generi costituisce non solo tutela della dignità delle persone, ma anche miglioramento qualitativo dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

### **Abstract**

Gender equality in public administrations and universities

by Francesco Manganaro

The work analyses the slow evolution of the discipline on gender balance in political and management bodies of public administrations, detecting progress and persistent weaknesses noting its progress and persistent gaps. In particular, the effects of this discipline are examined in universities and research centres.

*Parole chiave:* parità di genere; rappresentanza politica; pubbliche amministrazioni; Università e centri di ricerca; progetti europei di ricerca.

*Keywords:* gender mainstreaming; political representation; public administrations; Universities and research centers; European research projects.





# Statuto siciliano e specialità: tradizione e futuro dell'autonomia regionale

di Anna Romeo

SOMMARIO: 1. L'autonomia regionale e la questione della "specialità". – 2. Autonomia speciale ed attualità dello Statuto siciliano: un problema aperto. – 3. Ripensare lo Statuto siciliano: tra tradizione e innovazione. – 4. Verso quale specialità? Ripensarne la garanzia muovendo dallo Statuto.

## 1. *L'autonomia regionale e la questione della "specialità"*

Le proposte di riforma costituzionale che animano costantemente il dibattito sull'assetto istituzionale italiano ripropongono, con sempre rinnovata attualità, la riflessione circa la rilevanza da riconoscere, nell'odierno contesto ordinamentale e sociale, alle autonomie regionali – in particolare a quelle speciali<sup>1</sup> – così come a quelle locali<sup>2</sup>.

Riflessione che, dovendo essere condotta tenendo presente il sistema di regionalismo duale che connota l'esperienza costituzionale del nostro Paese, si arricchisce di ulteriori aspetti nell'ottica di verificare la perdurante validità del principio di specialità<sup>3</sup> e la misura in cui Regioni a Statuto ordinario e Regioni a

---

<sup>1</sup> Si tratta di interrogativi autorevolmente riassunti da G. VERDE, *La collaborazione intergovernativa nell'esperienza delle autonomie speciali*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2018, p. 3, il quale rileva come «quella di "Stato regionale" è un'espressione che definisce il modo di essere di un ordinamento e diviene uno dei tratti caratterizzanti le forme di legittimazione democratica del potere. Tuttavia, si discute se oggi permangano le motivazioni politiche che giustificarono un tempo la previsione di Regioni speciali: si dubita, infatti, che dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n.3 del 2001 abbia (o non abbia) senso parlare di due tipi di Regioni. Alcuni provano a misurare quali risultati abbia in concreto prodotto l'autonomia differenziata e, così facendo, giungono alla conclusione che quest'ultima introduce elementi di disegualianza che forse solo un tempo potevano giustificarsi». Cfr., altresì, M. LUCIANI, *Le Regioni a Statuto speciale nella trasformazione del regionalismo italiano (con alcune considerazioni sulle proposte di revisione dello Statuto della Regione Trentino Alto Adige)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, p. 220; più di recente, nell'ampio dibattito sulle autonomie speciali, con particolare riferimento alla Sicilia, R. DI MARIA, *Brevi note critiche sull'attualità (politica e giuridica) dell'autonomia «speciale» siciliana*, in *Le Regioni*, n. 6/2017, p. 1309.

<sup>2</sup> Occorre, invero, prendere atto che «i recenti interventi del legislatore nazionale hanno rivoluzionato l'ordinamento delle autonomie locali, mutandone i caratteri tradizionali attraverso modifiche che hanno inciso profondamente sul livello intermedio (le Province) ma non hanno mancato di innovare anche il ruolo e le funzioni degli altri livelli di governo territoriale: le coordinate principali di queste trasformazioni possono essere viste in una valorizzazione del principio di differenziazione, che si sviluppa in un sistema nel quale la guida dei processi, e la stessa legislazione, appaiono però troppo spesso espressione di centralismo più che di autonomia»: così, E. CARLONI, *Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/2015*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2015, p. 145).

<sup>3</sup> In tal senso, appaiono, oggi, ancora valide le considerazioni di quella dottrina che ha rilevato

Statuto speciale risultano effettivamente differenziate. La formale situazione di privilegio che la Costituzione del 1948 pareva aver riconosciuto a queste ultime sembra, invero, aver scontato una legislazione che, di fatto, le ha dotate di una minore autonomia<sup>4</sup> rispetto alle prime<sup>5</sup>.

Se, infatti, può concordarsi con l'idea per la quale la specialità ha «certamente rappresentato la prima concreta e più importante applicazione del principio di autonomia nel nostro ordinamento, ma sia stata nello stesso tempo in sé anche, per gli ambiti e i modi in cui si è realizzata, una *deroga*, un'*eccezione* rispetto a quella che era ed è stata per molto tempo l'impostazione complessivamente seguita dall'ordinamento dei pubblici poteri»<sup>6</sup>, occorre riconoscere che la riforma costituzionale del 1999-2001 ha, piuttosto, attribuito alle Regioni ordinarie una piena autonomia statutaria e una più estesa competenza legislativa<sup>7</sup>, così in un certo modo alterando quel rapporto.

---

come occorra chiedersi «quali sono le prospettive che si aprono oggi per le Regioni ad autonomia speciale e, in particolare, quale può essere il senso ed il significato nuovo, se ve n'è, da attribuire alla specialità che le caratterizza» (cfr. G. PASTORI, *La nuova specialità*, in *Le Regioni*, n. 3/2001, p. 487).

<sup>4</sup> Si tratta di una prospettiva suscettibile di un diverso inquadramento basato sul rilievo che, specie in alcune fasi, la maggiore autonomia delle Regioni speciali è stata fondata, dalla giurisprudenza costituzionale, proprio sui titoli di competenza degli Statuti, conferendo all'art. 10, l. cost. n. 3/2001, una valenza esclusivamente residuale. Nella medesima ottica, poi, spingerebbe l'incidenza delle norme di attuazione degli Statuti speciali quali modalità di configurazione dell'autonomia speciale, che ha influito altresì sulla definizione del riparto di competenza legislativa. Si veda, tuttavia, quanto osservato alla nota 5.

<sup>5</sup> È stato, invero, rilevato (G. PASTORI, *La nuova specialità*, cit., p. 489) che «già nei primi anni le Regioni speciali sperimentano la difficoltà di una piena espansione della loro autonomia, tanto più aggravata dal lungo ritardo verificatosi nell'attuazione dell'ordinamento regionale complessivo. E nonostante il fatto che, secondo i rispettivi Statuti, le Regioni speciali fossero intitolate a partecipare alla definizione e specificazione dei rispettivi ambiti di autonomia secondo quanto previsto per le disposizioni di attuazione degli statuti stessi (e le non poche altre previsioni che assicurano la partecipazione o l'intesa delle Regioni speciali per singoli provvedimenti e decisioni, in particolare in materia finanziaria)». In tal senso, si osserva, poi, che «di fronte al progredire della regionalizzazione, specie dopo la seconda regionalizzazione (il d.P.R. n. 616 del 1977), le Regioni e le Province autonome a statuto speciale scontano la condizione di separazione rispetto alle Regioni ordinarie. E si porrà il problema, come è noto, di rimuovere le conseguenze della separazione-contrapposizione implicita nel modello statutario, di superare la condizione di "specialità in negativo" che si era venuta a creare. Nonostante le teoriche maggiori competenze statutarie, le funzioni delle singole Regioni e Province autonome sono risultate in più di un caso arretrate, più ridotte rispetto a quelle riconosciute alle Regioni ordinarie per effetto della prima grande trasformazione del sistema operata in quegli anni» (così G. PASTORI, *La nuova specialità*, cit., pp. 489-490).

<sup>6</sup> Così G. PASTORI, *La nuova specialità*, cit., p. 488.

<sup>7</sup> Si consideri che l'art. 10, l. cost. n. 3/2001, stabilisce che «fino all'adeguamento dei rispettivi statuti le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a Statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Circa la portata di detta norma, cfr., ad esempio, Corte cost., 16 maggio 2008, n. 145, in *Giur. cost.*, n. 3/2008, p. 1768, per la quale «non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 661, l. 27 dicembre 2006, n. 296, censurato, in relazione all'art. 10, l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, perché, prevedendo misure dirette a produrre un risparmio per il bilancio dello Stato, finalizzato al riequilibrio della finanza pubblica, da realizzarsi «anche mediante l'assunzione dell'esercizio di funzioni statali» non accompagnate da un simmetrico

Su questa strada, si è quindi delineata una trasformazione delle autonomie speciali che vengono incanalate nel sistema del «diritto comune» posto dalla Costituzione ed alle quali, in forza dell'art. 116 Cost., sono riconosciute «forme e condizioni particolari di autonomia» con tale sistema compatibili.

Se così è, pare opportuno interrogarsi sull'attuale persistenza del significato originario della «specialità» o, piuttosto, sulla necessità di una sua reinterpretazione che tenga conto del differente contesto nel quale essa si pone.

## 2. *Autonomia speciale ed attualità dello Statuto siciliano: un problema aperto*

In questa direzione, un interessante terreno di indagine può essere offerto dal dibattito svoltosi intorno allo Statuto siciliano, oggetto di una proposta di «complessiva riscrittura» dello stesso<sup>8</sup>.

---

trasferimento di risorse, inciderebbe sull'equilibrio finanziario e sull'autonomia regionale “al di fuori degli strumenti pattizi individuati [negli Statuti], od anche liberamente convenuti”, ledendo con ciò il medesimo art. 10, “mirante a garantire alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e Bolzano quelle forme di autonomia più ampie contemplate dalle norme del nuovo Titolo V”. L'evocato art. 10, infatti, non trova applicazione riguardo alle previsioni degli statuti speciali che disciplinano detti strumenti pattizi, perché, limitandosi ad attribuire alle Regioni a statuto speciale le forme di maggiore autonomia che il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione riconosce alle Regioni a statuto ordinario, non disciplina né l'effettivo ambito di applicazione degli “strumenti pattizi” previsti dallo statuto, né la garanzia costituzionale di cui detti strumenti beneficiano nell'ordinamento (sentt. nn. 314 del 2003, 238 del 2004, 175 del 2006 e 102 del 2008)».

<sup>8</sup> Così L. D'ANDREA, *La proposta di riscrittura dello Statuto siciliano: brevi osservazioni critiche*, in A. RUGGERI, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, Torino, 2017, p. 221. In particolare, la bozza di un nuovo Statuto della Regione Siciliana si pone entro una cornice teorica costituita dalla «dialettica tra Costituzione-atto e Costituzione-processo, autorevolmente patrocinata nell'ambito della dottrina giuspublicistica da P. Häberle. Secondo tale prospettazione teorica, la dimensione costituzionale di un ordinamento normativo non può in alcun modo essere confinata entro il chiuso recinto delle Carte fondamentali, formalmente connotate dal rango superprimario e perciò gerarchicamente collocate al primo gradino del sistema delle fonti ed al vertice di tutte le manifestazioni giuridicamente ravvisabili all'interno dell'ordinamento. Essa infatti viene (anche) dinamicamente (appunto, processualmente...) conformata dalle molteplici ed eterogenee forme di applicazione, esecuzione ed attuazione dei principi e degli istituti solennemente sanciti nei testi formalmente costituzionali, alle prime formalmente sovraordinati. Dunque, la Costituzione (e, più, in generale, la normazione costituzionale) si manifesta fisiologicamente come fonte apicale del sistema giuridico e della convivenza politicamente organizzata, di cui si pone come fattore di disciplina, di guida e di orientamento (anche in una prospettiva di lungo periodo) e, contemporaneamente, come presente all'interno dell'esercizio delle pubbliche funzioni (normative, amministrative, giurisprudenziali) e della prassi comunitaria, da cui viene (anche) incessantemente plasmata e (ri)conformata. [...] Dunque, la Costituzione è insieme atto e processo o, meglio, essa risulta dall'incessante dialettica tra (statica) dimensione dell'atto normativo gerarchicamente collocato alla sommità del sistema delle fonti e (dinamica) dimensione del processo storico entro ed in forza del quale il primo riceve positiva attuazione ed effettiva vigenza. Se la prospettiva di teoria della Costituzione

Al riguardo, nel volgere un rapido sguardo al contesto di specialità nel quale tale Statuto è stato concepito<sup>9</sup>, è possibile rilevare come, a fronte della configurazione di un'amministrazione statale per molto tempo fortemente accentrata, quale quella risultante dall'esperienza post-unitaria, non ancora pronta per una piena realizzazione del principio del decentramento – specie quello istituzionale di cui all'art. 5 Cost. – con cui solo parecchio tempo dopo ha fatto i conti, gli Statuti speciali hanno avuto il merito di differenziare il sistema rispetto alle Regioni.

Proprio questa prospettiva ha indotto a considerare lo Statuto siciliano come il «primo atto formale e sostanziale di rottura del centralismo ereditato dallo Stato italiano e dalla tradizione piemontese»<sup>10</sup>. E, d'altra parte, solo con l'istituzione delle Regioni ordinarie ed il conferimento loro di funzioni e risorse strumentali, la specialità regionale cessa di configurarsi come eccezione rispetto a quell'assetto originario e diventa una modalità di conformazione del rapporto tra ordinamento statale e ordinamenti regionali.

Rapporto che si manifesta come limitativo delle prerogative regionali se si pone mente a quella specialità che ha fatto i conti con l'attuazione del federalismo amministrativo e, successivamente, con la legge Bassanini n. 59/97 e la legge cost. n. 3/2001 che hanno evidenziato l'esigenza dell'introduzione di una clausola di maggior favore, per effetto della quale le forme di autonomia riconosciute alle Regioni ordinarie trovano applicazione anche per le Regioni speciali (la nota clausola di cui all'art.10)<sup>11</sup>.

---

presenta qualche attendibilità, è chiara la ragione per la quale si intende con la proposta di revisione costituzionale qui avanzata procedere in direzione dell'attualizzazione della Carta statutaria siciliana: si intende, infatti, ricalibrare tale testo normativo sull'assetto attuale del sistema, italiano ed europeo, segnando senza titubanze le necessarie discontinuità con lo Statuto del 1946 e garantendo altresì gli imprescindibili profili di continuità con il presente contesto (normativo, politico e sociale)» (L. D'ANDREA, *La proposta di riscrittura dello Statuto siciliano: brevi osservazioni critiche*, cit., pp. 224-225).

<sup>9</sup> Come rilevato, sulla scorta di un'idea diffusa tra gli storici dell'autonomia siciliana, lo Statuto è «frutto di un "patto" conclusosi nel 1946 in cui esigenze unitarie e istanze autonomistiche trovano una sintesi che influirà sui lavori dell'Assemblea costituente e sulle scelte che definiranno la forma in senso regionale del nascente ordinamento costituzionale» (G. VERDE, *Norme di attuazione e Commissione paritetica Stato-Regione Siciliana*, in A. RUGGERI, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, cit., p. 201). Tale assunto vale a «richiamare il significato che il cd. "principio pattizio" ha avuto nella giurisprudenza costituzionale con riferimento proprio alle disposizione di attuazione che – a detta della Corte – manifestano dal punto di vista costituzionale l'esplicazione di detto principio che presiede alle relazioni fra lo Stato e le Autonomie speciali considerato che il "metodo pattizio" è lo strumento indefettibile, anche sotto il profilo procedurale, nella disciplina delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali» (G. VERDE, *Norme di attuazione e Commissione paritetica Stato-Regione Siciliana*, cit., p. 201).

<sup>10</sup> Così G. SILVESTRI, *Lo Statuto siciliano e la Costituzione*, in G. ARMAO – M. SAIJA (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana 1946-2016*, Soveria Mannelli, 2016, p. 31.

<sup>11</sup> Avverte S. PAJNO, *L' "adeguamento automatico" degli Statuti speciali*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2008, che «l'art. 10 ci consegna un metodo, un criterio, non un risultato. Esso ci dice che quando le norme del titolo V sono più favorevoli rispetto a quelle statutarie, le prime devono essere preferite alle seconde. In prima battuta si potrebbe quindi rilevare che, *ove tutte le norme del titolo V*

Ed è questa una specialità alla quale, in certo modo, attingono anche quelle Regioni ordinarie che ne facciano richiesta e che definiscano la necessaria intesa con lo Stato.

Se, dunque, il processo evolutivo della specialità induce a distinguere una specialità che trova fondamento nella Costituzione del 1948 e negli Statuti speciali da una specialità basata sulle disposizioni costituzionali di modifica del Titolo V della Costituzione e degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, dobbiamo riconoscere il carattere oggi residuale della specialità storica<sup>12</sup> e tener conto che la differenza tra Regioni ordinarie e regioni speciali risulta attenuata dall'effetto normalizzante della clausola di maggior favore.

È in siffatto contesto di specialità che si pone l'autonomia della Regione Sicilia la quale è stata assicurata da uno Statuto approvato<sup>13</sup> con R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, e successivamente convertito con la legge costituzionale n. 2 del 1948, Statuto che, all'art. 14, riconosceva una potestà legislativa piena o esclusiva quale corollario della specialità<sup>14</sup> ma notevolmente ridimensionata ed uniformata

---

*fossero più favorevoli di tutte le norme degli statuti*, l'esito sarebbe quello dell'applicazione integrale del diritto comune anche alle regioni speciali. Evidentemente questo (banale) rilievo non è sufficiente per render conto delle modalità di applicazione della clausola di adeguamento automatico. Può già essere utile, però, per mostrare come la conclusione secondo la quale il regime statutario deve continuare a costituire il "diritto generale" delle Regioni ad autonomia particolare non è affatto necessitata dal testo della clausola di adeguamento automatico. In secondo luogo, si può concordare senza riserve con l'affermazione, presente in dottrina, secondo la quale l'applicazione del nuovo titolo V alle Regioni speciali attraverso le "strette" dell'art. 10 deve avvenire mediante una valutazione "norma per norma". Ed allora, «in sintesi, gli Statuti delle Regioni ad autonomia particolare sono sempre stati intesi quali portatori di un "diritto speciale" rispetto al "diritto generale" delle norme costituzionali. Da qui la funzione integrativo-residuale del Titolo V. La clausola di adeguamento automatico non incide su tutto ciò. Essa si limita a dirci che quando il diritto speciale è meno favorevole, si deve applicare il diritto generale. Ma, naturalmente, quando non vi è alcun diritto speciale (ossia quando manca la "norma omologa" nello statuto) non può che applicarsi il diritto generale (ossia il Titolo V della Costituzione)» (S. PAJNO, *L' "adeguamento automatico" degli Statuti speciali*, cit., p. 4).

<sup>12</sup> Secondo una diversa prospettiva, invece, un tale rilievo non troverebbe riscontro nelle affermazioni di una parte della giurisprudenza costituzionale sulle Regioni speciali nonché nella costruzione dell'autonomia speciale attraverso le norme di attuazione.

<sup>13</sup> Per una disamina delle origini e del processo di formazione dello Statuto siciliano cfr. ASTUTO G., *Le origini dello Statuto siciliano*, in G. ARMAO, M. SAIJA (a cura di), *Settant'anni di autonomia siciliana 1946-2016*, cit., pp. 161 ss.; C. TRAMONTANA, *Le origini dell'autonomia regionale e la genesi dello Statuto siciliano*, in A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino, 2012, pp. 8 ss.; S. PAJNO, *La Sicilia, ovvero dell'autonomia sfiorita*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 1-2/2011, pp. 520 ss.; CASSETTI L., *La potestà legislativa regionale tra autonomie speciali in trasformazione, competenze esclusive e nuove forme di specialità*, in A. FERRARA, G.M. SALERNO (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 78; G. SALEMI, *Lo Statuto della Regione siciliana (I lavori preparatori)*, Padova, 1961.

<sup>14</sup> Osserva A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, *www.federalismi.it*, n. 22/2015, pp. 4-5, che «la specialità è stata storicamente garantita da uno statuto (frutto di iniziativa regionale) approvato con legge costituzionale (per con-

a quella delle altre Regioni speciali sul presupposto della non conformità a Costituzione del riconoscimento alle Regioni di una potestà propriamente esclusiva.

È evidente, allora, come la riflessione sull'attualità e sulle prospettive dello Statuto siciliano si accompagni alla riflessione sull'attualità e sulle prospettive di una specialità che muovendosi – come è stato autorevolmente osservato<sup>15</sup> – in direzione di una “specialità diffusa” si deve apprezzare sul piano dei contenuti di cui dovrebbero essere riempiti i nuovi Statuti speciali.

Da questo punto di vista, come è stato opportunamente rilevato dagli Studiosi costituzionalisti che hanno offerto un significativo contributo all'elaborazione di una nuova Carta statutaria redigendo la proposta di un nuovo Statuto della Regione Siciliana presentata nel 2017, ha poco pregio porsi in un'ottica di «attuazione» dello Statuto del 1946, rivelandosi maggiormente coerente con le trasformazioni della specialità sopra solo accennate un percorso che, senza dimettere taluni assetti ordinamentali, miri a tracciare le linee di una più conveniente «attualizzazione» della Carta statutaria.

### 3. *Ripensare lo Statuto siciliano: tra tradizione e innovazione*

È, dunque, nella prospettiva tendente non già ad «attuare» il testo originario dello Statuto del 1946, ma a *ripensare* l'assetto costituzionale dell'autonomia siciliana, rimodellandola in relazione ad esso ed entro il disegno complessivo dell'odierno ordinamento autonomistico italiano<sup>16</sup>, che è possibile apprezzare una perdurante vitalità e modernità della Carta statutaria originaria, le quali non precludono – anzi,

---

sentire la deroga del Titolo V) in cui veniva riconosciuta una potestà legislativa piena o esclusiva su materie individuate negli Statuti stessi. La legislazione come fulcro della specialità, come noto, è comprovata dal fatto che il primo statuto speciale elaborato ed approvato, cioè quello siciliano, all'art. 14 introduceva il concetto di legislazione piena ed esclusiva quale corollario, appunto, della specialità. È altrettanto nota la vicenda che condusse gradatamente ad un ridimensionamento della potestà legislativa esclusiva contenuta nell'art. 14 dello statuto siciliano e la sua omologazione, nei limiti a quelli previsti negli altri statuti speciali. Prevalse cioè la tesi di Mazziotti secondo cui l'unica fonte a competenza generale era la legge statale, ritenendosi non conforme all'ordinamento costituzionale che ad una Regione potesse attribuirsi una competenza davvero esclusiva».

<sup>15</sup> A. RUGGERI, *Per un nuovo Statuto della Regione Siciliana*, in A. RUGGERI, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA (a cura di), *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, cit., p. 5.

<sup>16</sup> Entro tale cornice, si tratta probabilmente di «tematizzare l'an della specialità come problema politico e non come problema giuridico: bisogna tornare a porsi il problema politico della individuazione delle forme e degli strumenti che meglio di altri possono corrispondere alle peculiarità delle comunità che fino ad oggi sono state “speciali” e assicurare buoni frutti al loro autogoverno, garantendo al contempo il rispetto quei livelli di uguaglianza e solidarietà tra i territori che siano oggi ritenuti in grado di assicurare l'unità repubblicana, e rinunciando invece all'idea dell'esistenza di posizioni particolari giuridicamente sottratte alla disponibilità della politica, financo di quella che agisce nelle forme della revisione costituzionale» (S. PAJNO, *La specialità alla prova: il ciclo integrato dei rifiuti nella Regione siciliana*, in *Le Regioni*, n. 5/2017, p. 1016).



sostengono – l'individuazione di possibili direttrici di sviluppo lungo un percorso che presenti profili di continuità e discontinuità rispetto ad essa<sup>17</sup>.

Nel prendere in esame solo taluni di questi aspetti, è dato rilevare come, unitamente all'introduzione di norme di tipo programmatico (artt. 1-16) che hanno colmato una lacuna dello Statuto del 1946 e che valgono ad esprimere (oltre che a garantire) l'identità della Sicilia entro un assetto costituzionale unitario, la proposta contenuta nella Bozza del nuovo Statuto miri a superare la «logica della separazione» delle competenze ed a puntare, invece, sulla diversa «logica dell'integrazione»<sup>18</sup> delle stesse. Una scelta quanto mai opportuna sol che si consideri che l'integrazione, col consentire la sostituzione dell'ente rimasto inattivo o parzialmente attivo per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, ben può configurarsi come strumento di azione proprio dei pubblici poteri.

Nella proposta di riscrittura dello Statuto siciliano, infatti, è sì presente il criterio basato sull'individuazione delle materie quale modalità di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regione, ma gli ambiti materiali espressamente rimessi alla normazione regionale sono definiti mediante una connotazione sostanziale che fa riferimento, in via esplicita, agli interessi<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> In questa direzione si tenga presente quanto attentamente osservato da A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali*, in *Le Regioni*, n. 5/2017, p. 901, il quale rileva che «L'Italia, pur non essendo – da un punto di vista demografico e dell'estensione territoriale – un grande Stato, come la Cina o il Brasile, rimane comunque un Paese dalle enormi diversità sociali: economiche, culturali, politiche...La mia idea è che purtroppo queste diversità non siano mai state sufficientemente riconosciute, protette, valorizzate e razionalizzate giuridicamente. E ora paghiamo le scelte che sono state fatte – dal 1861 ad oggi – senza tener adeguato conto di queste davvero straordinarie differenze».

<sup>18</sup> Sulla necessità di aderire ad una «logica dell'integrazione delle competenze», cfr. A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, in *Le Regioni*, n. 1/2015, pp. 243 ss.; ID., *Nota minima sulle oscillanti prospettive del regionalismo italiano, tra logica della separazione e logica della integrazione delle competenze, alla luce della "controriforma" del titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ID., *Verso una revisione della forma costituzionale dello Stato*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2013, ove si rileva come «si fatica a comprendere per quale ragione mai non si pensi di chiarire una buona volta nella Carta "novellata" a quale criterio ordinatore si informano le relazioni tra leggi di Stato e Regione, se a quello della separazione delle competenze, così come ritenuto da una risalente dottrina (che, peraltro, ha – come si sa – fatto nuovi proseliti specie dopo la revisione del 2001) preoccupata del fatto che le istanze di autonomia possano altrimenti non essere come si deve salvaguardate, ovvero all'altro della integrazione delle competenze stesse, che dà modo alle une leggi di prendere, sia pure a titolo precario, il posto che dovrebbe esser proprio delle altre»; in una prospettiva europea, ID., *"Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione e integrazione*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, pp. 207 ss..

<sup>19</sup> Così ad esempio, Part. 53, co. 1, devolve alla potestà legislativa esclusiva della Regione lo «sviluppo e sostegno della produzione agricola di interesse regionale» (lett. c), l'«industria e commercio, sviluppo e sostegno della produzione industriale e delle attività commerciali di interesse regionale (lett. h), i «lavori pubblici di interesse regionale» (lett. m), le «acque pubbliche in quanto non siano oggetto di opere pubbliche di interesse nazionale» (lett. o), l'«istruzione elementare, musei, biblioteche, accademie di interesse locale e regionale» (lett. s), mentre nel comma 2 del medesimo articolo è affermato che nelle materie ivi elencate le leggi regionali siciliane sono approvate «entro i limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi

In realtà, anche nello Statuto del 1946 è presente un assetto in tal guisa determinato, che vale a delineare, attraverso la dimensione assiologica, le materie ed i limiti imposti alle leggi regionali<sup>20</sup>.

Nondimeno, se, pure, tale corrispondenza vale a mettere senz'altro in luce aspetti di continuità tra lo Statuto siciliano del 1946 e la Bozza del nuovo Statuto, consentendo di ravvisare una perdurante attualità della Carta statutaria originaria, la prospettiva verso cui muovere può essere meglio individuata nel superamento di quel modello che, a lungo, ha caratterizzato l'assetto ordinamentale regionale, basato su una rigida separazione tra legislazione statale e regionale. Ed invero, come accennato, appare preferibile ragionare in termini di integrazione delle competenze legislative statali e regionali.

Ne è evidente espressione la formulazione dell'art. 54 proposta, secondo cui la legislazione regionale deve essere adeguata ai principi ed alle norme costituenti limiti indicati dall'art. 53 (co. 1), ferma restando, comunque, «l'immediata applicabilità nel territorio regionale delle leggi costituzionali, degli atti legislativi dello Stato nelle materie nelle quali alla Regione è attribuita delega di funzioni statali, nonchè delle norme internazionali e dell'Unione europea direttamente applicabili» (co. 3).

Ed ancora, nelle materie devolute alla potestà concorrente ed elencate nell'art. 53, co. 2, è stabilito, al co. 4 del medesimo art. 54, che «la legge statale recante principi fondamentali si applica nel territorio della Regione, anche nella parte in cui contiene norme attuative dei principi, fino all'entrata in vigore della normativa di dettaglio» (co. 4).

Da questo punto di vista, si tratta, come evidente, di una logica del tutto diversa rispetto a quella adottata dallo Statuto siciliano del 1946, invece caratterizzato da una dimensione autoreferenziale, probabilmente espressiva della peculiarità<sup>21</sup>,

---

dello Stato e al fine di soddisfare alle condizioni particolari ed agli interessi propri della Regione».

<sup>20</sup> Ed invero, l'art. 14 dello Statuto del 1946 attribuisce la materia dei «lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale» alla potestà legislativa esclusiva della Regione, così come, nel medesimo senso, l'art. 17 lett. i) dello stesso assegna alla potestà legislativa di tipo concorrente «tutte le altre materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale», riconoscendo alla Regione Sicilia il potere legislativo sulle materie nello stesso indicate «entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato» ed «al fine di soddisfare alle condizioni particolari ed agli interessi propri della Regione».

<sup>21</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, Discorso tenuto dal Presidente Silvestri in occasione della seduta solenne in ricordo del 50° dell'Assemblea legislativa regionale, Trieste 26 maggio 2014, p. 10, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo cui «Se le Regioni speciali e le Province autonome vogliono avere un futuro – come è giusto che sia – è necessario che esse valorizzino le loro peculiarità facendole diventare componenti della ricchezza culturale e sociale della Nazione. Il carattere fondamentale della nostra democrazia costituzionale è il pluralismo, che non è esaltazione a tutti i costi di diversità inventate e proclamate, ma riflette nell'ambito delle istituzioni una composizione complessa della società, che non si lascia ridurre a uniformità razionalisticamente pensate dall'alto, reclama il riconoscimento dei diritti fondamentali delle comunità e dei gruppi sociali, che si affiancano e integrano i diritti fondamentali delle persone. Come per le persone, i diritti fondamentali devono trovare corrispondenza nei doveri, altrettanto fondamentali, di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 della Costitu-



anche geografica, della posizione della Regione. Una logica che, con riferimento a tale specifico profilo, segna, quindi, una decisa rottura con l'impostazione presente nell'originario Statuto nel quale difetta un disegno di relazioni tra l'organizzazione regionale e gli altri attori, pubblici e privati, operanti a livello nazionale ed ultranazionale, considerato quest'ultimo nella duplice dimensione europea e globale<sup>22</sup>.

La Bozza del nuovo Statuto si muove, infatti, decisamente nel segno dell'affermazione di una democrazia aperta alla partecipazione<sup>23</sup> dei cittadini, singoli e associati, nonchè degli enti locali presenti sul territorio.

Tra quelle norme di principio – come detto, ora significativamente inserite nella

---

zione. Specialità – è stato detto da Roberto Chieppa – fa rima con solidarietà». Cfr., altresì, G. PITRUZZELLA, *Le Regioni speciali dopo la Riforma del Titolo V*, in G. VERDE (a cura di), *La specialità siciliana dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Atti del seminario di Palermo, 15 aprile 2002*, Torino, 2003, pp. 214 ss.

<sup>22</sup> Come rilevato, invero, lo Statuto siciliano «affonda le sue radici nel travagliato periodo storico in seno al quale esso ha conosciuto la sua genesi: redatto nel tormentoso e controverso periodo dell'occupazione alleata della Sicilia, caratterizzato dall'emersione di una vigorosa spinta separatista, nella quale si è ravvisato una virulenta “esplosione di ‘sicilianismo’”, lo Statuto reca una chiara traccia dell'autonomismo “riparazionista”, patrocinato soprattutto dall'on. Enrico La Loggia, e non si manifesta estraneo neanche all'“ideologia risarcitoria che finisce per assolvere le colpe delle classi dirigenti di tutte le epoche e per giustificare la concessione di un regime speciale”. E perciò, non certo casualmente, secondo una logica di natura appunto autoreferenziale è stato in larga misura interpretato ed attuato: basti qui ricordare, a mo' di esempio, il criterio della rigida separazione che ha fin qui marcato le relazioni tra legislazione statale e legislazione regionale siciliana; l'approvazione di leggi regionali le quali, piuttosto che promuovere processi di sviluppo economico-sociale, hanno avuto spesso ad oggetto il personale dell'amministrazione regionale, “la cui carriera dipende storicamente dalla promozione legislativamente disposta”, e più in generale, l'utilizzo delle prerogative afferenti alla specialità siciliana in chiave di tutela dello stesso apparato governante siciliano e di garanzia di una condizione di “privilegio degli organi regionali”; il regime di “separazione e specialità” della giustizia amministrativa siciliana, che inevitabilmente si traduce in una giurisprudenza ed in un diritto vivente parimenti separati, “con la conseguenza che il regime giuridico che caratterizza le relazioni tra cittadino e amministrazione può essere diverso in Sicilia in rispetto a quello di tutto il resto d'Italia. Dunque, si può affermare che tanto lo Statuto siciliano del 1946, quanto l'implementazione complessivamente offertane nel corso dei decenni, appare connotato da una “cifra” di chiusura autoreferenziale, che peraltro si può anche proporre, sul terreno culturale ed antropologico, come una paradigma suggestivamente affiene alla condizione geografica di insularità» (D'ANDREA L., *La proposta di riscrittura dello Statuto siciliano: brevi osservazioni critiche*, cit., pp. 228-230).

<sup>23</sup> Come osservato, invero, «i fronti sui quali tentare un pur problematico e, se si vuole, parziale, recupero dell'autonomia» dovrebbero essere principalmente due: «quello della partecipazione dei soggetti che ne sono istituzionalmente portatori alla formazione degli atti legislativi e normativi in genere espressivi della direzione politica dello Stato e l'altro della valorizzazione del ruolo delle Regioni nel processo costituzionale, dotandole finalmente di quella “parità delle armi” – come l'ha chiamata una sensibile dottrina – che è fin qui vistosamente mancata» (A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, cit., p. 245). In tema, con specifico riferimento alla Regione Siciliana, cfr. L. SALAMONE, *Gli istituti di partecipazione popolare*, in A. RUGGERI, G. VERDE, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Torino, 2012, pp. 287 ss., nonchè in generale, M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, pp. 181 ss.; R. BIFULCO, E. PAPARELLA, *La partecipazione popolare tra tradizione e innovazione*, in R. BIFULCO (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Torino, 2006, pp. 257 ss.

proposta di Statuto – rinveniamo la disposizione contenuta nell'art. 5 per la quale «la Regione promuove la partecipazione dei cittadini, singoli e associati, ed il partenariato con le forze sociali ed economiche per la formazione delle politiche e per l'esercizio delle funzioni legislative e amministrative» (co. 1). Nella medesima norma di principio è, altresì, specificato che l'ARS e il Governo regionale «consultano le rappresentanze degli interessi sui testi normativi, sui provvedimenti amministrativi di interesse generale e sugli atti di programmazione e valorizzano le iniziative autonome dei soggetti titolari di competenze diffuse nella comunità regionale» (co. 2)<sup>24</sup>.

È questo, peraltro, un disegno che non resta a livello delle mere enunciazioni di principio ma trova sostanziale riscontro e conferma negli istituti previsti nella Sezione V del Titolo II, ossia negli istituti di partecipazione popolare (art. 43)<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Nell'impossibilità di esporre compiutamente la problematica relativa ai contenuti necessari ed a quelli eventuali degli statuti regionali si richiamano le affermazioni della Corte Costituzionale sul tema laddove ribadisce la legittimità dell'individuazione, accanto ad un contenuto necessario definito dall'art. 123 Cost., di «altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo (tra l'altro, non poche disposizioni del genere sono presenti nello statuto calabrese e non sono state impugnate); contenuti ulteriori dei quali semmai è opinabile la misura dell'efficacia giuridica» (Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 2). E riguardo a tali contenuti eventuali, la Corte costituzionale (Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372) precisa altresì che «alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto [...]. D'altra parte, tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti. Qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali "a competenza riservata e specializzata", cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque "essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione" (sentenza n. 196 del 2003). Se dunque si accolgono le premesse già formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa». Ne discende che «de disposizioni contenute negli statuti regionali, le quali non abbiano contenuto immediatamente precettivo, ma si limitino a fissare degli obiettivi o indirizzi generali della politica regionale, come ad esempio promuovere l'estensione del diritto di voto agli immigrati, non ledono le attribuzioni del legislatore nazionale; di conseguenza, è inammissibile, per carenza di lesività, il ricorso governativo avverso le suddette disposizioni».

<sup>25</sup> L'art. 43 della Bozza, rubricato, appunto, «La partecipazione popolare e la trasparenza», recita: «1. In aderenza all'art. 5 e conformemente al principio costituzionale democratico, la Regione promuove la partecipazione dei singoli e dei soggetti sociali organizzati all'esercizio della funzione legislativa e amministrativa; garantisce la trasparenza dell'attività dei propri organi e uffici, nonché degli organismi da essa dipendenti, controllati e partecipati. La Regione, al fine di rendere effettiva la partecipazione popolare e la trasparenza, assicura la più ampia informazione da parte delle sue istituzioni, la pubblicità degli atti e il diritto di accesso. Un Difensore civico, istituito e regolato con legge regionale approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea, vigila sull'osservanza di quanto prescritto nel presente articolo.

2. La partecipazione si attua mediante: l'iniziativa legislativa popolare e dei Comuni; la petizione; gli istituti di consultazione; i referendum».

nonchè in quelli concernenti «l'iniziativa legislativa popolare e dei Comuni» (art. 44)<sup>26</sup>, il «diritto di petizione» (art. 45)<sup>27</sup>, gli «istituti di consultazione» (art. 46)<sup>28</sup>, il «referendum abrogativo, propositivo e consultivo» (art. 47)<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> A norma dell'art. 44 della Bozza, rubricato «L'iniziativa legislativa popolare e dei Comuni», «1. L'iniziativa legislativa popolare si esercita mediante la presentazione di un progetto di legge sottoscritto da almeno diecimila cittadini iscritti nelle liste elettorali dei Comuni della Regione, redatto in articoli e accompagnato da una relazione che ne illustri i contenuti normativi e le finalità.

2. Progetti di legge possono essere presentati all'Assemblea anche dai Consigli dei Comuni della Regione, che, soli o congiuntamente, rappresentino almeno un decimo della popolazione regionale.

3. Con legge regionale sono disciplinate le modalità di presentazione dei progetti di legge di iniziativa popolare e comunale.

4. L'Assemblea delibera in via definitiva sui progetti di legge di iniziativa popolare e comunale entro un anno dalla presentazione.

5. I progetti di legge di iniziativa popolare non decadono con la fine della legislatura».

<sup>27</sup> Dispone l'art. 45 della Bozza, rubricato «Il diritto di petizione», che «1. Tutte le persone fisiche e giuridiche, aventi legale residenza o sede sociale sul territorio regionale, hanno il diritto di rivolgere, in forma individuale o associata, petizioni agli organi di governo della Regione per esporre comuni necessità o richiedere provvedimenti su materie di competenza regionale. Le modalità di presentazione delle petizioni, che può avvenire anche in via telematica, sono stabilite da ciascun organo con proprio regolamento.

2. Gli organi richiesti hanno l'obbligo di esaminare le petizioni e di fornire ai richiedenti risposta scritta entro tre mesi».

<sup>28</sup> L'art. 46 della Bozza, rubricato «Gli istituti di consultazione», dispone che «1. L'Assemblea e la Giunta, nei procedimenti che si svolgono dinanzi ad esse, garantiscono la più ampia partecipazione degli enti locali, degli ordini e delle rappresentanze degli interessi professionali, delle parti economiche e sociali, delle Università, delle istituzioni di volontariato e culturali, delle associazioni esponenziali di interessi di carattere generale e di ogni altra formazione sociale.

2. A questo fine, l'Assemblea e la Giunta, in occasione dell'adozione degli atti di carattere generale, prevedono adeguate forme di consultazione degli enti esponenziali di interessi organizzati e delle formazioni intermedie di cui al comma 1, in relazione ad aspetti dell'attività della Regione, che presentano rilevanza nei loro rispettivi ambiti di interesse. I tempi e le modalità di tali consultazioni sono disciplinati dall'Assemblea e dalla Giunta con proprie norme regolamentari.

3. Le Commissioni dell'Assemblea in sede legislativa e consultiva, se richieste, hanno l'obbligo di sentire gli enti esponenziali di interessi organizzati e le formazioni intermedie di cui al comma 1.

4. La consultazione degli enti esponenziali di interessi organizzati e delle formazioni intermedie di cui al comma 1 è sempre garantita in relazione all'elaborazione e all'attuazione della normativa e delle politiche europee che riguardano specificamente i loro rispettivi ambiti di interesse».

<sup>29</sup> A norma dell'art. 47 della Bozza, rubricato «Il referendum abrogativo, propositivo e consultivo», «1. Con legge approvata a maggioranza dei componenti dell'Assemblea sono disciplinate le condizioni e le modalità di proposizione e di svolgimento del referendum abrogativo, propositivo e consultivo regionale.

2. Il referendum abrogativo è indetto per l'abrogazione totale o parziale di una legge regionale, di un regolamento o di un atto amministrativo di carattere generale, quando ne facciano istanza almeno cinquantamila cittadini iscritti nelle liste elettorali dei Comuni siciliani o due Città metropolitane o tre liberi consorzi comunali. La proposta soggetta a referendum deve avere oggetto omogeneo e unitario e si considera approvata se ha partecipato alla votazione il quaranta per cento degli aventi diritto ed è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. Il referendum abro-

In tale direzione, anzi, potrebbe giungersi a prevedere che la stessa approvazione di un nuovo Statuto proceda sulla scorta di quei processi partecipativi che si applicano alla creazione di diverse Carte fondamentali in taluni Paesi, specie extraeuropei (Islanda, Ecuador Bolivia), ossia di un “processo costituzionale partecipato”. Potrebbe, cioè, valutarsi la ricerca di metodiche e strumenti che valorizzino il ruolo della società civile nei processi di formazione delle scelte di governo, prendendo in considerazione il tema della partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche<sup>30</sup>.

È, dunque, pienamente condivisibile l'idea che ogni tentativo di riscrittura dello Statuto siciliano debba muovere in una siffatta prospettiva, una prospettiva, cioè, che, superando un *deficit* strutturale insito nel testo del 1946, miri a sviluppare un rapporto sinergico tra la Regione ed i soggetti presenti sul territorio isolano, considerati, a questi fini, a prescindere dallo *status* di cittadini o meno.

Per questa via, specialmente la Regione siciliana può, invero, farsi testimone di una società in cui più culture (ed i recenti flussi migratori ne sono il veicolo più

---

gativo non è ammesso per le leggi di bilancio, di natura finanziaria e tributaria, relative ai rapporti internazionali e con l'Unione europea, di modifica o revisione statutaria.

3. Il referendum propositivo concerne una proposta di legge d'iniziativa popolare o comunale che non sia stata approvata dall'Assemblea ovvero sia stata approvata con sostanziali modifiche. È indetto su richiesta di almeno ventimila elettori iscritti nelle liste elettorali dei Comuni siciliani o di un numero di Comuni rappresentativo di almeno un quinto degli abitanti della Regione, secondo l'ultimo censimento ufficiale. Qualora il risultato del referendum propositivo sia favorevole, la proposta di legge si considera approvata nel testo presentato dai proponenti; se sfavorevole, resta confermato il testo approvato dall'Assemblea.

4. Il referendum consultivo è proposto su richiesta dei Deputati regionali o della Giunta ed è indetto, a seguito di deliberazione dell'Assemblea, al fine di conoscere l'opinione della popolazione regionale, o di frazioni di essa qualificate per un rilevante interesse locale, circa i principi o gli indirizzi relativi ad attività o progetti di legge di competenza regionale, incluse le iniziative regionali di leggi statali, anche costituzionali e di modifica statutaria. Al referendum consultivo sono ammessi a partecipare, oltre agli elettori regionali, altri soggetti, anche non cittadini, legalmente residenti da almeno due anni in un Comune della Regione».

<sup>30</sup> Avverte G. RIVOSECCHI, *Decisioni di bilancio e politiche pubbliche fra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2018, p. 402, che «la Costituzione italiana non menziona le politiche pubbliche, ma disciplina i rapporti tra Stato e autonomie territoriali attraverso l'enumerazione delle materie su cui si fonda il riparto delle rispettive competenze. Al contrario, le relazioni tra Unione e Stati membri sono disciplinate secondo criteri ispirati alle competenze funzionali, in cui più emerge il carattere finalistico dell'ordinamento dell'Unione, rivolto al conseguimento di obiettivi spesso di carattere intersettoriale. In questo quadro di riferimento, le risposte alla domanda di normazione che devono fornire il legislatore statale e quello regionale per costruire politiche spesso fuoriescono dai confini delle materie e dal rigido riparto di competenze. Al riguardo, si può ricordare quanto già scriveva Gaetano Salvemini all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione: le disposizioni costituzionali sulle Regioni devono trovare adeguata attuazione, rimanendo altrimenti un “vaso vuoto” con sopra la denominazione “Regioni”. E non può non rammentarsi l'ammonimento di Livio Paladin, secondo il quale le materie sono connotate per un ampio margine di indeterminatezza, e rischiano pertanto di rimanere “pagine bianche”, se non trovano adeguata attuazione nella legislazione e nelle politiche pubbliche». Sul tema delle politiche pubbliche, cfr., *ex multis*, Y. MÉNY, J.P. THOENIG, *Politiques publiques*, Paris, 1989, trad.it., *Le politiche pubbliche*, Bologna, 1992.

immediato e dirimente) convivono entro uno spazio rispettoso delle differenze<sup>31</sup> in quanto effettivamente basato sui principi di libertà, uguaglianza sostanziale – e non già e non solo formale – nonché, in primo luogo, di dignità della persona umana.

A questa idea – che traduce una sfida importante per una Regione posta una posizione strategica che la storia ha, sin dall'antichità, testimoniato – si ispira la previsione dell'art. 2, co.1, della Bozza di Statuto per la quale «la Regione Sicilia, per la posizione strategica occupata nel Mediterraneo sede nei secoli di molteplici genti, riconosce nell'incontro tra civiltà diverse una fonte preziosa di arricchimento materiale e spirituale, opera per assicurare l'armonica convivenza di differenti culture e promuove l'amicizia ed il valore della pace tra i popoli». È per questa via, dunque, che la Regione Sicilia può proporsi quale luogo privilegiato di relazioni tanto tra soggetti pubblici – ossia tra enti locali e Stato nonché, in una prospettiva di integrazione verticale, l'Unione europea<sup>32</sup> – quanto tra enti esponenziali della collettività organizzata.

Nell'auspicata ottica di un sistema di specialità diffusa, che, analogamente a quanto avviene nel sistema spagnolo, consenta alle Regioni di provvedere soltanto alla cura degli interessi effettivamente emergenti dai rispettivi territori e riservi allo Stato un intervento sussidiario volto al pieno soddisfacimento di quelli, si tratta di riscoprire e ripensare i poteri e le prerogative regionali da volgere alla migliore garanzia e protezione, in un dato momento storico, degli interessi costituzionalmente rilevanti dei cittadini<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. U. ALLEGRETTI, *Presente e futuro delle autonomie regionali in Italia e in Europa*, in *Le Regioni*, n. 1/2016, p. 16, il quale osserva che «le differenze nei fatti e negli intenti caratterizzanti le popolazioni dei vari territori regionali producono diversificazioni tra le realizzazioni concrete delle singole Regioni. La diversità di fisionomia di natura politica, sociale, economica, culturale delle varie Regioni tendono così a generare corrispondenti differenze nell'organizzazione e nelle azioni delle singole Regioni come strumento per il loro affrontamento. Tali differenze sono in effetti strutturali alla natura dell'autonomia. Ciò avviene tanto di più quanto maggiori sono le differenze nelle situazioni di fatto di ogni singolo Paese. In Italia, le differenze di fatto tra i territori sono particolarmente rilevanti, per effetto di una storia antica e travagliata, che dopo centocinquanta anni di unità nazionale continua, e nei tempi recenti in parte accresce, il divario, non solo economico, tra Centro-Nord e Sud e anche all'interno di queste grandi partizioni del Paese».

<sup>32</sup> Proprio l'Unione europea può sostenere un processo di recupero del regionalismo e, dunque, delle autonomie «tanto più qualora si riuscisse a centrare l'obiettivo di creare collegamenti strutturali e procedimenti integrati idonei ad assicurare una presenza delle autonomie meno sbiadita di quella in atto riscontrabile per il tramite del Comitato delle Regioni, per quanto l'esperienza ad oggi maturata non induca invero all'ottimismo, come confermano invero i non pochi casi in cui l'Unione ha sollecitato una politica di riaccostamento, indicando nel livello statale la sede ottimale per l'implementazione dei propri atti di indirizzo», (A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, p. 33).

<sup>33</sup> Cfr. L. VANDELLI, *Qualche appunto sulle tendenze delle istituzioni territoriali*, in *Le Regioni*, 1/2018, p. 93, il quale osserva che «in questo contesto, dominato da una diffusione delle più varie forme di differenziazione, senza rimpianti per un'uniformità che si è dimostrata formale e impotente, centrale si presenta, dunque, la questione della garanzia dei diritti e delle condizioni di vita dei cittadini o, in altri termini, dei rapporti tra principio di autonomia territoriale e principio di egua-

In altri termini, anche da tale punto di vista, sembra necessario accedere ad una dimensione diversa, non più autoreferenziale, ma fondata su una effettiva responsabilità del potere, politico e amministrativo, nei confronti della comunità di riferimento. Del resto, come è stato osservato il «significato più profondo e più alto» dell'autonomia è la «responsabilità di un popolo dinanzi alla sua storia, alla sua identità e alla funzione di governo»<sup>34</sup>.

Se questa strada verrà effettivamente percorsa, ne risulteranno i tratti che la Bozza di Statuto, sopra richiamata, ha espressamente individuato nelle disposizioni di cui agli artt. 1 e 2, ossia di una Regione Sicilia che «nella Repubblica italiana una e indivisibile, parte dell'Unione Europea e della Comunità internazionale, è Regione ad autonomia speciale, fondata sui principi della Costituzione nata dai valori della Resistenza e dal ripudio del fascismo» (art. 1, co.1) e che «conforma la propria attività ai principi di legalità, stato di diritto, democrazia, giustizia sociale, centralità e pieno sviluppo della persona. In particolare, riconosce la persona umana come fondamento della comunità regionale e ispira ogni azione alla salvaguardia della sua dignità mediante la tutela dei diritti inalienabili dell'uomo e la cura dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà» (art. 2, co. 3).

Anche l'ulteriore disposizione di principio inserita nella Bozza – secondo cui la Regione Sicilia «promuove l'effettiva estensione ad ogni persona dei diritti e dei doveri costituzionali, compreso il diritto di voto, per quanto compatibile con la Costituzione, e opera per il raggiungimento di livelli elevati delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 11, co. 1) – appare significativa del processo da intraprendere<sup>35</sup> ove si tenga presente che la tendenza uniforme della globalizzazione, se, da un lato, lascia emergere diversi ostacoli alla realizzazione di una naturale differenziazione<sup>36</sup>, dall'altro sollecita un processo ad

---

gianza. Rapporti rispetto ai quali l'imprendibile ponderazione tra principi non è sufficiente ad affermare le dinamiche reali; e che soltanto in parte è determinata da diversità di regole, mentre è largamente condizionata dalle condizioni sostanziali, a partire dalla disponibilità e dalla allocazione di mezzi finanziari, beni, competenze, personale, ecc.. Ad affrontare la questione sostanziale, dunque, non basta affermare astrattamente principi di eguaglianza e neppure "livelli essenziali" omogenei, ma creare le condizioni perchè le prestazioni siano effettive e adeguate, nella quantità, nella qualità, nelle modalità e nei tempi di erogazione».

<sup>34</sup> A. SAITTA, *L'autonomia siciliana alla prova della riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 12.

<sup>35</sup> Significativa l'esperienza della Regione Toscana, la quale ha inserito nel proprio Statuto la previsione secondo cui «La Regione promuove l'effettivo esercizio dei diritti politici ai toscani residenti all'estero» (art. 3, co. 5) e quella per la quale «La Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» (art. 3, co. 6).

<sup>36</sup> Cfr. R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4/2017, p. 650, per il quale «da differenziazione regionale è essa stessa una proiezione dell'interesse unitario e della sua flessibilità quale risulta dalla configurazione prevista e prescritta dalla Costituzione. L'interesse unitario si rivela in grado di articolarsi nel merito e di adattarsi nella forma ai diversi contesti regionali e si restringe

essa inverso, ossia la sensibilità per le tradizioni identitarie e culturali, tanto degli Stati, quanto e più – come nel nostro caso – delle sue componenti territoriali<sup>37</sup>.

#### 4. *Verso quale specialità? Ripensarne la garanzia muovendo dallo Statuto*

Se queste sono le diverse direttrici di un percorso che, riconoscendo profili di attualità dello Statuto del 1946, avverte l'esigenza di compiere passi avanti rispetto alla situazione presente, è da ritenere che tali passi debbano essere mossi entro la cornice di una rinnovata specialità che, come sopra rilevato, nel contemperare le tendenze alla globalizzazione e l'indispensabile riconoscimento delle identità regionali, mantiene, oggi più che in passato, la propria ragion d'essere nel suo porsi non già quale elemento distintivo di alcuni ambiti territoriali, ma come punto di approdo del processo autonomistico di ogni Regione. Si tratta, dunque, di riconsiderare la specialità, probabilmente riconoscendo alla stessa maggiori garanzie attraverso una opportuna valorizzazione delle norme statutarie.

In tale direzione, il ripensamento delle garanzie contenute negli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale deve tener conto della necessità di realizzare un delicato equilibrio tra divergenti interessi: tutela dell'autonomia speciale ed, insieme, dell'unità nazionale, da un lato; certezza del diritto ed effettività della garanzia delle esigenze autonomistiche dall'altro<sup>38</sup>.

Di conseguenza, in questa riflessione sul percorso da intraprendere – o, meglio, da proseguire – si rivela, probabilmente, utile una riconsiderazione a monte

---

con diversa intensità nell'ordinamento di ciascuna autonomia speciale – avendo riguardo anche alle norme di attuazione – e, in prospettiva, di ciascuna autonomia ordinaria ponderata».

<sup>37</sup> In questa prospettiva, si tratta di non trascurare che le autonomie speciali si fondano su «elementi pregiudiziali che hanno presieduto alla nascita dei primi embrioni di specialità», su «radici antropologico-culturali degli enti ad autonomia speciale, i quali si fondano su solide identità collettive, di cui costituiscono la proiezione istituzionale» (A. D'ATENA, *Passato, presente e... futuro delle autonomie regionali speciali*, in *Rivista AIC*, 4/2014).

<sup>38</sup> In questa direzione, come rilevato, «anche a Costituzione invariata, diviene possibile un ridisegno del sistema delle autonomie locali. Un ridisegno che punti all'adeguatezza nell'esercizio delle funzioni, attraverso il rafforzamento delle unioni e la diffusione delle fusioni di Comuni, non imponendo o vincolando ma sostenendo e convincendo; che tenda ad un consolidamento dell'integrazione tra Città metropolitane e Province da un lato, e Comuni, dall'altro, saldando le dinamiche di area vasta a quelle di prossimità; che metta in grado le stesse Città metropolitane di svolgere un ruolo realmente strategico per lo sviluppo delle grandi aree urbane del Paese, e le Province possano costituire un punto di riferimento per i Comuni, sostenendoli e sopperendo alle loro debolezze; che salvaguardi in capo allo Stato un ruolo effettivo di garanzia di unitarietà dei principi e di uguaglianza nella soddisfazione dei diritti, ma che consenta alle Regioni le differenziazioni necessarie a dare risposte alla varietà delle situazioni sociali, territoriali, economiche» (L. VANDELLI, *Quali prospettive per il sistema delle autonomie, dopo il referendum del 4 dicembre 2016*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, p. 20).



in ordine all'idea di Regione, in una prospettiva che non può, oggi, non tener conto della realtà europea, rispetto alla quale sarebbe auspicabile una più forte presenza delle autonomie<sup>39</sup> da realizzare attraverso collegamenti strutturali e procedimenti integrati.

Se, pure, l'Unione europea impone vincoli normativi e finanziari<sup>40</sup> che costituiscono un ostacolo al potenziamento della specialità, non si può, invero, rinunciare ad un disegno di implementazione della stessa per molteplici ragioni che, con riferimento alla Sicilia, ne sono a fondamento.

Ci si deve, tuttavia, domandare se quelle ragioni che nel 1946 hanno giustificato la configurazione della Regione Siciliana quale Regione ad autonomia speciale e l'adozione del relativo Statuto possano considerarsi ancora valide e porsi, oggi, quali ragioni fondanti una riformulazione ed un aggiornamento di quest'ultimo.

E se si conviene che la creazione di una Regione a Statuto speciale trova la propria essenza giustificatrice non già in una mera volontà politica ma nella storia che ne sta alla base e nei tratti distintivi del territorio e delle popolazioni che su questo insistono, il percorso ora detto non può che avere come epilogo più adeguato quello che Temistocle Martines ha individuato come "diritto comune delle Regioni speciali", un diritto che, entro una cornice unitaria, consenta di dar voce ed espressione alle caratteristiche di una realtà territoriale e sociale costituente, come tale, parte significativa del patrimonio culturale e sociale del nostro Stato. E di questo patrimonio la Sicilia ne è significativa testimonianza.

---

<sup>39</sup> Ciò, ovviamente, da realizzare già in sede nazionale come autorevolmente rilevato da quella dottrina per la quale «da promessa di un Senato delle autonomie contenuta nella riforma costituzionale – in quelle tentate in passato, in quella in discussione attualmente e in quelle che verranno in futuro, se il tentativo attuale dovesse fallire – molto servirebbe all'obiettivo. Ciò non solo per le funzioni che il Senato dovrebbe assumere nel procedimento legislativo nazionale e nella valutazione dei dati pubblici, ma soprattutto perchè porterebbe finalmente le Regioni ad assumere un ruolo politico-istituzionale che oggi non hanno. Se alle singole Regioni sarà dato di far sentire la propria voce nel procedimento di formazione delle leggi nazionali, anche i loro vertici politici potranno assumere un ruolo più evidente come interlocutori del Governo nella definizione delle politiche pubbliche. E forse così sarà possibile all'autonomia regionale di uscire dall'indistinto dell'ottica puramente burocratica in cui oggi sono immerse» (R. BIN, *Prospettive della specialità*, in *Le Regioni*, 3/2016, p. 447).

<sup>40</sup> Come rilevato con specifico riferimento alle Regioni speciali, «pur se negli anni della crisi anch'esse sono state, e per vero ancora sono, gravate da vincoli e da contribuzioni sempre maggiori al bilancio statale, la loro finanza trova pur sempre protezione nelle previsioni dei rispettivi statuti, di rango sopraordinato alla legislazione ordinaria; ed essendo fondata su fonti di entrata prestabilite, quali le compartecipazioni, e non su fondi settoriali decisi dal legislatore statale, assicura ad esse una reale "maggiore autonomia", nel senso che priva lo Stato di interesse e perciò anche di legittimazione ad interferire con le specifiche modalità di gestione di una spesa che esso non finanzia» (G. FALCON, *Le Regioni a Statuto speciale nell'opera di Livio Paladin*, in *Le Regioni*, 3/2016, p. 459).



**Abstract**

Sicilian statute and regional specialty: tradition and future of regional autonomy

by Anna Romeo

In the context of a reflection on the continuing relevance of special autonomies, the work examines the value to be given to the Statute of the Sicily Region, as a region with special autonomy, and in particular, the continuing relevance of its Statute, especially in light of the draft revision of the same. In this draft, a different logic would seem to emerge than the original Statute of 1946, and in particular, a logic no longer characterized by a self-referential dimension but inspired by the affirmation of a democracy open to the participation of citizens, individuals and associates, as well as local authorities present in the territory. In order to outline the terms of an effective responsibility for political and administrative power towards the community of reference, the work calls for a reflection on the regional powers and prerogatives to be directed towards the best guarantee and protection, at a given historical moment, of the constitutionally relevant interests of citizens. The suggested direction is that of a rethinking of the guarantees contained in the Statutes of Regions with special autonomy that takes into account the need to achieve a delicate balance between divergent interests: protection of special autonomy and, together, national unity, on the one hand; legal certainty and effectiveness of guaranteeing autonomistic needs on the other.

*Parole chiave:* autonomia; specialità; statuto; cittadini; garanzie.

*Keywords:* autonomy; specialty; statute; citizens; guarantees.



# La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici

di Alberto Zito

SOMMARIO: 1. La politica pubblica dei trasporti e la messe di interessi in essa presenti. – 2. La libertà di movimento e la sua onnipresenza e centralità nell'ambito della politica dei trasporti. – 3. La libertà di movimento nell'attuale fase storica e le sue caratteristiche. – 4. Bilanciamento degli interessi nella politica pubblica dei trasporti: indicazioni di metodo e di merito. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *La politica pubblica dei trasporti e la messe di interessi in essa presenti*

Nella politica pubblica dei trasporti – intesa nella duplice accezione di politica delle infrastrutture e di politica dei servizi di trasporto – sono presenti, quale che sia l'ordinamento interessato, molteplici interessi e obiettivi difficili da collocare in un quadro ordinato. In un quadro cioè che sia (o possa essere) di ausilio per le scelte politico-normative che devono essere fatte.

Certamente vi è contezza e consapevolezza di quali siano questi interessi e obiettivi e non mancano studi e saggi scientifici sull'argomento<sup>1</sup>. Proverò a fornire un elenco che sarà necessariamente non esaustivo, ancorché sufficientemente analitico, facendo riferimento al livello europeo, atteso che la politica pubblica dei trasporti si situa in primo luogo a tale livello. In questo elenco tra gli interessi e gli obiettivi si annoverano: a) agevolare la circolazione transfrontaliera di beni, eliminando le barriere nazionali ed integrando i mercati; b) favorire la concorrenza nell'erogazione dei servizi di trasporto; c) tutelare i diritti dei consumatori; d) favorire l'accesso alle infrastrutture, ossia l'accesso ai servizi di trasporti, eliminando gli ostacoli di ordine tecnico ed amministrativo (ad esempio i diversi scartamenti delle rotaie nel trasporto ferroviario, che un tempo si giustificavano per esigenze difensive del territorio); e) garantire la sicurezza nei trasporti; f) tutelare l'ambiente sotto il duplice profilo della riduzione dell'inquinamento e dell'imposizione di limiti allo sviluppo delle infrastrutture anche al fine di tutelare il territorio; g) favorire la *spending review*, intesa non solo come strumento di tagli, bensì come efficientamento della spesa (ossia spendere meno e meglio); h) garantire la coesione economica e sociale; i) contribuire allo sviluppo economico e sociale; l) realizzare l'operatività intermodale tra i diversi sistemi di trasporto;

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento complessivo delle problematiche in materia di politica europea dei trasporti cfr. L. AMMANNATI, A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico*, Torino, 2015.

m) favorire la mobilità o, come talvolta, e a mio parere più correttamente, si dice, il diritto alla mobilità<sup>2</sup>.

Dall'elenco emerge la presenza di un vero e proprio groviglio di interessi ed obiettivi difficile da sciogliere. Con riguardo ai primi è altresì da notare come si tratti di interessi che dal punto di vista giuridico hanno tutti pieno riconoscimento nell'ordinamento europeo, come nei singoli ordinamenti nazionali; alcuni di questi interessi hanno poi particolare rilevanza e forza giuridica, derivante dalla fonte che li garantisce e li tutela ovvero – a parità di forza della fonte – dalla particolare considerazione che essi hanno nel momento storico presente come è ad esempio per il diritto alla mobilità.

Dalle brevi considerazioni svolte derivano già alcune rilevanti conseguenze di ordine metodologico e contenutistico per la definizione di qualunque politica dei trasporti. Sul piano del metodo le scelte finali non possono che essere il frutto di un processo partecipato, in cui si dà voce a tutti coloro che rappresentano gli interessi coinvolti e in cui si discutono e dibattono, secondo il modello habermasiano dell'agire comunicativo<sup>3</sup>, tutti i punti di vista che vengono espressi, in quanto tutti aventi pari dignità e rilevanza; sul piano dei contenuti le scelte non possono che scaturire da una ponderazione di interessi, ponderazione che altro non è se non il disporre in un ordine di priorità gli interessi stessi dopo averli valutati nella loro effettiva consistenza reale e nella loro rilevanza dal punto di vista valoriale.

Tanto detto, l'obiettivo della presente riflessione è quello di provare a delineare l'architettura giuridica di contesto dentro la quale devono essere assunte le decisioni attinenti alla politica pubblica dei trasporti. Più nello specifico ciò che si vuole analizzare sono gli elementi strutturali, rappresentati dai molteplici interessi in gioco, che qualunque decisore pubblico incontra, nonché il metodo con cui si possono portare a composizione in modo coerente con la loro rilevanza e forza giuridica. Esula pertanto dal presente lavoro l'esame delle singole discipline vigenti nel settore delle infrastrutture e nel settore dei servizi di trasporto e delle problematiche ad esse connesse, perché ciò che si vuole indagare è il rapporto tra vincoli giuridici e scelte di politica pubblica.

---

<sup>2</sup> Sugli interessi che insistono nella politica europea dei trasporti cfr. S. QUADRI, *Verso una governance europea dei trasporti: stato dell'arte e prospettive*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA, *La politica dei trasporti in Europa ...*, cit. pp. 9-27, nonché nello stesso volume L. SEN, *La politica dei trasporti in Europa*, pp. 3-8.

<sup>3</sup> Tra gli innumerevoli lavori di J. HABERMAS cfr. in particolare *Morale, Diritto, Politica*, trad. it., Torino, 1992. Se il nucleo del pensiero del citato autore si trova compiutamente esposto nell'opera intitolata *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., Bologna 1986, è però nel lavoro del 1992 che meglio si colgono le implicazioni di tale teoria in ambito giuridico.

## 2. *La libertà di movimento e la sua onnipresenza e centralità nell'ambito della politica dei trasporti*

Nel quadro degli interessi, che ho ricordato, è certamente presente anche la mobilità nella duplice accezione di fatto oggettivo e di diritto della persona. Quello che però colpisce è che a tale profilo non si riconosca, a mio parere, la centralità che merita. Il mancato riconoscimento di tale centralità può favorire un approccio distorto verso la politica pubblica dei trasporti e dunque è un *vulnus* che va colmato.

Intendo pertanto proporre uno schema concettuale di approccio a tale politica che assuma il punto di vista del diritto alla mobilità e dunque dell'unico diritto che è sempre presente<sup>4</sup>, quale che sia il modo in cui si intenda organizzare (e si organizzzi) il sistema delle infrastrutture e dei servizi di trasporto. Tale ineliminabile presenza deriva dal fatto che il diritto in questione è nel contempo diritto che fonda e giustifica la politica dei trasporti e diritto che è fondato da tale politica. Ciò accade perché, per un verso, il diritto alla mobilità reclama ed anzi impone che vi sia una adeguata politica dei trasporti (e in questo senso ne è fondamento) e, per altro verso, perché solo nella definizione ed implementazione di tale politica il diritto in questione trova la ragione necessaria per potere passare dal piano astratto del riconoscimento al piano concreto del suo effettivo esercizio (e in questo senso ne è fondato). Un tale spostamento di prospettiva non è un mero esercizio teorico frutto di una propensione verso l'astrazione fine a se stessa. Esso può avere un impatto concreto sulla stessa politica pubblica dei trasporti ed in particolare sul metodo procedurale per mezzo del quale essa si deve definire e sulla stessa ponderazione degli interessi da cui scaturiscono le scelte. Inoltre può contribuire a sviluppare una diversa visione della dinamica del conflitto, che ogni scelta di politica pubblica attinente ai trasporti inevitabilmente genera, favorendo un diverso atteggiamento da parte degli attori interessati.

Prima di procedere oltre, vorrei offrire una sintetica dimostrazione dell'esattezza di quanto sostenuto a proposito dell'onnipresenza e pervasività del diritto alla mobilità. In proposito sembra utile partire da una constatazione: nel settore dei trasporti è indubbiamente presente un altro diritto assai importante, anzi fondamentale nell'ordinamento europeo e, con qualche distinguo, anche nell'ordinamento italiano, qual è il diritto d'iniziativa economica. Esso è presente perlomeno sotto un duplice profilo: nell'offerta dei servizi di trasporto da

---

<sup>4</sup> L'uso dell'espressione "diritto alla mobilità" è sempre più frequente anche negli studi giuridici, sebbene tale sintagma non compaia ad esempio nella nostra Carta Costituzionale che parla di libertà di circolazione. Parlare di diritto alla mobilità pare più corretto, perchè cattura meglio, rispetto al generico riferimento alla circolazione, uno dei tratti caratteristici della società globalizzata in cui la mobilità, intesa come libertà di movimento, costituisce la situazione base che sorregge e garantisce molte altre situazioni riconosciute dalle norme fondamentali.

parte di più operatori economici, quando l'organizzazione di tale offerta non sia basata su un regime monopolistico garantito dal diritto di privativa a favore del settore pubblico; nella più generale offerta di beni da parte degli imprenditori, atteso che, senza un sistema di infrastrutture e di servizi di trasporto, tali beni non potrebbero circolare ed essere venduti sui mercati (ad eccezione di quelli locali), con la conseguenza che il diritto di iniziativa economica sarebbe limitato e addirittura vanificato. Ebbene pensiamo a che cosa accadrebbe se si tornasse ad un regime integrale di monopolio e di privativa a favore del settore pubblico: il diritto di iniziativa economica, *sub specie* di diritto di offrire servizi di trasporto in concorrenza, non esisterebbe nel settore e non esisterebbe per una scelta politica; tuttavia esisterebbe pur sempre il diritto alla mobilità. Ed ancora immaginiamo di tornare improvvisamente ad una economia basata sul principio del chilometro zero (ipotesi tutt'altro che peregrina, atteso che specialmente nel settore agricolo viene additata come desiderabile) o addirittura ad una economia basata sul baratto. Ebbene il diritto d'iniziativa economica risulterebbe indifferente rispetto alla politica dei trasporti; ma il diritto alla mobilità, rimarrebbe lì a reclamare una adeguata politica sia dal punto di vista delle infrastrutture sia dal punto di vista dell'erogazione dei servizi di trasporto, perché, come è intuitivo, esso è funzionale alla realizzazione di tanti altri interessi della persona.

### 3. *La libertà di movimento nell'attuale fase storica e le sue caratteristiche*

Per le ragioni indicate è dunque necessario approfondire la riflessione sul diritto alla mobilità e sulle sue caratteristiche. In proposito non c'è dubbio che tale diritto costituisca una libertà fondamentale. Si può anzi senz'altro dire che, nell'ambito del nostro sistema costituzionale, esso sia una declinazione della libertà di circolazione garantita dall'art. 16 della Costituzione, quando addirittura non coincida con essa. Ma anche nell'ordinamento europeo tale diritto va qualificato alla stessa stregua<sup>5</sup>. Ritengo peraltro non soltanto che la libertà di movimento sia coincidente con la libertà di circolazione, ma che la prima espressione sia da preferire perché esprime un'eccedenza di valore che meglio cattura lo stretto collegamento tra tale libertà ed alcune delle più pregnanti esigenze della persona

---

<sup>5</sup> La libertà di movimento costituisce, insieme alla libertà personale, il più significativo dei diritti di libertà attribuiti al cittadino europeo, in ragione non solo della sua incidenza pratica, ma anche della sua elevata valenza simbolica. L'art. 21 del Trattato sul funzionamento dell'UE stabilisce che ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. La garanzia della libera circolazione è inoltre presente nell'art. 3, lettera e), ai sensi del quale l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone.

in questo particolare momento storico quali la mobilità lavorativa, la mobilità universitaria, la mobilità sanitaria, la mobilità avente alla base ragioni culturali e di svago.

Ebbene, ciò appurato, è necessario interrogarsi su quale sia oggi, anche alla luce dello sviluppo della società europea e all'interno del processo di globalizzazione, la principale caratteristica della libertà di movimento colta nella sua dimensione fattuale prima ancora che nella sua consistenza giuridica. In proposito credo si possa ragionevolmente individuare tale caratteristica nella strumentalità: la libertà in questione costituisce, infatti, la premessa per la realizzazione di altri interessi e bisogni della persona quali quelli poc'anzi ricordati. Essa in definitiva si pone come fondamentale presupposto per l'autonoma determinazione del progetto vita di ciascuno, che costituisce la cifra più rilevante dell'odierna fase di sviluppo della società<sup>6</sup>.

Dalla dimensione fattuale della libertà di movimento emerge una sostanza giuridica che può essere apprezzata e valorizzata non tanto sul piano della qualificazione della situazione giuridica, bensì sul piano dell'impegno da parte delle istituzioni e dei poteri pubblici. Rispetto a tale libertà esistono, infatti, due distinti doveri: da un lato il dovere di astenersi da ogni intromissione se non nei limiti previsti dalla Costituzione per quanto riguarda il nostro ordinamento; dall'altro

---

<sup>6</sup> Lo studioso che, da una prospettiva etico-filosofica, ha con maggiore impegno elaborato la tesi dell'importanza per la persona di potere scegliere il proprio progetto di vita è A. SEN di cui cfr. in particolare *La disuguaglianza. Un riesame critico*, trad. it, Bologna, 1994, ma anche *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 2007 (quest'ultimo saggio è stato originariamente pubblicato nel volume di I. BERLIN, A. SEN, *La dimensione etica nelle società contemporanee*, Torino, 1990). Volendo riassumere un pensiero assai articolato sul piano teoretico si può dire che secondo l'autore, se si ritiene importante che una persona sia messa in grado di condurre la vita che preferisce, ciò chiama in causa la libertà positiva. La scelta del proprio progetto di vita non è dunque garantita (soltanto) dalla libertà negativa (*freedom from*) bensì dalla libertà positiva intesa come capacità di potere scegliere tra progetti alternativi. L'effettiva sussistenza di tale capacità e l'impegno verso il suo progressivo ampliamento costituiscono dunque i criteri per valutare una società e le sue istituzioni dal punto di vista etico. Muovendo da ciò A. SEN discute criticamente sia le teorie utilitaristiche, che valutano gli assetti sociali sulla base dei risultati, sia le teorie che fondano tale valutazione sul riconoscimento di una eguale dotazione di beni primari (il cui principale teorico è stato J. RAWLS). Sempre secondo l'autore spostare l'accento dalla libertà negativa e dai beni primari alla libertà positiva intesa come capacità (che si badi bene non coincide con l'astratta libertà di determinazione, ma con l'effettiva capacità di assumere tale determinazione e portarla ad effettiva realizzazione conseguendo gli stati di fatto desiderati) determina una differenza sostanziale nell'analisi empirica delle disuguaglianze e del modo cui farvi fronte. E così riferendo direttamente il pensiero di A. SEN "una persona che non sia particolarmente povera in termini di reddito ma che debba spendere gran parte di questo reddito per la dialisi renale può considerarsi «povera» proprio a causa della poca libertà che ha di conseguire apprezzabili funzionings" (p. 37 del saggio *La libertà individuale come impegno sociale*, cit.). Nella ricostruzione di A. SEN dunque non esiste una ragione che giustifichi la dicotomia classica tra *freedom from* e *freedom to*: una "adeguata concezione della libertà dovrebbe essere sia positiva sia negativa, poiché entrambe sono importanti (anche se per ragioni diverse)" (p. 14 del saggio da ultimo richiamato).



il dovere di predisporre infrastrutture e servizi adeguati per l'effettivo esercizio di tale libertà.

Non è necessario per l'economia del presente lavoro andare oltre se non per sottolineare come nella libertà di movimento siano presenti tutte le declinazioni del concetto di libertà elaborate in sede teorica: la libertà di movimento è infatti libertà negativa in quanto riceve tutela rispetto a intromissioni da parte di terzi (siano essi Stati, organizzazioni sovranazionali o persone)<sup>7</sup>; è libertà positiva in quanto esprime il potere di autodeterminarsi<sup>8</sup>; ma è anche libertà positiva se per tale si intende il potere di realizzare materialmente la volizione grazie alla presenza di condizioni di contesto, messe a disposizione dalle istituzioni pubbliche, che tale realizzazione rendono possibile<sup>9</sup>. Peraltro nell'affermare ciò non si avanza alcuna pretesa di attingere il livello della riflessione dogmatica. Si è, infatti, consapevoli che sulla ricostruzione teorica dei diritti di libertà esistono posizioni contrastanti<sup>10</sup> e che, per di più, molti studiosi mettono in dubbio che si possa utilizzare la categoria della libertà positiva nel terzo significato, se non a prezzo di confondere (e snaturare) il diritto di libertà con un diverso diritto, ossia il diritto a prestazioni, che talvolta accompagna il primo, ma che è cosa affatto diversa<sup>11</sup>. Non c'è dubbio però che, al di là dell'orientamento cui si voglia aderire, instaurare uno stretto collegamento tra le condizioni di contesto, la cui presenza

<sup>7</sup> A favore della ricostruzione dei diritti libertà esclusivamente in termini di libertà negative cfr. *ex multis* P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Vol. I, Torino, 1991, p. 235 ss.; A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II Ed., Milano 2002, p. 406; G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2006, p. 604; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, V Ed. Torino, 2008, p. 466.

<sup>8</sup> A favore della ricostruzione dei diritti di libertà prevalentemente in termini di libertà positive cfr. *ex multis* V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, in *Giur. Cost.* 1962, p. 743 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali – Lezioni*, Padova, 1983, p. 29 ss.; Id, *Libertà e diritti di libertà*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, p. 965 ss.;

<sup>9</sup> L'ampliamento della nozione di libertà positiva nel significato indicato nel testo è sostenuta *ex multis* da P. BARILE, *Orientamenti per la Costituzione*, Firenze 1946; M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1985, p. 62 e p. 71; A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Vol. I, Milano 1996, p. 67.

<sup>10</sup> Il dibattito sul tema delle libertà è sterminato e non riguarda ovviamente solo i giuristi. Un'antologia dei contributi di maggiore rilievo, prodotti in ambito filosofico, di scienza della politica e di teoria generale del diritto, si trova in G. PECORA (a cura di), *La libertà dei moderni. Antologia del 900*, Milano, 1997, dove, oltre al saggio introduttivo dello stesso curatore (p.1-61), si possono leggere i testi di ARON, BERLIN, BOBBIO, CALAMANDREI, DAHRENDORF, EINAUDI, HAYEK, SALVEMINI, SARTORI.

<sup>11</sup> La posizione ricordata nel testo è sostenuta con dovizia di argomentazione da P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., in particolare p. 279 ss. Secondo l'autore alla base dell'idea che talune libertà avrebbero "anche e necessariamente un contenuto positivo identificabile nell'obbligo dello Stato di apprestare mezzi e condizioni che ne rendono possibile a tutti il godimento allo stesso modo e nella medesima misura ..." (pp-279-280) starebbe "il diffuso desiderio di vedere appagate determinate esigenze che indubbiamente il semplice riconoscimento dei soli diritti di libertà non riesce a soddisfare od a soddisfare in misura integrale" (p. 281).

dipende da scelte del pubblico potere, e la possibilità di esercitare in concreto il diritto di libertà (nel caso di specie la libertà di movimento), sia l'unica strada per fare emergere come sul piano di realtà le suddette scelte costituiscano sempre un fatto direttamente incidente sul diritto di libertà, prima di (ed indipendentemente da) ogni discorso sulla eventuale esistenza di un diritto a prestazioni e sugli strumenti di reazione rispetto alla violazione di quest'ultimo<sup>12</sup>.

In ogni caso le considerazioni sinora svolte sono sufficienti a confermare che la libertà di movimento è sempre e necessariamente presente come interesse primario nell'ambito di qualsiasi decisione che si assuma in materia di politica pubblica di trasporti.

Ma ciò non è tutto perché la libertà in questione è anche momento fondante di una particolare modalità di organizzazione dell'offerta dei servizi di trasporto. Ho già ricordato come oggi la scelta fatta dall'ordinamento europeo sia nel senso di consentire che tale offerta si realizzi per quanto possibile dentro una logica di mercato in cui operano più imprese in concorrenza. In passato, come noto, non è stato così perché vigeva, pressoché ovunque nei singoli Stati europei, un regime più o meno esteso di privativa.

Ebbene, se la libertà di movimento è il presupposto che consente la realizzazione dei propri progetti e piani di vita e dunque consente di autodeterminarsi dentro un campo effettivo di alternative, è evidente come in questo autodeterminarsi rientri anche la possibilità di scegliere l'offerta del servizio di trasporto che più risulta conveniente per colui che ne chiede la fruizione. La libertà di movimento dunque, se è anche libertà positiva, non lo è solo perché reclama che i pubblici poteri mettano a disposizione le infrastrutture ed i servizi di trasporto, rimanendo, per così dire, indifferente rispetto alle modalità di erogazione dei servizi stessi. In una società, i cui individui sempre meno tollerano che la soddisfazione dei propri interessi non sia il frutto di una libera

---

<sup>12</sup> Sebbene la dottrina costituzionalistica (perlomeno una parte non trascurabile) sia, come ricordato nel testo, nettamente contraria ad ammettere che taluni diritti di libertà presentino un contenuto positivo, nondimeno esistono solidi agganci nello stesso testo costituzionale per argomentare in tal senso. In proposito si pensi a quanto statuisce l'art. 3 comma 2, della Costituzione ai sensi del quale è "*compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*". Ebbene, se tale statuizione viene letta in combinato disposto con le norme che riconoscono e garantiscono i diritti di libertà, è difficile negare che, se non tutti, perlomeno taluni di questi diritti incorporino come elemento fondante un pretesa a fronte della quale vi sono doveri dei pubblici poteri di agire nella direzione di consentire che l'autonoma determinazione si possa materialmente realizzare in vista del perseguimento degli stati di fatto che i titolari del diritto ritengono desiderabili. Si potrà discutere la consistenza e qualità di tale pretesa, la sua eventuale azionabilità, ma non la sua esistenza come contenuto del diritto di libertà. Sia consentito infine notare quanto la ricostruzione della libertà positiva formulata da A. SEN, di cui si è detto nella nota 6, sia vicina all'impostazione della nostra Costituzione.

determinazione, esercitabile in un quadro effettivo di opzioni, la tutela di questi interessi viene meglio realizzata da un sistema di offerta dei servizi di trasporto basato sulla logica del mercato concorrenziale.

#### 4. *Bilanciamento degli interessi nella politica pubblica dei trasporti: indicazioni di metodo e di merito*

È necessario a questo punto verificare le conseguenze che possono derivare sul terreno applicativo dalla ricostruzione che si è proposta.

Il diretto ancoraggio della politica dei trasporti ad una libertà fondamentale, qual è la libertà di movimento, può contribuire ad accrescere la consapevolezza che, nell'ambito delle scelte che debbono essere fatte e del necessario bilanciamento degli interessi in gioco, deve essere assegnato *a priori* un peso preponderante all'interesse connesso alla predetta libertà. I soli interessi antagonisti, che possono forse ambire ad avere *a priori* un pari peso, sono l'interesse ambientale e l'interesse alla tutela della salute. Naturalmente è ben possibile che in concreto la libertà di movimento possa essere recessiva, ad esempio nel caso in cui si decida di non realizzare un'infrastruttura di trasporto per ragioni di tutela ambientale e sanitaria o anche per ragioni altre, connesse ad interessi di natura economica e sociale; tuttavia questa scelta deve essere particolarmente meditata, argomentata e motivata e soprattutto assunta sulla base di dati ed analisi scientifiche accurate ed attendibili.

Da ciò discende però un'importante indicazione di metodo. Le decisioni nell'ambito della politica dei trasporti, in specie quelle che comportano investimenti nella costruzione e nell'ammodernamento delle infrastrutture, devono scaturire attraverso il ricorso allo strumento del dibattito pubblico. Sulla centralità di tale istituto nell'ambito della realizzazione delle suddette infrastrutture non si possono avanzare dubbi di sorta se si guarda all'evoluzione del diritto positivo e segnatamente alla disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici<sup>13</sup>. Più

---

<sup>13</sup> L'art. 22 del d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblichino, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. La determinazione dei criteri per l'individuazione delle opere per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, nonché le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura sono demandate ad un DPCM. Sempre l'art. 22 stabilisce che gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico. Sulla base dell'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016, è stato poi emanato il DPCM 10 maggio 2018, n. 76, Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle

interessante è invece ricordare in estrema sintesi lo stato dell'arte dell'imponente riflessione che si è sviluppata sull'argomento e che ha interessato gli studiosi di diverse discipline (sociologia, politologia, diritto, scienza dell'amministrazione, solo per ricordare le principali)<sup>14</sup>. E ciò al fine di fissare un orizzonte concettuale di fondo favorevole alla messa in opera di un dibattito pubblico realmente adeguato e funzionale all'assunzione delle decisioni.

In proposito è opinione comune che il dibattito pubblico presenti molti pregi tra i quali quello di prevenire il conflitto mediante l'attivazione di strumenti di confronto diretto tra le parti (cittadini singoli e associati, pubbliche amministrazioni, operatori economici) prima che il processo decisionale si sia perfezionato e, comunque, prima che il conflitto si sia manifestato. La *ratio* dell'istituto sarebbe dunque quella di operare in situazioni di conflitto potenziale. Al di là di ciò si deve però ribadire che il dibattito pubblico va in primo luogo ancorato sul terreno della democrazia partecipativa che si realizza a livello di decisioni amministrative<sup>15</sup> dal momento che la necessità che istituti tipici della democrazia permeino la pubblica amministrazione trova un fondamento diretto nella Costi-

---

opere sottoposte a dibattito pubblico. Sul dibattito pubblico in materia di grandi infrastrutture cfr. di recente M. IMMORDINO, *Trasparenza, informazione e consultazione nella progettazione e realizzazione di grandi opere infrastrutturali*, in G. M. ESPOSITO (a cura di), in *Codice dei contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2018, p. 193 ss.; A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, p. 1173 ss.

<sup>14</sup> Per una sintetica ma efficace rassegna delle problematiche in tema di dibattito pubblico e di partecipazione ai processi decisionali pubblici cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 11 ss.

<sup>15</sup> Sulla democrazia partecipativa molti sono i contributi anche nell'ambito della riflessione giuridica italiana. Per limitarsi alle sole opere collettanee e monografiche cfr. U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazioni delle grandi opere*, Milano, 2010; V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino 2013; A. VALASTRO, *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2015; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli 2019. Nel dibattito in corso è costante il riferimento all'Unione Europea e alle altre esperienze straniere in particolare a quella francese, inglese e statunitense, ma anche di alcuni paesi del Sudamerica quali il Venezuela, il Brasile e la Bolivia. Dal dibattito emerge la difficoltà di una ricostruzione unitaria del fenomeno. Se vi è relativa concordia nel ritenere che la democrazia partecipativa può essere descritta, per usare le parole di U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, pp. 151-166, nei termini di un "un relazionamento della società con le istituzioni" che comporta "un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle seconde", maggiormente problematico risulta il passaggio dal livello descrittivo al livello sistematico. E così, solo per ricordare alcuni nodi problematici, non è chiaro se la democrazia partecipativa debba essere intesa in senso procedurale o anche sostanziale e se la decisione che scaturisce dal processo partecipativo possa essere considerata imputabile ad un organo deliberante secondo il modello della cogestione. Altra questione assai dibattuta è capire se la democrazia partecipativa sia sinonimo o meno della democrazia diretta e della democrazia deliberativa.

tuzione. La posizione che la nostra Carta riserva alla pubblica amministrazione non è, infatti, solo quella di un potere servente l'indirizzo politico, bensì quella della sua necessaria subordinazione all'intero sistema dei valori costituzionali<sup>16</sup> ed è dunque difficile, per non dire impossibile, negare che, tra i valori costituzionali fondamentali, un ruolo primario, essenziale e non negoziabile, sia da riconoscere al principio democratico. Se così è, il dibattito pubblico in un settore nevralgico, qual è quello della realizzazione delle infrastrutture riguardanti il trasporto, costituisce essenziale momento d'ingresso e sviluppo del principio democratico e dunque momento di attuazione della Costituzione. Favorire la consapevolezza di questo legame indissolubile tra dibattito pubblico, Costituzione e principio democratico è dunque utile per creare una cornice di senso positiva che non può che giovare alle scelte di politica pubblica<sup>17</sup>. Queste ultime saranno tanto più efficaci quanto più potranno beneficiare di un dibattito pubblico di qualità in cui tutti gli attori interessati hanno in primo luogo consapevolezza del ruolo che sono chiamati a svolgere in nome non del solo interesse pubblico, ma dell'interesse generale di cui l'interesse pubblico, insieme agli interessi privati, costituisce una parte.

Il diretto ancoraggio della politica dei trasporti ad una libertà fondamentale, qual è la libertà di movimento, determina altre conseguenze del pari rilevanti: richiede ed impone infatti la scelta di utilizzare, a livello di fonti di disciplina della materia, a partire dalla disciplina europea, non già lo strumento delle decisioni, come è stato sovente nel passato, bensì quello del Regolamento, perché in questo modo si recupera un sentiero di legalità<sup>18</sup> e dunque di responsabilità e certezza, che forse si era interrotto nel passaggio dalla competenza statale alla competenza comunitaria.

---

<sup>16</sup> In proposito si rinvia alle illuminanti considerazioni di G. MARONGIU, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, in G. MARONGIU, *La democrazia come problema. I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Bologna, 1994, p. 479 ss. secondo cui "l'amministrazione vive nella Costituzione, non solo in ragione delle norme che afferiscono direttamente alla disciplina della sua organizzazione e della sua azione, ma, ancor più, in ragione della sua necessaria subordinazione all'intero sistema dei valori costituzionali, sistema che diventa, quindi, la fonte ispiratrice e il criterio normativo principe del rapporto tra l'amministrazione, i cittadini e l'intera comunità civile e politica. Nessuno può dubitare che, tra i valori costituzionali fondamentali, acquisiti un suo specifico e primario ruolo proprio il principio democratico, il quale anzi, alla luce della proclamazione dell'articolo 1 della Costituzione, assume l'essenziale funzione di dare alla nostra Repubblica la sua forma specifica e all'intero ordinamento giuridico la sua propria connotazione esistenziale" (pp. 479-480).

<sup>17</sup> Un ruolo importante spetta anche agli attori pubblici. È fondamentale infatti che le pubbliche amministrazioni, *rectius* i suoi dirigenti, siano in primo luogo consapevoli del ruolo e della funzione che svolgono quando sono chiamati ad intervenire nell'ambito del dibattito pubblico; che sappiano che stanno operando in diretta attuazione del dettato costituzionale; che sappiano in definitiva di essere un *civil servant* dalla cui azione viene a dipendere il buon funzionamento del principio democratico.

<sup>18</sup> L'espressione "sentiero di legalità" è mutuata da F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007

Infine il fatto che a venire in gioco nell'ambito della politica dei trasporti sia una libertà fondamentale richiede un certo grado di centralizzazione delle decisioni ed in particolare di quelle che attengono alla programmazione, cui deve seguire l'esercizio efficace di poteri di coordinamento e di direzione. Tornano dunque in campo prepotentemente concetti (pianificazione, programmazione, coordinamento, direzione) che sono presenti nell'art. 41, comma 3, della nostra Costituzione e che, proprio a motivo di ciò, sono assai familiari alla dottrina amministrativistica italiana degli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta del secolo scorso, che ha dato in proposito contributi fondamentali<sup>19</sup>. Dunque la nostra scienza giuridica è particolarmente attrezzata per fornire su queste problematiche un contributo di ricostruzione sistematica particolarmente qualificato.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

L'aver trovato nella libertà di movimento un capo d'unità o, se si preferisce, un principio regolatore unitario dell'intera politica dei trasporti può favorire un ripensamento culturale: quando si assumono decisioni in materia, vi può essere conflitto, ma certamente deve prevalere un approccio cooperativo ai problemi nella consapevolezza che, qualunque decisione sia assunta, essa interdetta quell'insopprimibile esigenza di mobilità che caratterizza la persona da che mondo è mondo. Un'esigenza dunque che ha un'intrinseca capacità normogenetica e che spinge verso la creazione di infrastrutture di trasporto sempre più idonee a consentirne la soddisfazione. Si può, anche in nome di altri interessi, decidere di non costruire reti di trasporto, senza però dimenticare, come dice Lucio Dalla in una sua nota canzone, che *"il pensiero come l'oceano/non lo puoi bloccare/non lo puoi recintare"*<sup>20</sup>. Ecco la libertà di movimento condivide senz'altro questo aspetto con la libertà di pensiero.

---

<sup>19</sup> Tra i più significativi contributi monografici si possono ricordare in questa sede V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1964; G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965

<sup>20</sup> La canzone di Lucio Dalla si intitola *Come è profondo il mare* e si trova nell'omonimo Album edito per RCA nel 1977.

**Abstract**

Public transport policy between freedom of movement and social and economic interests: conceptual and systematic profiles

by Alberto Zito

The essay aims to analyze the interests present in public transport policy and the correct method of taking decisions. In this policy, which today is defined in particular at European level, there are many interests. The most relevant is the person's interest in mobility that constitutes a fundamental freedom recognized in the Italian and European legal system. Starting from this premise, the essay analyzes the decision-making process in the field of public transport policy, showing the importance of the participation of all stakeholders.

*Parole chiave:* politica pubblica; infrastrutture e trasporti; libertà di movimento; dibattito pubblico.

*Keywords:* public policy; infrastructure and transport; freedom of movement; public debate.



# Autorità amministrative indipendenti e istituzioni politiche: questioni problematiche\*

di Ornella Spataro

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: inquadramento del tema e delimitazione del campo di indagine. – 2. Il ruolo delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale e la questione dei loro rapporti con gli organi dell'indirizzo politico. – 3. Le Autorità e la portata dell'autonomia funzionale e dell'indipendenza nei confronti di Parlamento e governo. Indipendenza delle autorità e imparzialità dell'amministrazione a confronto. – 4. Autonomia e indipendenza delle Autorità e autonomia e indipendenza degli organi della giurisdizione. – 5. Le Autorità indipendenti nell'apparato statale di vertice: l'insufficienza del modello parlamentare classico di ripartizione dei poteri dinanzi alla complessità degli scenari economici e all'evoluzione dei diritti fondamentali. Brevi notazioni sui profili della legittimazione e della responsabilità.

## 1. *Cenni introduttivi: inquadramento del tema e delimitazione del campo dell'indagine*

Com'è noto, l'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti ha segnato una svolta sistemica nell'assetto istituzionale del nostro ordinamento: esse sono sorte per sottrarre ambiti di competenza al circuito classico dell'indirizzo politico, a cui risponde, in ultima istanza, l'amministrazione dello Stato, ma finiscono per adottare atti che hanno una rilevanza politica cruciale.

La loro peculiare collocazione ordinamentale continua a suscitare dubbi e incertezze, riproponendo questioni fondamentali che appaiono tutt'altro che sopite<sup>1</sup>. Sorte per essere indipendenti dalla politica, le Autorità in questione sono

---

\* Testo rielaborato della relazione tenuta a Brasilia, l'8 novembre 2018, al Convegno *30 Anos de Constitucao, workshop Direitos Constitucional e administrativo em perspectiva Comparada: diálogos com a experiencia italiana*.

<sup>1</sup> Sul tema delle Autorità indipendenti, fin dalla loro istituzione nel nostro ordinamento, si è formata una letteratura vastissima; nell'impossibilità di darne compiutamente conto in questa sede, ci si limiterà ad alcune indicazioni essenziali. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Le Autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le Autorità indipendenti*, Bologna, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 739 ss.; S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006, p. 588 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; G. MORBIDELLI, *Autorità Indipendenti*, in *Enciclopedia Treccani*, VII Appendice, 2006, p. 3; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. POTO, *Autorità amministrative*

investite di istanze decisionali riguardanti alcune delle principali politiche pubbliche, incidenti su materie che, a loro volta, chiamano in causa la salvaguardia e la promozione di libertà e diritti costituzionali: ciò spiega il fatto che esse siano poste in un rapporto di contiguità con gli organi dell'indirizzo politico, con i quali sono chiamate ad interfacciarsi secondo modalità e con intensità differenti.

Collocandosi le Autorità indipendenti, per assetto istituzionale e disciplina funzionale, al crocevia tra la sfera politica e quella dell'amministrazione, risentono di una sorta di ibridazione che ne caratterizza la organizzazione e l'esercizio delle attribuzioni. Da ciò derivano le incertezze definitorie che, fin dalla loro istituzione, hanno caratterizzato il loro inquadramento teorico, nonché le oscillazioni che contrassegnano le dinamiche evolutive della relativa esperienza: l'impossibilità di sussumere le Autorità in maniera certa e stabile nelle categorie costruttive classiche degli apparati pubblici è sfociata, a livello pratico, nella contaminazione tra moduli organizzativi e funzionali tipici di istituzioni riconducibili ai diversi poteri dello Stato<sup>2</sup>.

D'altronde, la stessa espressione "Autorità amministrative indipendenti" presenta, relativamente alle categorie edificatorie del nostro sistema giuridico, un'intrinseca contraddittorietà: la qualità dell'indipendenza, infatti, mal si abbina al concetto stesso di autorità amministrativa, dato che, per definizione costituzionale, l'organizzazione della pubblica amministrazione è posta, al vertice, in continuità con gli organi dell'indirizzo politico, cui risponde ai sensi dell'art. 95<sup>3</sup>. Ciò si ascrive ai canoni di organizzazione delle forme di governo parlamentari, secondo cui la funzione amministrativa deve essere riconducibile al Governo, e,

---

*indipendenti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2008; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016.

<sup>2</sup> Fin dalla loro prima introduzione, invero, le suddette Autorità hanno polarizzato l'attenzione degli studiosi, che si trovavano a dover sistematizzare istituti privi di radicamento nella storia dell'ordinamento italiano. Esse, infatti, sono state importate da una cultura giuridica diversa dalla nostra, ascrivibile all'area del *common law*, tant'è che i primi esempi storici di Autorità sono riconducibili all'ordinamento nord-americano. Nell'esperienza statunitense il concetto di *regulation* riguarda l'esercizio di poteri normativi, amministrativi e giuziziali, in determinati settori, da parte di autorità separate dall'organizzazione amministrativa. V., per tutti, M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Enc. giur.*, 1995, *ad vocem*; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (Dir. Cost.)*, 1997, in *Enc. dir.*, 1997, *ad vocem*; R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. sc. sup. econ. fin.*, 2005, p. 1 ss.; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005. Sull'esperienza statunitense, v. R.L. RABIN, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford law review*, 1986, p. 1189 ss.

<sup>3</sup> Cfr. per tutti, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1991; E. CHELLI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale*, II, Bologna, 1997, p. 13 ss.; ID., *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quaderno* n. 11/2000, p. 129 ss.; ID., *L'esperienza italiana delle autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, *Quaderno* n. 22, Seminario 2011, p. 69 ss.

per questo tramite, attratta al controllo democratico esercitato dal Parlamento. Alla luce di ciò la struttura amministrativa, nel nostro ordinamento, è costruita sul fondamento imprescindibile della dipendenza di tutte le amministrazioni dall'Esecutivo. Partendo da questi presupposti, l'istituzione di organi appellati come amministrativi, ma esclusi da un rapporto di referenzialità rispetto a Governo e Parlamento, è apparsa, fin da subito, difficilmente inquadrabile nei termini della tradizione giuridica precedente. L'ossimoro di fondo generava, poi, altri interrogativi, concernenti i criteri di selezione dei componenti delle Autorità, il grado effettivo della loro indipendenza, il senso della neutralità e l'individuazione di una qualche forma di responsabilità. Senza contare la deroga al principio della separazione dei poteri che le leggi istitutive delle Autorità hanno introdotto, attribuendovi funzioni di natura normativa, amministrativa, e di risoluzione delle controversie al contempo. Com'è noto, la *ratio* istitutiva delle Autorità indipendenti si riconnette all'esigenza di apprestare idonee forme di garanzia dinanzi all'emersione nell'ordinamento di interessi diffusi, ovvero riferibili a collettività indeterminate di cittadini, che si pongono in tendenziale conflittualità con le modalità tipiche di espressione dei "poteri forti" nel contesto sociale ed economico. Lo squilibrio ontologico della posizione di prevalenza di questi ultimi rispetto alla debolezza dei cittadini, come singoli e come collettività, pone la questione della tutela delle relative situazioni soggettive, che richiede rimedi appositamente calibrati, cioè configurati in modo da tenere conto delle suddette asimmetrie. Ciò, peraltro, si proietta sullo sfondo di settori definiti "sensibili" non solo perché immediatamente connessi all'esigenza della realizzazione, o, al contrario, al rischio della lesione di diritti costituzionali, ma anche, e consequenzialmente, perché la tutela delle situazioni soggettive coinvolte presenta aspetti particolari di problematicità<sup>4</sup>. È il caso, per citare gli esempi più vistosi, del diritto

---

<sup>4</sup> La prima Autorità indipendente ad essere stata istituita è stata la Consob, nel 1974, ma è nel ventennio successivo che l'istituzione delle Autorità conosce l'abbrivio, con la previsione, nell'arco di circa 8 anni (dal 1990 al 1998), dell'Autorità antitrust, dell'Autorità di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, dell'Autorità per la tutela dei dati personali, dell'Autorità per i lavori pubblici, dell'Autorità per il controllo del mercato assicurativo, dell'Autorità per il controllo sui fondi pensione, dell'Autorità per l'energia e dell'autorità per la garanzia nelle telecomunicazioni. Non a caso, in quegli anni uno studioso della materia scrisse un'opera intitolata «L'erompere delle autorità amministrative indipendenti». In tempi più recenti sono state istituite la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT); L'Autorità per il settore dei trasporti ferroviario, portuale, aereoportuale e stradale; l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza; il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale. L'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) è stato trasformato in autorità amministrativa indipendente, su impulso di un regolamento europeo del 2009. In attuazione della l. cost. 20.4.2012, n. 1, che ha riformulato l'art. 81 Cost. per rafforzare il vincolo del pareggio di bilancio e previsto al riguardo la creazione di un organismo indipendente, la l. 24.12.2012, n. 243 ha istituito presso le Camere l'Ufficio parlamentare di bilancio, costituito da un collegio di tre membri, «per l'analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica e per la valutazione dell'osservanza delle

all'autodeterminazione dei propri dati personali, del diritto all'accesso ai mezzi di informazione di massa ed al loro utilizzo in forme tali da non pregiudicare il pluralismo delle idee, del diritto di esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, dell'esercizio dell'iniziativa privata imprenditoriale in un mercato non falsato da pratiche anticoncorrenziali, della tutela dei risparmiatori dinanzi agli istituti di credito.

Si tratta, nei casi citati, di ambiti ordinamentali che, pur investendo di volta in volta situazioni estremamente diversificate quanto al contenuto dei diritti coinvolti, presentano alcune caratteristiche univoche, tali, per l'appunto, da giustificare il ricorso ad istituzioni di garanzia. Tali caratteristiche concernono, innanzitutto, una pregnante connotazione tecnica dei citati settori, che impone che gli organi preposti alle relative decisioni non agiscano secondo i canoni della mera discrezionalità politica, ma mettendo in campo un bagaglio di competenze adeguate rispetto alla complessità dei temi considerati; vi è poi la necessità di approntare sistemi di tutela idonei ad intervenire con immediatezza, e, dunque, con forme diverse dalla giurisdizione. Inoltre, i richiamati comparti ordinamentali, non solo sottendono interessi molteplici, suscettibili di determinare elevati livelli di conflittualità tra le parti coinvolte, ma, il più delle volte, coinvolgono situazioni soggettive ascrivibili a collettività di soggetti che identificano interi spezzoni della società, privi di un'adeguata rappresentanza di categoria.

L'insieme di questi fattori ha posto la necessità che gli ordinamenti delle democrazie avanzate predisponessero nuovi moduli di azione e di decisione pubblica, secondo parametri regolativi e non autoritativi<sup>5</sup>, idonei all'esigenza

---

regole di bilancio» (art. 16). L'Ufficio è chiamato a fornire valutazioni indipendenti in merito alla finanza pubblica, che possono essere solo motivatamente disattese dal governo. Da ultimo è stata istituita l'ANAC, che ha incorporato i poteri della CIVIT e della soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, cui sono state aggiunte funzioni di prevenzione della corruzione, con la previsione di specifici poteri sanzionatori. Al riguardo v. I. NICOTRA, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015, p. 72 ss.; ID., *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/2015; ID. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo*, cit.

<sup>5</sup> Sul concetto di *regulation* v. U. ROMAGNOLI, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, n. 2/1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; P. ROSSI, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2004; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, 2005; G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 41 ss.; G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 229 ss.; F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema*

di garanzia: l'indipendenza delle Autorità e le rispettive funzioni sono serventi alla tutela effettiva degli interessi dei cittadini in settori particolarmente delicati dell'ordinamento, e, dunque, dei principi costituzionali che in essi sono direttamente coinvolti.

Si è così proceduto alla istituzione di nuovi soggetti deputati alle decisioni pubbliche in ambiti che si riteneva dovessero sottrarsi alla dialettica politico-partitica, da una parte, e, dall'altra, all'apparato amministrativo, gravato da logiche procedurali non adeguate alle esigenze di celerità delle decisioni, oltre che all'elevato tasso di specializzazione tecnica proprio delle materie considerate.

Inoltre, le Autorità indipendenti sono state dotate di funzioni paragiurisdizionali nella risoluzione dei conflitti, sul presupposto che le procedure della tutela giurisdizionale vera e propria non fossero adeguate per garantire l'immediatezza dei relativi interventi, non solo sul piano della prossimità temporale della tutela stessa, ma anche su quello della capacità di adottare, nella valutazione dei casi, una prospettiva comprendente considerazioni di opportunità nella ponderazione degli interessi in gioco. La giurisdizione ordinaria, dunque, veniva ad essere estromessa da importanti spazi ordinamentali a vantaggio di organi tecnici, di nomina politica, i cui atti erano assoggettati alla giurisdizione amministrativa.

Tutti questi elementi hanno indotto la dottrina, soprattutto nella fase immediatamente successiva alla loro istituzione, ad assumere un atteggiamento critico, difensivo delle categorie tradizionali su cui è edificato il sistema istituzionale: le autorità amministrative indipendenti, infatti, erodono alcuni dei capisaldi della tradizione costituzionale repubblicana, nella misura in cui producono atti che hanno una valenza sostanzialmente normativa ma non si inquadrano nel sistema delle fonti, adottano decisioni che hanno una valenza politica senza soggiacere alle dinamiche tipiche della responsabilità politica, procedono alla risoluzione di conflitti pur non appartenendo al *corpus* della magistratura, incrinando l'assolutezza del dogma per cui il terreno privilegiato della tutela dei diritti è la giurisdizione.

Oggi, invero, a più di 20 anni dall'istituzione delle Autorità indipendenti, un bilancio della relativa esperienza è tale da attenuare molte delle suddette preoccupazioni: non si dubita più che la tutela dei diritti, anche di rilievo costituzionale, possa svolgersi secondo canoni di pienezza ed efficacia, pur seguendo percorsi alternativi a quelli della giurisdizione<sup>6</sup>. Ne ha preso atto, già da tempo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che affida la tutela del diritto

---

*misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012; L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione svolta al Convegno per i 60 anni della *Rivista delle società* su «Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore», Venezia, 13-14 novembre 2015.

<sup>6</sup> Cfr. P. MOROSINI, *Introduzione al Seminario Le giurisdizioni e le autorità indipendenti*, Roma, 18-19 luglio 2018.

alla protezione dei dati personali anche alle autorità di garanzia. Purtuttavia, se questo è certo, non pare potersi ritenere che siano state risolte, con carattere di definitività, tutte le questioni, che, in termini più generali, si riconnettono al loro inquadramento nel sistema dei poteri statali, e alle dinamiche evolutive delle relazioni che esse intrattengono con gli organi della forma di governo.

L'eterogeneità delle Autorità che sono state istituite nel corso degli anni, in assenza di una copertura costituzionale espressa e di una normativa che ne tracciasse un inquadramento generale<sup>7</sup>, ha reso ulteriormente disagevole ogni tentativo risolutivo dei predetti nodi problematici, che si sono presentati con intensità e sfumature diverse per ciascuna delle Autorità, a causa del difetto di univocità nella

---

<sup>7</sup> Delle predette Autorità, alcune hanno funzioni di garanzia rivolte essenzialmente al funzionamento dei mercati, in vista della tutela di interessi pubblici o collettivi, di derivazione costituzionale. È il caso della Consob, per certi versi della Banca d'Italia, con riguardo all'art. 47 Cost., del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, con riguardo all'art. 21 Cost., dell'Autorità antitrust, con riguardo all'art. 41 Cost., del Garante dei dati in relazione al diritto alla riservatezza. Altre Autorità sono deputate al governo di specifici settori della politica economica, con compiti di controllo della correttezza dei comportamenti dei soggetti pubblici e privati, come nel caso dell'Autorità per l'energia, e, più in generale, delle Autorità preposte alla regolamentazione dei servizi di pubblica utilità. Peculiare è il caso dell'ANAC, cui il Codice dei contratti pubblici attribuisce poteri amplissimi, che si articolano nell'adozione di linee guida con funzione normativa, nella possibilità di intervenire direttamente nelle singole procedure a garanzia della legittimità degli atti, con la possibilità di vincolare l'amministrazione ad un certo comportamento e di irrogare sanzioni amministrative direttamente nei confronti del funzionario. È controversa, in dottrina, la possibilità di inserire a pieno titolo tra le autorità indipendenti l'ISVAP (Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo), a causa della sua dipendenza dalle direttive del CIPE, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione, del Garante del contribuente e dei difensori civici. Sul punto, v. R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 3 ss. Vi sono poi organismi con funzioni prevalentemente amministrative, preposti a settori eminentemente tecnici, e comunque circoscritti, per finalità di coordinamento e vigilanza, come l'Agenzia per l'Italia digitale, ed altre "Agenzie", come l'agenzia per i servizi sanitari e l'agenzia per la protezione dell'ambiente. Sul tema v. G. ARENA, *Agenzie amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, *ad vocem*; G. SORICELLI, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Napoli, 2002; L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 393 ss.; C. CORSI, *Agenzia e agenzie: una nuova categoria amministrativa?*, Torino, 2005; E. ONGARO (a cura di), *Le agenzie pubbliche. Modelli istituzionali ed organizzativi*, Soveria Mannelli, 2006; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. CLARICH – G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 86 ss.; F. TOTH, *La diffusione delle agenzie amministrative in Italia*, in *Riv. it. dir. pol. pubbl.*, n. 1/2007, p. 135 ss.; N. BASSI, *Agenzie nazionali ed europee*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, Tomo 2, Milano, 2008; E. CHITI, *Agenzie amministrative*, in *Treccani.it*, 2014; L. LAMBERTI – G.A. PRIMERANO, *Il principio di efficienza e i modelli organizzativi: le agenzie amministrative*, in R. CAVALLO PERIN – A. POLICE – F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, p. 283 ss.



disciplina delle procedure di nomina<sup>8</sup> dei componenti e delle relative funzioni<sup>9</sup>; non a caso si è parlato, al riguardo, di un istituto proteiforme<sup>10</sup>.

Su questi temi si è formata, nel tempo, una letteratura vastissima, che ha approfondito le questioni connesse alle ragioni della loro istituzione, alla natura giuridica, ai procedimenti formativi, alla struttura organizzativa delle Autorità indipendenti, oltre che quelle concernenti le funzioni ad esse attribuite<sup>11</sup>. Questo poteva far sembrare che la dottrina avesse ormai scandagliato tutti gli aspetti maggiormente significativi sottesi alla loro struttura e alle loro competenze; ma, in realtà, gli effetti delle loro attività, determinando di volta in volta l'emersione di nuovi aspetti problematici, continuano a suscitare l'attenzione degli studiosi, oltre che della giurisprudenza.

Ciò è facilmente spiegabile, se si pone mente al fatto che le dinamiche connesse al funzionamento delle Autorità indipendenti hanno evidenziato una notevole capacità evolutiva nel corso degli anni, per cui molte delle questioni suddette sono lontane dall'aver trovato un assetto dotato di stabilità: il ruolo delle Autorità è mutato, assumendo caratteristiche diverse dinanzi al funzionamento della forma di governo, sul versante dei rapporti con gli organi della legislazione, oltre che su quello dei rapporti con gli organi della giurisdizione. La relazione tra Autorità indipendenti e forma di governo identifica, in effetti,

---

<sup>8</sup> Le procedure di nomina dei componenti delle Autorità indipendenti sono molto diversificate. La legislazione in materia si è discostata dalla precedente impostazione che attribuiva tale potere ad un atto congiunto dei Presidenti delle Camere. Essendo venuta meno, infatti, la convenzione costituzionale che attribuiva la Presidenza della Camera dei Deputati o del Senato ad un esponente del maggior partito di opposizione, è caduto il presupposto per cui la nomina congiunta dei vertici delle Autorità veniva concepita come garanzia dell'indipendenza dall'Esecutivo, o, comunque, dalle forze politiche di maggioranza. Sui profili di problematicità sottesi all'attribuzione del potere di nomina delle Autorità ai Presidenti delle assemblee parlamentari, v. A. SCIORTINO, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, Torino, 2002, p. 151 ss. Le leggi istitutive delle Autorità conferiscono il potere di nomina dei relativi componenti ai Presidenti delle Camere (AGCM e Commissione di Garanzia per lo sciopero, in quest'ultimo caso è previsto il decreto del Presidente della Repubblica); in altri casi è prevista l'elezione da parte dei due rami del Parlamento (AGCOM, Garante dei dati personali); in altri ancora al Governo, le cui scelte sono però condizionate all'approvazione delle Commissioni parlamentari competenti, e adottate con decreto del Capo dello Stato (CONSOB, ISVAP, AEEG, ANAC), mentre l'intervento parlamentare non è previsto per la nomina del Governatore e dei membri del Direttorio della Banca d'Italia.

<sup>9</sup> Nel corso degli anni sono state avanzate proposte legislative orientate ad una razionalizzazione della disciplina delle Autorità amministrative indipendenti, nessuna di esse è però andata in porto. Da ultimo, il d.l. n. 90 del 2014, convertito in l. n. 114 del 2014, conteneva indicazioni relative all'organizzazione interna delle Autorità Indipendenti, al trattamento economico accessorio, e alla mobilità del personale, introducendo un tentativo di razionalizzazione e di riordino in vista di obiettivi di contenimento della spesa pubblica.

<sup>10</sup> Cfr. G. GRASSO, *L'anomalia di un "modello": le autorità (amministrative) indipendenti nei paesi membri dell'Unione Europea. Prime ipotesi per un "inventario"*, in *Il Politico*, n. 2/2000, p. 261.

<sup>11</sup> V. *supra*, nota n. 1.



la relazione tra due grandi incertezze: se le prime hanno una natura ibrida e non si prestano ad un incasellamento esatto nell'assetto dello stato-apparato, la seconda è per sua intrinseca natura una nozione esposta ai condizionamenti mutevoli derivanti dagli equilibri politici, presentandosi, nei diversi periodi, con caratteristiche sensibilmente differenti pur nella cornice del parlamentarismo. Ciò impone una riconsiderazione continua delle modalità concrete con cui tale relazione si presenta: sembrano emergere, infatti, dalle dinamiche operative delle Autorità, nuove linee tendenziali, che possono avere delle refluenze importanti sul piano del loro inquadramento costituzionale. In un contesto che presenta plurime sfaccettature normative su aspetti rilevanti, l'operare concreto delle Autorità Indipendenti è rispondente a moduli privi di linearità e coerenza, per cui ciascuna di esse, nel rispettivo settore, ha sedimentato prassi riconducibili a equilibri differenti. Anche sul versante delle funzioni paragiurisdizionali esercitate nei procedimenti sanzionatori o nella risoluzione delle controversie tra imprese, o tra imprese e utenti, le singole Autorità esercitano poteri differenti, e queste diversità si riverberano inevitabilmente sulle relazioni che ciascuna delle Autorità intrattiene con il Governo e il Parlamento.

Nel corso degli anni, per altro verso, le dinamiche connesse allo sviluppo dei mercati hanno determinato un incremento del grado di incidenza su di essi delle decisioni delle Autorità indipendenti<sup>12</sup>, che, talvolta, appaiono in grado di influenzare la politica economica in misura maggiore di quanto non possano fare i Governi<sup>13</sup>, e questo pone sempre più in evidenza la questione, mai sopita, della loro legittimazione democratica. Ci si continua a chiedere, dunque, se la legittimazione tecnocratica<sup>14</sup> può in effetti del tutto sostituire la legittimazione democratica in assenza di una base costituzionale espressa, e ciò è tornato massimamente all'attenzione con l'erompere della crisi finanziaria: l'emergere di fatti che hanno alterato la funzionalità dei mercati non ha mancato, infatti, di sollevare perplessità sull'efficienza dei sistemi di controllo gestiti, in tutto il mondo occidentale, dalle Autorità indipendenti<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Parallelamente alla istituzione di nuove autorità amministrative indipendenti è da registrare l'ampliamento delle rispettive funzioni (vistoso per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato), nonché il rafforzamento dell'indipendenza delle autorità di regolazione dei mercati sospinto dal diritto europeo (Direttive CE 13.7.2009, n. 72, 73, Direttive CE 25.11.2009, n.136 e 140).

<sup>13</sup> L'influenza delle Autorità indipendenti sull'ambiente politico è considerata legittima anche alla luce della teoria dei poteri impliciti delle Autorità, sulla quale v., per tutti, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Riv. trim. dir. amm.*, n. 4/2007, p. 703 ss. L'operatività di tale teoria è stata riconosciuta anche dal Consiglio di Stato, secondo cui la garanzia della partecipazione degli interessati ai procedimenti delle Autorità vale a sanare il difetto di legalità sostanziale. Cfr. Cons. Stato, Comm Spec., 14 dicembre 2016, n. 1920.

<sup>14</sup> È obbligato il riferimento a C. SCHMITT, *Das problem der innerpolitischen Neutralitat des Staates*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, p. 41 ss.

<sup>15</sup> Cfr. E. CHELLI, *L'esperienza italiana delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 70 ss.

Tutto ciò evidenzia chiaramente che affrontare il tema delle Autorità indipendenti, anche solo relativamente ai loro principali aspetti e problemi operativi, significherebbe mischiare in un unico calderone argomenti di portata vastissima, quali la distinzione di struttura e funzioni tra autorità vecchie e nuove, tra regolazione e *antitrust*, la libertà di mercato, la *privacy* tra sistema nazionale e diritto dell'Unione Europea, l'indipendenza dal Governo, la questione del *soft law* e della legittimazione democratica, e, dunque, della responsabilità politica. Molto più modestamente, si cercherà, in questa sede, di delineare un profilo specifico, inerente l'autonomia funzionale delle autorità indipendenti come strumento dell'impostazione dei loro rapporti con le istituzioni politiche, per trarre alcune conclusioni sul piano del loro inquadramento ordinamentale.

## 2. *Il ruolo delle Autorità indipendenti nel sistema costituzionale e la questione dei loro rapporti con gli organi dell'indirizzo politico*

L'istituzione delle Autorità indipendenti è legata all'emergere di esigenze diverse, che si sono poste nel corso degli anni<sup>16</sup>; ciò spiega l'assenza di un modello unitario di riferimento: l'introduzione legislativa non è conseguita ad una previa definizione normativa di un tipo di Autorità rispondente a canoni disciplinati in termini generali e astratti quanto a struttura e funzioni, ma, al contrario, risente della episodicità e occasionalità con cui i vari bisogni di regolazione si sono presentati. Purtuttavia, come si è detto, il fenomeno può essere riguardato in termini univoci se si ha riguardo alla sua evoluzione complessiva nel sistema ordinamentale e al problema della sua interazione con gli elementi della forma di governo.

Essendosi ormai conclusa la vicenda storica legata ai processi di liberalizzazione e privatizzazione dei mercati, cui è legata l'istituzione delle prime Autorità nel nostro ordinamento<sup>17</sup>, e, dunque, essendo venuta meno l'esigenza di accom-

---

<sup>16</sup> L'impulso per la loro istituzione è derivato, in prima battuta, dalla liberalizzazione dei servizi pubblici essenziali, e, dunque, dalla privatizzazione delle imprese pubbliche in precedenza preposte a tali servizi, sull'onda delle direttive europee in tema, appunto, di liberalizzazione. Di qui la necessità di una funzione di vigilanza sul corretto funzionamento del mercato. Come causa ulteriore è da annoverarsi la crisi del sistema politico italiano dei primi anni '90, con l'irrompere degli scandali legati al rapporto tra economia e politica: da ciò, infatti, è derivata un'esigenza di arretramento della politica dai settori più delicati. Cfr. E. CHELLI, *L'esperienza italiana*, cit., pp. 75 e 76.

<sup>17</sup> L'istituzione delle Autorità, peraltro, si colloca in una fase storica in cui veniva fortemente sentita l'esigenza di decentralizzare le funzioni gravanti sull'apparato statale, e, quindi, si inserisce nel contesto dell'emersione di un nuovo modo di intendere lo Stato attraverso la realizzazione di un più accentuato policentrismo amministrativo, tale da superare le rigidità dell'apparato burocratico-amministrativo tradizionale di stampo weberiano. Allo stesso tempo, il pluralismo istituzionale si affermava anche sul piano dell'articolazione dell'ordinamento in livelli decentrati di governo,

pagnare e sostenere la creazione di mercati in settori precedentemente gestiti in forma monopolistica, è mutato il ruolo delle Autorità indipendenti: guardando all'attualità, esse si evidenziano maggiormente nella veste di "magistrature economiche", chiamate a sottrarre agli organi dell'indirizzo politico funzioni decisionali e di controllo in ambiti in cui deve essere garantito un alto tasso di tecnicità oggettiva, e, dunque, di neutralità, onde evitare che le parti deboli del sistema possano essere svantaggiate. Si tratta dei cosiddetti "settori sensibili", nei quali il contesto economico condiziona l'esercizio delle libertà fondamentali: le dinamiche della concorrenza, la correttezza dell'informazione, il mercato dell'energia e dei trasporti, la privacy, l'esercizio dello sciopero, sono tutti scenari che fanno da sfondo all'esercizio di diritti fondamentali, nei quali la finalità più immediata di tutelare i consumatori nel mercato trascende in quella, di più ampio respiro, di garantire ai soggetti la possibilità di esercitare correttamente diritti e libertà di consistenza costituzionale. Ciò fa sì che la vigilanza sui settori più delicati del mercato si saldi con la garanzia dei diritti costituzionali; per cui, per una sorta di eterogenesi, il ruolo delle Autorità indipendenti finisce, pur in assenza di una disposizione espressa, con l'aver un fondamento costituzionale. La loro istituzione e le loro funzioni trovano una giustificazione superiore, sia come arbitri dei mercati, sia come garanti di settori sensibili, poiché in entrambi i casi esse agiscono in difesa di diritti fondamentali: in tal senso l'indipendenza è funzionale a mettere al riparo le loro decisioni dagli orientamenti politici e di partito, che non possono condizionare la garanzia dei diritti, mentre la competenza tecnica è un requisito essenziale per potere intervenire in settori animati da dinamiche particolarmente complesse, che non possono essere ben decifrate nelle loro implicazioni a prescindere da un bagaglio tecnico specializzato.

Sotto tale profilo le Autorità indipendenti costituiscono una necessità nell'ambito della Costituzione economica, che, com'è noto, è posta ormai in strettissima relazione con i vincoli derivanti dall'Unione Europea. Tali vincoli hanno da tempo comportato la necessità di una rilettura dei principi di cui agli

---

dando vita ad un importante processo riformatore incentrato sulla dislocazione delle funzioni a favore degli enti territoriali. La ridefinizione dei ruoli e delle competenze delle amministrazioni centrali dello Stato veniva così realizzata in senso orizzontale, attraverso la dislocazione di funzioni a favore di figure ordinamentali nuove; verticale, attraverso il potenziamento del sistema multilivello. Il decentramento regionale e locale si è così affiancato alla devoluzione di competenze regolatorie ad autorità indipendenti, mentre, al contempo, la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale apriva la strada anche alla responsabilizzazione dei privati destinatari delle esternalizzazioni dei servizi. Tutto questo contribuiva alla riduzione dello "Stato amministratore", e rafforzava ulteriormente l'opportunità di configurare apparati indipendenti dalla politica, estranei al paradigma dell'organizzazione politico-amministrativa fondata sui ministeri, che identificassero un nuovo modello di intervento dei pubblici poteri nella sfera economica, non più rispondente ad assetti monopolistici e verticalmente integrati.

artt. 40 ss.<sup>18</sup>, ed hanno imposto la revisione espressa della disciplina costituzionale sul bilancio. È di matrice europea la *ratio* che sta a fondamento della revisione dell'art. 97 Cost., che pone i principi di sostenibilità del debito e di equilibrio di bilancio come principi fondativi dell'azione delle pubbliche amministrazioni, assieme a quelli di buon andamento e di imparzialità. Non a caso, secondo un certo filone dottrinale, la copertura costituzionale delle Autorità si troverebbe, appunto, nell'art. 97, ovvero nel principio di imparzialità, che conterrebbe in sé anche il principio dell'indipendenza da riconoscere a particolari organi della Pubblica Amministrazione, posti in un ruolo di immediata strumentalità rispetto agli obiettivi della democrazia economica<sup>19</sup>.

L'evoluzione istituzionale delle Autorità indipendenti è strettamente connessa all'ordinamento dell'Unione Europea: non solo esse sono state introdotte nel nostro ordinamento in attuazione di direttive europee<sup>20</sup>, ma, sempre per impulso comunitario hanno conosciuto, nel tempo, un importante ampliamento delle funzioni e il rafforzamento della condizione di indipendenza<sup>21</sup>; inoltre, si sono sempre più infittite le relazioni che le Autorità intrattengono con le istituzioni europee, anche nell'ambito di sistemi di tipo reticolare, di *networks*, tra le

---

<sup>18</sup> Sul punto la letteratura è ormai vastissima; nell'impossibilità di renderne compiutamente conto in questa sede, si rinvia ai contributi raccolti in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Il Filangeri. Quaderno 2011. Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2012. V. anche M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2013, e, ID., *La c.d. costituzione economica tra diritto europeo e diritto internazionale*, in AA.VV., *Giovanni Bognetti comparatista*, Milano, 2014, p. 107 ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 385 ss.; A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, p. 453 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forma contenziosa*, in S. CASSESE – A. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 107 ss.; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali*, in *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano, 1996, p. 241 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit., p. 85 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, p. 49 ss.; V. CAIANIELLO, *Le Autorità amministrative indipendenti, caratteri generali e natura giuridica*, intervento al Seminario dal titolo *Autorità amministrative indipendenti, natura giuridica e caratteri generali*, tenuto il 16/05/2005 presso la Seconda Università di Napoli, Facoltà di Economia; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, p. 15 ss.; E. CHELLI, *L'esperienza italiana delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 83 ss.; I. NICOTRA, F. GIUFFRÈ, M.L. CHIMENTI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2016, p. 37 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29/03/2016; N. LONGOBARDI, *La posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 12/05/2017; R. DE NICCOLIS, *I protocolli tra Autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 20/07/2018.

<sup>20</sup> In attuazione di direttive europee sono state istituite, l'AGCM (l. n. 287/1990), il Garante per la protezione dei dati personali (l. n. 675/1996), e le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ovvero l'AEED (l. n. 481/1995) e l'AGCOM (l. n. 249/1997).

<sup>21</sup> V., ad esempio, le Direttive CE 13/07/2009, n. 72 e 25/11/2009, n. 136 e 140.

Autorità indipendenti dei Paesi membri<sup>22</sup>, previsti anch'essi da apposite direttive: la formalizzazione giuridica di queste relazioni rafforza ulteriormente l'indipendenza delle Autorità medesime rispetto ai Governi nazionali, e alimenta la loro legittimazione costituzionale sul piano dei vincoli comunitari. L'implementazione di queste forme di raccordo, d'altronde, consente che si sviluppino negli ordinamenti nazionali una regolazione unitaria e coerente nei settori considerati, integrata nell'ordinamento comunitario: ciò consente di aggirare gli ostacoli che impediscono di coordinare la produzione normativa al livello dei Parlamenti nazionali, inevitabilmente condizionati dalla mutevolezza degli equilibri politici interni; si favorisce, inoltre, l'integrazione dei mercati, che vengono contestualizzati in una disciplina di dimensione europea.

Le suesposte considerazioni inducono a corroborare l'idea di un fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti, che, comunque, è rintracciabile seguendo il percorso tracciato dagli artt. 11 e dell'art. 117, co. 1, Cost., dall'art. 97, e dalla c.d. "costituzione economica". È, d'altronde, un percorso che lo stesso diritto comunitario ha, almeno in parte, positivizzato, laddove, a proposito del diritto alla protezione dei dati personali, la Carta dei diritti ne prevede la tutela

---

<sup>22</sup> Si pensi, anzitutto, al Sistema europeo delle Banche centrali, composto dalla Banca centrale europea e dalle Banche centrali nazionali, che il Trattato CE definisce come autorità indipendenti (art. 107 Tr. CE). Il regolamento n. 1/2003/CE configura le autorità nazionali per la tutela della concorrenza come strumenti operativi della Commissione nell'attuazione degli artt. 81 e 82 del Tr. CE, con la possibilità per la Commissione di chiedere alle autorità medesime le verifiche ritenute necessarie, e con la previsione di forme di collaborazione e coordinamento tra le Autorità antitrust per il controllo sulle concentrazioni tra imprese (reg. n. 139/2004/CE). A consolidare questo assetto, è poi intervenuto il sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), con la possibilità di azionare i poteri necessari a neutralizzare il rischio sistemico. La direttiva 2002/21/CE impone agli Stati membri di garantire indipendenza e neutralità delle Autorità nazionali di regolamentazione, e precede una rete di autorità indipendenti nazionali, con la previsione di forme avanzate di collaborazione e coordinamento, e di un organismo a composizione mista, cioè formato da rappresentanti della commissione e delle autorità nazionali, con funzioni di consulenza verso la commissione e di verifica sulla corretta applicazione del diritto UE. Altre Autorità, come quella per l'energia elettrica e il gas e quella per la protezione dei dati personali, fanno parte di reti europee per la realizzazione di forme di coordinamento, lo scambio di informazioni e l'elaborazione di indirizzi uniformi in sede di attuazione della disciplina comunitaria. In argomento, v. G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 1105 ss.; M.P. CHITTI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1997, p. 167 ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999; E. CHITTI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno* (relazione al Convegno annuale AIC 2005, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania, 14-15 ottobre 2005), in [www.associazionedicostituzionalisti.it](http://www.associazionedicostituzionalisti.it); A. CLARIZIA, *Autorità indipendenti e ordinamento comunitario. Il sistema antitrust dopo il regolamento 1/2003*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9/2006; U. CERASOLI, *Autorità amministrative indipendenti nel diritto europeo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2008, *Aggiornamento*, I, p. 62 ss.; P. BILANCIA, *La regolazione di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati tra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), 28/02/2013.

attraverso un'autorità di garanzia: ciò fa sì che l'Autorità garante della privacy riceva un fondamento costituzionale espresso ai sensi dei predetti artt. 11 e 117, co. 1, Cost., secondo un ragionamento che, comunque, si può seguire, a prescindere dalla sussistenza di formulazioni esplicite, anche per le altre Autorità.

Inoltre, valorizzando la legittimazione comunitaria delle Autorità indipendenti, si può superare il problema della loro natura giuridica, amministrativa o paragiudiziaria: l'elemento amministrativo, infatti, come si è detto, mal si concilia con l'indipendenza dal Governo. Proprio l'indipendenza spingerebbe verso l'individuazione in esse di una sorta di figura istituzionale ibrida, diversa dai tradizionali poteri dello Stato, titolare di funzioni miste di normazione, vigilanza, risoluzione delle controversie, dotata di competenza tecnica per l'assunzione di decisioni caratterizzate da neutralità rispetto ai Governi, ma anche rispetto ai poteri forti del contesto economico. Ebbene, queste peculiarità si giustificerebbero alla luce della loro origine comunitaria: il diritto dell'Unione Europea, com'è noto, si è evoluto secondo direttrici estranee alle categorizzazioni classiche, tipiche degli ordinamenti nazionali, ponendo i teorici del diritto dinanzi alle difficoltà di decifrare fenomeni giuridici assolutamente originali alla luce delle categorie dogmatiche e istituzionali elaborate nel solco della statualità. Dunque, spostando la questione dell'inquadramento istituzionale, e, quindi, costituzionale, delle Autorità dal livello statale a quello comunitario, si può spiegare la vistosa eccezione al principio della separazione dei poteri che esse rappresentano; viene così spiegata, inoltre, la deroga al modello costituzionale dell'amministrazione pubblica, rispetto al quale la logica istitutiva e funzionale delle Autorità diverge del tutto.

Alla luce di tutto ciò pare evidente che l'evoluzione istituzionale delle Autorità indipendenti è stata tale per cui, oggi, hanno perso attualità le questioni che parte della dottrina aveva avanzato sotto il profilo della loro compatibilità costituzionale, mentre la sindacabilità dei loro atti da parte del giudice amministrativo<sup>23</sup> ha risolto la questione della loro natura giuridica, che è stata interpretata nei

---

<sup>23</sup> La sindacabilità degli atti delle Autorità indipendenti da parte del giudice amministrativo costituisce un principio ormai acquisito in giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza della Corte di Cassazione, Sezione civile I, 20 maggio 2002, n. 7341. La Suprema Corte ha escluso in modo categorico la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale o para-giurisdizionale alle Autorità indipendenti, affermando che l'ordinamento giuridico non conosce un "tertium genus" tra amministrazione e giurisdizione. Da queste affermazioni la dottrina ha ricavato la natura amministrativa delle autorità indipendenti, secondo un'impostazione ormai accolta, sul piano legislativo, dal Codice del processo amministrativo, che ne assoggetta gli atti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Cfr., *ex multis*, F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti delle Amministrazioni indipendenti ieri oggi e domani*, in *Cons. Stato*, 2000, II, p. 1536 ss.; M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, ivi, 2003, p. 3130 ss.; G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma, 2001, p. 160 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e*

termini dell'amministrazione e non della giurisdizione. Si tratterebbe, dunque, di un nuovo comparto dell'amministrazione, collocato in posizione di separatezza dall'amministrazione tradizionale, ma strettamente collegato con l'amministrazione europea, che opera in vista di obiettivi funzionali alla realizzazione di diritti e libertà di rango costituzionale interno, secondo logiche coesenziali alla realizzazione di una democrazia sostanziale dei mercati. A favore di ciò depongono elementi quali la procedimentalizzazione della loro azione, e il suo assoggettamento ai parametri di trasparenza, pubblicità e partecipazione, che sono propri di ogni agire amministrativo.

Queste considerazioni, però, se da un lato spiegano le caratteristiche peculiari con cui il fenomeno delle Autorità si è presentato e si è evoluto, e se possono valere a trovare una giustificazione della loro esistenza sul piano della costituzione materiale, non consentono la risoluzione di tutte le questioni connesse al loro ruolo istituzionale in rapporto agli organi dell'indirizzo politico.

Accantonate queste tematiche, resta infatti da verificare se e in che misura si possano ritenere realizzate le prerogative di neutralità rispetto agli interessi in gioco, e di indipendenza come separazione dall'ambiente politico che stanno a fondamento della istituzione delle Autorità indipendenti.

### 3. *Le Autorità e la portata dell'autonomia funzionale nei confronti di Parlamento e Governo. L'indipendenza delle Autorità e l'imparzialità dell'amministrazione a confronto*

Nonostante abbiano una storia istituzionale breve, le Autorità indipendenti hanno assunto un ruolo di primaria importanza nel sistema delle relazioni istituzionali, identificando, con connotazione di autorevolezza, uno dei poteri che entrano in gioco nel pluralismo istituzionale. Alle Autorità, infatti, è attribuita la cura degli interessi pubblici in settori di mercato che coinvolgono la fruizione di diritti costituzionali, e in cui è inibito l'intervento dei tradizionali poteri statali; da questo punto di vista esse rappresentano un tassello imprescindibile del sistema dei pesi e contrappesi che caratterizza in senso dinamico la forma di governo: identificano a pieno titolo un potere<sup>24</sup>, da cui promanano decisioni che hanno refluenze politiche evidenti ed importanti, e che, oltre ad incidere sulla sfera economica privata, costituiscono un limite agli altri poteri della sfera pubblica.

---

*autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, 2002, Milano, 2003, p. 176 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili della legittimazione a ricorrere avverso gli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2245 ss.; D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALIERI – G. DELLE VEDOVE – P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, p. 114 ss.; M. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2015, p. 559 ss.; R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, cit.

<sup>24</sup> Così F. CINTIOLI, *Le autorità a vent'anni dal loro "erompere", tra tecnica, mercato e istituzioni*, in *www.magna-carta.it*, 15 marzo 2010.



Le competenze affidate alle Autorità riguardano interessi pubblici i quali, di volta in volta, si arricchiscono di contenuti relativi alla tutela della salute, alla tutela dell'ambiente, alla salvaguardia dei livelli occupazionali, alla continuità del servizio pubblico, alla difesa dei risparmiatori, alla libertà di manifestazione del pensiero, agli standard di sicurezza; e non si può fare a meno di evidenziare che ogni decisione che si assuma in tali ambiti sarà inevitabilmente connotata da un elevato tasso di politicità. Per fare un esempio che rende tale intreccio massimamente evidente, la garanzia della concorrenza può entrare in relazione dialettica, oltre che con esigenze occupazionali e con politiche industriali o energetiche, con l'interesse a garantire livelli di sviluppo economico in determinate aree territoriali, e la ponderazione tra interessi divergenti non può probabilmente svolgersi in un'ottica di pura neutralità, senza tenere conto degli effetti complessivi che ne possono derivare, secondo una sintesi che corrisponde a quelle effettuate nelle sedi propriamente politiche.

Ciò mette in luce il fatto che il ruolo di regolazione di un particolare contesto economico implica necessariamente un dialogo con il Governo, poiché l'indirizzo politico della regolamentazione non potrebbe essere demandato alle Autorità indipendenti: ciò sarebbe contraddittorio rispetto alle ragioni della loro istituzione; occorre dunque vedere in quali termini questo dialogo si svolga concretamente. C'è realmente spazio, in un simile contesto, per valutazioni che siano solamente tecniche, e, dunque, neutrali?<sup>25</sup>

Per altro verso, le relazioni delle Autorità indipendenti con il Parlamento trovano il loro momento più significativo nella relazione annuale<sup>26</sup>, ma anche nelle procedure di nomina, che, seppur diversamente modulate, tracciano un legame genetico tra i titolari degli organi direttivi delle Autorità stesse e i vertici delle assemblee parlamentari<sup>27</sup>. I componenti delle Autorità hanno una desi-

---

<sup>25</sup> Sul carattere di neutralità delle Autorità Indipendenti v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive*, Bologna, 2005, p. 85 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v., per tutte, la sentenza n. 32 del 1991, che definisce espressamente neutrale la posizione della Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, rispetto alla dialettica tra datore di lavoro e forze sindacali.

<sup>26</sup> Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Le Autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, in *Federalismi.it*, n. 16/2010.

<sup>27</sup> La disciplina legislativa delle procedure di nomina della diverse Autorità non è omogenea; tuttavia, è possibile distinguere procedure che attribuiscono il potere di nomina ai vertici delle assemblee parlamentari (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Commissione di Garanzia per lo sciopero), o alle due Camere (Autorità Garante per le Comunicazioni; Garante per la protezione dei dati personali); e procedure che, invece, chiamano in causa il Governo, che, però, deve ricevere l'approvazione delle Commissioni parlamentari competenti (CONSOB, ISVAP, AEEG, ANAC). In questi ultimi casi, inoltre, la nomina avviene con Decreto del Presidente della Repubblica, e non sono storicamente mancati casi di veto presidenziale alla formalizzazione di decreti che nominavano personalità prive dei requisiti di professionalità richiesti. Sulle procedure di nomina dei componenti della Autorità indipendenti, v. E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*,

gnazione riconducibile alla sfera politico-parlamentare<sup>28</sup>, devono relazionare annualmente al Parlamento sull'attività svolta, e possono dal Parlamento essere convocati in audizione, oltre a potere indirizzare segnalazioni e proposte. Il Parlamento potrebbe inoltre formulare, sulla base della relazione annuale, indirizzi generali sulla politica economica di competenza delle varie Autorità. Alla luce di ciò ci si può chiedere se, realmente, l'interlocuzione tra autorità tecniche e politica rappresentativa risponda del tutto ai canoni dell'indipendenza. Per tentare di dare una risposta a questi quesiti occorre preliminarmente accertare quale sia, effettivamente, il posto occupato dalle Autorità indipendenti negli equilibri della forma di governo. L'indipendenza dal Governo, infatti, e l'assenza di una responsabilità stringente dinanzi al Parlamento, non privano la loro azione della capacità di incidere sulle vicende istituzionali.

Se, nel momento della designazione dei componenti, c'è comunque un collegamento con gli organi dell'indirizzo politico, pur variamente modulato dalle singole leggi istitutive<sup>29</sup>, l'indipendenza delle Autorità trova il suo momento più significativo di realizzazione sul piano funzionale. Questo comporta che le Autorità abbiano una natura duale: da un lato esse sono enti di emanazione pubblica quanto alla loro fonte istitutiva e quanto alle finalità perseguite, che sono orientate alla massimizzazione del bene sociale nei settori del loro intervento; dall'altro, sotto il profilo funzionale, esse non devono più considerarsi come emanazioni dirette del potere politico, dato che il loro ruolo arbitrale dovrebbe servire a filtrare una regolazione neutrale, depurata dalle influenze degli indirizzi politici di parte.

L'autonomia funzionale, che si esprime nell'assenza di controlli e interferenze dei vertici dell'Esecutivo o degli organi rappresentativi della maggioranza parlamentare, e che comporta, strumentalmente, autonomia finanziaria, organizzativa, e contabile<sup>30</sup>, costituisce il dato che caratterizza il regime giuridico

---

in *Amministrare*, n. 1-2/2000, p. 127 ss.; R. TITOMANLIO, *Autonomia ed indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, p. 319 ss.; R. CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti*, cit., p. 4 ss.; F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 14/2009; F. GIUFFRÈ, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto*, cit., p. 3 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 105 ss.

<sup>28</sup> Anche laddove la designazione sia attribuita al Governo, infatti, essa è subordinata al parere vincolante delle Commissioni parlamentari competenti, oltre che al controllo esercitato dal Capo dello Stato in sede di emanazione del decreto di nomina.

<sup>29</sup> V. *supra*, nota n. 22. I componenti delle Autorità godono di uno stato giuridico strutturato in modo da assicurarne il più possibile l'indipendenza sul piano della durata in carica, del rigoroso regime delle incompatibilità, dei limiti alla revocabilità e, per altro verso, alla rinnovabilità della carica, dimodoché essi siano messi in condizione di esercitare le funzioni per la durata del relativo mandato senza il timore di essere destituiti o senza la necessità di orientare le proprie decisioni all'ambizione della riconferma. Sulla rilevanza di detti elementi ai fini dell'indipendenza delle Autorità v. F. PERUSI – M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2002, p. 172, e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., p. 105 ss.

<sup>30</sup> Sulla strumentalità delle scelte organizzative in relazione alle condizioni di esercizio effet-

delle Autorità: la sua sussistenza identifica, in un quadro che, come si è detto, è particolarmente variegato, l'elemento discrezionale che consente di inserire un organismo di diritto pubblico nel novero delle Autorità indipendenti<sup>31</sup>. Queste ultime, nel nome della predetta autonomia funzionale, dovrebbero svolgere i compiti ad esse assegnati applicando la legge sulla base di valutazioni di carattere tecnico, in assenza di apprezzamenti valutativi degli interessi pubblici.

L'autonomia funzionale così intesa non è però esente da criticità: innanzitutto, non ha una consistenza univoca, poiché si presenta con intensità maggiore nel caso delle Autorità che esercitano anche compiti di tipo paragiurisdizionale, rispetto a quelle che esercitano una regolazione più orientata al versante paranormativo<sup>32</sup>. In quest'ultimo caso, infatti, ci si trova dinanzi ad Autorità istituite allo scopo di assicurare l'esercizio indipendente di funzioni che, altrimenti, spetterebbero alle autorità di governo, e, dunque, integrano l'adozione di atti sostanzialmente assimilabili a compiti di amministrazione attiva, che possono presentare una certa contiguità con le decisioni governative. Laddove, invece, prevalgono finalità di garanzia e di controllo, ontologicamente estranee all'apparato di governo, i profili connessi all'indipendenza ricevono una valorizzazione massima.

---

tivamente indipendente delle funzioni delle *Authorities*, e, dunque, sulla sostanziale necessità che ad esse venga riconosciuta l'autonomia contabile, finanziaria e di bilancio, oltre che di organico, v. C. FRANCHINI, *Mito e realtà delle Autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35/1996, p. 36 ss. Sull'autonomia di organico delle Autorità nelle pronunce del giudice amministrativo, v. P.S. FALZINI, *L'autonomia organizzativa delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 2/2016; sull'autonomia finanziaria, v. G. NAVA – V. MOSCA, *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 24/2016.

<sup>31</sup> Tali dovrebbero considerarsi, infatti, quelle che svolgono funzioni di disciplina e protezione di interessi collettivi in settori socialmente rilevanti, garantiti costituzionalmente, e che operano in piena autonomia organizzativa e funzionale, con indipendenza di giudizio e di valutazione.

<sup>32</sup> Com'è noto, il quadro delle funzioni delle diverse Autorità è fortemente variegato. La Consob dispone di poteri ispettivi molto penetranti, che includono la richiesta di intercettazioni e telefoniche, le perquisizioni, la convocazione e l'audizione di chiunque sia ritenuto informato sui fatti, l'accesso all'anagrafe tributaria e a quella dei conti e depositi, il sequestro di beni. L'Agcm (in collaborazione con la guardia di finanza) può svolgere ispezioni, disporre perizie, imporre la sospensione d'urgenza di condotte che danneggino il consumatore. L'Autorità per l'energia elettrica dispone di poteri sanzionatori e di controllo; l'Autorità di regolazione dei trasporti ha poteri di regolazione *ex ante*, potendo determinare tagli ai pedaggi pagati dalle società di trasporti agli enti proprietari delle reti. Senza contare, poi, le funzioni di interpretazione, arbitrato, conciliazione, segnalazione, proposta, controllo, dell'Agcm e Agcom, e le funzioni di accertamento della sussistenza di conflitti di interessi a carico dei titolari di cariche di governo, con i connessi poteri sanzionatori. L'Autorità antitrust rivolge anche ammonimenti sulle pratiche scorrette, invitando le imprese interessate a rimuovere i comportamenti oggetto di contestazione. Particolare il caso dell'ANAC, che può indirizzare raccomandazioni vincolanti, con la previsione di un procedimento propriamente sanzionatorio qualora il destinatario scelga di non adeguarsi o di non rispondere. Su quest'ultimo punto, v., per tutti, E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 503 ss.

Inoltre, secondo parte della dottrina, le Autorità non sono del tutto esenti da forme di responsabilità nei confronti del Parlamento, cosa che ne attenuerebbe la sostanziale indipendenza. Anche la Corte di Giustizia dell'UE ha avuto modo di affermare che, se l'indipendenza delle Autorità si fonda sull'assenza di qualsiasi soggezione dinanzi ai Governi, non è comunque pensabile che esse siano esenti da ogni forma di influenza parlamentare<sup>33</sup>. Secondo il ragionamento della Corte, la normativa europea non impone un vincolo così rigido al punto da escludere ogni influenza parlamentare sulle Autorità, poiché, anzi, il raccordo con i Parlamenti è essenziale per la loro legittimazione in senso democratico.

Le relazioni annuali al Parlamento<sup>34</sup>, però, tornando al caso italiano, non introducono una verifica orientata a finalità di controllo sanzionatorie: esse servono, semmai, a mediare dinanzi all'opinione pubblica, che viene posta in condizione di conoscere i punti salienti e i nodi problematici in cui l'attività delle Autorità si è imbattuta. A riprova di ciò, il fatto che la presentazione delle relazioni non è prodromica ad un vero e proprio dibattito parlamentare, né costituisce elemento a partire dal quale vengano svolte verifiche puntuali o attività di vigilanza. Si tratta, sostanzialmente, di una sorta di rendicontazione, con cui, al contempo, i vertici delle Autorità trasmettono agli organi legislativi stimoli propulsivi per l'attività legislativa, con la formulazione di auspicî in vista di una normazione parlamentare di settori scoperti, o con l'indicazione delle direttrici da seguire introducendo specifiche disposizioni; emblematico, al riguardo, è il caso delle segnalazioni dettagliate che l'Autorità antitrust invia al Governo, nella relazione annuale, per la predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza ai sensi della l. n. 99 del 2009.

Pare, allora, che la contiguità delle Autorità con le strutture del Parlamento, più che determinare una contaminazione con l'indirizzo politico della loro attività, indebolendone l'indipendenza, operi in direzione contraria: nel quadro dell'autonomia funzionale, le valutazioni tecniche contenute nelle relazioni forniscono indicazioni alla maggioranza politica per l'esercizio della funzione legislativa.

Non a caso, del resto, negli ultimi anni, pare essersi intensificata la collaborazione delle Autorità nella fase formativa dei provvedimenti legislativi, che si esprime attraverso la loro convocazione in audizione da parte delle commissioni parlamentari, al punto che sono state avanzate proposte di modifica dei regolamenti di Camera e Senato nella parte in cui non prevedono espressamente la

---

<sup>33</sup>Sentenza pronunciata sulla causa C-518/07, relativa ad un ricorso della Commissione Europea nei confronti della Germania, per inadempimento di quest'ultima all'obbligo di istituire Autorità pienamente indipendenti ai sensi della Direttiva n. 95/46.

<sup>34</sup> Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *Le Autorità indipendenti attraverso il prisma delle loro relazioni annuali*, cit.; D. SICLARI, *Il controllo parlamentare sugli atti non normativi del Governo e l'esame di documenti trasmessi al Parlamento dal Governo e da altre Autorità: profili evolutivi*, in R. DICKMANN, S. STAIANO, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, 2008, p. 361 ss.

possibilità di convocare i membri delle Autorità indipendenti<sup>35</sup>. Inoltre, le Autorità possono esercitare direttamente attività di impulso, inviando segnalazioni al Governo, Parlamento, Regioni ed Enti locali relativamente a provvedimenti amministrativi e normativi già vigenti, o in via di formazione: Su quest'ultimo versante si registra una tendenza per cui non solo si incrementa il numero delle segnalazioni delle Autorità, ma anche, statisticamente, si accresce il numero di quelle che vengono effettivamente recepite dal legislatore; non mancano, inoltre, casi di pareri delle Autorità a cui fa riferimento la Corte costituzionale nelle sue pronunce<sup>36</sup>. Di tutto questo, peraltro, viene dato conto nelle relazioni annuali, che, in tal modo, danno risonanza a tale attività persuasiva.

È paradigmatico il caso dell'Autorità garante della concorrenza, i cui pareri hanno un'efficacia vincolante o semivincolante relativamente al procedimento di formazione delle leggi di settore: la loro inosservanza può essere rispettivamente prodromica all'impugnativa, oppure comportare la necessità che nel disegno di legge siano indicati i motivi del mancato recepimento<sup>37</sup>. L'Agcm, a partire dal 2013, tiene una rendicontazione costante dell'attività di segnalazione indirizzata al Parlamento e al Governo, e dei relativi esiti: emerge un numero cospicuo di segnalazioni, la cui percentuale di successo ha raggiunto, nel biennio 2016-2017, il 53%, con 112 casi di ottemperanza su 236 interventi consultivi *ex ante*<sup>38</sup>; mentre il medesimo tasso scende al 17% per gli inviti a modificare leggi o regolamenti statali o regionali considerati come distorsivi della concorrenza<sup>39</sup>, e ciò è comprensibile se si considera che in tal caso l'ottemperanza richiederebbe la modifica di atti normativi già vigenti, cosa, questa, che presenta difficoltà operative ben maggiori rispetto ad un adeguamento realizzato su atti normativi ancora in itinere. Le segnalazioni su iniziative legislative o regolamentari, di converso, presentano tassi di ottemperanza elevatissimi (86%)<sup>40</sup>. Senza contare la permeabilità naturale della legge annuale per il mercato e la concorrenza rispetto alle indicazioni dell'Autorità antitrust, che, in qualche modo, della predetta legge prefigura i contenuti.

<sup>35</sup> V. A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017, p. 12. Per un'analisi relativa ad una fase storica meno recente, v. P.L. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in *Temi e problemi. A cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, dicembre 1996, p. 13 ss.

<sup>36</sup> V. A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza*, cit., p. 18 ss.

<sup>37</sup> Cfr. M. AINIS, *The Italian Competition Authority's maieutic role*, in *Riv. it. antitrust*, n. 2/2016, p. 125 ss.

<sup>38</sup> Art. 22, l. n. 287/1990.

<sup>39</sup> Art. 21, l. n. 287/1990.

<sup>40</sup> Per i dati suesposti, e per una prospettazione analitica dell'attività di *advocacy* dell'Autorità antitrust, v. il Documento di monitoraggio pubblicato dalla stessa Autorità, *Esiti dell'attività di advocacy nel biennio 2016/2017*, a cura della Direzione Studi e analisi della legislazione dell'Agcm, nel sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it), sezione "Monitoraggio dell'attività di advocacy", dove dal 2013 sono pubblicati i dati concernenti la relativa attività per ciascun biennio.

Di rilievo anche il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali, la cui attività di segnalazione, per impulso dell'accresciuta sensibilità verso le tematiche della privacy nell'ordinamento interno come in quello comunitario, ha avuto risvolti particolarmente significativi. Sono stati numerosi, negli ultimi anni, le segnalazioni, gli indirizzi, rivolti a Parlamento e Governo, le indagini conoscitive sui provvedimenti in formazione alle Camere, e i pareri resi su schemi di atti normativi idonei ad incidere sulla normativa statale, negli svariati campi in cui si potevano registrare implicazioni sul trattamento dei dati (come nel caso del c.d. "decreto del fare", nel disegno di legge sulle semplificazioni, del *Jobs Act*, con riguardo al controverso tema del monitoraggio a distanza dei lavoratori)<sup>41</sup>. In questi casi il Governo ha accolto, anche solo parzialmente, i rilievi del Garante. Molto clamore ha suscitato, da ultimo, il caso della fatturazione elettronica<sup>42</sup>: il Garante, infatti, ha utilizzato per la prima volta il potere correttivo e di avvertimento ai sensi delle norme europee<sup>43</sup>, ed ha evidenziato come l'Agenzia delle Entrate avesse varato una disciplina senza aver soddisfatto l'obbligo di consultazione preventiva del garante stesso, previsto dal Regolamento sulla privacy<sup>44</sup>. Per fare un altro esempio, sulla base dell'esortazione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza il Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, nel 2014, ha provveduto a designare i componenti della Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza, e dell'Osservatorio nazionale, entrambi organi previsti dalla legge ma non ancora costituiti. La possibilità per l'Autorità antitrust di incidere sul piano legislativo è stata formalizzata da alcune previsioni normative, come il c.d. decreto "Cresci-Italia/D.l. n. 24 del 2012, poi convertito in l. n. 27/2012), per cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri può sottoporre all'autorità stessa le leggi regionali per un parere sulle possibili restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato anche al fine del ricorso alla Corte costituzionale; quest'ultima, peraltro, si è sovente pronunciata nel senso auspicato dalle segnalazioni dell'Autorità<sup>45</sup>, e non è infrequente che pareri o posizioni manifestate da queste ultime siano stati incorporati nelle pronunce del giudice delle leggi.

---

<sup>41</sup> Le segnalazioni sono consultabili nella sezione "segnalazione al Parlamento e al Governo", del sito del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>42</sup> Parere del 20/12/2018 (9069072), consultabile al sito [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), sezione *Provvedimenti e normativa*.

<sup>43</sup> Regolamento UE 2016/679, art. 58, par. 2.

<sup>44</sup> Regolamento UE 2016/679, art. 36, par. 4.

<sup>45</sup> V. A. ARGENTATI, *Autorità antitrust e Corte costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Merc. conc. reg.*, n. 1/2015, p. 41 ss.; F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Torino, 2016, p. 159 ss.; F. D'AGOSTINO, *Tra governo del territorio e libertà di iniziativa economica: dialogo tra le istituzioni*; in L. FERRARA – A. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, vol. II; G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2016, p. 247 ss.

Queste interazioni evidenziano il rilievo assunto nell'assetto istituzionale dalle Autorità indipendenti, che si inseriscono comunque, *ex ante* o *ex post*, nel circuito decisionale degli organi di vertice dello stato-apparato, identificando, ormai, uno dei poteri nei quali si rifrange il funzionamento della forma di governo. La connotazione di indipendenza di queste autorità, infatti, si distingue nettamente dalla mera imparzialità, soggettiva e funzionale, dell'amministrazione<sup>46</sup>, e va al di là della logica della separazione tradizionale tra la politica e l'amministrazione, che resta pienamente nel solco tracciato dall'art. 97 Cost. In quest'ultimo caso, infatti, la dimensione dell'amministrazione è quella, classica, di un apparato che opera in funzione strumentale alla realizzazione degli indirizzi governativi, godendo di autonomia tecnico-gestionale. Mentre questa dimensione resta racchiusa entro i confini propri del rapporto tra strutture ministeriali e Governo, la dimensione di indipendenza delle Autorità, come si è visto, va ad infrangere le categorie costruttive dell'ordinamento giuridico sul piano della separazione dei poteri, della legittimazione democratica, della teoria delle fonti del diritto, e dell'esclusività della giurisdizione nel ruolo di tutela dei diritti, imponendosi, come potere che presiede al governo di importati settori ordinamentali, agli organi dell'indirizzo politico.

Nel caso delle Autorità indipendenti non si tratta affatto di assicurare la loro autonomia nei termini di un esercizio imparziale dell'attività amministrativa, ma di assicurare che le scelte fondamentali su settori che presentano un alto tasso di complessità tecnica, e che coinvolgono problematicamente diritti di valenza costituzionale, rispondano a logiche di perseguimento dell'interesse pubblico neutrali, cioè esenti da condizionamenti politico-partitici. In conformità a tale esigenza superiore di neutralità sono le Autorità stesse a determinare le regole da seguire nei settori ad esse devoluti, e ad effettuare il controllo sulla loro applicazione, decidendo le controversie che riguardano gli operatori, pubblici e privati, e i diritti dei cittadini, in un'attività complessiva che, a vario titolo, influenza le decisioni degli organi politici.

In tal modo, l'ordinamento ha introdotto nuove modalità di intermediazione tra le decisioni politiche e i soggetti che operano nei mercati, nonché i privati cittadini, sul piano dell'aspettativa a ricevere la tutela dei propri diritti fondamentali. Imprese e consumatori, operatori e soggetti privati, potranno confidare su scelte giuridiche conformative rispondenti agli standard migliori di tutela degli interessi pubblici e privati che afferiscono a ciascun settore: le determinazioni dei Garanti, in quanto orientate da parametri tecnico-giuridici e non da pressioni politiche di parte, rappresentano la sintesi migliore delle istanze coinvolte.

Si può allora sostenere che l'autonomia funzionale nell'esercizio delle competenze regolatorie, di vigilanza, di controllo e sanzionatorie, previste dalle

---

<sup>46</sup> Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018.



leggi istitutive è la *ratio* giustificativa dell'indipendenza stessa delle Autorità. Le loro decisioni concorrono, oltre che a formare l'ordinamento giuridico con la produzione di atti riconducibili al c.d. *soft law*, a formare l'indirizzo politico-normativo nei singoli settori<sup>47</sup>, pur essendo adottate al di fuori della logica partitica. Tale influenza, peraltro, si ammanta di un'autorevolezza che deriva proprio dalla neutralità delle Autorità indipendenti, ovvero dalla loro estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, che si confrontano dialetticamente, oltre che dalla specializzazione tecnica che esse esprimono.

#### 4. *Autonomia e indipendenza delle Autorità e autonomia e indipendenza degli organi della giurisdizione a confronto: le differenze ontologiche*

Quanto già detto consente di evidenziare, per altro verso, la differenza sostanziale tra la dimensione di indipendenza e autonomia che viene riferita alle Autorità e la posizione ordinamentale di autonomia e indipendenza che connota gli organi della giurisdizione. Questi ultimi, infatti, in vista della garanzia superiore della legalità, sono chiamati ad applicare regole generali e astratte provenienti dai soggetti legittimati ad innovare l'ordinamento, e, nell'ottica della separazione dei poteri, restano del tutto estranei ad ogni finalità di perseguimento degli interessi pubblici. L'attività delle Autorità, invece, si muove su un terreno completamente diverso, che dovrebbe appartenere alla politica: esse, infatti, adottano scelte e decisioni nei settori che ad esse il legislatore ha scelto di devolvere. Tale devoluzione ha luogo perché si tratta di ambiti in cui, a causa dell'elevato tasso di complessità tecnica, gli organi della legislazione hanno difficoltà ad esprimere le competenze necessarie. Anche laddove le Autorità svolgono attività di controllo, sanzionatorie, e di risoluzione dei conflitti, non invadono lo spazio proprio della giurisdizione: esse, infatti, applicano regole sostanzialmente autoprodotte, e operano in ambiti circoscritti ai segmenti ordinamentali che sono interamente sottoposti alla loro expertise tecnica. L'eterogeneità delle funzioni attribuite alle Autorità, comprendente anche decisioni di tipo paragiurisdizionale, si spiega con la circostanza che ad esse l'ordinamento devolve interamente i compiti di garanzia dell'interesse generale al funzionamento corretto dei mercati, o dei settori giuridici, considerati.

Partendo dall'assunto che nel nostro sistema costituzionale non è configurabile un *tertium genus* fra amministrazione e giurisdizione, la giurisprudenza è ormai consolidata nel riconoscere natura di pubblica amministrazione alle Autorità indipendenti: è stato osservato, infatti, che le stesse, composte, peraltro, da

<sup>47</sup> V. N. MARZONA, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti, I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 97 ss.; G. VOLPE, *Indagine sulle funzioni dell'autorità antitrust: verso un «governo tecnico di settore»*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 1551 ss.

soggetti ai quali è attribuito lo status di pubblici ufficiali<sup>48</sup>, svolgono una serie di funzioni e compiti propri dell'autorità pubblica statale, esercitando poteri direttamente incidenti sulla vita dei consociati. Inoltre, le Autorità sono definite come "amministrative" dallo stesso legislatore<sup>49</sup>, e sono qualificate come indipendenti in ragione della loro piena autonomia di giudizio e di valutazione, la quale non va intesa come motivo di esonero dall'applicazione della disciplina generale riguardante le pubbliche amministrazioni, dato che comporta, più limitatamente, che il Governo non può esercitare in relazione ad esse la tipica funzione di indirizzo e di coordinamento<sup>50</sup>.

A conferma di ciò, la tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti delle Autorità rappresenta un dato definitivamente acquisito nel nostro ordinamento: la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deriva dal presupposto che gli atti delle Autorità sono espressivi di una potestà pubblica, e costituisce il presupposto che consente di ritenere conforme il sistema delle Autorità agli articoli 24 e 113 della Costituzione, ovvero al principio per cui ciascuno deve poter agire in giudizio per tutelare, senza possibilità di deroghe, l'integrità del proprio patrimonio giuridico. Le teorie che, soprattutto in passato, avevano tentato l'accostamento del ruolo delle Autorità indipendenti all'ambito della giurisdizione<sup>51</sup> prendevano le mosse, invero, dalla difficoltà di conciliare, in una medesima figura soggettiva, le qualità di indipendenza e autoritatività, per cui gli organi della pubblica amministrazione dovrebbero rispondere a logiche organizzative informate alla gerarchia, ammettendosi l'indipendenza solo per gli organi investiti di funzioni consultive. Ciò, ovviamente, non basta a sostenere la riconducibilità delle Autorità all'ambito della funzione giurisdizionale in senso stretto, ai sensi degli artt. 101 e 104 Cost.; ne deriverebbe, peraltro, oltre che la violazione del divieto di istituire giudici speciali ex art. 102 Cost., la violazione del principio per cui ogni atto avente forma amministrativa debba essere suscettibile della verifica di legittimità ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.

Se, sotto il profilo soggettivo, non si può dubitare della qualificazione amministrativa delle Autorità, tale tesi è avvalorata ulteriormente, sul piano delle funzioni esercitate, dalla natura discrezionale, sia amministrativa che tecnica, della sua attività: il carattere paragiurisdizionale può valere a denotare soltanto modalità peculiari di esercizio di funzioni, le quali restano sostanzialmente amministrative. Per lo svolgimento di tali funzioni le Autorità adottano procedimenti basati su di un ampio contraddittorio, che si avvicinano alle modalità di svolgimento dei processi, ma non hanno natura giurisdizionale: le valutazioni compiute nell'am-

<sup>48</sup> Art. 2, comma 10, l. n. 481 del 1995.

<sup>49</sup> Art. 119, comma 1, lett. b, c.p.a..

<sup>50</sup> Cons. Stato, sez. III, n. 2120/2011; sez. IV, n. 4231/2013.

<sup>51</sup> V., per tutti, M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 88 ss.

bito di tali procedimenti (come le decisioni prodromiche all'apertura o meno delle istruttorie, la ponderazione della gravità delle infrazioni, e la determinazione del *quantum* delle sanzioni) dipendono da considerazioni condotte alla luce del bilanciamento dei vari interessi in gioco, che tiene conto anche dei vantaggi che soggetti privati, operatori economici e settori del mercato, ne potrebbero trarre.

La differenza del ruolo svolto dalle Autorità rispetto a quello proprio degli organi della giurisdizione mette problematicamente in evidenza, dunque, che, nei casi in cui le Autorità risolvono controversie applicando norme giuridiche, esse muovono da un presupposto che non è quello di un'assoluta oggettività: l'applicazione delle regole fatta dai garanti, infatti, non può fare a meno di risentire di una intrinseca commistione con interessi preesistenti, estranei all'applicazione obiettiva del diritto, legati alla valutazione degli effetti sui mercati di riferimento: l'attività paragiurisdizionale delle Autorità non sfugge ad un pre-orientamento alle finalità istitutive, connesse all'implementazione corretta di determinati settori e dei diritti ad essi sottesi, e, sotto tale profilo, presenta necessariamente dei margini di elasticità.

Lo stesso potere sanzionatorio riconosciuto alle Autorità indipendenti, quale strumento di vigilanza preventiva e di repressione, costituisce, per la Corte costituzionale, espressione di una funzione tipicamente amministrativa, del tutto autonoma dall'ambito del diritto penale<sup>52</sup>. Tali profili di discrezionalità appaiono ancora più evidenti nei procedimenti in cui, ad esempio, l'Autorità *antitrust* assume decisioni fondate su impegni e programmi di clemenza, nel caso di istruttorie avviate per l'accertamento di violazioni di divieti in materia di intese e di posizione dominante<sup>53</sup>. Si apre infatti la strada a forme di negoziazione e contrattazione con le imprese al fine di garantire un comportamento conforme alla legge *antitrust*, che paiono del tutto incompatibili con un'applicazione neutrale del diritto obiettivo. Di contro, è interessante richiamare la regola introdotta, in recepimento di una direttiva comunitaria<sup>54</sup>, dal d. lgs. n. 3/2017 sul vincolo per il giudice di assumere l'istruttoria e la decisione definitiva dell'AGCM, in sede di giudizio per il risarcimento del danno subito da soggetti che si ritengano lesi da decisioni dell'Autorità; la violazione *antitrust*, così come indagata e accertata dall'Autorità competente, vincola il giudice che non può svolgere autonoma istruttoria, il che sottende l'idea di una collaborazione tra Autorità e giudice, e avvalorata la natura paragiurisdizionale di alcune attività.

In assonanza con le attività tipiche dei procedimenti penali, in molti casi le Autorità dispongono di efficaci strumenti istruttori e investigativi, che possono provenire dalla collaborazione spontanea dei soggetti coinvolti, o dall'ausilio delle forze di pubblica sicurezza, in particolare della Guardia di finanza. La stessa

<sup>52</sup> Corte cost., n. 49 del 2015; 43 e 68 del 2017.

<sup>53</sup> L. n. 287/1990, art. 14-ter.

<sup>54</sup> Direttiva n. 2014/104.

terminologia usata nelle varie discipline regolamentari adottate dalle Autorità in relazione alle controversie loro attribuite, introduce disposizioni procedurali che ricalcano quelle previste per i procedimenti giurisdizionali civili e che garantiscono il principio di eguaglianza delle parti (udienza di comparizione, udienza di discussione, termini liberi...). Analogamente può dirsi circa l'attribuzione all'AGCM del potere di impugnare atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualunque pubblica amministrazione che siano lesivi delle norme a difesa della concorrenza e del mercato<sup>55</sup>: tale potere, secondo la Corte costituzionale<sup>56</sup>, non introduce surrettiziamente una nuova forma di controllo di legittimità su atti amministrativi, poiché la fase giurisdizionale è meramente eventuale, aprendosi solo nel caso in cui l'amministrazione interessata non si sia conformata ad un preventivo parere dell'Autorità sul piano del rispetto delle regole sulla concorrenza. Per alcuni, addirittura, questa procedura configurerebbe l'AGCM come parte pubblica, che agisce per la tutela oggettiva delle condizioni di concorrenzialità del mercato, analogamente a quanto fa il Procuratore della Corte dei Conti in vista dell'interesse pubblico al buon funzionamento del pubblico erario<sup>57</sup>. Resta, comunque, un dato che, proprio nel caso dell'Autorità *antitrust*, notoriamente assunta a elemento di confronto paradigmatico in ogni analisi che riguardi il ruolo e le funzioni delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, emerge con assoluta chiarezza: se la legge conferisce al Garante la legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo, lo pone già in posizione di parte, e non certo di organo che svolge funzioni propriamente giudicanti. Inoltre, sul piano sistematico, le Autorità stesse impattano su ambiti e mercati che, per definizione, sono esposti all'urto della rivoluzione digitale e all'emergere di nuovi profili che mettono in crisi la tutela dei diritti dei soggetti; in siffatti contesti è inevitabile che l'ordinamento, costretto ad avanzare secondo tempi che non coincidono con quelli dell'evoluzione tecnologica, si presenti con maglie molto larghe, nelle quali le Autorità esprimono la funzione di garanzia sopperendo al ruolo del legislatore, e applicando principi generali che, in suddette materie, appaiono decisamente poco certi e non generalmente condivisi. Ciò alimenta una discrezionalità che le Autorità esprimono nel momento della regolazione, e anche nell'applicazione delle sanzioni, che sono determinate entro *range* molto ampi di minimi e massimi. A ciò deve aggiungersi, poi, che l'attività delle amministrazioni indipendenti si svolge attraverso un contraddittorio che rimane di tipo verticale, nella misura in cui i privati si trovano a confrontarsi con soggetti che, in quanto titolari di uno specifico interesse pubblico nel nome del quale possono irrogare sanzioni, non sono in posizione di parità. Tutto questo diverge

---

<sup>55</sup> L. n. 287/1990, art. 21-*bis*.

<sup>56</sup> Corte cost., n. 20/2013.

<sup>57</sup> Cfr. L. CASSETTI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018.

nettamente dall'essenza stessa della funzione giurisdizionale, e con il principio della legalità su cui è edificato il sistema penale. Anche queste considerazioni avvalorano l'idea che le Autorità indipendenti agiscano più sul versante dell'amministrazione, esercitando poteri pubblici in vista del perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, cioè il buon funzionamento dei mercati o la correttezza dei segmenti ordinamentali ad esse affidati, potendo al riguardo esercitare poteri caratterizzati da ampia discrezionalità, idonei a prevenire o a sanare le distorsioni. Da ultimo, ha polarizzato l'attenzione della dottrina la decisione dell'AGCM di sollevare la questione di legittimità costituzionale, che ha riproposto l'annosa questione relativa alla possibilità di riconoscere ad una Autorità indipendente le qualità soggettive e oggettive che la Corte costituzionale ritiene necessarie ai fini della legittimazione necessaria ad agire in via incidentale<sup>58</sup>.

Certamente non si discuteva della possibilità, che era assolutamente esclusa, di considerare l'Autorità antitrust come giudice, ma di verificare se, nell'ipotesi considerata, essa presentasse le caratteristiche per poter essere considerata giudice solo "al limitato fine" di sollevare questioni di costituzionalità su disposizioni che, altrimenti, difficilmente potrebbero essere sottoposte al vaglio del giudice delle leggi. Decidendo per l'inammissibilità<sup>59</sup>, la Corte costituzionale ha riannodato le fila della sua precedente giurisprudenza in materia, affermando che nel caso dell'Autorità antitrust difetti il requisito essenziale della terzietà. A sostegno di questo argomento il giudice delle leggi adduce l'impugnabilità degli atti del garante della concorrenza dinanzi al giudice amministrativo, e la possibilità che esso si ponga quale parte processuale ricorrente per l'impugnazione, sempre dinanzi al giudice amministrativo, degli atti delle amministrazioni pubbliche contrari alla disciplina della concorrenza e del mercato. Sotto il profilo strutturale, inoltre, la Corte non ravvisa la sussistenza di un'adeguata separazione tra gli uffici che svolgono l'attività istruttoria e di formulazione delle contestazioni, che identificano una delle parti del giudizio, e il Collegio competente ad assumere le decisioni: il rapporto di dipendenza funzionale dei predetti uffici dall'organo decidente, infatti, impedisce che si possa riscontrare quella condizione di terzietà come separatezza rispetto alle parti in causa, che costituisce il tratto essenziale della giurisdizione ai fini del giudizio a quo. Sotto il profilo funzionale, poi, le considerazioni della Corte, pur specificamente riferite con riguardo al ruolo dell'Autorità garante della concorrenza, appaiono facilmente estensibili a tutte le

---

<sup>58</sup> Per una ricostruzione del tema, v. S. STAIANO, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018. Sull'ordinanza dell'Autorità antitrust del maggio 2018 v. anche, *ivi*, L. CASSETTI, *L'Autorità Garante*, cit.; G. DI PLINIO, *L'Antitrust alle porte della Consulta e il futuro della costituzione economica*; A. FERRARA, *L'Autorità antitrust alla ricerca di un dialogo con la Corte costituzionale*; M. LIBERTINI, *Osservazioni sull'ordinanza 1/2018 (proc. I803) dell'AGCM*; M. RIDOLFI, *L'indipendenza dell'AGCM alla luce dell'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018*.

<sup>59</sup> Corte cost., n. 13/2019.

amministrazioni indipendenti, laddove mettono in evidenza che esse, a differenza degli organi giurisdizionali, non sono estranee alla situazione sostanziale sottesa al giudizio, essendo portatrici di uno specifico interesse pubblico, che risulta, di volta in volta, da una ponderazione, discrezionalmente effettuata, e preorientata alla realizzazione dei loro obiettivi ordinamentali. La finalità dei garanti indipendenti, infatti, è la composizione degli interessi in gioco in un'ottica finalizzata al perseguimento di risultati ben precisi, fissati dalle leggi istitutive, laddove, invece, tali interessi devono per definizione restare estranei all'esercizio della giurisdizione in senso stretto. Anche quando l'operato delle Autorità si sposti sul versante paragiurisdizionale, giungendo fino all'applicazione di sanzioni all'esito di un contenzioso, esse procedono a valutazioni che tengono conto di situazioni quali gli interessi dei consumatori, le conseguenze sul mercato, il miglioramento del progresso tecnologico, l'aumento della produzione e il miglioramento della sua distribuzione, la concorrenzialità internazionale, e, più in generale, il rapporto con le dinamiche economiche, da cui può dipendere, nell'ottica del Garante, la configurazione stessa dell'illecito. Nell'esercizio delle loro funzioni, pertanto, le Autorità esercitano una discrezionalità tecnica, fondata sull'applicazione di regole anche di natura economica, secondo valutazioni complesse, ma, in fondo, sempre opinabili, influenzate sensibilmente dal contesto di riferimento, del tutto assimilabile alla discrezionalità tipica delle decisioni amministrative. Né pare che i provvedimenti delle Autorità, seppur definitivi per difetto di impugnazione, siano assimilabili, quanto agli effetti, al giudicato.

L'indipendenza e l'autonomia di cui godono le Autorità, dunque, ricevono una declinazione ordinamentale molto diversa rispetto all'indipendenza e all'autonomia degli organi giurisdizionali: le suddette prerogative, infatti, nei due casi, si innestano su contesti ontologicamente differenti. Pur laddove, a proposito delle Autorità e dei loro atti si adoperino terminologie appartenenti al lessico della giurisdizione, esse riguarderanno processi decisionali che si innestano pienamente nelle dinamiche dei mercati, o degli interessi, pubblici e privati, chiamati in causa, senza che possano rintracciarsi quelle caratteristiche di indifferenza e neutralità che contraddistinguono lo svolgimento dell'attività giurisdizionale<sup>60</sup>.

La neutralità tecnica delle Autorità, in sostanza, non si può assimilare alla terzietà che contrassegna la posizione di un giudice rispetto alle parti<sup>61</sup>: esse resteranno indipendenti rispetto ai rapporti sostanziali affidati alle loro funzioni arbitrali, ma nelle loro decisioni entreranno necessariamente in gioco campi

---

<sup>60</sup> V. la sent. n. 269/2017, in cui la Corte costituzionale definisce le funzioni svolte dall'autorità antitrust come "servizio pubblico" e "attività dell'amministrazione".

<sup>61</sup> V. V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 258 ss., il quale evidenzia come la neutralità delle Autorità indipendenti, ovvero l'indipendenza e l'estraneità rispetto agli interessi, pubblici e privati su cui esse incidono, determinano un accostamento ai modelli tipici della funzione giurisdizionale.

del sapere che esulano dal diritto, e valutazioni di opportunità finalizzate alla garanzia di interessi pubblici, lontane dalla dimensione di autoreferenzialità che è tipica dell'applicazione della legge strumentale al fine esclusivo del ripristino della legalità<sup>62</sup>.

5. *Le Autorità indipendenti nell'apparato statale di vertice: l'insufficienza del modello parlamentare classico di ripartizione dei poteri dinanzi alla complessità degli scenari economici e all'evoluzione dei diritti fondamentali. Brevi considerazioni conclusive*

Come si è visto, ogni ragionamento che abbia ad oggetto l'esperienza delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento non può che essere condotto in termini dinamici, ovvero partendo dalla consapevolezza che esse costituiscono un fenomeno giuridico necessariamente evolutivo sotto plurimi aspetti: esse identificano strutture istituzionali dotate di poteri molteplici e variegati, che, di volta in volta, sono esercitati secondo combinazioni diverse di prevalenza nella pratica effettuale; inoltre, le loro funzioni si innestano, a loro volta, su un substrato sostanziale di interessi settoriali per loro stessa natura soggetti a mutare nel tempo, in quanto esposti agli effetti dell'evoluzione tecnologica o dell'andamento globale dei mercati. Tutto questo rende difficile tracciare un modello generale di Autorità indipendente: si tratta, infatti di organismi ibridi, che svolgono funzioni di tipo pubblicistico, ma che non sono tipizzabili quanto a struttura, procedure di nomina dei vertici, finalità perseguite, poteri esattamente esercitati, relazioni con Governo e Parlamento, che, come si è visto, assumono una diversa intensità. Nonostante questo, è possibile, comunque, inscrivere l'esperienza giuridica delle Autorità indipendenti in una cornice concettuale che ne evidenzia alcuni tratti costanti: esse, sganciate dall'assetto amministrativo tradizionale, esercitano funzioni che in precedenza spettavano all'apparato burocratico statale, e assumono decisioni in precedenza spettanti ai vertici politici, integrando, in tal modo, un sistema organizzatorio della funzione pubblica profondamente diverso da quello tipico delle epoche passate. La loro neutralità incide profondamente sulla sfera della forma di governo, e, dunque, delle dinamiche relative ai poteri statali, poiché, se, da un lato, questi si astengono dal controllo e dal governo di comparti

---

<sup>62</sup> Una certa dottrina ha proposto, semmai, l'accostamento delle Autorità indipendenti ad alcuni giudici speciali, come il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, titolari al contempo di funzioni amministrative, di controllo, e giurisdizionali. In tal senso S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 195 e A. PATRONI GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, cit., p. 10. È stato addirittura proposto un accostamento alla Corte costituzionale, per il fatto che, anche nella composizione di quest'ultima si effettua un bilanciamento tra esigenze di carattere giuridico ed esigenze di sensibilità politico-istituzionale. In tal senso G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, p. 31 ss.



che richiedono un costante confronto di conformazione giuridica, dall'altro attingono alle competenze specialistiche e alla valutazione neutrale delle Autorità per il migliore esercizio delle loro funzioni, e, segnatamente, di quella legislativa. Infatti, come si è cercato di dimostrare, l'autonomia funzionale riveste le indicazioni e i moniti delle Autorità di un particolare valore, che non di rado si traduce in una vera e propria capacità persuasiva degli organi della legislazione.

Le Autorità indipendenti, dunque, si inseriscono a pieno titolo nella costellazione dei poteri decisionali in cui si articola l'apparato statale di vertice, apparato di cui definiscono, ormai, un versante strutturale indefettibile sul piano della costituzione materiale e della dimensione europea delle situazioni giuridiche considerate.

Che si tratti di Autorità cui, nel caso specifico, sono affidate funzioni prevalentemente di garanzia, o, prevalentemente, di regolazione, o miste, esse in concreto esercitano un coacervo di competenze, alcune delle quali sono tipicamente amministrative, altre integrano funzioni decisorie, e in altri casi, e con varie sfumature, consistono nella produzione di norme<sup>63</sup>. Ciò comporta che

---

<sup>63</sup> Sugli atti normativi delle Autorità la letteratura è ormai vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività v., F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1995, p. 4 ss., e, *ibidem*, *Aggiornamento*, 2002; E. GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della consulenza legale della Banca d'Italia, n. 41, 1996, p. 18 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 91 ss.; L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazioni dell'amministrazione e potere regolamentare*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, 1998, p. 691ss.; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle Autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 231 ss.; ID., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1076 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M.A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle Autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, p. 16 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 339 ss.; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004; U. DE SIERVO (a cura di), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2005; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, p. 559 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e contratto*, Napoli, 2008; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009; F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, 2009, p. 297 ss.; H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID., (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività di regolazione*, Torino, 2016; G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos.it*, n. 1/2017; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018.

L'ordinamento trasferisce alle suddette istituzioni quote significative di attività che sarebbero appannaggio degli organi dell'indirizzo politico e degli organi della giurisdizione, con i quali, necessariamente, le Autorità sono chiamate a dialogare, seppure con modalità ed intensità diverse. Esse sono preposte a governare interi e importanti settori dell'ordinamento, alimentando micro-sistemi giuridici auto-poietici in un'ottica di tendenziale autoreferenzialità: prescindendo da qualunque forma di responsabilità politica in senso tradizionale, esse stesse pongono, il più delle volte, le norme che disciplinano le attività sostanziali rimesse al loro controllo, e le utilizzano come parametro per la risoluzione delle controversie soggette al loro intervento di tipo paragiurisdizionale. Le Autorità indipendenti, dunque, pongono le regole astratte, ne stabiliscono la portata applicativa dandovi esecuzione, e le applicano come parametri risolutivi di conflitti<sup>64</sup>.

Ciò rende massimamente evidente che la loro istituzione e il loro funzionamento presuppongono una significativa erosione delle funzioni proprie di Parlamento, Governo, e magistratura, cui vengono sottratti rilevanti compiti, sulla base della consapevolezza che l'apparato tradizionale dei poteri pubblici non riesce più a sussumere nel raggio della propria azione il complesso, dinamico e multiforme, degli interessi sociali. Alla base del fenomeno considerato vi è, in sostanza, l'insufficienza del modello parlamentare classico di ripartizione dei poteri dinanzi a problematiche nuove, in cui le complessità derivanti dall'elevato tecnicismo incrociano le problematiche dei diritti fondamentali, che vengono proiettati sullo sfondo di scenari economici e giuridici animati da logiche fortemente evolutive, e legate a prospettive di transnazionalità.

L'ordinamento statutale, in sostanza, così come si è strutturato secondo gli schemi della democrazia rappresentativa, non riesce più ad assorbire pienamente l'esperienza economica e l'evoluzione dei diritti nella propria realtà esclusiva: i mercati presentano forme sempre più complesse, dove l'innovazione tecnologica e le dinamiche della finanza determinano l'emergere di interessi compositi, che non sono organizzati secondo strutture verticali e distinzioni nette, posto che i soggetti del mercato sono molto spesso, al contempo, utenti e consumatori del servizio o prodotto altrui secondo un rapporto di reciprocità. Le trasformazioni del mercato, in sostanza, hanno comportato l'affermazione di nuovi processi sociali, che richiedono una regolamentazione oggettiva, affinché siano garantiti i diritti di accesso e di correttezza per tutti i soggetti nei settori economici; di qui l'esigenza di prevedere nuove istituzioni pubbliche, indipendenti dai poteri tradizionali costitutivi della statualità, che interpretano e selezionano i fini pubblici e gli interessi sociali attraverso la mediazione dell'indirizzo politico.

Gli strumenti decisionali e procedimentali fondati sull'archetipo della rappresentanza non sono idonei a rispondere ad una simile complessità, e, dunque,

---

<sup>64</sup> Cfr. F. GIUFFRÉ, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo*, cit., p. 9.

gli ordinamenti devono sviluppare forme organizzative che esulano dai cicli tradizionali dell'indirizzo e della responsabilità politica, necessariamente condizionati dalle scadenze elettorali. Al contrario, l'autonomia funzionale consente alle istituzioni in commento di sfuggire al condizionamento che deriva dalla necessità di ricercare e mantenere il consenso, e di tenere conto dei cicli elettorali. Vengono così superate le logiche particolaristiche e di breve periodo nell'assunzione di valutazioni e decisioni tecniche, e le Autorità sono svincolate dall'influenza dei gruppi di pressione riconducibili a poteri privati. Per altro verso, l'indipendenza delle Autorità, come si è cercato di dimostrare, non si presenta come dimensione di assoluta separazione dalle istituzioni del governo politico, ma, piuttosto, si manifesta pienamente sotto il profilo della sottrazione a condizionamenti eteroimposti, ovvero al controllo e alla responsabilità nelle modalità che sono state costruite attorno al nucleo del principio rappresentativo; di qui la necessaria introduzione di garanzie del contraddittorio rinforzate rispetto a quelle previste in generale per il procedimento amministrativo, in grado di compensare la mancata soggezione al potere politico e di legittimare l'*agere* delle Autorità, rendendolo più trasparente e partecipato<sup>65</sup>.

La sottrazione al controllo degli organi dell'indirizzo politico, e ai meccanismi di legittimazione e di responsabilità connessi al sistema rappresentativo, è l'elemento che maggiormente caratterizza l'esperienza delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento, e che ne ha determinato, in larga misura, le ragioni fondative. Per altro verso, questo stesso elemento ha polarizzato l'atteggiamento critico di parte della dottrina, che in esso ha individuato un momento di rottura del nostro sistema democratico-costituzionale<sup>66</sup>; secondo altri Autori<sup>67</sup>, al contrario, esso costituisce il punto di forza di un nuovo modello di gestione degli interessi pubblici, costruito secondo parametri di indipendenza e neutralità tecnica. Il punto di mediazione tra le due suddette posizioni potrebbe, invero, ricercarsi evidenziando altri profili dell'esperienza giuridica delle Autorità indipendenti, onde accertare se si può rintracciare, nella loro esperienza, la configurazione di un altro tipo di legittimazione democratica. Le Autorità sono preposte alla cura e alla regolazione di interessi sociali attorno a cui gravitano insieme e sottoinsieme economici, culturali e tecnici che non si prestano ad una assimilazione nell'ottica totalizzante dell'interesse generale, focalizzato dal raccordo politico tra mag-

<sup>65</sup> M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss.

<sup>66</sup> Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Padova, 2000; G. DE MINICO, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2012, p. 721 ss.

<sup>67</sup> V. A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, cit.; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, cit.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 217 ss.

gioranza parlamentare e Governo, e che, dunque, rispondono a logiche diverse rispetto a quelle che sostengono la formulazione dell'indirizzo politico. Ciò comporta che la legittimazione democratica, in questi casi, dovrà realizzarsi secondo formule costituzionali diverse: secondo alcuni Autori, dovrebbe essere veicolata dai canali della partecipazione, della trasparenza, dell'informazione e della conoscenza pubblica, per sfociare in una responsabilità di tipo diffuso dinanzi alla collettività<sup>68</sup>. Si tratta, però, di un orizzonte non ben definito, stante la vaghezza concettuale di una siffatta responsabilità e l'assenza di strumenti giuridici idonei a farla concretamente valere, inducendo le dimissioni dei vertici delle Autorità.

Non si può dubitare, invero, che, come la dottrina ha da tempo messo in luce, le forme di partecipazione che caratterizzano i procedimenti dinanzi alle Autorità indipendenti hanno una valenza cruciale, nella misura in cui la legalità procedurale, intesa come predisposizione di forme imperniate sulla garanzia della partecipazione attiva dei soggetti interessati, può risultare idonea a riequilibrare il difetto di legalità sostanziale dei poteri normativi delle Autorità stesse, ma anche, ancora più a fondamento, il deficit di legittimazione democratica<sup>69</sup>. È

---

<sup>68</sup> V., per tutti, H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990; G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (Dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1343 ss.; ID., *Trasformazioni e problemi della responsabilità politica, oggi*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e della crisi della statualità*, Torino, 2005, p. 9 ss.; G.C. PINELLI, *Responsabilità politica e autorità amministrative indipendenti*, in [www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/199.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/199.pdf).

<sup>69</sup> Le forme procedurali partecipative e di tutela del contraddittorio sono diversamente modulate a seconda della specifica funzione chiamata in causa (normativa, di indagine, sanzionatoria, autorizzatoria, decisoria, etc...), per cui si sono distinte forme di contraddittorio "verticale" (in garanzia di soggetti che devono difendersi nell'ambito di procedimenti sanzionatori), e di contraddittorio orizzontale, come forma di partecipazione collaborativa dei soggetti privati interessati, con particolare riguardo alle attività di *regulation*. La legislazione in materia (l. n. 262/2005) prescrive regole volte ad assicurare una ampia e significativa partecipazione dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione, onde assicurare che il loro intervento contribuisca ad una migliore ponderazione degli interessi in gioco. La medesima legge ha imposto l'obbligo di motivazione su tutti gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale della Banca d'Italia, dell'Isvap, della Consob e della Covip (art. 23, l. 262/2005), che devono essere motivati in relazione alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono, oltre che accompagnati da una relazione che ne illustri la congruenza sotto il profilo del minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari, cioè della proporzionalità. Tale obbligo di motivazione è ora ritenuto valido nei confronti degli atti di ogni Autorità indipendente, ed è stato recepito dai regolamenti di procedura di ognuna di esse. Esso è fondamentale anche ai fini del controllo giurisdizionale sugli atti normativi delle A.I (Cons. Stato, sent. n. 7972 del 2006). L'obbligo di consultazione preventiva degli interessati, unitamente all'analisi di impatto della regolazione (Air), consente invece alle Autorità di acquisire il punto di vista dei destinatari della regolazione, ampliando, in fase istruttoria dei provvedimenti, la base cognitiva da cui l'istituzione parte. Inoltre, la negoziazione dei contenuti veicola maggiori probabilità di accettazione delle regole, che nascono già condivise da parte degli operatori del settore. Cfr. C. RAIOLA, *La consultazione nelle Autorità indipendenti*, in *Osservatorio sull'analisi d'impatto della regolazione*, gennaio 2010, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it); A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle*

pacifico, in dottrina, che ciò costituisca l'elemento da cui partire per costruire una modalità di legittimazione procedimentale delle funzioni esercitate dalle Autorità, per la quale si è parlato, appunto, di "democrazia procedimentale"<sup>70</sup>. Le procedure partecipative, in sostanza, attenuano la tradizionale asimmetria di posizione tra le autorità pubbliche che esercitano funzioni decisorie e i destinatari delle decisioni stesse, e sanano il difetto connesso all'impossibilità di ricondurne la nomina e l'azione alla base legittimante del consenso popolare<sup>71</sup>. Questi moduli procedimentali, peraltro, sono il risvolto formale necessario della neutralità delle Autorità, ovvero della loro prospettiva di azione, nella quale la comparazione degli interessi in gioco non risente della prevalenza dell'interesse pubblico, così come invece accade nelle tradizionali forme di esercizio della discrezionalità amministrativa.

Tutti quelli considerati non sono che aspetti singoli della nuova relazione tra Stato e società che la fenomenologia delle Autorità indipendenti sottende: esse occupano vere e proprie porzioni di statualità, non più comprese nel tradizionale modello parlamentare, che ha perso la sua pretesa di esaustività: le logiche connesse al perseguimento imparziale delle funzioni pubbliche nei settori sensibili non possono più essere sopravanzate dagli obiettivi contingenti delle maggioranze governative. Questa nuova frontiera della statualità emerge pure sotto un altro profilo: le Autorità indipendenti agiscono nella prospettiva funzionale che guarda ad uno spazio operativo quanto meno europeo; diversamente dagli apparati amministrativi tradizionali, che, invece, si muovono nei limiti della sovranità nazional-territoriale. All'interno di mercati che si estendono in senso transnazionale, è essenziale per le imprese poter contare su un quadro di regole che siano il più possibile stabili e omogenee, anche sul piano della disciplina della concorrenza, perché solo in questo caso esse potranno valutare razionalmente la portata degli investimenti e delle strategie operative.

---

*norme*, in *Studi parlamentari*, 2004, p. 55 ss.; G. DE MINICO, *Indipendenza della Autorità o indipendenza dei regolamenti*, cit., p. 721 ss. Non meno importante la garanzia del contraddittorio per i procedimenti preordinati all'adozione di provvedimenti sanzionatori o inibitori nei confronti di singoli soggetti, ove la partecipazione compensa il vizio d'origine della carenza di legittimazione democratica. Solo in quest'ottica, infatti, si può avvalorare il ruolo delle Autorità in vista della realizzazione di una vera democrazia economica fondata sulla tutela delle libertà dei cittadini.

<sup>70</sup> Così S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, p. 42. V. anche E. CHITTI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche fra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 211 ss.

<sup>71</sup> D'altronde, anche il Consiglio di Stato ha ritenuto che la garanzia della trasparenza giustifica l'esercizio di poteri regolatori da parte della A.I., «altrimenti poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.», e per le quali «lo strumento di partecipazione dei soggetti interessati è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» (sent. n. 2201/2006), e «costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare» (sent. n. 7972/2006).

Il ruolo delle Autorità indipendenti, dunque, è essenziale per la creazione di sistemi uniformi di regolazione, da cui l'integrazione dei mercati a livello europeo non può prescindere: esse definiscono un assetto di regole stabili, in quanto poste al riparo dalle oscillazioni della discrezionalità politica; uniformi grazie alle relazioni reticolari con le altre Autorità che emergono sul piano comunitario; certe in quanto sottratte, grazie all'attribuzione alle autorità stesse di competenze per la risoluzione dei conflitti, al dinamismo interpretativo degli organi giurisdizionali. Se così è, non si può dubitare della loro consistenza di rango costituzionale e non soltanto amministrativo. Inoltre, partendo da queste considerazioni è possibile tracciare un nuovo e diverso percorso di legittimazione delle Autorità, che si iscrive in modelli democratici alternativi a quello fondato sulla rappresentanza. Esse, dando luogo a procedimenti caratterizzati dall'intervento di coloro che sono potenzialmente interessati alla relativa decisione, e che sono messi in condizione di influire su di essa, identificano sedi istituzionali ove trova attuazione il canone della democrazia deliberativa<sup>72</sup>, come nuova modalità di intendere i rapporti tra istituzioni e società, svincolati dall'intermediazione partitica e, dunque, affrancati dalle degenerazioni del parlamentarismo.

Il raccordo maggioranza parlamentare – Governo non riesce a garantire i cittadini sul piano della corretta implementazione di settori particolarmente delicati dell'ordinamento, poiché le logiche dell'indirizzo politico non sono adeguate a produrre normative che assicurino la ponderazione corretta degli interessi in gioco e la loro garanzia secondo canoni di autentica imparzialità. Tali risultati si ottengono, invece, combinando la competenza tecnica dei soggetti decidenti con la partecipazione degli operatori che si confrontano su scenari sensibili, secondo modalità decisionali che sembrano recepire i modelli della democrazia partecipativa e deliberativa. In questa prospettiva, le Autorità indipendenti rispondono a parametri di legittimazione che sono alimentati dalla crisi dei sistemi di rappresentanza economica e sociale, con la conseguente incapacità delle strutture partitico-parlamentari di interpretare i problemi e di selezionare le risposte: gli assetti istituzionali in cui la rappresentanza è stata tradizionalmente declinata non corrispondono più alle sollecitazioni che promanano dalla diversificazione delle istanze e degli interessi dinanzi alla complessità del sistema economico e sociale. Così, l'inadeguatezza dei sistemi tradizionali delle relazioni tra partiti, istituzioni e organizzazioni, introduce aspetti inediti nel funzionamento del confronto democratico, che richiede altre modalità di espressione, aprendo la strada ad innovativi rapporti tra i singoli e le decisioni pubbliche<sup>73</sup>. L'avvento di interessi e bisogni sempre più eterogenei sullo sfondo di scenari sempre più complessi, e la

---

<sup>72</sup> Cfr. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 295 ss.

<sup>73</sup> V. U. ALLEGRETTI, *Democrazia e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006, p. 69 ss.



polverizzazione del pluralismo dinanzi allo sviluppo economico e tecnologico<sup>74</sup>, pongono questioni che non trovano più adeguate sintesi nelle aule parlamentari, alle quali non si può tentare di rispondere se non partendo da elevate competenze tecniche, e attivando procedimenti regolatori che assumono nuove strutture e nuove caratteristiche. L'intervento partecipativo degli attori privati, combinato all'*expertise* tecnica che contraddistingue le autorità indipendenti, apporta ai procedimenti regolatori un contributo importante ai fini dell'eshaustività delle decisioni finali, che vengono adottate sulla base di un quadro informativo più completo, innestandosi in un'ottica di continuità e stabilità di azione; inoltre, l'integrazione del consenso delle articolazioni sociali nel circuito decisorio implementa la capacità di trattare i conflitti.

Si affermano così, anche grazie all'esperienza giuridica delle Autorità indipendenti, forme diverse nella realizzazione della sostanza democratica dell'ordinamento, caratterizzate da una nuova combinazione di competenze e poteri: esse, nel quadro dei valori costituzionali, identificano un nuovo modello di relazione tra decisori e destinatari delle decisioni pubbliche, che prevede la partecipazione dei privati alle diverse fasi della formazione delle decisioni conformative di alcuni settori economici; un modello che è coerente con l'ordinamento comunitario, e che, comunque, rimane inquadrato in una cornice legislativa che l'autonomia funzionale non può, ovviamente, oltrepassare. Alla luce di ciò le Autorità indipendenti non possono essere considerate come un mero espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente, secondo quella metodologia già nota come *displacement*, che consiste nella traslazione di costi politici contingenti su un organo la cui veste di indipendenza è solo strumentale a tale scopo, e non è un valore in sé<sup>75</sup>.

Si pone però, a questo punto, il problema di capire come questo nuovo tipo di legittimazione si ponga sul versante della responsabilità, e, dunque, occorre verificare come il relativo concetto possa essere declinato in rapporto all'attività delle amministrazioni indipendenti. Come è ben noto, infatti, ogni autorità si pone e si giustifica in quanto è tenuta a "rendere il conto" alla collettività che ha legittimato democraticamente l'autorità medesima: in ciò risiede tutta la teorica della responsabilità politica. È stato osservato, al riguardo, che "parlare di rapporto tra Autorità amministrative indipendenti e responsabilità politica potrebbe

---

<sup>74</sup> M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in F. ZANON – F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 117 ss.

<sup>75</sup> V. A. MASERA, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, p. 8 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 6/2016, p. 5.



apparire, da un punto di vista strettamente lessicale, un non senso, o piuttosto una contraddizione in termini; poiché, se di autorità indipendenti si tratta, queste non dovrebbero essere legate ad una responsabilità di fronte ai detentori della sovranità<sup>76</sup>. Lo stesso Autore rilevava, però, che non può immaginarsi che esistano autorità pubbliche del tutto svincolate da un fondamento di legittimazione presso i luoghi della politica, che ne rappresentano la fonte istitutiva sotto il profilo del potere di nomina dei loro vertici, e con cui intrattengono rapporti istituzionali di vario genere<sup>77</sup>. Se le Autorità amministrative identificano una componente dei poteri pubblici che prendono le decisioni rilevanti per i settori economici, secondo scelte conformative che coinvolgono i diritti costituzionali, è chiaro che gli elettori percepiscono le loro decisioni come decisioni collaterali alla politica, tendendo a ricondurre al circuito Governo-Parlamento la responsabilità degli effetti provocati dall'azione dei Garanti. È dunque ipotizzabile che, così come il circuito dell'indirizzo politico trasferisce alle Autorità i compiti di regolare i settori sensibili, e ne nomina i vertici, allo stesso modo riassume su di sé la responsabilità connessa ad un'eventuale valutazione negativa dell'operato delle Autorità da parte del corpo elettorale. Si attiverebbe, in sostanza, un controllo fondato sulla conoscenza della loro azione, che responsabilizza i titolari degli organi di vertice delle Autorità non solo dinanzi agli organi politici, ma anche dinanzi all'opinione pubblica per il modo in cui sono state esercitate le rispettive competenze.

In tal modo l'inserimento nell'amministrazione di dispositivi partecipativi realizza l'ampliamento dello spazio pubblico, nel senso delineato da Habermas<sup>78</sup>, per cui la componente sociale non resta mera arena di opinioni e di dibattito, ma si innesta sulle istituzioni e le coinvolge in un circuito più complesso. Emerge, in sostanza, la consistenza ontologica delle Autorità indipendenti come istituzioni dello Stato-comunità, e non solamente dello Stato-apparato, con la conseguente configurazione della relativa responsabilità in termini che non sono racchiusi

<sup>76</sup> G.C. PINELLI, *Responsabilità politica e Autorità amministrative indipendenti*, cit.

<sup>77</sup> Non è mancato, in dottrina, chi ha ritenuto che le Autorità Indipendenti sarebbero comunque tenute a giustificare al Governo la propria azione, non essendo ammissibile una piena libertà dal controllo politico: il Governo non eserciterebbe un potere gerarchico sulle Autorità, ma potrebbe incorrere in una ipotesi di *culpa in eligendo* nella scelta dei suoi dirigenti, con possibilità di rimuoverli nei casi più gravi. Alla base di ciò starebbe la circostanza per cui nel nostro ordinamento solo il corpus della magistratura è esente da qualsiasi controllo politico. In tal senso G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Milano 1997, p. 157 ss. Diversamente, altri Autori hanno ritenuto che l'assenza di un rapporto organizzativo che leghi le Autorità ad altri organi dello Stato, comporti l'immovibilità dei loro componenti e l'assenza di una responsabilità politica. In tal senso M.S. GIANNINI, *Dir. amm.*, vol. I, Milano, 1993, p. 530 ss.

<sup>78</sup> J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 2002; ID., *Fatti e norme. Contributo ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Bari, 2013.

entro la razionalizzazione di precisi meccanismi costituzionali, finalizzati all'applicazione di una determinata sanzione, ma, piuttosto, nei termini di diffusione di una critica al relativo operato, affinché il soggetto "cambi condotta", o "venga rimosso dal potere o comunque perda potere e influenza"<sup>79</sup>. Tale tipo di responsabilità, come si è evidenziato, ridonda poi, in maniera mediata, a carico dei soggetti dell'indirizzo politico. Lo svolgimento indipendente delle funzioni da parte delle Autorità non esclude, ed anzi presuppone forme di responsabilità nei confronti delle istituzioni politiche e dei cittadini: indipendenza non può significare assenza di responsabilità, altrimenti potrebbe porsi il rischio della mancanza di incentivi idonei a garantire livelli sufficienti di autonomia e imparzialità. La responsabilità può tuttavia manifestarsi in forme diverse da quelle tradizionali della responsabilità ministeriale, per incanalarsi nei meccanismi di nomina e di revoca, che prevedono il coinvolgimento del Governo e del Parlamento, nell'obbligo di riferire sull'attività svolta, nelle audizioni presso le Commissioni parlamentari su questioni concernenti i settori di competenza delle Autorità, nella partecipazione dei soggetti vigilati ai procedimenti, secondo modalità che tendono ad assicurare in vario modo il raccordo tra le Autorità indipendenti, la sfera politica e la società civile.

Soltanto partendo da una simile prospettiva è possibile superare le difficoltà connesse ad ogni tentativo di applicare alle Autorità indipendenti le dottrine classiche del costituzionalismo, ed accedere ad un inquadramento dei relativi poteri che risponda alla struttura della costituzione materiale, che ha risentito in misura evidentissima del loro impatto.

La natura neutrale e indipendente delle Autorità, che divengono fonti di autodisciplina dei mercati, unita alla loro qualificazione tecnica, costituisce un limite ai poteri tradizionali dello Stato: l'indipendenza, infatti, non è solo separazione soggettiva, ma anche separazione funzionale. L'autonomia funzionale, in altri termini, preclude che sulle competenze attribuite alle Autorità possano sovrapporsi decisioni delle istituzioni rappresentative, e costituisce la cifra costruttiva della dimensione costituzionale delle Autorità. Esse sono indipendenti in quanto sottratte all'indirizzo politico del Governo, estranee all'organizzazione gerarchica del potere esecutivo, collegate in modo reticolare con organismi equivalenti sovranazionali o di altri Stati, e dotate di attribuzioni funzionali non solo amministrative in senso stretto, ma anche regolative-normative, e arbitrari-giurisdizionali.

Dunque, il nucleo effettivo dell'indipendenza è l'autonomia funzionale, che rileva nel momento operativo delle Autorità, ovvero quando esse, svolgendo le loro competenze, sono immerse nell'esercizio di una frazione di sovranità statale, seppure declinata secondo le modalità nuove che si è cercato sopra di

---

<sup>79</sup> G.U. RESCIGNO, *Responsabilità*, cit.

delineare: esse sono realmente indipendenti nella misura in cui le loro decisioni costituiscono un dato non disponibile da parte delle istituzioni rappresentative. La fenomenologia delle Autorità indipendenti, come entità di garanzia decidenti<sup>80</sup>, sottende una complessiva riformulazione delle relazioni tra politica, mercati e diritto, derivante dall'impossibilità di sovrapporre esattamente l'ambito delle decisioni politiche alla dimensione dei mercati: l'insufficienza della politica attuale fa emergere nuove forme di governo tecnico non politico. Così, sul presupposto di una costituzione economica che si è riposizionata attorno al nucleo fondante dei principi connessi allo sviluppo di mercati aperti e concorrenziali, in cui devono essere tutelati i diritti dei soggetti, le Autorità indipendenti hanno assunto un ruolo centrale nella disciplina pubblica dell'economia. Lo Stato persegue i suoi obiettivi non più intervenendo autoritativamente nel mercato, ma garantendo la tutela dei diritti costituzionali sullo sfondo delle dinamiche concorrenziali. A tal uopo è funzionale il ruolo delle Autorità, che, anziché procedere alla ponderazione degli interessi in gioco secondo scelte di indirizzo, compiono un'attività di controllo eminentemente tecnica, e, dunque, neutrale, perseguendo modelli di efficienza economica che, al contempo, veicolano l'innalzamento delle garanzie in favore dei soggetti privati, dei consumatori, degli utenti, della tutela dell'ambiente, della sicurezza dei prodotti, delle opportunità di accesso all'iniziativa economica secondo modalità che non ledano i soggetti deboli del sistema. Si potrebbe, alla luce di ciò, ritenere che le Autorità indipendenti, ormai inserite a pieno titolo nel circuito istituzionale, rappresentino un segmento di potere decidente in grado di realizzare quei "programmi e controlli" che l'art. 41 Cost. prefigurava ai fini della realizzazione degli obiettivi sociali anche nel campo dell'iniziativa economica. Solo accedendo ad una simile impostazione è possibile ritenere, in sostanza, che la legittimazione tecnocratica delle autorità indipendenti, pur senza mutuare gli strumenti tipici della sfera rappresentativa, possa trovare dei canali di realizzazione responsivi verso le superiori istanze di democrazia.

---

<sup>80</sup> Cfr. A. VIGNUDELLI, *Dalla oikonomia classica alla lex mercatoria della globalizzazione*, in ID. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato amministrazione Diritti*, Torino, 2006, p. 10.

### Abstract

Independent administrative authorities and political institutions: problematic issues.

by Ornella Spataro

The independent Authorities represent a model of regulation that is foreign to the Italian legal tradition, and, for this reason, their legal positioning has aroused, and continues to arouse, doubts and uncertainties, re-proposing fundamental questions that appear to be anything but dormant. Furthermore, the dynamics connected to the functioning of the independent Authorities have shown a remarkable evolutionary capacity, so their role has undergone important changes, taking on different characteristics with respect to the functioning of the form of government, and involving new arrangements in relations with the organs of legislation, as well as with the organs of the jurisdiction. Functional autonomy, neutrality and independence, in fact, do not mean absolute separation from the circuit of the political direction, with which the decisions of the Authorities necessarily interface: the decisions of the Authorities, although adopted outside the logic of the political party, combine to form the legal system, not only with the production of acts attributable to “soft law”, but also through a concrete participation in the determination of the political-regulatory direction in the individual sectors of reference. The independent Authorities exercise heterogeneous competences, some typically administrative, some integrate decision-making functions, while, in other cases, their competences result in the production of juridical norms. This determines that they, by subtracting significant shares of activity from the political as well as from the jurisdictional bodies, are included in the decision-making powers in which the state apparatus is articulated, of which they constitute an indefectible structural side by material constitution. The independent Authorities occupy portions of statehood, no longer included in the traditional parliamentary model. At the base of the phenomenon we can identify the insufficiency of the classic system of separation of powers to resolve new questions, in which the high technicality intersects the problems of fundamental rights, projected against the background of economic and juridical scenarios animated by strongly evolutionary logics. This testifies that the state order, as it has evolved according to the schemes of representative democracy, has lost his completeness in the face of the evolution of the markets and the fundamental rights; hence the need to trace new organizational methods that go beyond the traditional cycles of political direction and responsibility: the structure of the material constitution has by now incorporated a type of regulation that representative democracy, not having the right tools to guaran-

tee the proper functioning of complex sectional orders, cannot express. In this perspective, the legitimacy of the Authorities, based on the canons of procedural democracy that inform their functions, could be traced with reference to different constitutional formulas, responding to the schemes of participatory or deliberative democracy, which found alternative democratic models to the one built on political representation

*Parole chiave:* autorità indipendenti; costituzione economica; legittimazione democratica; responsabilità; democrazia partecipativa.

*Keywords:* independent authorities; economic constitution; democratic legitimacy; responsibility; participatory democracy.

# Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione contabile. Brevi notazioni critiche.

di Marco Ragusa

SOMMARIO: 1. Le originarie coordinate di metodo per l'inquadramento del problema: la giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici. – 2. Società pubbliche e responsabilità amministrativa: l'estensione della giurisdizione contabile. – 3. (Segue) La soluzione bifronte nel *revirement* del Giudice della giurisdizione. – 4. Il recepimento dell'interpretazione delle SS.UU. nel T.U. n. 175/2016 e i persistenti dubbi interpretativi. – 5. Interesse pubblico e interesse sociale: brevi notazioni critiche.

## 1. *Le originarie coordinate di metodo per l'inquadramento del problema: la giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*

Con l'art. 12 del Testo Unico n. 175 del 2016<sup>1</sup>, il legislatore ha disciplinato per la prima volta il regime della responsabilità degli amministratori, dei dipendenti e dei componenti degli organi di controllo delle società pubbliche. La norma ha inteso sostanzialmente recepire, secondo un'opinione ampiamente condivisa<sup>2</sup>, l'approdo già raggiunto dalla Corte di Cassazione in materia: a questo orientamento – oltre che ai vaghi supporti esegetici forniti dalla legge di delega<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> L'art. 12 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recita: «1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

<sup>2</sup> Cfr. M. SCIASCIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo unico*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, I, pp. 165 ss.; M.T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche a seguito del Testo unico*, *ibid.*, pp. 513 ss.; T. MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*, *ibid.*, pp. 541 ss.; D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel Testo unico*, *ibid.*, II, pp. 605 ss.

<sup>3</sup> Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Ai sensi dell'art. 18 della legge «Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16 [rubricato "Procedure e criteri comuni per l'esercizio di deleghe legislative di semplificazione"]: a)

– la dottrina suggerisce di fare riferimento per interpretare la formulazione, non priva di ambiguità, dell'art. 12 cit<sup>4</sup>.

Per provare a riassumere i punti cardine di questo indirizzo giurisprudenziale è indispensabile tenere a mente quanto travagliata ne sia stata la genesi e quindi tratteggiare, sia pure per sommi capi, i profili che lo caratterizzano rispetto alle posizioni assunte in precedenza dallo stesso Giudice della giurisdizione.

La Cassazione si presenta all'inaugurazione della stagione della "societarizzazione" dell'amministrazione pubblica forte di un metodo di analisi elaborato prevalentemente nel contesto di una tematica ritenuta, almeno all'inizio degli anni '90, affine a quella oggetto del tema qui in esame, cioè la configurabilità di responsabilità amministrativa (con conseguente giurisdizione della Corte dei conti) in capo agli amministratori e ai dipendenti degli enti pubblici economici.

La posizione consolidata delle Sezioni unite, all'epoca, è piuttosto netta: la responsabilità amministrativo-contabile, per gli amministratori degli enti economici, sussiste soltanto in relazione agli atti "ricollegabili a poteri autoritativi o funzioni svolte in sostituzione delle amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, non per quelli che integrino scelte gestionali nell'ambito dell'esercizio di attribuzioni imprenditoriali"<sup>5</sup>.

È bene sin d'ora chiarire un aspetto, a mio avviso centrale, di questo orientamento: il principio da esso espresso vale anche per gli enti pubblici economici incaricati dell'erogazione di un servizio pubblico e, in questi casi, la Cassazione non ha dubbi che gli atti ricadenti nell'ambito della gestione del servizio «si sottraggono alla giurisdizione della Corte dei conti», in quanto l'attività di servizio

---

distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa; [...] c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate; d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; [...] h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo [...].»

<sup>4</sup> D. MORGANTE, *op. cit.*, pp. 632 ss.; D. MORGANTE, R. SQUITIERI, *Il concorso dell'extraneus nella responsabilità erariale in materia di società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., pp. 600 ss.; *contra* M.T. POLITO, *op. cit.*, pp. 533 ss., secondo cui il coordinamento dell'attuale disciplina «non può consistere nel mero recepimento dei principi elaborati in un precedente e diverso contesto comunitario e nazionale dalla Corte di Cassazione».

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., 17 ottobre 1992, n. 11436 e 2 luglio 1992, n. 11560.



pubblico ha carattere imprenditoriale<sup>6</sup>: alla «natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto, giustificato dalla destinazione degli enti pubblici non economici alla realizzazione di fini pubblici in modo diretto ed immediato»<sup>7</sup>.

Riecheggia, negli argomenti della Cassazione, l'insegnamento di Ottaviano<sup>8</sup>, secondo il quale, se è indubbio che il perseguimento di interessi pubblici costituisce la *ratio* dell'istituzione di un ente pubblico economico, altrettanto indubbio è che questo fine si pone all'esterno dell'attività dell'ente, senza intaccarne la natura: per la realizzazione del fine, infatti, la legge impone all'ente pubblico economico solamente di operare come un imprenditore commerciale<sup>9</sup>.

Com'è noto, questo orientamento giurisprudenziale viene abbandonato dalle Sezioni unite con la sentenza del 22 dicembre 2003, n. 19667.

Prendendo le mosse da un indice testuale, rappresentato dall'art. 1, ultimo comma, della legge n. 20 del 1994, la Cassazione elabora un nuovo indirizzo, capace di ricondurre alla giurisdizione contabile di responsabilità tanto gli atti compiuti da amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici «riconguibili a poteri autoritativi o funzioni svolte in sostituzione delle amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici», quanto gli atti di diritto privato in cui si traduce la gestione dell'impresa.

«La Corte dei conti», recita l'art. 1 della legge n. 20/1994, «giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge»; la norma, rileva la Cassazione, non opera alcuna distinzione tra amministratori e dipendenti di enti economici e non economici né, in relazione ai primi, tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato.

Tanto è sufficiente a configurare, in capo agli amministratori degli enti economici, non solo una responsabilità amministrativa extracontrattuale per i danni comunque cagionati a enti pubblici diversi da quello di appartenenza, ma anche (e, anzi, a fortiori) «allorquando il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza, non essendo pensabile che il legislatore abbia voluto tutelare in misura meno incisiva quest'ultima».

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 22 maggio 1991, n. 5792.

<sup>7</sup> Così Cass., Sez. un., 2 marzo 1982, n. 1282.

<sup>8</sup> Tra i tanti scritti dell'illustre Autore sul tema cfr. V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, *ad vocem*.

<sup>9</sup> L'assimilazione del regime giuridico degli enti pubblici economici a quello dettato in via generale, per l'imprenditore privato, dal Titolo V del Codice civile – artt. 2093, 2201 e 2221 c.c. e art. 100, cc. 1 e 3 disp. att. – è ritenuta, in questa prospettiva, un corollario del principio di eguaglianza tra impresa pubblica e impresa privata desunto dall'art. 41, c. III, della Costituzione: cfr. F. GALGANO, S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, II, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1982, pp. 46 ss.

Assai più che il debole appiglio letterale, una nuova ‘consapevolezza’ maturata dal giudice della giurisdizione è in grado di giustificare il mutamento di indirizzo raggiunto nel 2003: come dice a chiare lettere la sentenza citata, il sempre più ampio ricorso del legislatore all’impiego di strumenti di diritto privato per il perseguimento di fini di interesse generale è indice del fatto che dietro la forma civilistica di tali strumenti si celi una sostanza pubblicistica, che determina una espansione dell’ambito di applicazione di principi e regole del diritto pubblico oltre il perimetro dell’attività formalmente qualificabile come attività amministrativa.

Con specifico riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio (ciò è quel che qui più rileva), la Corte osserva che «il processo di privatizzazione dell’amministrazione pubblica, del quale s’è detto, non ha comportato una corrispondente e normativa riduzione della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti [...] al contrario, è stata attuata dalle leggi degli anni ‘90, una espansione di tale sfera».

La vecchia distinzione tra la natura (pubblicistica) dell’interesse che conduce il legislatore all’istituzione dell’ente economico e la natura (imprenditoriale) dell’attività rimessa all’ente non ha, dunque, più ragion d’essere: ancorché in forme privatistiche, «gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – svolgono dunque anch’essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient’altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato».

## 2. Società pubbliche e responsabilità amministrativa: l’estensione della giurisdizione contabile

È a partire da questa nuova impostazione metodologica che, nel 2004, le Sezioni unite giungono ad affermare la sussistenza della giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di una società partecipata, pressoché integralmente, da un ente locale<sup>10</sup>.

La veste societaria non è, infatti, ritenuta idonea a sottrarre i soggetti in questione all’azione di responsabilità: la Cassazione afferma che «fermo il carattere pubblico del servizio [...] anche escludendo che [la società affidataria del servizio stesso agisca] come *longa manus* del Comune e quindi in una situazione

<sup>10</sup> Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.*, n. 10/2005, I, con nota di G. D’AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa*, pp. 2675 ss.; in *Giust. cin.*, n. 1/2005, con nota di M.A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, pp. 208 ss.; in *Dir. giust.*, n. 12/2004, con nota di P. BRIGUORI, *La veste di Spa non salva dai controlli della Corte dei conti*, pp. 51 ss.; in *Giur. it.*, 2004, con nota di S. RODRIGUEZ, *La giurisdizione della Corte dei Conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, pp. 1946 ss.

di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l'ente territoriale si [stabilisca] un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione»<sup>11</sup>.

Questa decisione – che mediante la configurazione di un rapporto di servizio tra l'ente territoriale e la società di capitali consente l'esercizio dell'azione di responsabilità, innanzi alla giurisdizione contabile, contro gli amministratori della società stessa – qualifica come questione inerente ai limiti interni della giurisdizione, rimettendone la soluzione alla competente giurisdizione speciale, quella relativa alla qualificazione come erariale del danno prodotto dall'amministratore della società.

La Cassazione non affronta, quindi, il problema che nella fattispecie aveva condotto la Corte dei conti, in grado d'appello, a declinare la propria giurisdizione: la sezione giurisdizionale centrale, infatti, aveva ritenuto che il danno denunciato colpisse in via diretta ed immediata il patrimonio della società, mentre il Comune, malgrado la sua partecipazione pressoché totalitaria al capitale sociale, ne poteva risentire solo in via indiretta, in sede di ripartizione degli utili<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> In un'ottica diametralmente opposta, la sentenza della Sezione giurisdizionale centrale impugnata (Corte dei conti, sez. II, 10 luglio 2001, n. 243) aveva rilevato come sembrasse «in realtà assai arduo giungere a destituire di rilevanza la forma giuridica rivestita dalla [società] per dissolverla nell'organizzazione interna dell'ente locale. La problematica dell'ente strumentale, e del rapporto di servizio che può intercorrere fra enti, è nota; qui però si tratta di vedere se essa possa spingersi fino a porre nel nulla la soggettività distinta di una società per azioni, e a farla considerare nient'altro che una struttura organica dell'ente locale. Suscita una certa inquietudine l'affermazione del giudice di primo grado che «le stesse privatizzazioni poste in essere nel nostro Paese si risolvono, in molti casi, in privatizzazioni soltanto formali», giacché sembra di assistere, in tale modo, ad operazioni alquanto gattopardesche, al punto da porsi l'interrogativo sul perché – ciò stante – si annette tanta importanza a siffatte operazioni».

<sup>12</sup> «La questione di giurisdizione si ricollega, evidentemente, all'indicazione del soggetto leso. Si deve, infatti, accertare se sussista la giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla concreta fattispecie di responsabilità amministrativa proposta dall'attore pubblico, e non su fattispecie diversa, come potrebbe risultare dalla modifica del soggetto ipoteticamente danneggiato: ad esempio, adottando l'ipotesi che il danno sia stato arrecato alla [società]. [...] Il fatto che da uno stesso comportamento possano derivare danni a soggetti diversi è tutt'altro che raro. [...] E tuttavia, l'ordinamento impone a volte di dover distinguere: ad esempio, al fine di stabilire se un determinato danno sia stato recato ad ente diverso da quello d'appartenenza del presunto responsabile. Si pensi agli enti locali, a finanza derivata, le cui risorse hanno sempre una provenienza esterna: se se ne vuol dedurre che ogni danno erariale sarebbe riferibile all'intera finanza pubblica, a nulla varrebbe

La qualificazione del danno come erariale, in altri termini, non attiene per la Cassazione ai presupposti dell'azione (e alla conseguente sussistenza della giurisdizione contabile), ma alla sua fondatezza nel merito.

In modo parzialmente distonico, due anni dopo, le Sezioni unite pongono invece al centro di un'altra decisione<sup>13</sup>, anch'essa ampliativa dello spazio riconosciuto alla giurisdizione contabile, proprio la qualificazione erariale del danno prodotto da una società privata, beneficiaria di finanziamenti pubblici per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico: la giurisdizione della Corte dei conti viene ritenuta sussistente poiché è «del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato».

L'intreccio di questi orientamenti del Giudice della giurisdizione dà man forte a un approccio massimalista della Corte dei conti nella individuazione dei limiti della propria giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa.

Nella motivazione della pronuncia che rappresenta l'acme di questa tendenza<sup>14</sup>, si legge che è «divenuta irrilevante la forma giuridica pubblica o privata della struttura organizzativa ai fini della definizione della giurisdizione di responsabilità amministrativa, così come si è ritenuto del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta [...]. Piuttosto, l'elemento di distinzione fra giurisdizioni è stato dalla Cassazione individuato non più nella qualità del soggetto, che può ben essere un privato o un ente pubblico, bensì nella natura del danno e degli scopi perseguiti, nella gestione del denaro pubblico e nella funzionalizzazione dello strumento di gestione disciplinato dal diritto civile alla funzione pubblica o al servizio pubblico di competenza di una pubblica amministrazione».

Una "sostanziale pubblicità" è propria, ad avviso della Corte, anche delle risorse formalmente (e oggettivamente) private, di cui dispone una società di capitali partecipata in via minoritaria da enti pubblici o una società di cui un'impresa siffatta costituisce il socio di maggioranza.

### 3. *(Segue) La soluzione bifronte nel revirement del Giudice della giurisdizione*

Questo orientamento massimalista subisce un arresto nel 2009, allorché le Sezioni unite coniano l'indirizzo che è ritenuto, come anticipavo, la principale matrice del riparto di giurisdizione oggi fissato dall'art. 12 del TUSP<sup>15</sup>.

---

ogni tentativo di distinguere fra danno inferto all'ente di appartenenza e all'erario dello Stato, e il legislatore, nel porre questa distinzione, avrebbe solo perso il suo tempo».

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, in *Riv. Corte conti*, n. 2/2006, con nota di P.L. REBECCHI, "Sviamento" nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativa contabile, pp. 238 ss.

<sup>14</sup> Corte dei conti, sez. giurisdizionale centrale I, 3 dicembre 2008, n. 532.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, n. 1/2010, con note

La Corte di Cassazione, infatti, torna a porre al centro del problema la sussistenza (formale e oggettiva) di entrambi i presupposti a cui è tradizionalmente ancorata la giurisdizione contabile: un rapporto di servizio intercorrente tra il responsabile e l'ente pubblico, da un lato, e la natura erariale del danno da questi prodotto, dall'altro.

Sotto il primo aspetto, la sentenza n. 26806/2009 non rinnega gli approdi raggiunti in precedenza, tendenti ad assimilare a un rapporto di servizio formalmente costituito anche quello intercorrente tra la P.A. e un soggetto, altrimenti estraneo ad essa, occasionalmente investito del compito di porre in essere in sua vece un'attività, indipendentemente dalla natura giuridica dell'atto di investitura e da quella del soggetto che la riceve.

Tuttavia, da tale principio discende la configurabilità di un rapporto di servizio tra l'ente pubblico e la società pubblicamente partecipata incaricata dell'erogazione di servizi pubblici, non la qualificazione negli stessi termini della relazione che lega l'amministratore della società all'ente e ai suoi scopi di pubblico interesse, riconducibili alla nozione di servizio pubblico.

Con riferimento al secondo aspetto – che, come abbiamo visto, nel 2004 la Corte aveva coperto con un *non liquet*, ritenendo la questione attinente ai limiti interni della giurisdizione contabile – le Sezioni unite operano un più evidente mutamento di indirizzo: la questione relativa alla riferibilità del danno in via diretta o soltanto mediata all'ente pubblico (anziché solo al patrimonio sociale) diviene nella motivazione della sentenza del 2009 un punto nodale al fine di stabilire, in via pregiudiziale, la sussistenza della giurisdizione speciale.

Com'è noto, la Cassazione ha affermato, in questa occasione, che la giurisdizione della Corte dei conti sussiste solo quando il danno prodotto da amministratori e dipendenti della partecipata è subito in via diretta dal patrimonio del socio pubblico (tipico esempio è quello del danno all'immagine dell'ente pubblico) e non, invece, quando il pregiudizio di quest'ultimo sia qualificabile come mero riflesso del danno subito dalla società.

Nel caso in cui la *mala gestio* degli organi sociali abbia prodotto un danno diretto soltanto al patrimonio della società, il rimedio approntato dall'ordinamento è, pertanto, quello previsto dagli artt. 2393 e 2393 *bis* c.c., vale a dire l'azione sociale di responsabilità, da esperirsi innanzi al Giudice ordinario.

L'omessa vigilanza sull'attività degli amministratori e l'omesso ricorso

---

di M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, pp. 77 ss., e di V. TENORE, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, pp. 92 ss.; in *Giust. civ.*, n. 11/2010, con nota di S. SALVAGO, *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, pp. 2505 ss. Sul consolidamento dell'orientamento nella giurisprudenza successiva cfr. C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, n. 5/2012, I, pp. 641 ss.

ai rimedi di diritto comune, di contro, costituiscono titolo per l'esperimento dell'azione di responsabilità amministrativa, innanzi alla giurisdizione contabile, contro gli organi dell'ente pubblico competenti all'esercizio dei diritti di socio.

L'ostacolo rappresentato dalla natura privata della società e dalla distinzione del suo patrimonio rispetto a quello dell'ente pubblico, tuttavia, non impedisce la configurabilità della giurisdizione contabile quando si sia in presenza di una società in house: con la sentenza n. 26283/2013<sup>16</sup>, la Cassazione ha smussato l'approccio formale e oggettivo adottato con la ricordata pronuncia del 2009, affermando che, sebbene la costituzione di una società da parte di enti pubblici dia luogo a un'entità distinta – sotto il profilo soggettivo e sotto quello patrimoniale – dall'ente stesso, ciò non può dirsi con riferimento alle società che, integralmente partecipate dalla P.A. e svolgenti attività rivolta – in via esclusiva o nettamente prevalente – in favore del socio pubblico, siano soggette al suo “controllo analogo”.

In questi casi, infatti, la società non rappresenta «un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una *longa manus* della pubblica amministrazione», di talché «l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa».

#### 4. *Il recepimento dell'interpretazione delle SS.UU. nel T.U. n. 175/2016 e i persistenti dubbi interpretativi*

L'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 recepisce la soluzione della giurisprudenza di legittimità anteriore alla sua emanazione stabilendo, innanzitutto, che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle c.d. società pubbliche “sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali” e ottempera, così, ai criteri fissati dalla delega di cui all'art. 18 (lett. c e h) l. n. 124/2015 (con una netta scelta in favore della responsabilità di diritto comune).

Uno spazio per la giurisdizione della Corte dei conti permane, in conformità al criterio elaborato dalla Corte di Cassazione, per le controversie in materia di

<sup>16</sup> Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, n. 1/2014, II, con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, pp. 13 ss.; *ibid.*, n. 2/2015, con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in) compatibilità con il diritto societario*, pp. 236 ss.; *ibid.*, n. 3/2015, con nota di S. SARDELLI, *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, pp. 464 ss.; in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, n. 2/2014, con nota di K. MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, pp. 259 ss.

danno erariale, definito dal comma 2 come «il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti»: formula comprensiva, dunque, tanto del danno arrecato in via diretta dagli amministratori della società all'ente pubblico-socio, quanto del danno prodotto dagli amministratori o dipendenti della P.A. partecipante che, titolari della competenza a esercitare i diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione mediante condotte commissive o omissive (ipotesi espressamente contemplata, a titolo esemplificativo, dallo stesso comma 2).

Fuori da questo schema di riparto si colloca la fattispecie delle società *in house*, per la quale il comma 1 dell'art. 12 fa «salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti» della stessa società.

Come anticipato in premessa, secondo parte della dottrina, considerare gli orientamenti giurisprudenziali anteriori all'approvazione del d.lgs. n. 175/16 come matrice delle regole fissate dall'art. 12 rappresenta un metodo per risolvere i dubbi interpretativi che la sintetica formulazione della norma ha suscitato all'indomani della sua entrata in vigore.

Su alcuni di questi dubbi è opportuno svolgere alcune osservazioni.

a) Ci si è, ad esempio, chiesti se il “danno erariale” che l'art. 12, c. 1 cit. fa “salvo” con riferimento alle società *in house* sia solo quello corrispondente alla definizione contenuta al comma 2 dell'art. 12 TUSP o se, invece, in relazione al fenomeno dell'*in house providing*, il primo comma individui una nozione di danno erariale differente e più ampia, capace di ricomprendere anche il danno arrecato in via diretta al solo patrimonio sociale.

Ove si consideri la norma in commento come la consacrazione degli indirizzi giurisprudenziali da ultimo affermatasi, non può che ritenersi corretta la seconda opzione ermeneutica.

La norma conterrebbe, in questa prospettiva, due nozioni di danno erariale: la prima, corrispondente a quella propria dell'approccio interpretativo formale e oggettivo adottato dalla Cassazione nella citata pronuncia n. 26806/2009, individua un danno che ha per presupposti necessari sia la natura di ente pubblico del danneggiato, sia il rapporto di servizio che – stabilmente od occasionalmente – lega questo al danneggiante.

La seconda nozione, invece, corrisponderebbe al criterio elastico e sostanzialista tracciato dalla Cassazione nella decisione n. 26283 del 2013: a essere intaccato dal danno non è formalmente l'erario, ma il patrimonio di un'entità privata; il rapporto di servizio lega il danneggiante non all'ente pubblico, ma alla stessa società *in house*<sup>17</sup>. Questa interpretazione è ovviamente confortata dalla notazione secondo cui, se la responsabilità per danno erariale che il comma 1

---

<sup>17</sup> T. MIELE, *op. cit.*, pp. 585 ss.



dell'art. 12 fa “salva” per gli amministratori della società *in house* si riducesse alle ipotesi di danno diretto procurato all'ente pubblico partecipante (art. 12, c. 2), il legislatore non avrebbe avuto alcuna necessità di specificare che, in tali ipotesi, la regola della responsabilità di diritto comune subisce una deroga<sup>18</sup>.

b) Un altro dubbio riguarda il regime di responsabilità degli amministratori di società alle quali la Cassazione – in epoca successiva al *revirement* operato con la citata sentenza n. 26806/2009 – ha riconosciuto natura sostanzialmente pubblicistica, così affermando la sussistenza della giurisdizione contabile senza necessità di procedere al previo accertamento della ricorrenza dei caratteri dell' *in house providing* (es.: RAI<sup>19</sup>, ENAV<sup>20</sup>, EXPO Trieste<sup>21</sup>): è profilabile, con riferimento a tali entità societarie, un'espansione della giurisdizione contabile simmetrica a quella espressamente riconosciuta per le società *in house* oppure, nel silenzio della legge, la responsabilità degli amministratori, in questi casi, soggiace al diritto comune e alle azioni di responsabilità contemplate dal diritto societario?

In merito, è stato osservato che «appare difficile poter tralasciare, in sede esegetica, che le società a regime speciale pubblicistico [...] sono state [...] individuate dalle Sezioni Unite della Cassazione quali eccezioni ulteriori rispetto alle società *in house*, caratterizzate da analoga ontologia sostanzialmente pubblicistica, come tale atta a configurare tali realtà, pur aventi veste societaria, quali sostanziali pubbliche amministrazioni, caratterizzate da un vero e proprio rapporto di servizio con i propri esponenti e dipendenti atto a radicare il regime pubblicistico della responsabilità erariale»<sup>22</sup>.

Sembra però che, anche considerando la matrice giurisprudenziale delle regole fissate dall'art. 12, quest'ultimo non lasci spazio (se letto nel rispetto degli artt. 12 e 14 prel.) a espedienti interpretativi sostanzialmente ri-pubblicizzanti: di modo che, o a tali società, già ritenute “sostanzialmente pubbliche”, sono

<sup>18</sup> D. MORGANTE, *op. cit.*, pp. 637 ss.

<sup>19</sup> Cass., Sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, n. 5/2010, I, pp. 1472 ss., con nota di G. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori* (pp. 1495 ss.), e in *Giur. cost.*, n. 5/2010, pp. 4031 ss., con note di A. PACE, *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai come «ente pubblico»* (pp. 4047 ss.) e F.E. SANTONASTASO, *Ancora della Rai: «Così com'è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina...»* (pp. 4098 ss.).

<sup>20</sup> Cass., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, ove si afferma che «è assolutamente irrilevante – al fine del decidere e di accertare se nella specie sussista, o meno, nei confronti dei ricorrenti la giurisdizione della Corte dei conti per i danni asseritamente da costoro arrecati all'Enav (percepando anticipi di missione sulla base di fogli di missione contraffatti) – sia la circostanza non controversa che l'Azienda autonoma di assistenza al volo è stata trasformata dalla L. 17 maggio 1999, n. 144, art. 35 in società per azioni, sia che la condotta posta in essere dai ricorrenti integra in tesi anche una violazione dei loro doveri di dipendenti di tale società soggetta – come tale – alla giurisdizione del giudice ordinario ex art. 409 c.p.c.».

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063.

<sup>22</sup> Così D. MORGANTE, *op. cit.*, p. 644.

riferibili i caratteri dell'*in house*, e allora per esse varrà il più ampio perimetro di responsabilità amministrativa per questa fattispecie tracciato dalla norma, oppure non resterà che attenersi alle regole dettate per ogni altro organismo avente forma societaria<sup>23</sup>.

c) Altro punto controverso è il seguente: quali sono i “rappresentanti degli enti pubblici partecipanti” che possono essere chiamati a rispondere, innanzi alla Corte dei conti, per i pregiudizi arrecati alla partecipazione, ai sensi del comma 2 dell’art. 12? In particolare: può essere tale responsabilità configurata in capo agli organi di indirizzo dell’ente pubblico che abbiano inciso sulle scelte della società attraverso la propria influenza non formale e giuridica ma sostanziale e politica<sup>24</sup>?

È ragionevole ritenere, a mio avviso, che una responsabilità per danno erariale non possa configurarsi che in capo ai titolari degli organi formalmente competenti all’esercizio dei diritti di socio: e ciò non solo in ossequio al criterio esegetico primario dell’interpretazione letterale, ma anche in considerazione del fatto che collegare una fattispecie di responsabilità amministrativa all’ingerenza indebita dell’organo politico costituirebbe uno schermo per la responsabilità (amministrativa o di diritto comune) dei soggetti (amministratori della società o organi dell’ente partecipante competenti all’esercizio dei diritti di socio) che a quell’ingerenza hanno invece l’obbligo di restare indifferenti o di reagire.

d) La soluzione di quest’ultimo dubbio, in realtà, è almeno in parte connessa

---

<sup>23</sup> Proprio assumendo come legenda dell’art. 12 del TUSP le posizioni della Corte di Cassazione, del resto, l’analogia tra la fattispecie della società *in house* e quella delle società-enti pubblici di diritto singolare risulta smentita. Mentre, infatti, l’affermazione della responsabilità amministrativa degli amministratori di enti del secondo tipo è fondata sulla ri-qualificazione in senso pubblicistico di un’entità societaria formalmente e sostanzialmente distinta dagli enti pubblici-soci, gli amministratori della società *in house* sono soggetti alla giurisdizione contabile di responsabilità in virtù della rifrazione della soggettività di diritto pubblico dell’ente-socio su quella della società, che è dunque ritenuta, sul piano sostanziale, inesistente: cfr. C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit., 16, il quale osserva che solo «se il patrimonio leso è un patrimonio pubblico [...] si giustifica l’azione erariale; ma a quella conclusione [la Cassazione] non può pervenire riqualificando la società [*in house*] in senso pubblicistico [...] perché la riqualificazione non gioverebbe ai fini del requisito del controllo analogo». Per la qualificazione pubblicistica delle società pubbliche cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, pp. 221 ss.; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997. Per la tesi opposta, tra tutti, cfr. C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992 e gli altri contributi dedicati al tema dall’Autore (tra i quali si ricordano *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, pp. 213 ss.; *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2010, pp. 365 ss.; *Tipologia e “natura” delle società a partecipazione pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 13 ss.). Sulla questione, ricchissima (anche sotto l’aspetto della ricostruzione della bibliografia in materia) e rigorosa (specie nell’individuazione dei principali equivoci concettuali in cui la ricerca di modelli soggettivi di riferimento si imbatte) la ricerca di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

<sup>24</sup> Così D. MORGANTE, cit., pp. 643.

con un'ultima incertezza interpretativa che è opportuno segnalare: tra gli orientamenti giurisprudenziali che la norma sembra recepire, infatti, non figura quello che, come visto, ha assoggettato alla giurisdizione contabile di responsabilità il soggetto che, non legato da alcun rapporto organico con l'ente pubblico, abbia fornito un apporto determinante nella produzione del danno con il proprio coinvolgimento funzionale, in concorso con i soggetti legati all'ente da un formale rapporto di servizio.

Alla vigilia dell'emanazione del TUSP, un'ordinanza delle Sezioni unite aveva ribadito il proprio orientamento in tal senso, affermando che la responsabilità per danno erariale «risulta configurabile non solo nei confronti degli organi che hanno potestà decisoria finale, ma anche [...] di soggetti esterni che per l'attività svolta continuativamente devono ritenersi inseriti, seppure in via temporanea, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione (S.U. 21 maggio 2014, n. 11229)»<sup>25</sup>. L'*intranens*, nella fattispecie, non era peraltro legato da un rapporto di servizio a un ente pubblico, ma a una società *in house*.

La questione della sopravvivenza di tale indirizzo interpretativo al riparto operato dall'art. 12 del T.U. è, forse, quella capace di produrre gli effetti più vistosi sulla portata applicativa della norma.

Si è sostenuto in dottrina, infatti, che qualora tale orientamento si ritenesse 'sopravvissuto', esso potrebbe essere lo strumento per assoggettare a giurisdizione contabile anche gli amministratori e dipendenti di società pubbliche di diritto comune (cioè non *in house*).

Si formula, a tal fine, l'esempio dell'amministratore di una società partecipata che (in virtù di espresso mandato) sia stato investito dall'ente pubblico-socio del compito di svolgere accertamenti istruttori idonei a rilevare eventuali responsabilità (di diritto comune) del precedente consiglio di amministrazione della società, al fine di valutare l'opportunità di esercitare, nei confronti dell'organo di gestione cessato dalla carica, un'azione di responsabilità innanzi al Giudice ordinario.

L'inadeguato assolvimento di questo compito determinerebbe, stando alla lettura in esame, la responsabilità amministrativa di tali soggetti estranei (insieme a quella degli 'intransei') qualora ne derivi l'omesso esercizio dell'azione di responsabilità sociale, che rappresenta l'ipotesi principale della responsabilità per danno erariale esemplificata dall'art. 12, c. 2, TUSP.

Questo approccio interpretativo giunge, per questa via, a una conclusione ulteriore (e ben più dirompente): anche a prescindere da un espresso incarico ricevuto, in tal senso, dal socio pubblico, sarebbe "insito nei doveri di salvaguardia degli interessi del socio" facenti capo agli amministratori della società, quello di rilevare e approfondire essi stessi eventuali responsabilità degli organi

---

<sup>25</sup> Cass., Sez. un., 8 luglio 2016, n. 14040, in *Foro it.*, n. 7-8/2017, I, con nota di G. D'AURIA, *Amministratori di società pubbliche e responsabilità erariale: un aggiornamento e un caso singolare*, pp. 2392 ss.

di amministrazione e controllo e di segnalare tempestivamente tali pregiudizi al socio pubblico. L'inadempimento di questo obbligo, di conseguenza, consentirebbe di configurare in capo agli amministratori una responsabilità amministrativa concorrente con quella degli organi competenti all'esercizio dei diritti dell'ente-socio<sup>26</sup>.

Può darsi per scontato che tale proposta interpretativa possa essere riferita non a ogni ipotesi di società pubblica non *in house* ma solo alle società non *in house* integralmente partecipate da enti pubblici (non si comprenderebbe, diversamente, quale sia la fonte dell'obbligo dell'amministratore di agire nell'interesse di un socio, anziché della società); e non occorre qui indugiare né su quanto tale proposta sembri contrastare con l'espressa scelta di campo effettuata dal legislatore, a eccezione che per l'*in house providing*, in favore della responsabilità di diritto comune, né sul bizzarro effetto che produrrebbe la sua applicazione, cioè l'assoggettamento del successore a responsabilità amministrativa per non aver riferito di eventi dannosi che, posti in essere dall'amministratore precedente, non consentirebbero l'imputazione a quest'ultimo di responsabilità amministrativa alcuna, ma di una responsabilità di diritto comune.

L'aspetto della proposta interpretativa in commento su cui intendo soffermarmi è, piuttosto, la lineare sovrapposizione che essa ritiene di potere operare tra gli interessi della società e quelli dell'ente pubblico.

È questa, del resto, la stessa sovrapposizione tra l'interesse della società *in house* e l'interesse dell'ente titolare del suo capitale presupposta dalle decisioni delle SS.UU. sopra citate.

È vero che la Cassazione esige che il controllo analogo si traduca in previsioni statutarie che formalmente attestino una sorta di «subordinazione gerarchica»<sup>27</sup> degli organi della società *in house* a quelli dell'ente pubblico. Ma è anche vero

---

<sup>26</sup> La tesi è formulata in questi termini da D. MORGANTE, R. SQUITIERI, *Il concorso dell'extraneus*, cit., segn. pp. 602 ss.

<sup>27</sup> Che il controllo analogo determini una condizione di «subordinazione gerarchica» degli organi di gestione della società a quelli dell'ente pubblico, in realtà, è un assunto al quale la giurisprudenza è pervenuta in difetto di indicazioni in tal senso dell'ordinamento dell'Unione europea (a un rapporto di «subordinazione» non fa riferimento la definizione dettata dall'art. 12 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/24/Ue) e che oggi risulta smentito dalla legislazione nazionale (art. 5 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e art. 2, c. 1, lett. c) dello stesso d.lgs. n. 175/2016). Anche anteriormente alle recenti indicazioni normative, la dottrina più attenta osservava come l'approccio della Corte di Cassazione si fondasse «su una concezione di società *in house* – e segnatamente di controllo analogo – che la giurisprudenza comunitaria non impone (v. soprattutto Corte Giust. CE, 10 settembre 2009, in causa C-573/07, § 81 ss.) e la più accreditata letteratura respinge (fra gli altri Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in RDS, 2011, 211 ss. e spec. 220 ss.; e Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, 2, nt. 1): così C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit., p. 15.

che, sul piano metodologico, le Sezioni unite presuppongono la coincidenza, alla stregua della tesi dottrinale richiamata (sebbene, ripeto, al ricorso di presupposti più stringenti), tra gli interessi dell'ente pubblico-socio e quelli dell'ente pubblico-controparte della società nei rapporti di scambio che, per definizione, intercorrono tra i due soggetti di diritto.

##### 5. *Interesse pubblico e interesse sociale: brevi notazioni critiche*

Questa coincidenza di interessi è, a dire il vero, tutt'altro che scontata.

Come illustrato, il punto di partenza dell'elaborazione giurisprudenziale avviata negli anni '90 può essere individuato nell'abbandono della distinzione tra il carattere pubblico dell'interesse che sta alla base dell'istituzione (per legge o per iniziativa di una pubblica amministrazione) di un'entità economica e il carattere privato e imprenditoriale dell'attività demandata a tale entità; l'interesse pubblico, precedentemente ritenuto estraneo agli scopi perseguiti da un ente pubblico economico e solo indirettamente soddisfatto dalla sua (imprenditoriale) attività, diviene uno strumento per configurare in termini pubblicistici anche l'attività di servizio pubblico.

Questo mutamento di indirizzo si realizza nello stesso momento storico in cui, in direzione diametralmente opposta, il diritto comunitario impone l'abbandono del sistema tradizionale, monolitico, del servizio pubblico e la riconduzione delle attività economiche tradizionalmente qualificate con questa locuzione alla disciplina dell'impresa di diritto comune<sup>28</sup>.

In altri termini, mentre il processo di integrazione giuridica europea spingeva a rimuovere le barriere che, negli ordinamenti degli stati membri, impedivano l'assoggettamento di determinate attività a contenuto economico al regime comune dell'impresa e mentre, sulla scorta di tale indirizzo, il legislatore nazionale avviava l'era della privatizzazione degli enti pubblici economici incaricati della gestione di servizi di interesse economico generale, la dottrina e la giurisprudenza domestiche edificavano una nuova sistematica capace di qualificare in termini pubblicistici gli interessi perseguiti dagli operatori economici pubblici, principalmente attribuendo alla nozione di servizio pubblico caratteri pubblicistici fino ad allora estranei alla dogmatica del diritto amministrativo italiano.

<sup>28</sup> In argomento, tra la vastissima letteratura e per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubb. serv.*, 1999, pp. 7 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubb.*, 1999, p. 371; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; L. HANCER, P. LAROCHE, *The Coming Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, in P. CRAIG, G. DE BÜRCA (Eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011.

Di tale controtendenza dà una prova lampante proprio la giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e di società pubbliche: nelle motivazioni delle decisioni della Suprema Corte che affermano la sussistenza della giurisdizione contabile e che si collocano nella ‘fase espansiva’ (supra, § 2), è pressoché costante il riferimento alla natura di servizio pubblico propria dell’attività d’impresa<sup>29</sup>; ma, anche a seguito del *revirement* che, nel 2009, ha frenato l’ampliamento dei limiti della giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti, le fattispecie che restano attratte a quest’ultima sono comunque contraddistinte, secondo la Cassazione, dalla strumentalità dell’entità economica al diretto perseguimento degli interessi pubblici facenti capo agli enti pubblici-soci (tale è, in ultima analisi, il senso della rigorosa nozione di controllo analogo affermata nella giurisprudenza nazionale in materia di società *in house*)<sup>30</sup>.

Pare innegabile che la ‘reazione’ degli interpreti ai processi di privatizzazione – consistente nell’attribuzione, secondo vari schemi, di una sostanza pubblicistica a soggetti e attività a cui la legge conferisce univocamente forma di diritto comune – si inquadri in una precisa prospettiva di politica del diritto, generata dalla preoccupazione che, con l’abbandono della forma pubblicistica di soggetti e attività, vada smarrito l’insieme dei presidi che, nel modello dismesso, l’ordinamento apprestava a tutela degli interessi pubblici.

Con riferimento allo specifico tema qui analizzato, il presidio che la riqualificazione delle società pubblicamente partecipate intende mantenere è quello della responsabilità amministrativa: ridurre l’ambito di giurisdizione della Corte

---

<sup>29</sup> Secondo Cassazione civile n. 3899/2004, cit., «bisogna rilevare che [...] la istituzione e la gestione dei mercati all’ingrosso costituiscono un servizio pubblico [...]. Le ragioni che giustificano l’intervento pubblico nella materia [...] sono quelle di interesse generale [...]. La situazione non muta neppure con l’intervenuta liberalizzazione del settore, cosicché [...] fermo il carattere pubblico del servizio [...] non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l’ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall’inserimento del soggetto esterno nell’*iter* procedimentale dell’ente pubblico come compartecipe dell’attività a fini pubblici di quest’ultimo».

<sup>30</sup> Con riferimento alle società *in house*, Cass. n. 26283/2013, cit., precisa peraltro che l’accertamento del requisito della destinazione prevalente dell’attività in favore dell’ente partecipante non richiede «una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l’attività accessoria eventualmente si ponga. In definitiva – e segnatamente per quel che interessa ciò che si andrà a dire in ordine alla reale natura delle società *in house* ai fini del riparto di giurisdizione – quel che soprattutto importa è che l’eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, rivesta una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d’interesse economico generale svolto dalla società in via principale»; v. anche Cass., Sez. un., 24 marzo 2015, n. 5848. La qualificazione in termini di servizio pubblico dell’attività esercitata è un argomento centrale anche delle pronunce che hanno assoggettato alla giurisdizione contabile la responsabilità degli amministratori delle cc.dd. società legali, procedendo, a tal fine, alla riqualificazione in termini pubblicistici di queste ultime (*supra*, note 19, 20 e 21).

dei conti, si afferma in dottrina, limiterebbe «il novero dei responsabili tenuti al ristoro del danno patito dall'erario, rendendo assai difficoltosa, se non del tutto vana, l'azione di recupero, rimessa all'iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di contiguità con i danneggiati; iniziativa peraltro discrezionale e non doverosa, visto che l'azione civile non ha i caratteri dell'obbligatorietà e necessarietà di quella contabile»<sup>31</sup>.

È per scongiurare questa eventualità che, dal 2013, la Corte di Cassazione, pur abbandonata la via che in precedenza aveva aperto l'orizzonte dogmatico a una diretta qualificazione delle società pubbliche alla stregua di enti pubblici, ha comunque affermato la configurabilità di responsabilità amministrativa in capo agli organi delle società *in house*, negando a queste ultime una reale e autonoma soggettività.

L'intento di *piercing the corporate veil* costituisce, all'evidenza, anche la ratio della regola stabilita, per le società *in house*, dall'art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016.

Parte della dottrina ha già manifestato seri e condivisibili dubbi intorno alla fondatezza dei descritti timori gius-politici<sup>32</sup>, in merito all'adeguatezza<sup>33</sup> (nonché alla coerenza sistematica<sup>34</sup>) delle soluzioni escogitate dalla giurisprudenza (e ora dalla legge) per fugarli, e infine sugli effetti collaterali (potenzialmente ben più

<sup>31</sup> M.T. POLITO, *op. cit.*, p. 519; similmente, si veda la motivazione di Cass., Sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30786, secondo cui «interpretazioni restrittive delle disposizioni che fissano l'ambito della giurisdizione del giudice contabile appaiono tanto meno giustificabili quanto più siano suscettibili di risolversi nella restrizione del numero degli obbligati a risarcire il danno in definitiva provocato all'intera comunità [...] (così Cass., sez. un., n. 23332/2009)».

<sup>32</sup> L'orientamento della Cassazione in merito alla soggezione degli amministratori di società pubbliche di diritto comune alle azioni di responsabilità previste dal diritto societario contiene già, infatti, un espediente (recepito dall'art. 12, c. 2, d.lgs. n. 175/2016) per scongiurare il rischio che, in ragione della contiguità tra amministratori sociali e organi dell'ente, la responsabilità non venga, *de facto*, azionata: il socio pubblico «è tenuto, ricorrendone i presupposti, a esercitare le azioni di responsabilità civilistiche (cui sono ormai legittimati, dopo la riforma societaria, nella s.p.a. il collegio sindacale e una minoranza qualificata dei soci, nella s.r.l. anche il singolo socio), e se omette di farlo è perseguibile dinanzi alla magistratura contabile. Il cerchio, dunque, si chiude; e si chiude in un modo sistematicamente coerente e praticamente efficace, disincentivando l'inerzia del socio pubblico in ordine alla promozione delle azioni di responsabilità civilistiche e sanzionandolo in caso di omissione» (così C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, cit., p. 19).

<sup>33</sup> Ricorda C. IBBA, *op. ult. cit.*, che «la responsabilità amministrativa ha presupposti e caratteristiche che limitano l'effetto riparatorio (perché è attivabile solo in caso di dolo o colpa grave, è tendenzialmente parziaria e intrasmissibile *mortis causa* ed è quantificabile – e di regola quantificata – in un importo ridotto rispetto all'ammontare del danno), sicché ammetterla nei confronti degli amministratori equivarrebbe a sacrificare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica». Mette in luce come il temperamento del rigore della responsabilità contrattuale di diritto comune sia tratto identificativo della responsabilità amministrativa G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 460 ss.

<sup>34</sup> C. IBBA, *op. ult. cit.*, pp. 15 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, n. 4/2014, pp. 1135 ss.



pregiudizievole per la finanza pubblica) che possono derivare dall'immedesimazione dell'impresa sociale nella struttura organizzativa dell'ente pubblico-socio<sup>35</sup>: su tali problematiche non mi soffermerò.

Vorrei, invece, evidenziare come, sia pure limitatamente all'ambito delle società *in house*, "squarciare il velo societario" – per dirla con le Sezioni unite – equivalga a 'rammendare il velo pubblicistico' dietro al quale l'ordinamento europeo tenta, da quasi trent'anni, di individuare ambiti di ingiustificata deroga al diritto comune e il cui 'piercing' potrebbe forse aiutare a ridurre le inefficienze delle imprese incaricate – fuori dalle regole di concorrenza (nel e per il mercato) – della gestione di servizi pubblici a carattere economico.

Negare l'alterità soggettiva della società *in house* rispetto all'ente pubblico che ne possiede il capitale<sup>36</sup>, come già accennato in conclusione del paragrafo precedente, è infatti operazione che impone di considerare *tamquam non esset* non solo il contratto sociale con il quale l'impresa è venuta a esistenza, ma anche il contratto in forza del quale la società ha assunto, nei confronti dell'ente affidante, l'obbligo di produrre un bene o, più spesso, di erogare un servizio in suo favore: per utilizzare le parole della Corte, «l'affidamento pubblico mediante *in house contract* neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo»<sup>37</sup>.

Questa conclusione porta con sé conseguenze di grandissimo rilievo, perché è a quest'ultimo contratto, non a quello di società, che sono affidate le aspettative di incremento di efficienza nell'offerta di servizi all'utenza che il processo di integrazione europea ha generato.

Il sinallagma contrattuale (si tratti o no di un *in house contract*) contrappone infatti l'interesse della collettività alla fruizione di servizi pubblici in quantità e qualità adeguate all'interesse a un'economica gestione dell'impresa incaricata dell'erogazione: ove l'affidamento del contratto sia preceduto da una gara, l'individuazione del punto di equilibrio ottimale tra i due interessi è affidato alla concorrenza per il mercato.

---

<sup>35</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., pp. 49 ss.

<sup>36</sup> Si badi che, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 175/2016 e dell'art. 5 d.lgs. n. 50/2016 è oggi ammessa la partecipazione al capitale delle società *in house* di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, né esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

<sup>37</sup> Così Cass., n. 26283/2013, cit., § 4.3. Tale profilo è ben evidenziato, sia pure in prospettiva adesiva alle conclusioni della Corte, da K. MARTUCCI, *op. cit.*, pp. 267 ss., che peraltro illustra come la ricostruzione del regime della responsabilità degli amministratori, per questa via raggiunto dalla giurisprudenza, sia ancorato a uno schema deviante da quello impiegabile, per diritto comune, «con riferimento a fattispecie ove pure si assiste ad una scissione della funzione di amministrazione ed, in particolare, allorché gli amministratori della società dipendente siano soggetti al potere di direzione e coordinamento della controllante [...]».

Anche quando l'affidamento del servizio sia diretto, tuttavia, non per ciò solo si verifica l'appiattimento dell'interesse di una parte su quello dell'altra: il contratto di servizio, infatti, contrappone anche in questo caso (e consente di fare emergere con maggiore nitidezza rispetto a quanto non possa fare una mera separazione contabile o a la separazione funzionale di un'impresa-organo) l'interesse dell'ente pubblico, inteso come ente esponenziale della collettività degli utenti, all'interesse dell'ente-socio. L'interesse degli utenti alla fruizione del servizio fronteggia, per meglio dire, l'interesse dei contribuenti a che la sua produzione sia economica (e la sua erogazione profittevole).

Due osservazioni sono, a questo punto, necessarie.

La prima: se l'*in house contract*, come afferma la Cassazione, non può nemmeno essere considerato un contratto, se l'interesse dell'ente-socio coincide con quello dell'amministrazione aggiudicatrice del contratto di servizio, allora gli amministratori della società *in house* non potranno che trovarsi a servire due padroni. Saranno passibili di responsabilità amministrativa quando, ignorando il divieto dell'ente che esercita il controllo analogo, abbiano proceduto ad assunzioni di personale per adempiere agli obblighi di servizio contrattualmente pattuiti, oppure quando, rispettando il divieto, abbiano prodotto un disservizio in conseguenza del quale la società sia stata chiamata a risarcire un danno a terzi? O lo saranno in entrambi i casi?

La seconda: se gli amministratori e i dipendenti della società *in house* sono passibili di responsabilità amministrativa, mi sembra innegabile che, specie in considerazione delle prescrizioni della legge di delega<sup>38</sup>, nei loro confronti non siano esperibili azioni di responsabilità di diritto comune, ai sensi degli artt. 2392 ss. c.c.<sup>39</sup>.

Va da sé che, in caso di *in house providing*, sarà quindi esclusa anche la principale ipotesi rientrante nella responsabilità amministrativa che il comma 2 dell'art. 12, d.lgs. n. 175/2016 (per gli altri tipi di società pubbliche) pone a carico dei «rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione»: vale a dire l'omesso esperimento, nei confronti degli amministratori, delle azioni di responsabilità sociale (2393 e 2393 bis c.c.).

<sup>38</sup> Come già ricordato, ai sensi della lettera *b*) dell'art. 18, l. n. 124/2015, il riordino della disciplina delle società pubbliche avrebbe dovuto procedere alla «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo [...]».

<sup>39</sup> Nel senso del cumulo di responsabilità (amministrativa e comune), sebbene in fattispecie inerente alla proposizione, da parte del curatore del fallimento di società *in house*, dell'azione prevista dall'art. 146, c. 2, l. fall. («che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore della società e dei creditori sociali»), v. però, da ultimo, Cass., Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22406, in *Foro it.*, n. 3/2019, I, p. 946, con nota di G. D'AURIA.

Mi chiedo se, nell'ambito dell'*in house providing*, possa configurarsi una responsabilità amministrativa in capo ai rappresentanti degli enti pubblici o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, esercitando o non esercitando i diritti di controparte contrattuale della società *in house*, abbiano con dolo o colpa grave tollerato inadempimenti degli obblighi nascenti dal contratto di servizio produttivi di danni nei confronti dell'ente o dell'utenza.

Qualora così non fosse, non sarebbe peregrino il timore che l'assoggettamento di amministratori e dipendenti delle società *in house* alla giurisdizione contabile di responsabilità, anziché ampliare, rischi di ridurre il novero degli obbligati a risarcire il danno provocato alla comunità degli utenti, da un lato, e a quella dei contribuenti, dall'altro.

### Abstract

The liability of publicly-owned companies' directors under the jurisdiction of the Corte dei conti.  
Some critical brief remarks.

by Marco Ragusa

The art. 12 of d.lgs. n. 175/2016 transposes the conclusions reached by the Italian Corte di cassazione on the liability of publicly-owned companies' directors (and about and the consequential division between ordinary courts and the Corte dei conti jurisdiction).

The paper retraces the fundamental stages of the jurisprudential path that led to this result and highlights some of its contradictory aspects.

*Parole chiave:* Responsabilità degli amministratori di società pubbliche; Giurisdizione ordinaria; Giurisdizione contabile; Società *in house*; *In house contract*.

*Keywords:* Liability of publicly-owned companies' directors; Ordinary Courts jurisdiction; Corte dei conti jurisdiction; In house companies; In house contract.



# L'accesso alla cittadinanza come strumento di integrazione

di Alessio Rauti

SOMMARIO: 1. Premessa: un interrogativo, più che una conclusione. – 2. L'insostenibile leggerezza della tesi sul "cittadino ontologico"... – 2.1. (*segue*): ... tra dovere di fedeltà alla Repubblica... – 2.2. (*segue*): ... e "dilemma di Böckenförde". – 3. L'emersione della "cittadinanza liquida": lo *status civitatis* "mercatorio". – 4. Dal cammino per la cittadinanza al cammino del cittadino (potenziale e/o reale). Riflessi del principio personalista sui criteri di acquisto della cittadinanza e sulla disciplina relativa alla condizione giuridica dello straniero. – 5. Esiste un rovescio della medaglia? La mancata integrazione come causa di perdita dello *status civitatis*. La diversa logica sottesa all'art. 14 del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "decreto sicurezza") sulla revoca della cittadinanza. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa: un interrogativo, più che una conclusione

L'analisi condotta in questo contributo avrà ad oggetto soprattutto il tradizionale *status civitatis* (dunque, la cittadinanza statale)<sup>1</sup> e la specifica situazione italiana, visto che la compiuta analisi dello stato dell'arte della cittadinanza europea – attualmente, non in buona salute, ove intesa come *status* fondamentale del cittadino europeo (a prescindere, dunque, dall'essere quest'ultimo un soggetto economicamente *attivo* o *inattivo*, *mobile* o *stanziale*)<sup>2</sup> – meriterebbe un contributo

---

<sup>1</sup> Sulla cittadinanza, fra i contributi monografici di taglio giuridico – soprattutto fra quelli, non pochi, pubblicati a cavallo dell'ultimo secolo – si segnalano R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1993; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997 (ma anche ID., *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001); M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano 1997; G. CODINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di Diritto Pubblico Comparato*, Padova 1998; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001. L'attenzione al tema è tuttavia confermata anche in tempi più recenti: cfr. D. PORENA, *Il problema della cittadinanza*, Torino, 2011; E. CODINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Torino, 2017. Per l'indagine storica sulla cittadinanza, v. per tutti la voluminosa opera in quattro volumi di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 1999-2002 (ma v., pure, ID., *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005). L'approccio sociologico alla cittadinanza risulta spesso e volentieri disallineato e del tutto autonomo rispetto alle categorie giuridiche: classico rimane il contributo T.H. MARSHALL, *Sociology at the Crossroads*, Heinemann, 1963 (trad. it. *Cittadinanza e Classe Sociale*, Torino, 1974). Su tale discussa opera – non poche volte criticata a partire dall'approccio giuridico-costituzionale al tema della cittadinanza – e sulle tesi sociologiche in materia di riconoscimento e diritti culturali, v. di recente P. RUSSO, *La tribù e il talento. Traiettorie della cittadinanza nell'epoca della globalizzazione*, Firenze, 2012.

<sup>2</sup> Sul punto, per l'analisi aggiornata dei profili più rilevanti ai fini di tale contributo, rinvio

specifico. Nondimeno, taluni limitati riferimenti anche alla cittadinanza dell'Unione saranno necessari per cogliere alcune emergenti dinamiche connesse all'acquisto ed alla revoca della cittadinanza statale.

Confesso inoltre che il titolo di questo scritto potrebbe essere utilmente posto in termini interrogativi, in modo da essere così riformulato: in che termini si può intendere l'accesso alla cittadinanza come strumento e "tappa" di un cammino di integrazione? La domanda è necessaria alla luce non solo dell'indirizzo politico attuale, ma anche della vigente disciplina normativa in cui, sotto diversi profili, sembra piuttosto prevalere la concezione che vede la cittadinanza non già come una "tappa" importante *per* un'integrazione già avviata, quanto e piuttosto il punto di "approdo" attestante un lungo percorso al termine del quale lo straniero è considerato *definitivamente* integrato.

Il secondo approccio balza agli occhi anche solo guardando al termine di *dieci anni* di residenza per la naturalizzazione di uno straniero extracomunitario, che rende paradossalmente l'acquisto della cittadinanza più difficile di quanto non fosse in base alla legge del 1912, nonostante l'Italia sia da tempo divenuta Paese di immigrazione. Se si esamina poi la recente disposizione del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (convertito nella legge 3 dicembre n. 132), secondo cui il termine per la decisione amministrativa sulla domanda di acquisto della cittadinanza è di quattro anni (per i casi di cui agli artt. 5 e 9 della legge sulla cittadinanza), in totale potrebbero volerci ben *quattordici anni* per acquistare la cittadinanza italiana, un periodo temporale in effetti parecchio più alto rispetto alla media degli altri Paesi europei. Già finora, in verità, la decisione sulle domande di naturalizzazione si faceva in media attendere per anni – va rammentato che, ai sensi, dell'art. 7, IV c., della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai procedimenti di acquisto della cittadinanza non trova applicazione il termine massimo di 180 giorni previsto per la definizione di un procedimento amministrativo di particolare complessità – ma il recente intervento legislativo eleva a rango di legge un'insostenibile inefficienza del sistema. Ne esce rafforzata anche simbolicamente l'idea del limbo in cui può essere lasciato per lungo tempo chi, pur in possesso dei requisiti di residenza richiesti, attende la decisione sulla sua domanda di acquisto della cittadinanza italiana, un traguardo che, pur raggiunto ogni anno da molti stranieri, nelle mani del legislatore può d'improvviso trasformarsi in un orizzonte che si allontana man mano che si compie l'immane fatica di raggiungerlo.

Scopo di tale contributo è innanzitutto spiegare quali ragioni inducono a considerare, invece, la cittadinanza *una tappa* (ovviamente, essenziale) dell'integrazione degli stranieri nella comunità politica ed in che modo tale ricostruzione può retroagire sulla modulazione dei criteri di acquisto della cittadinanza e sugli eventuali casi di perdita involontaria della stessa.

---

alla recente panoramica di S. GIUBBONI, *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss.

## 2. *L'insostenibile leggerezza del riferimento al "cittadino ontologico"...*

È chiaro che il modo in cui si può acquistare la cittadinanza di uno Stato può variare per motivi storici, talvolta anche contingenti, legati ad esigenze di diverso tipo (economiche, demografiche, culturali, di imperialismo nazionalistico, etc.). Si tratta di scelte inevitabilmente "politiche", mediante le quali si ridefinisce un elemento della personalità dello Stato<sup>3</sup>, per quanto meriterebbe ben altro approfondimento l'interrogativo sulla capacità e la possibilità stessa per i *cives* di ... autodefinirsi attraverso una meditata azione dei parlamentari. In ogni caso, ci si può chiedere se – dietro la definizione formale dello *status civitatis* come legame verticale di appartenenza allo Stato (un rapporto) e orizzontale di partecipazione ad una comunità politica (uno *status*) – il «potere sovrano di escludere» ed includere<sup>4</sup> risponda (o debba eventualmente rispondere) ad un concetto sostanziale

<sup>3</sup> Richiama ora l'attenzione su questo aspetto A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel terzo millennio*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 303 ss. Sono ovviamente consapevole delle difficoltà cui va incontro, all'interno del nostro Stato costituzionale, lo stesso ricorso al concetto di sovranità, che ha perso evidentemente la sua storica ragion d'essere ove inteso come *summa legisbusque soluta potestas*. Non a caso, sensibile dottrina – che ne ha tracciato da tempo la "parabola" – l'ha ricostruita in chiave oramai assiologica, come *sovranità dei valori*: in tal modo, tale principio cambia completamente volto e natura, in quanto privato di un reale titolare e trasformato in un'assiologia pluralistica che richiede equilibrio, armonia e ragionevolezza, in modo da impedire la «tirannia» di un valore sull'altro (cfr. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005). Altri, invece, hanno opportunamente ritenuto inutilizzabile il concetto all'interno di un «sistema di limiti giuridici senza sovrano» fondato, peraltro, sul principio super-costituzionale della dignità umana: così, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 53 ss., 71 ss. e 95 ss.; ID., *Indirizzo politico e sovranità. Dal problema dell'effettività" della democrazia (la lezione di Martines) a quello dei "limiti" alla democrazia (la lezione della storia)*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Aini, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura, Milano, 1998, spec. 295 ss. A ben vedere, al di là della presenza del termine nell'art. 1, il concetto originario di sovranità viene forse conservato in misura maggiore nei rapporti *esterni*, ma anche qui le tracce che se ne possono individuare presentano contorni assai sfumati a seguito delle notevoli limitazioni poste dall'appartenenza ad organismi sovranazionali; in quelli *interni*, invece, essa diviene potere *costituito* – e vincolato pure dai predetti condizionamenti esterni – la cui preminenza si risolve nella mera riserva di specifiche e differenti *competenze*, a partire dal monopolio dell'uso legittimo della forza. Per un quadro panoramico sulle diverse ricostruzioni, storiche e contemporanee, del concetto di sovranità, v. da ultimo L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, 2014. Di recente, in tema, cfr. E. CASTORINA – C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino, 2016, 519 ss.; A. MORRONE, *Sovranità* (relazione introduttiva), in AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, rappresentanza, territorio*, Napoli, 2017, 3 ss.; C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio"*: coordinate per una mappatura essenziale (relazione di sintesi), nello stesso Volume, 593 ss.

<sup>4</sup> P. MINDUS, *Cittadinanza, identità e il sovrano potere di escludere*, in *Ragion pratica*, 2/2012, 477 ss. Ma v. *amplius* ID., *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, 2014.



di cittadino e, soprattutto, se questo risulti orientato dai principi di giustizia costituzionalmente positivizzati (spec. artt. 2, 10, 11, 22 Cost.). Il punto decisivo, dunque, è se ed in che termini tale scelta debba comunque porsi nell'orizzonte del costituzionalismo e della sua spinta non solo alla *limitazione*, ma anche e per ciò stesso all'*orientamento* del potere politico, il quale evidentemente, in uno Stato costituzionale liberal democratico e personalista, non è del tutto libero di decidere il carattere "inclusivo" o meno dell'ordinamento. È, purtroppo, una domanda che, anche lontano dai toni drammatici che hanno caratterizzato la storia del primo Novecento, rimane comunque latente nel tempo e presenta oggi una singolare e sinistra attualità.

Sotto tale profilo, credo che, nel complesso, l'intero impianto della legge sulla cittadinanza italiana – nel quale l'acquisto dello *status civitatis* è una sorta di punto esclamativo di un processo di integrazione e non una sua tappa intermedia – trovi il suo terreno elettivo nella perpetuazione di un particolare, ancorché non ben definito, modello "ontologico" di cittadino. Per un verso, tale figurino risulta ancora oggi costruito avendo come punto di riferimento la persona nata *da* cittadini italiani; per altro verso, tale "cittadino" è ritenuto *naturaliter* in possesso di particolari virtù civiche e compenetrato nei fini e nei principi costituzionali: tali virtù non risulterebbero dunque inscritte nell'orizzonte di un *dover essere*, frutto di difficili e non scontati processi educativi, ma rimarrebbero *presupposte* come un dato fisiologico. Coerentemente, i criteri di acquisto dovrebbero assicurare che tale *status* possa essere acquistato solo da una persona che presenti lo stesso indice di (presunta) "affidabilità" rispetto al modello classico e "sanguineo" di cittadino, con l'esclusione, dunque, di uno straniero che non vanti un lunghissimo percorso di integrazione oramai realizzato.

In verità, tentativi poco riusciti di argomentare tale tesi si rinvencono anche in alcune assai note e risalenti decisioni della Corte costituzionale. Ad esempio, in una sentenza di quasi 50 anni fa (la n. 104 del 26 giugno 1969), la Corte costituzionale individuava, a fondamento della possibilità di trattamenti differenziati fra cittadino e straniero, *il rapporto normalmente "originario e permanente" del cittadino con il territorio dello Stato*, a fronte di quello generalmente "acquisito e temporaneo" dello straniero. Pur collocandosi in una fase storica assai diversa da quella attuale, è strano come tale tesi venga sostenuta in uno Stato in cui manca – quantomeno limitatamente alla vita della Repubblica – una tradizione storica di *ius soli*, da sempre schiacciato dal suo fratello prediletto dello *ius sanguinis*, mentre il territorio assume rilievo unicamente nei casi di naturalizzazione, che richiedono diversi anni di residenza nel territorio italiano. Si è rilevato poi come tale tesi rischia di confondere una reale differenza di fatto con l'effetto delle norme precarizzanti sulla condizione dello straniero<sup>5</sup>. Infine, essa pare oramai decisamente anacroni-

<sup>5</sup> F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 3/1995, spec. 457 ss.

stica sia rispetto all'acquisto *iure sanguinis* all'estero della cittadinanza italiana ogni anno da parte di migliaia di persone che non hanno mai avuto un rapporto (né originario, né permanente e neppure temporaneo) col territorio italiano, sia se rapportata alla natura oramai strutturale – non più, come un tempo, del tutto contingente – del fenomeno migratorio e all'evidenza per cui la “migrazione temporanea”, che pure non è affatto scomparsa, ha lasciato spazio all'intenzione di moltissimi stranieri di radicarsi nella nostra società. Al più, tale argomentazione meriterebbe un ribaltamento di prospettiva che rinvenga proprio nella permanenza stabile sul territorio il fattore espansivo dei diritti dello straniero e un elemento *sostanziale* di cittadinanza, intendendo il territorio come luogo di relazione e crescita attraverso la comunicazione linguistica e la condivisione di valori, «fattore produttivo di esperienze di vita comuni ad ogni persona che in esso si stanZIA ed opera»<sup>6</sup>.

Ancora più nebuloso il criterio giustificativo addotto qualche anno più tardi nella sentenza cost. n. 244 del 1974, in cui si ravvisa l'esistenza «di un legame ontologico (del solo cittadino) con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano». Una tale impostazione si ripresenta anche in altre questioni riguardanti i diritti degli stranieri: si pensi alla sentenza in cui il Consiglio di Stato afferma che l'accesso al pubblico impiego deve ritenersi costituzionalmente riservato ai cittadini, poiché in questi sussisterebbe una naturale compenetrazione dei fini personali in quelli pubblici (sez. VI, sent. n. 43 del 1985).

In realtà, qui si nota l'evidente persistenza della centralità – non solo normativa ma anche psicologica – dello *ius sanguinis* nella raffigurazione dell'*imago civis*. Il criterio del sangue è ancora oggi guardato con favore (e non solo in Italia) probabilmente perché la trasmissione della cultura nazionale da cittadino a cittadino mediamente veicola alcuni valori ordinamentali di fondo, frena l'eccessiva atomizzazione della società e spinge verso la “somialianza” in alcuni tratti comportamentali fra i cittadini.

Senonché, non solo tali obiettivi possono essere realizzati o quantomeno promossi con altri mezzi – si pensi all'importanza della frequenza scolastica – ma tale premessa rischia di divenire una presunzione *iuris et de iure*, del tutto irrealistica specie nella forma pura dello *ius sanguinis*, prevista nel nostro ordinamento,

---

<sup>6</sup> A. RUGGERI, *Territorio, persone, Costituzione*, in *Diritti regionali*, 3/2018, 24. È interessante, sotto tale profilo, l'evoluzione avutasi nella giurisprudenza della CGUE in ordine all'impiego della locuzione “territorio dell'Unione”, a partire dalla nota sentenza *Ruiz Zambrano* dell'8.3.2011 (C-34/99). Per C. SALAZAR, *Territorio*, cit., § 5, «Questi segni di una metamorfosi in atto dello “spazio giuridico europeo” si rivelano particolarmente interessanti. Pur se soltanto nei casi ora visti, infatti, tale spazio mostra già oggi la propria attitudine a farsi territorio, nonostante l'Unione non sia uno Stato e nonostante siano ben note le difficoltà nella individuazione di un “popolo europeo” dotato di un'identità etnico-culturale omogenea (i Trattati parlano ancora di *popoli europei*, al plurale)».

che per esempio consente l'acquisto della cittadinanza all'interno di una famiglia che da moltissime generazioni non risiede più in Italia e che, unicamente in virtù della *bloodline*, dovrebbe ritenersi ancora parte della comunità politica italiana. Per converso, ad esempio, il limite della terza generazione per l'acquisto tramite *ius sanguinis* è previsto finanche nello Stato di Israele, in cui la particolare storia del popolo ebraico rende ancora oggi attuale il c.d. "diritto al ritorno" (ed alla cittadinanza) per gli ebrei della diaspora e per i loro familiari<sup>7</sup>.

Di certo, non solo lo *ius sanguinis* puro è un residuo storico non più in linea con la media dei Paesi europei – dove normalmente a tale criterio sono apportati correttivi di diverso segno (numero di generazioni, residenza dei genitori, combinazione con lo *ius soli*<sup>8</sup>, etc.) – ma, più in generale, l'enfaticizzazione del sangue a scapito di altri criteri (maggiormente adatti ad un Paese oramai ad alta immigrazione) è un tratto intrinsecamente e doppiamente *ineguagliario*. In primo luogo, in quanto non dipendente dalle scelte del soggetto, esso è ciò che meglio può combinarsi con eventuali (e pericolose) svolte nazionalistiche, con trasformazioni addirittura etnico-religiose della cittadinanza, che potrebbero nuovamente aversi in Europa. In secondo luogo, la centralità di tale criterio – ove combinata con una concezione etnica della cittadinanza – minaccia costantemente di creare differenze *fra criteri di acquisto dello status* e dunque *fra cittadini*. Si pensi ad ipotesi di "perdita" della cittadinanza applicabile solo *per alcuni*, come osserveremo con più attenzione nella parte finale di questo contributo. Insomma, fra la vera "nascita" da genitori cittadini e la simbolica "rinascita" nella nuova comunità attraverso la naturalizzazione pare rimanere comunque un solco vistoso, non solo teorico ma concreto e profondo.

La stessa formula del "legame ontologico" sembra adombrare in modo infelice l'idea di una perfetta identità "di sostanza" fra i componenti della comunità politica, che già era solamente l'oggetto di un proclama retorico nelle autocrazie della prima metà del Novecento e che oggi, a maggior ragione, sembra oggi davvero fuori dal tempo. Già sotto il profilo sociologico essa appare decisamente forzata, attesa la natura intrinsecamente fluida di ogni identità, individuale e collettiva. Se poi a tale pretesa identità di sostanza si vuole conferire

<sup>7</sup> A. SHACHAR, *Citizenship*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. M. Rosenfeld and A. Sajó, Oxford University Press, 2012, 1009. Sugli sviluppi della legislazione israeliana in tema di cittadinanza, cfr. G. MILANI, *La legislazione in materia di immigrazione e cittadinanza in Israele e gli effetti sulla popolazione araba e su quella ebraica*, in *Dir. imm. cit.*, 3/2013, 57 ss.; A. MARZANO, *Legge del ritorno e cittadinanza in Israele. Il delicato rapporto tra ebraicità e democrazia dopo la fine della stagione di Oslo (2000-16)*, in *Aa.Vv., Cittadinanze nella storia del mondo contemporaneo*, a cura di M. Aglietti e C. Calabrò, Milano, 2017, 62 ss. Ma v. ora la nuova e discussa "Legge fondamentale" approvata dal Parlamento israeliano il 19 luglio 2018, che denomina Israele "Stato nazionale del popolo ebraico": per utili approfondimenti, cfr. il n. 9/2018 di *Limes*.

<sup>8</sup> Per una classificazione dei criteri di *ius soli*, si rinvia al nostro *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2017 (e, *ivi*, alla bibliografia citata).

anche rilevanza giuridica, siffatta definizione esistenziale ed ontologica di cittadinanza potrebbe nascondere un concetto cripto-organicistico di popolo, in parte confuso con l'idea imperiale di nazione e più confacente ad uno Stato totalitario, in cui la cittadinanza viene concepita come traduzione morale dell'obbligo di fedeltà a uno Stato etico. Inoltre, il riferimento ad un modello astratto e uniforme di uomo appare in evidente contrasto con la nostra Costituzione, la quale impegna la Repubblica a calibrare il principio di pieno sviluppo della persona a partire dalla concretezza della sua esperienza e, dunque, dall'irriducibile diversità garantita a ciascuno dalla vocazione universalistica – ovviamente, non nel senso dell'appiattimento delle differenze – ed eterocentrica del costituzionalismo.

È evidente, comunque, che se già si ritiene per definizione esistente tale compenetrazione di fini, neppure può porsi il problema della cittadinanza come tappa dell'integrazione. Ma, oltre ai rilievi sopra formulati, mi sembra che tale impostazione vada incontro a due obiezioni di fondo.

#### 2.1. (segue): ... *tra dovere di fedeltà alla Repubblica*...

La prima obiezione consiste nel fatto che si spaccia la compenetrazione di fini e valori repubblicani nel cittadino come la semplice *descrizione* di un dato di fatto, di un valore morale per definizione posseduto dai *cives*, ma in realtà solo presunto. Se così fosse, sarebbe solo uno sterile esercizio di *storytelling*, una narrazione che, vista l'attuale situazione italiana, purtroppo non sempre corrisponde al vero. Tale compenetrazione è, piuttosto, il traguardo costante della scommessa democratica e l'obiettivo naturale di una democrazia costituzionale compiuta, che è tale perché inclusiva e pluralista. È vero, infatti, che proprio i cittadini sono gravati dall'art. 54, I c., Cost., del dovere di fedeltà alla Repubblica, recentemente declinato come «dovere di assicurare la continuità dell'ordinamento repubblicano nell'identità dei suoi principi fondamentali»<sup>9</sup>. Ma si tratta, appunto, di una *prescrizione* normativa, che incorpora il rischio dell'inosservanza sociale, la mancanza della compenetrazione dei fini pubblici nei cittadini e, dunque, è *deonticamente* (non *onticamente*) connotata. Del resto, la democrazia è una scommessa non solo (o tanto) sulle virtù civiche già possedute dai cittadini, ma sulla possibilità che l'«esercizio civico» crei o affini tali virtù. Lo stesso esercizio del diritto di voto non è solo strumentale al funzionamento della democrazia, ma è una possibilità di crescita della persona come cittadino, di sviluppo del suo pensiero politico, di ampliamento delle sue relazioni sociali, atteso che il voto non è unicamente un momento qualsiasi nella vita del *civis*, ma in esso può rinvenirsi il precipitato dell'intera trama di relazioni intrattenute dall'elettore.

Volendo sintetizzare, potrebbe dirsi che, per un verso, proprio la scommes-

<sup>9</sup> Cfr. A. MORELLI, da ultimo in *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *www.giurcost.org*, III/2018, 534, ma v. già ID., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, *passim*.

sa democratica ha bisogno di un punto di partenza, di una finzione giuridica: ammettiamo che tutto il popolo sia pronto, aduso alle virtù democratiche, in modo da metterlo nelle condizioni di diventarlo. Ma, per altro verso, se tale finzione non viene sorretta da meccanismi che alimentano di continuo la fattibilità della scommessa sostanziale – e dunque da strumenti di informazione, formazione e partecipazione del popolo, ma anche da specifici doveri di partecipazione democratica e solidale – il risultato è il dilagare del *populismo* che abbiamo sotto gli occhi. A sua volta, tale deriva alimenta, specularmente, le tesi oligarchiche ed elitiste che in essa rinvergono la dimostrazione del fallimento della democrazia. Per cui, se pure un sano realismo – e, dunque, l'evidenza dell'alto tasso di astensionismo e del crescente “analfabetismo funzionale” – impone di non mitizzare le virtù demiurgiche dell'allenamento democratico, le *patologie* appena ricordate dimostrano ancora una volta la necessità di affrontare con consapevolezza e senza comode scappatoie il vuoto democratico che si nasconde dietro la finzione sopra ricordata, uno spazio in cui paradossalmente è proprio la costruzione classica del cittadino, quello “sanguineo”, a mostrare le crepe più vistose.

Al di là di risibili “questioni di emocromo”, mi sembra, in definitiva, che l'idea del “cittadino ontologico” – che magari può anche non essere condensata in una specifica tesi dottrinale o giurisprudenziale, ma che, nondimeno, è una di quelle visioni del mondo che incidono sulle scelte in materia di accesso alla cittadinanza e convivenza sociale – porti ad un corto circuito nell'art. 54, I c.: il cittadino su cui grava il dovere di essere fedele alla Repubblica è lo stesso soggetto ritenuto, *per definizione* e presuntivamente, “fedele” alla Repubblica, i cui fini personali si ritengono compenetrati con naturalezza con quelli costituzionali.

Credo invece che questo *loop* si possa superare solo accedendo ad un necessario dualismo e riconoscendo dunque che, *sostanzialmente*, è cittadino chiunque partecipi alla vita della comunità politica ed assolva il dovere di fedeltà alla Repubblica (che, a sua volta, richiede un sentirsi fattivamente parte di tale comunità), mentre resterebbero fuori da tale accezione, ad esempio, i cittadini evasori fiscali, i quali disattendono il fondamentale principio di solidarietà economica. *Formale*, invece, è la definizione di cittadino realizzata attraverso i criteri legislativi di accesso allo *status*, cui l'art. 54, I c., rinvia per individuare, appunto: *formalmente*, i primi e più “accreditati” destinatari della disposizione, al fine di non incorrere in una tautologia altrimenti inevitabile che metterebbe in dubbio perfino l'utilità della *prescrizione* normativa.

Tuttavia, la cittadinanza “sostanziale” non è qui intesa come un sorta di cittadinanza *sociale*, non corrispondendo dunque alla nozione spesso impiegata per definire la condizione dello straniero nell'accesso alle prestazioni dello Stato sociale o, più in generale, per indicare la situazione di chi, pur non cittadino, fa comunque parte di una comunità «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», che «accoglie e accomuna tutti colo-

ro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»<sup>10</sup>. Certo, la giurisprudenza di apertura in materia, per quanto esposta ad alcuni paradossi, offre una prima importante direzione di marcia<sup>11</sup>. Nondimeno, com'è stato efficacemente affermato, «aver dato priorità a quelle diseguaglianze» di natura sociale – all'interno della “lotta per i deboli” – «ha (...) contribuito a lasciarne in piedi una (...) piuttosto grave», riguardante la cittadinanza politica<sup>12</sup>. Ed allora, il riferimento alla “cittadinanza sostanziale” – qui intesa come compenetrazione nei fini e nei valori costituzionali e, dunque, come fedeltà alla Repubblica – serve invece come direzione fondamentale per la stessa disciplina sulla cittadinanza formale e sulla condizione dello straniero.

In particolare, per tutte le persone stabilmente residenti nel territorio dello Stato – cittadini in senso formale e cittadini in senso sostanziale – è inevitabile un cammino di integrazione civica, anche perché la fedeltà del cittadino “naturalizzato”, intesa come elemento cardine della cittadinanza sostanziale, non può certo incominciare all'improvviso, *ex nihilo*, col giuramento<sup>13</sup>, previsto peraltro quale condizione di efficacia per l'acquisto della cittadinanza solo nel caso in cui quest'ultima sia *concessa* con decreto presidenziale (art. 10, I c., legge 5 febbraio 1992 n. 91). Di certo, la frase giurata in una cerimonia solenne è un impegno formale di adesione che produce un effetto formale<sup>14</sup>, un ulteriore momento di riflessione per il richiedente ed un atto dal forte valore simbolico, ma essa non può rivendicare analoga potenza performativa fino a dare attestazione di

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza 18 maggio 1999, n. 172.

<sup>11</sup> Tuttavia, proprio la ricordata sentenza n. 172 del 1999 offre un esempio di paradosso, poiché il ragionamento della Corte – che l'ha indotta a ritenere non illegittima la scelta del legislatore di estendere anche all'apolide l'obbligo militare – ha avuto come esito l'allargamento del solco fra diritti e doveri *politici* esistenti in capo al non cittadino.

<sup>12</sup> Così G. ZINONE, *L'immigrazione e l'incerta cittadinanza*, in *Il Mulino*, 5/2010, 765, secondo cui «si è, in altre parole, cercato di costruire una sia pur imperfetta cittadinanza sociale senza puntare fortemente sulla cittadinanza politica». Peraltro, l'analisi della giurisprudenza costituzionale lascia emergere l'esistenza di un'ulteriore “doppia marcia” nella tutela dei diritti degli stranieri: a passo veloce per i diritti sociali ed a passo lento per i diritti classici di libertà (a partire dalla libertà personale): sul punto, per la riconduzione di questo “passo doppio” a due differenti paradigmi, cfr. M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss. In tema di incidenza sulla libertà personale degli stranieri, v. da ultimo D. LOPRIENO, *“Trattenere e punire”. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018, spec. 96 ss.

<sup>13</sup> Sul processo di secolarizzazione del giuramento politico – e sulle vicende del suo regresso verso forme primitive durante il nazismo – v. il classico contributo di P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1982, spec. 489 ss.

<sup>14</sup> Sul punto v. S. MANGIAMELI, *Giuramento (formula del)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, App., III, Torino, 1982, 1034.

una *qualità* personale – che, paradossalmente, mancherebbe invece agli “altri” cittadini che quel giuramento non l’hanno prestato o risulterebbe singolarmente presunto per questi ultimi – e dunque a fare «di un popolo una cosa sola», come nel giuramento al *Fubrer*. Più realisticamente, il giuramento conclude la prima fase del cammino del cittadino e consente a chi lo formula di ricongiungere l’eventuale sostanza con la forma<sup>15</sup>.

In questa prospettiva, non la cittadinanza formale, ma soltanto la fedeltà ai principi fondanti dello Stato costituzionale personalista può essere il necessario e atteso orizzonte di senso per il cammino iniziato da chi intenda acquistare quello *status* e dunque orienti già molto tempo prima il proprio agire *come se* fosse – appunto: *sostanzialmente* – un cittadino italiano e venga, specularmente, riconosciuto come potenziale *civis*. A ritenere diversamente, dovrebbe ammettersi la singolare condizione di uno straniero (anche extracomunitario) titolare di un impiego pubblico<sup>16</sup> – in conformità a quanto oramai ampiamente riconosciuto, di certo per alcune categorie di non cittadini (legge 6 agosto 2013, n. 97, art. 7) e *in conformità alle indicazioni provenienti dalle fonti UE* – che svolga le funzioni connesse al suo ruolo con disciplina e onore, ma senza, al contempo (in mancanza della cittadinanza) sentirsi investito, in una certa misura, del connesso del dovere di fedeltà alla Repubblica italiana richiesto ai cittadini dal I comma dell’art. 54. Anzi, si è qui di fronte ad una *fedeltà qualificata* che si traduce nel servire i principi costituzionali ed i diritti fondamentali della collettività con funzioni e responsabilità differenti rispetto ad un normale cittadino (... nell’interesse esclusivo della Nazione)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Simile per la necessità di ricongiungere la cittadinanza sostanziale a quella formale – ma non del tutto identica all’impostazione teorica qui accolta – è la prospettiva entro cui può collocarsi l’evocativa formula dello *ius nexi* coniata da Ayelet Shachar (in *Citizenship*, cit., 1018) per descrivere il più generale criterio del legame che dovrebbe consentire l’acquisto della cittadinanza a quegli stranieri arrivati negli Stati Uniti in tenera età che «già la praticano».

<sup>16</sup> Per una sintetica panoramica sugli sviluppi in materia, sia consentito rinviare al nostro *Stranieri e pubblico impiego*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro, Napoli, 2016, 329 ss. In tema, v. ora V. MARCENÒ, V. PARUZZO, «Non c’è lavoro per tutti». Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego, in AA.VV., *Diritti uguali per tutti. Gli stranieri e la garanzia dell’uguaglianza formale*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana, Milano, 2017, 211 ss.

<sup>17</sup> Peraltro, l’art. 54, II c., rimette alla legge il compito di individuare i casi in cui occorra prestare giuramento e, dunque, ogni qualvolta il legislatore lo preveda e l’accesso a siffatti impieghi sia consentito agli stranieri, anche questi ultimi dovranno giurare la propria fedeltà alla Repubblica. Segnatamente, l’art. 2 del d.P.R. 19 aprile 2001, n. 253, prevede per la categoria indicata dall’art. 2, IV c., del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 – i dipendenti statali non contrattualizzati – l’obbligo di prestare giuramento di fedeltà alla Repubblica al momento della loro assunzione in servizio. Ora, al di là del fatto che l’appena ricordata disposizione del 1993 è stata abrogata dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, va ricordato che si tratta di impieghi tendenzialmente riservati ai cittadini (si pensi alle forze armate, ai magistrati, etc.).



Anche il giuramento è comunque un *rito* la cui eventuale mancanza – ove non richiesto – non rende certo meno esigente l'anzidetto dovere di fedeltà e la cui eventuale presenza non costituisce ma, al più, conferisce solennità alla scelta *sostanziale* di servire la Repubblica italiana (non certo l'amministrazione come corpo separato)<sup>18</sup> e di farlo, in questo caso, attraverso un impiego cui risultano connesse specifiche responsabilità. La considerazione sistematica delle norme fin qui richiamate si allontana dunque oramai in modo assai marcato dalla tesi che dalla forte connotazione politica (oltre che giuridica) del giuramento fa discendere l'esclusione degli stranieri dalle cariche pubbliche per le quali esso possa essere (o sia concretamente) prescritto<sup>19</sup>.

Il fatto, poi, che alcuni fra tali impieghi – quelli comportanti “l'esercizio di poteri pubblici”<sup>20</sup> – siano attualmente sottratti ai non cittadini italiani non toglie nulla al fatto che uno straniero possa essere (e risulti, come si è visto) comunque chiamato alla difesa dei valori repubblicani *nei limiti in cui gli sia consentito*, come testimonia peraltro, in modo inequivocabile, anche il noto caso dell'accesso degli stranieri regolarmente residenti al servizio civile nazionale<sup>21</sup>. La questione qui accennata, com'è noto, è molto antica e stupisce quindi che non si tenga conto dei giganti che, sia pure in altri tempi e contesti, l'hanno affrontata: non si dimentichi che, pur avendo vissuto per molti anni nella “sanguinea” Atene, per Aristotele era la possibilità di partecipare al governo della cosa pubblica a “fare” il cittadino, non già il criterio di accesso alla cittadinanza (e, dunque, neppure lo *ius sanguinis*)<sup>22</sup>. Al contrario, in Italia resiste (almeno parzialmente) l'impostazione della dottrina statualistica più risalente che intravede nella titolarità di un pubblico impiego la possibilità di esercitare un vero e proprio diritto politico, fondando su tale classificazione la totale esclusione degli stranieri. Inoltre, nonostante diverse aperture già avvenute a livello legislativo, si intravedono ancora fortissimi segnali di resistenza *contra legem* dell'amministrazione nella predisposizione dei bandi di concorso.

---

<sup>18</sup> Secondo L. VENTURA, *Sub art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994, 94, «il giuramento stesso nulla aggiunge sul piano giuridico ai doveri che incombono già sul cittadino ed a quelli tipici del cittadino cui siano affidate pubbliche funzioni».

<sup>19</sup> E. CASTORINA, *Introduzione*, cit., 210 ss.

<sup>20</sup> ... formula peraltro di non facile perimetrazione, ma riempita progressivamente di significato soprattutto attraverso la giurisprudenza della CGUE e lo strumento del rinvio pregiudiziale [si v. la nostra voce *Pubblico impiego* (accesso al), in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera e A. Rauti, in corso di pubblicazione].

<sup>21</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015. Sul punto, sia consentito rinviare al nostro *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2015.

<sup>22</sup> Com'è noto, per lo Stagirita l'individuazione dei criteri di accesso alla cittadinanza dipende dalle peculiarità delle singole Costituzioni degli Stati: cfr. ARISTOTELE, *Politica*, a cura di L. Laurenti, Roma-Bari, 2007, spec. 80 ss. (Libro terzo, 5, 1278 a).

## 2.2. (segue): ... e “dilemma di Böckenförde”

La tesi della compenetrazione di fini e valori costituzionali sembra alludere ad una *naturale* adesione interiore del cittadino al quadro di fini e valori costituzionali. Sotto tale aspetto, l'illusione del “cittadino ontologico” sembra un vano tentativo di sfuggire al noto *dilemma di Böckenförde*, secondo cui lo Stato liberale (e dunque lo stesso Stato costituzionale), in quanto oramai secolarizzato – e, dunque, “liberato” dalla legittimazione divina – non può assicurare i presupposti su cui si fonda<sup>23</sup>. È chiaro, infatti, che l'adesione intima ai valori politici fondamentali è un dato *pre-giuridico* che non può essere imposto dallo Stato costituzionale se non al prezzo di ricadere «in quella istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali» o, ad esempio, ricorrendo agli strumenti tipici dei totalitarismi del Novecento che costituiscono la sua stessa negazione, fermo restando che singole condotte potranno essere qualificate in termini di illecito penale.

Qui, però, entra in gioco un paradosso: i presupposti pre-giuridici su cui lo Stato costituzionale si fonda non riguardano solo i *cives* e la finzione del legame ontologico del cittadino con lo Stato non può reggere nel lungo periodo, perché uno Stato costituzionale deve, per così dire, guardare continuamente verso l'“abisso” dell'effettività dei valori costituzionali. Se, infatti, i presupposti politici non possono essere assicurati con mezzi illiberali, *il dover essere* di chi partecipa alla convivenza civile (e dunque anche dei cittadini *potenziali*), perseguito con mezzi liberali, rimane la scommessa necessaria della democrazia costituzionale, poiché la vitalità e la sopravvivenza della Carta dipendono dalla diffusa *adesione* ad essa all'interno della comunità politica e, dunque, dalla *Wille zur Verfassung* di cui parlava Konrad Hesse. Allo stesso tempo, però, scopercchiare il vaso di Pandora di questa “presunzione” può avere effetti dirompenti e paradossali di cui è bene avere piena consapevolezza.

In particolare, proprio perché le virtù civiche dei cittadini sono *presupposte* e non *poste* (dallo Stato costituzionale), lo sviluppo coerente e radicale dell'idea di cittadino ontologico porta *de plano* a differenze non solo *rispetto agli stranieri*, ma anche *all'interno di questi ultimi*. Se, infatti, non si può garantire l'omogeneizzazione ad una *sostanza*, si potrebbe cercare di impedire o rendere molto più difficile l'accesso allo straniero il cui quadro di valori – per storia, credo o cultura – sia completamente distante dalla meta-etica pubblica costituzionale o assicurare la pretesa omogeneità attraverso il ricorso alla revoca dello *status civitatis* di chi è già cittadino (implicitamente dando vita a una rottura costituzionale: cfr. art. 22 Cost.). Ritorna fra le righe, così, lo spettro dello Stato etico. A ben vedere, si

<sup>23</sup> Così, E.W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione [e Utopia]*, Brescia 2006, 68 (su cui v., di recente, l'analisi filosofica di F. CACCIATORE, *Fondamenti prepolitici della democrazia?*, in AA.VV., *Sui presupposti di un nuovo umanesimo. Tra ragione, scienza e religione*, a cura di G. Baptist, Milano, 2015, 283 ss.).

tratta di una fra le più attuali questioni legate alla cittadinanza nel mondo, che non sempre nei diversi Stati riesce a trovare una soluzione ottimale o equilibrata. Sotto tale profilo, anche la distinzione fra *condotta* e *pensiero* (o *credo*) conosce punti di contatto: per esempio, indossare il *burqa* è eventualmente vietato in quanto condotta (magari in contrasto con norme sulla sicurezza o principi costituzionali) o come espressione di un credo o per entrambi i motivi?

È chiaro che nel nostro ordinamento l'eventuale ricorso a criteri di acquisto dello *status civitatis* differenziati per *nazionalità* o *religione* porrebbe non pochi problemi in relazione al principio di eguaglianza, rientrandosi addirittura in due di quelle ipotesi in cui il giudizio di ragionevolezza deve essere informato allo *strict scrutiny*. Tuttavia, ciò non basta, poiché il pluralismo assiologico costituzionale ed il principio di tolleranza sono condizioni minime di sopravvivenza della comunità politica e la stessa interpretazione costituzionale è pur sempre un fattore culturalmente orientato, proprio perché i principi rimandano ad un orizzonte valoriale di senso che sta fuori dal diritto, ai c.d. presupposti metagiuridici originariamente (e ancora oggi) legati ad una determinata antropologia<sup>24</sup>.

Il realismo necessario ogni qualvolta v'è il rischio di incidere sulle *basic features* dello Stato costituzionale induce anche a riconoscere che solo la prospettiva della *convivenza* – e quindi anche dell'acquisto della cittadinanza come tutela contro la spada di Damocle dell'eventuale espulsione – possa disinnescare le forme *identitarie* più estreme. Questa sfida impegna ancor di più il legislatore nell'individuare percorsi qualificati e gradualmente di “allenamento democratico e liberale” dello straniero inteso come potenziale cittadino. Per quanto, infatti, possa considerarsi tranquillizzante la nozione *formale* dello *status civitatis* – rispetto alla quale si possono, in teoria, chiudere o aprire fittiziamente le porte – il suo più scomodo *alter ego* (la cittadinanza *sostanziale*, derivante innanzitutto dall'effettiva fedeltà alla Repubblica) ci richiama comunque alla necessità di un'attenzione costante a tale aspetto, perché in uno Stato costituzionale, a differenza della vicenda dell'Ulisse omerico, non possiamo sapere se e quando si presenteranno le sirene della demagogia ed il rischio di una transizione extrademocratica<sup>25</sup>. A fronte di tale pericolo – che riguarda costantemente anche, se non prima, tutti i cittadini, come dirò meglio più avanti – quello stesso Stato che non può imporre le condizioni assiologiche della propria sopravvivenza, è tenuto dunque a coltivarle, ad agevolarne l'attecchimento e la permanenza.

---

<sup>24</sup> Sulla differenza fra presupposti pre-giuridici e meta-giuridici nell'approccio ai diritti fondamentali, v. A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1991, 453 ss., che riprende questa tesi in *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005.

<sup>25</sup> Sull'utilità descrittiva – ma anche sui limiti euristici – della c.d. clausola di Ulisse, sia consentito rinviare, anche per opportune indicazioni bibliografiche, al nostro *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni*, in *Dir. soc.*, 3/2015, 503 ss.

### 3. *L'emersione della "cittadinanza liquida": lo status civitatis "mercatorio"*

Ben diverso, ma non meno pericoloso – anche se ancora non presente nel nostro ordinamento – è il fenomeno della cittadinanza c.d. “mercatoria”, riscontrabile ogni qualvolta lo *status civitatis* diventa nella sostanza una merce acquistabile. Ciò non avviene normalmente con un vero e proprio scambio, quanto piuttosto modulando sensibilmente gli ordinari requisiti della naturalizzazione al fine di creare delle *fast tracks* per chi investe o dona *financial assets*. Segnatamente, si tratta di donazioni di somme di danaro o investimenti di diverso tipo (in quote azionarie, in titoli di Stato, in immobili, etc.), mentre in altri casi il singolo Stato può ritenere comunque sussistente un suo specifico interesse economico. Si tratta di una cittadinanza “liquida”, non solo o tanto perché il suo acquisto richiede la disponibilità di ingenti somme di danaro, quanto e soprattutto perché essa non può vantare adeguati e ragionevoli addentellati in una concezione politico-solidaristica dello *status* di cittadino.

Si possono riscontrare molteplici esempi anche in Stati dell'Unione, con l'esempio più vistoso di Malta, in cui alla rigidità nella gestione del fenomeno immigratorio fa da contraltare, a partire dal 2013, l'*Individual Investor program*, che ha attirato le critiche del Parlamento europeo espresse nella risoluzione n. 2013/2995. Segnatamente, Malta aveva previsto la possibilità di acquistare la cittadinanza nazionale anche mediante la destinazione di una ingente somma di danaro (650 mila euro, oltre a proprietà immobiliari per 350.000 euro) a molteplici forme di investimento, mentre l'avvio a suo carico di una procedura di infrazione ha avuto come conseguenza l'inserimento nella normativa maltese, nel 2014, del requisito di almeno un anno di residenza pregressa oltre ai *financial assets* e ad altre condizioni limitative riguardanti eventuali pericoli per la sicurezza dello Stato.

Se tale richiamo dall'Unione ha avuto una modesta conseguenza, tuttavia esso possiede un importante valore simbolico, perché costituisce un'importante novità in materia e perché lo spettro della procedura di infrazione ha quantomeno costretto uno Stato a modificare la sua normativa sulla cittadinanza per correggere un criterio di acquisto dello *status civitatis* che non richiedeva un sufficiente legame col territorio<sup>26</sup>. Allo stesso tempo, poi, esso appare decisamente singolare se messo a raffronto con la sentenza *Micheletti* del 7 luglio 1992 (causa C-369/90), nella quale, in modo chiaramente funzionale all'espansione della

---

<sup>26</sup> Si ricorderà come in altri casi fossero state invece le pressioni provenienti da altri Stati a spingere verso la correzione di criteri di acquisto della cittadinanza molto inclusivi per attenuare gli effetti dirompenti di alcune pronunzie della Corte di Giustizia. Emblematica in tal senso è la vicenda definita con la sentenza *Zhu Chen* del 19 ottobre 2004 (causa C-200/02) a seguito della quale, su insistenza del Regno Unito, la Repubblica d'Irlanda ha abbandonato il criterio dello *ius soli* “puro” in luogo di una sua forma temperata.

neo-istituita cittadinanza europea, la Corte di Giustizia non riconobbe alcun rilievo alla necessità che i criteri di acquisto della cittadinanza dei singoli Stati membri fossero fondati sull'esistenza del c.d. *genuine link*, che, al contrario, era stato il vero e proprio perno della ben più risalente decisione *Nottebohm* della Corte Internazionale di giustizia del 1953. La conseguenza fu il principio per cui uno Stato membro non può sindacare i criteri di acquisto della cittadinanza adottati da un altro Paese dell'Unione e dunque – si noti bene – *non può riconoscere ad alcuno i diritti collegati all'acquisto, per tale via, anche della cittadinanza europea*. È pur vero che nel frattempo nella successiva sentenza *Rottmann* del 2 marzo 2010 (causa C-135/08) era emersa una prospettiva nuova e timidamente limitativa della libertà degli Stati nelle decisioni sulla *revoca* della cittadinanza nazionale alla luce dei conseguenti effetti (anche qui: di perdita) della cittadinanza UE, mentre un'altra prospettiva di *favor* per il *genuine link* e di limitazione della libertà degli Stati nella revoca della cittadinanza emerge da ultimo nella decisione *M.G. Tjebbes* (causa C-221/17), in cui la Corte riconosce la possibilità per uno Stato di stabilire la perdita della cittadinanza *per assenza di legami effettivi* – nel caso di specie, ad esempio, per aver posto il cittadino la sua residenza abituale per dieci anni fuori dai Paesi Bassi – e, tuttavia, sempre previo rispetto del principio di *proporzionalità* che «richiede una valutazione della situazione individuale dell'interessato e della sua famiglia al fine di determinare se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, qualora comporti quella dello status di cittadino dell'Unione, abbia conseguenze che inciderebbero in modo sproporzionato, rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale, sullo sviluppo normale della sua vita familiare e professionale, sotto il profilo del diritto dell'Unione. Siffatte conseguenze non possono essere ipotetiche o eventuali»<sup>27</sup>. In tal senso, per la Corte «L'articolo 20 TFUE, letto alla luce degli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, che prevede, a determinate condizioni, la perdita ipso iure della cittadinanza di tale Stato membro comportando, nel caso di persone che non sono in possesso anche della cittadinanza di un altro Stato membro, la perdita del loro status di cittadino dell'Unione europea e dei diritti ad esso correlati, a condizione che le autorità nazionali competenti, inclusi, se del caso, gli organi

---

<sup>27</sup> § 44. Segnatamente, poi, «nell'ambito di tale esame di proporzionalità, le autorità nazionali competenti e, se del caso, gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad assicurarsi, in particolare, che una siffatta perdita di cittadinanza sia conforme ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta di cui la Corte garantisce il rispetto e, più precisamente, al diritto al rispetto della vita familiare, quale sancito dall'articolo 7 della Carta, posto che detto articolo dev'essere letto in combinato disposto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, riconosciuto dall'articolo 24, paragrafo 2, della Carta (sentenza del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 70)» (§ 45).

giurisdizionali nazionali, possano esaminare, in via incidentale, le conseguenze di tale perdita della cittadinanza e, eventualmente, far riacquistare *ex tunc* la cittadinanza agli interessati, in occasione della domanda, da parte dei medesimi, di un documento di viaggio o di qualsiasi altro documento comprovante la loro cittadinanza. Nell'ambito di siffatto esame, tali autorità e organi giurisdizionali devono verificare se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, che comporta quella dello status di cittadino dell'Unione, rispetti il principio di proporzionalità con riferimento alle conseguenze che essa determina sulla situazione di ogni interessato e, se del caso, dei suoi familiari, sotto il profilo del diritto dell'Unione».

Ora, sia l'intervento sulla vicenda maltese che le ultime due sentenze appena ricordate sono ancora timidi e isolati tentativi di porre rimedio ad alcune delle più vistose e negative conseguenze di un sistema che, in qualche modo, l'Unione stessa ha creato nell'intento di rendere effettivo il principio di non discriminazione fra cittadini europei. Se tale sforzo, va detto, è riuscito nell'intento di consolidare un sistema dei diritti dei cittadini europei, ha invece fallito nell'intento di spingere tutte le istituzioni della UE e soprattutto gli Stati membri verso l'indispensabile *step* dell'unione pienamente *politica*. Anzi, la mia idea è che la stessa Unione abbia contaminato molti campi che chiamano in causa i valori del personalismo – a partire dall'immigrazione – con la logica della selezione e dell'autosufficienza economica<sup>28</sup>. Va detto peraltro che l'esempio della *Golden Citizenship* maltese è stato seguito anche da altri Paesi, senza che, a quanto mi risulti, la Commissione abbia avviato ulteriori procedure di infrazione. La fine di tutto è, paradossalmente, la dimostrazione che basta poco (il requisito della residenza per un anno) per aggirare il timido richiamo dell'Europa, ma anche un paradossale effetto *boomerang*: lo Stato maltese che pubblicizza il suo programma di cittadinanza per investimento come l'unico autorizzato dall'Unione.

Di certo, la c.d. *Citizenship for Sale*<sup>29</sup> attesta la natura vorace delle esigenze economiche statali, che rischiano di fagocitare ogni tipo di valutazione etica, comunitaria – e, talvolta, anche securitaria – nella comparazione fra le situazioni degli stranieri, anche a costo di creare discriminazioni *dentro lo Stato e fra i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea*. Ed è evidente che il “mercato della cittadinanza” ha come effetto *boomerang* il consolidamento di una forma *mercatoria* dello *status civitatis*, che riduce quest'ultimo ad un guscio vuoto o lo riempie di

<sup>28</sup> Una logica che sembrava sfumare in alcune decisioni della Corte di Giustizia, ma che ha più di recente mostrato la sua “resilienza”: cfr. N. NIC SHUIBHINE, *The Resilience of EU Market Citizenship*, in *CML*, 47 (2010), 1597 ss.

<sup>29</sup> Cfr. C. ARMSTRONG, *The Price of Selling Citizenship*, in AA.VV., *Debating Transformations of National Citizenship*, a cura di R. Bauböck, IMISCOE Research Series (2018), 25 ss. ma v. pure E. FUMERO, F. STRUMIA, *Stranieri integrati e cittadini emarginati? Profili evolutivi di una nozione sociale della cittadinanza europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2015, spec. 433 ss.

altra sostanza, potenzialmente velenosa, recidendo l'importanza dei legami interpersonali con la comunità di appartenenza- Infine, essa pone ulteriori pietre di inciampo sul percorso, già accidentato, di costruzione di una cittadinanza europea come *status* fondamentale *politico*. Basti pensare al fatto che in alcuni casi (che sembrano tuttavia costituire un'eccezione) neppure sono previsti test linguistici per l'acquisto della *Golden Citizenship*, quasi a sottolineare che il cittadino potrà anche non intrattenere alcuna relazione col resto della comunità politica e che il danaro debba valere alla pari di specifiche abilità linguistiche faticosamente acquisite (*the money is language*).

Una situazione intermedia – ma sempre dominata dalla logica economica – è rinvenibile nei Paesi in cui l'*Investor Visa* è un programma per ottenere un permesso speciale di soggiorno. Si può ad esempio fare riferimento al Regno Unito, dove chi investe almeno 2 milioni di sterline ed apre un conto presso una banca regolamentata in quello Stato ottiene il visto di investitore senza dover sostenere un test di lingua e, se investe 10 milioni, potrebbe addirittura ottenere l'*indefinitive leave to remain* dopo appena 2 anni di residenza (purché consegua almeno la certificazione del livello linguistico B1), avendo poi la strada spianata per richiedere la cittadinanza. Ma non va dimenticato che un permesso di questo tipo, di durata biennale, è previsto anche dall'art. 26 *bis* del nostro T.U. imm. – introdotto con legge 11 dicembre 2016, n. 232 – per gli stranieri extracomunitari che investano almeno due milioni di euro in titoli di Stato oppure un milione in una società di capitali italiana o, infine, cinquecentomila euro in una *startup* innovativa italiana, oppure effettuino la donazione di almeno un milione di euro a sostegno di un progetto di pubblico interesse, nei settori della cultura, istruzione, gestione dell'immigrazione, ricerca scientifica, recupero di beni culturali e paesaggistici. Il fatto che poi tale tipologia di permesso risulti poco attrattiva – considerate anche le alte cifre richieste – non toglie rilievo alla critica che è possibile muovere a tali iniziative.

Ritornando ora al tema della cittadinanza, se è vero che la partecipazione economica alla vita di una collettività potrebbe essere intesa come il contributo di chi vuole sentirsi parte della collettività, il modo in cui essa viene qui declinata – attraverso cioè la richiesta non di una semplice contribuzione fiscale, ma di ingenti somme di denaro (donate o investite) – non solo crea profonde discriminazioni, ma svuoterebbe di senso il problema della cittadinanza come tappa o strumento, nonché orizzonte di integrazione. Difatti, a tali “cittadini” – o agli stranieri che ottengono lo speciale *Investor Visa* per soggiornare regolarmente nel territorio statale – spesso non è affatto richiesto neppure l'inizio di un vero cammino in tale direzione.

L'incoerenza di tali pratiche viene del resto confermata, nell'esempio maltese, dal fatto che chi acquista per tale via la cittadinanza statale non è tenuto a pagare imposte – se non limitatamente a quanto guadagna nel territorio dello



Stato – e, a differenza dell'esercizio dei diritti politici nelle elezioni per il Parlamento UE, per l'elezione della Camera rappresentativa può essere richiesto l'assolvimento di ulteriori condizioni<sup>30</sup>, emergendo così una singolare congiunzione fra *cittadinanza statale potenzialmente parziale* e *(piena) cittadinanza europea*. Se tale facile accesso alla cittadinanza dell'Unione «pare essere un riflesso della scarsa rilevanza del (relativo) profilo politico»<sup>31</sup>, nondimeno esso risponde ad una logica paradossalmente in grado di erodere dall'interno anche la categoria dello *status civitatis* nazionale, se è vero che pure i requisiti di residenza richiesti per l'esercizio dei diritti politici a livello nazionale appaiono assai modesti.

4. *Dal cammino per la cittadinanza al cammino del cittadino (potenziale e/o reale). Riflessi del principio personalista sui criteri di acquisto della cittadinanza e sulla disciplina relativa alla condizione giuridica dello straniero*

Se i due modi di definire il titolare dello *status civitatis* – il c.d. “cittadino ontologico” o il “cittadino aureo (o mercatorio)” – portano discutibilmente all'inutilità di qualsiasi ricostruzione della cittadinanza come strumento o tappa di integrazione, le conclusioni mutano sensibilmente ove si parta da una tesi *normativa* della cittadinanza orientata dal principio del personalismo che permea di sé l'intera Costituzione italiana.

Naturalmente è impossibile qui approfondire adeguatamente il punto in tutti i suoi complessi profili filosofici (e/o teologici), anche perché esistono com'è noto molti tipi di personalismo, ma uno dei risvolti più emblematici del principio personalista consiste nel guardare alla persona nella sua “integralità”, concetto che rinvia, fra l'altro, all'umanesimo, appunto “integrale”, di Jacques Maritain, autore caro ad alcuni costituenti italiani, ma che pure richiama taluni tratti dell'*Ánthropos téleios* biblico descritto dal teologo protestante Dietrich Bonheffer nel suo diario di prigionia durante la seconda guerra mondiale: l'uomo che affronta nella sua indivisibilità le esperienze frammentate del mondo. Si tratta, in particolare, della necessità – ben presente ai costituenti, come dimostra il noto ordine del giorno dossettiano del 9 settembre 1946 – di guardare alla persona come sintesi complessiva dei diversi luoghi e modi dell'essere, in necessario rapporto con la comunità sociale ed i gruppi intermedi che contribuiscono a definirne l'identità. Così, ad esempio, il *lavoratore* non è solo un produttore di

<sup>30</sup> Ad esempio, *anche* chi acquista la cittadinanza maltese attraverso l'*Individual Investor Program* può esercitare il diritto di voto per l'elezione della Camera rappresentativa solo se, al momento della registrazione negli elenchi elettorali, è residente ed ha risieduto nel territorio dello Stato almeno sei mesi negli ultimi diciotto (art. 57 della Costituzione di Malta del 1964).

<sup>31</sup> P. MINDUS, E. PRATS, *La cittadinanza «a pagamento» nell'Unione Europea*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 247.

forza lavoro, ma è (o potrebbe/vorrebbe essere) molto di più: è anche un soggetto con una propria dignità, un padre o una madre di famiglia (si pensi alla finalità anche solidaristica della retribuzione: art. 36 Cost.), il componente di uno o più sindacati e partiti, forse un credente, comunque il membro di una comunità sociale e politica, e così via. Rispetto allo straniero, il principio del pieno sviluppo della persona, inteso in questa accezione forte, richiede necessariamente che la legislazione valorizzi e renda via via meno precario il progressivo radicamento di ciascuno nelle diverse comunità di cui fa parte, attraverso un progetto di integrazione non diviso a compartimenti stagni, così come “una” è la persona che racchiude i suoi molteplici modi di essere.

Al contrario, dunque, dell'esperienza romana in cui la *persona* indica una maschera sociale, un ruolo, quello appunto di cittadino – mentre il *servus non est persona* – nel nostro ordinamento lo straniero, in quanto “già” *persona*, va considerato nelle sue diverse potenzialità di essere sociale, e dunque anche come potenziale cittadino che intraprende un *cammino civico*. In tale prospettiva, è vero che l'acquisto della cittadinanza come obiettivo *vicino* ed *accessibile* può maggiormente spingere lo straniero a percepire come *propria* la comunità in cui vive, condividendone il destino. In tal senso, *guidare* lo straniero verso quello snodo decisivo è un requisito importante per la costruzione della stessa convivenza civile, perché la persona, sottratta in tal modo ai pericoli dell'eventuale marginalizzazione, viene collocata al centro della scena e ancor più sostenuta nella creazione dei suoi legami e nella capacità di contribuire al progresso della società. Insomma, se è vero che l'acquisto della cittadinanza comporta la sicurezza giuridica connessa ad uno *status* tendenzialmente non revocabile, qualora essa sia intesa come tappa intermedia – che lega la speranza ad un orizzonte probabile di trasformazione della propria condizione – può più facilmente rafforzare, *anche prima che sia acquistata*, un legame sociale, un senso più profondo di appartenenza e di comunanza. Per quanto non esistano automatismi sociali, un tale fenomeno di riconoscimento certo agevola l'effetto specchio consistente nel riconoscere come persone anche gli altri membri della comunità politica.

Purtroppo, l'acquisto della cittadinanza – che pure consente alle minoranze di difendersi attraverso i diritti politici – non sottrae completamente alla paura del diverso ed alla patologia del razzismo, che prende normalmente di mira non distinzioni su base giuridica, ma fattori più visibili esteriormente (etnici, religiosi). Ma è anche vero che nella favola di Esopo le lepri paurose e fuggitive non scappano più solo dopo aver visto che *altri* animali, le rane, cominciano a scappare perché hanno paura di loro. Questo racconto è adatto a descrivere la strisciante tendenza politica ad innescare una *lotta tra poveri* per celare l'assenza di un'adeguata *lotta alla povertà*, ma suggerisce anche che qualsiasi elemento osservabile (non necessariamente somatico, ma connesso anche al tipo di abbigliamento o al proprio stile di vita) può essere elevato a *differenza fondamentale* fra persone

e, dunque, divenire il bersaglio dell'odio o della soddisfazione misera che può provare chi scopre che *tutti sono infelici, ma qualcun altro è più infelice*<sup>32</sup>.

Di fronte a nuove ed arbitrarie tecniche di selezione discriminatoria, sempre possibili, il perdurante riferimento dell'art. 3 della Carta alla "razza" opera come fondamentale baluardo contro discriminazioni perpetuate secondo il medesimo schema per nuovi motivi, perché il razzismo non è finito e può sopravvivere anche... senza razza<sup>33</sup>. Piaccia o no, la paura dell'altro si può superare solo con politiche di contaminazione culturale.

La tesi della cittadinanza come *tappa intermedia* di un cammino di integrazione, postula almeno due corollari, il primo dei quali relativo ai criteri di acquisto della cittadinanza. Con riferimento alla naturalizzazione, l'analisi comparata mostra almeno tre diverse tendenze: ai lati opposti potrebbero essere collocati gli Stati che richiedono un lunghissimo periodo di residenza (in alcuni casi, fino addirittura ai 15 o 30 anni, insieme ad un alto tasso di discrezionalità amministrativa) e quelli che, invece, agevolano l'acquisto per tale via prevedendo una durata limitata della residenza (ad esempio, dai tre ai cinque anni), unita ad un *favor* per il richiedente. Al fondo v'è evidentemente un diverso modo di concepire la cittadinanza: qui come "premio" (ahimè tardivo) di un'integrazione già avvenuta, lì come "tappa" (importante) di una integrazione *in itinere*, per quanto possano darsi situazioni intermedie in cui i due elementi risultano variamente combinati e di diverso tenore possono presentarsi gli ulteriori requisiti richiesti, come, ad esempio, il livello di conoscenza linguistica acquisita<sup>34</sup>.

Ora, come in parte già indicato, credo che molteplici argomenti a favore di un'adeguata attuazione del principio personalistico spingano verso il secondo dei modelli di indicati per quanto riguarda l'acquisto per residenza. Tuttavia, anche qui la prospettiva personalistica impone di guardare al territorio non come semplice luogo fisico, ma come *spazio di relazioni orientate* alla meta-etica pubblica costituzionale. Ciò potrebbe tradursi, ad esempio, nella valorizzazione del grado di radicamento della famiglia: si pensi ad alcune ipotesi di *ius soli* ibrido, ad esempio, per chi nasce nel territorio italiano da stranieri che hanno già i requisiti per ottenere o abbiano già ottenuto il permesso di lungo soggiornante. Analoga attenzione dovrebbe essere garantita alla residenza qualificata da espe-

<sup>32</sup> È più facile, ad esempio, che un atto di razzismo avvenga nei confronti di un soggetto originario dell'Africa, anche se cittadino italiano, piuttosto che di uno straniero spagnolo, tedesco o francese, perché è la "diversità osservabile" a generare paura per ciò che non si conosce e/o a divenire facile bersaglio della rabbia sociale o di una propensione personale all'odio.

<sup>33</sup> Cfr., di recente, P. GROSSI, *La parola razza deve restare nella Costituzione, è un monito contro l'odio*, in *La Repubblica* del 6 febbraio 2018; G. SILVESTRI, *Il termine "razza" nella Costituzione*, in AA.VV., *Razza e ingiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, Roma, 2018, 69 ss.

<sup>34</sup> V. M. SAVINO, *Quale cittadinanza per l'Italia*, in AA.VV., *Oltre lo ius soli. La cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, a cura di M. Savino, Napoli, 2014, 22 ss.

rienze di condivisione e contaminazione socio/culturale, come può esserlo per un minore la frequenza della scuola, o, per giovane o un adulto, anche la spontanea partecipazione ad esperienze di volontariato qualificato (Protezione civile, Croce Rossa, Vigili del fuoco), anche se parzialmente retribuito (servizio civile nazionale), oppure ad organismi consultivi locali, come le Consulte degli stranieri eventualmente previste dagli Statuti comunali (con la conseguente, necessità per i governi locali di rendere effettivi tali meccanismi di raccordo) o l'elezione dei consiglieri aggiunti nel Consiglio comunale (e/o nel Consiglio dei Municipi) in rappresentanza degli stranieri extracomunitari residenti in quel territorio.

Ovviamente, pur ammesso che tali istituti democratici non siano previsti solo sulla carta, anche qui occorre rifuggire dall'abbozzare quadri irenici o dall'idealizzare facili meccanismi di "fabbricazione" dei cittadini in società pluraliste, anche alla luce delle comprensibili critiche cui inevitabilmente soggiacciono tesi eccessivamente appiattite sulle virtù creative della c.d. *deliberative democracy* o degli "ideali educativi progressivi".

Tuttavia, va pure sgombrato il campo dai tentativi di spacciare le eventuali patologie democratiche per difetti intrinseci dell'autogoverno, dietro ai quali possono nascondersi altrettante mitologie, nonché lo stesso dogma di chi ritiene che *cittadini non si diventa ma si può solo nascere*. Allora, il compito più arduo è proprio quello di ripensare e ricomporre tali criteri con realismo, a partire dalla concreta condizione di vita degli immigrati, ma anche con il coraggio dei capovolgimenti di fronte che la scommessa democratica, impegnativa e sfidante, impone, in modo da affinare strumenti di crescita dei cittadini (specie se minori).

Si può solo accennare ad alcuni esempi: il *curriculum* scolastico potrebbe essere costruito in modo da educare gli studenti a guardare oltre i muri di casa, allenandosi ad essere cittadini – oltre che del proprio quartiere – della Regione, dello stesso Stato e di una comunità internazionale, anche attraverso *partnership* con organismi internazionali *ad hoc* (e, paradossalmente, la storia meno recente offre sul punto talune significative sperimentazioni)<sup>35</sup>. Proprio la scuola, attraverso tali sinergie, già è, e sempre più potrebbe essere il luogo di trasmissione ed affinamento di una cultura aperta ed inclusiva, anche al di fuori dei casi di acquisto della cittadinanza *iure sanguinis*. Tali strumenti di sviluppo della persona e delle sue relazioni sociali, in una prospettiva di solidarietà, dovrebbero inoltre essere considerati qualcosa di più di meri e vaghi indizi di integrazione incapaci di incidere sulle condizioni per l'accesso alla cittadinanza. Del resto, già adesso, l'eventuale partecipazione a esperienze come il servizio civile può essere attestata

---

<sup>35</sup> Si v. la descrizione della sperimentazione di un programma di corrispondenza internazionale fra scuole avviata dalla *Junior Red Cross* dal 1928 che ha coinvolto più di 11 milioni di studenti in 51 Paesi (in cinque continenti): cfr. A. VALDES, "I, being a member of the Junior red Cross, gladly offered my services": *Transnational practices of citizenship by the international Junior Red Cross*, in *Transnational Social Review*, 2015, 1 ss.

all'interno della documentazione che l'amministrazione valuta per giudicare il grado di integrazione dello straniero ai fini della sua naturalizzazione.

Certo, nessuna forma di *partecipazione*, a maggior ragione quella democratica, è autoreferenziale: essa non serve solo ad imparare a ... partecipare, ma soprattutto ad imparare a vivere insieme<sup>36</sup>. Ciò significa molte cose, a partire dal fatto che la partecipazione democratica esige un collegamento con la decisione politica: se così non fosse si introdurrebbe una inammissibile cesura fra sovranità e popolo, alimentando una delle debolezze più pericolose della democrazia, quella decisoria, accanto al *deficit* formativo. Peraltro, il quadro politico attuale dimostra come l'assenza dei partiti tradizionali può essere scavalcata dall'emersione di maggioranze coagulate intorno ad una rinnovata logica della lotta al nemico esterno<sup>37</sup>. Tuttavia, la partecipazione non si limita all'esercizio di potere politico in senso stretto, ma può anche giustificarsi nella prospettiva della conquista di diritti e di garanzie per questi ultimi, come dimostra proprio la lunga lotta per l'acquisto soprattutto dei diritti politici che è stata condotta nel periodo pre-repubblicano da diverse categorie di cittadini – donne, non abbienti, etc. – e che oggi passa di mano anche a stranieri stabilmente e regolarmente residenti nel nostro territorio.

Le considerazioni appena svolte rafforzano, almeno in chi scrive, il convincimento per cui al centro della partecipazione democratica deve esserci anche il prioritario tentativo di arginare il “vuoto di virtù civiche” celato dalla finzione per cui si presuppongono *pronti* alla decisione politica anche soggetti che *non* lo sono. Com'è noto, più che le libertà – oggi invece espanse dai *social media* – carenti semmai sono le conoscenze, le competenze e le capacità argomentative volte a ricercare la verità (spesso complessa e sfaccettata); per certi versi, è anche l'amore per il vero a spegnersi. Il famoso mercato delle idee descritto e auspicato da J.S Mill – pur all'interno di un quadro teorico che meriterebbe alcuni fondamentali correttivi<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Per A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Bari-Roma, 2003, 73, «trattare questo effetto *possibile* come la funzione *essenziale* porta a fornire un'immagine piatta, e in definitiva fuorviante, della democrazia, che finisce per essere raffigurata come un meccanismo autoreferenziale: nel processo democratico si parteciperebbe per educarsi a partecipare». Non v'è dubbio che il potere affidato al popolo – ed esercitato attraverso procedure, tra cui oramai quella elettiva – sia il *cuore* della definizione di democrazia, ma finanche l'A. include la libertà di manifestazione del pensiero e l'accessibilità ad un'informazione critica fra i presupposti *normativi* di una democrazia *liberale* (che ovviamente è un tipo particolare di democrazia). Ancor più in uno Stato costituzionale liberal democratico e personalista il pieno sviluppo della persona – che passa anche attraverso la crescita democratica e la formazione critica dell'opinione pubblica – non può essere ovviamente un mero effetto collaterale.

<sup>37</sup> Evidentemente, però, in questo modo le democrazie si ammalano ulteriormente perché «si creano maggioranze non per rafforzare i principi democratici, bensì per metterli in dubbio o negarli»: così G. AMATO, *Una fragile democrazia. Il trend illiberale*, in *Corriere della Sera* dell'8.11.2018, 32.

<sup>38</sup> Si pensi all'alterazione del mercato delle idee derivante dalle posizioni dominanti

– rischia di trasformarsi in uno scambio di argomenti muti, di idee ridotte all'icona di un “like”.

Del resto, una visione davvero *liberale e personalista* della partecipazione potrebbe essere considerata un mero *side effect* unicamente a partire da una – qui non accolta – *teoria (solo) procedurale della democrazia* (e probabilmente solo da alcune definizioni *formali* dell'idea democratica). Di certo, la formazione critica dell'opinione pubblica, lo sforzo del cittadino di formarsi e informarsi non è affatto un semplice effetto marginale all'interno di una *democrazia costituzionale* che pone anzi al centro dell'azione dei pubblici poteri il pieno sviluppo della personalità di ciascuno.

In altri termini, partecipare per imparare il *metodo* ed i *valori* della partecipazione e della decisione e per affinare virtù civiche e conoscenze è un mezzo qualificato anche per sviluppare in pienezza il proprio essere persone ed avere relazioni su un piano paritario. Al contrario, la marginalizzazione può produrre effetti dirompenti sulla considerazione di sé, tanto in termini di perdita di autostima e di sviluppo delle abilità di ciascuno – come insegna il tristemente noto *doll test* nella lotta per i diritti civili e politici delle persone di colore negli Stati Uniti – quanto sotto la forma speculare di un arroccamento identitario<sup>39</sup> o di comportamenti di devianza posti in essere da chi si sente fuori dal sistema e, dunque, anche dai principi di convivenza che lo governano. E questo spiega ulteriormente perché il valore della partecipazione non solo rimane inalterato ma acquista un valore aggiunto se riferito allo straniero, per il quale pure l'orizzonte della piena decisione politica è ancora assente, non potendo attualmente godere dei tradizionali diritti politici, se non, per i cittadini di altri Stati dell'Unione residenti in Italia, limitatamente al diritto di voto per le elezioni comunali. Del resto, lo straniero non può essere costantemente dipinto come chi *non ha a cuore* le sorti ed il destino della comunità in cui vive, alla quale sarebbe quindi inevitabilmente, anche di fatto, *politicamente* estraneo.

In tale costruzione, le procedure di partecipazione possono e devono essere valutate anche *per sé stesse*, non solo per i risultati per i quali vengono eventualmente previste. In particolare, è il riconoscimento dello straniero come potenziale cittadino e piena persona in posizione di parità rispetto agli altri – e

---

nell'informazione, nonché alla moltiplicazione esasperata delle notizie – che, narcotizzando il lettore, può occultare quelle vere, approfondite e rilevanti – unita allo schiacciamento del giornalismo verso la cronaca, la retorica, la polemica ed il complotto. A ciò si aggiunge la polarizzazione delle scelte informative, per cui internet ci consente direttamente di scegliere canali tematici e limita la possibilità di imbatterci in persone che hanno idee differenti dalla nostra, contribuendo al fenomeno della *polarizzazione di gruppo* descritta da C. SUNSTEIN, *#Republic.com. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017.

<sup>39</sup> Su quest'ultimo aspetto, v. per tutti F. REMOTTI, *Identità o convivenza?*, in AA.VV., *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, a cura di T. Mazzaresse, Torino, 2013, 55 ss.

dunque un valore intrinseco – a dare senso alla partecipazione ed a dover guidare la scelta fra gli strumenti che le danno attuazione, anche al di là della loro reale efficacia strumentale nel *training* democratico, che può e deve, semmai, aiutare ad individuare modalità nuove.

L'ulteriore elemento da considerare è poi il potenziale performante della partecipazione sull'identità dei partecipanti, che non è mai un monolite, ma possiede sempre elementi di fluidità, potenzialmente aperti alla contaminazione. Ma si pensi pure allo stesso effetto di orientamento della *considerazione sociale*: se quest'ultima può assumere talvolta tratti illiberali – si pensi al dispotismo della maggioranza descritto da J.S. Mill (la c.d. *law of fashion*) e da Alexis de Tocqueville – non v'è dubbio che, all'interno di uno Stato costituzionale, la considerazione sociale (insieme al ruolo dell'imitazione, secondo l'insegnamento di Gabriel Tarde, ma anche al c.d. desiderio mimetico di R. Girard) è normalmente un potente freno contro gli estremismi o la devianza. Né, per fortuna, è dato ai cittadini mettere al proprio dito il magico anello di Gige, descritto da Platone nel secondo libro della Repubblica, che consentiva a chi lo indossava di divenire invisibile e, dunque, sottrarsi allo sguardo esterno<sup>40</sup>. Al più, ma senza la stessa magia e l'identica libertà, essi possono invocare a tal fine la garanzia del domicilio e della *privacy*.

Inoltre, costruire la cittadinanza anche come impegno pratico e solidale significa riempirla di contenuto comunque squisitamente politico, visto che la "solidarietà" non è solo un collante sociale *pre-politico* ma è allo stesso tempo un *dovere costituzionale* che dà anima alla fedeltà alla Repubblica e la condizione *pre-giuridica* di tenuta del sistema costituzionale di cui il connubio fra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà costituisce, come avrebbe detto Meuccio Ruini, il "segreto", racchiuso nell'art. 2 della Carta. Infine, non va dimenticato che il *training* democratico è una precondizione importante affinché i consociati possano rinegoziare di continuo il contenuto della cittadinanza, nel presupposto

<sup>40</sup> PLATONE, *La Repubblica*, II, 358a-360d: «...Se, dunque, vi fossero due di questi anelli, e uno l'indossasse il giusto, l'altro l'ingiusto, non vi sarebbe nessuno, come sembra, dal carattere così forte da permanere nella giustizia ed avere il coraggio di tenersi lontano e non mettere le mani sulle cose degli altri, se gli fosse possibile impunemente prendere ciò che vuole dal mercato, ed, entrando nelle case, unirsi casualmente con chi voglia, uccidere e liberare dalle catene chi voglia, e fare ogni altra azione stando fra gli uomini come un dio. Comportandosi così, dunque, non farebbe nulla di diverso dal secondo, ma entrambi tenderebbero al medesimo obiettivo. Ora, qualcuno potrebbe dire che questo è evidente prova del fatto che nessuno è giusto di propria volontà, ma per costrizione, convinto che la giustizia non sia – nel privato – un bene, poiché ciascuno commette un'ingiustizia ogni qual volta pensi di avere la possibilità di farlo. Ogni uomo, infatti, pensa, in privato, che l'ingiustizia sia molto meglio della giustizia, e pensa bene, come dirà chi fa questo tipo di discorso. Perché, se qualcuno, impadronitosi di questa facoltà, non volesse commettere ingiustizia e neppure sfiorasse i beni degli altri, sembrerebbe essere sciaguratissimo e folle a coloro che se ne accorgono, eppure lo loderebbero gli uni di fronte agli altri, ingannandosi l'uno con l'altro per la paura di subire ingiustizia. I fatti, dunque, stanno così».



che i criteri di acquisto di tale *status* debbano essere oggetto di attenta discussione nell'opinione pubblica.

Altro punto è capire, però, se le scelte dei governanti tradotte in atti normativi possano pretendere dall'autonomia del singolo quelle virtù civiche che esse stesse, sotto molti aspetti e non solo in questo momento storico, faticano ad incarnare e mostrano di non promuovere adeguatamente. Per un verso, è abbastanza diffusa la convinzione secondo cui negli Stati il consenso dei governati non giochi affatto un ruolo decisivo e consapevole nell'individuazione dei criteri legali che definiscono il cittadino<sup>41</sup>. Per altro verso, la partecipazione andrebbe valorizzata sotto forma di premialità sia per gli stranieri che per i cittadini, considerato che il trittico di *informazione, formazione e partecipazione* fa emergere il diverso senso di responsabilità imputato da ciascuno all'appartenenza alla comunità politica (o in quanto potenziali membri di quest'ultima) ed è capace di creare *distinzioni fra gli stranieri e all'interno degli stessi cittadini*. Quanto agli stranieri, tali strumenti di partecipazione possono essere utilizzati in forme combinate per ridurre il numero di anni di residenza normalmente richiesti per l'acquisto della cittadinanza agli interessati o ai propri figli. Quanto, invece, ai cittadini, non va dimenticato che la loro eventuale passività – che non vale a costruire una categoria omogenea, considerando pure che ogni partecipazione ha un costo in termini di tempo per formarsi e per discutere – è anche in parte la reazione all'incapacità del legislatore di incentivare adeguatamente le buone pratiche di cittadinanza e di solidarietà. Fioriscono anzi fenomeni connotati in senso contrario, come i ciclici condoni, uno degli esempi calzanti dell'incapacità della politica di *orientare* ed essere all'altezza di qualsiasi concezione del *buon* cittadino (in questo caso, in campo fiscale).

In secondo luogo, per quanto la disciplina sulla cittadinanza abbia una sua autonomia, è evidente che il modo in cui intendiamo l'accesso a tale *status* inevitabilmente retroagisce – di più: deve retroagire – sulla condizione giuridica dello straniero e sulla disciplina dei permessi, da modulare secondo una logica di gradualità che non solo tenga conto del suo grado di radicamento, ma progressivamente lo agevoli partendo proprio dalla sua considerazione in termini di *potenziale* cittadino. In tal senso, quella fra straniero e cittadino non è affatto una dicotomia – basti pensare alla differente posizione dei cittadini dell'Unione e dei lungo soggiornanti – ma una linea di progressivo inserimento nella comunità sociale e, infine, politica. Sotto tale aspetto, sembra davvero scellerata la scelta del Governo in carica di non impiegare più i fondi FAMI per implementare nell'accesso al servizio civile nazionale una quota aggiuntiva per i richiedenti asilo ed i titolari di protezione internazionale, scelta che del resto è in linea con la posizione regressiva del ricordato “decreto sicurezza” (d.l. n. 113/2018). Si tratta di

---

<sup>41</sup> Cfr. A. SHACHAR, *Citizenship*, cit., 1005.

scelte che ignorano con spregiudicata arroganza l'evidenza per cui la convivenza armonica fra culture diverse ha le stesse possibilità di autoregolarsi un tempo riconosciute al mercato, ovvero... nessuna. Per fortuna, di fronte alla sentenza cost. n. 119 del 2015 – che, nell'accesso al servizio civile nazionale, parifica gli stranieri regolarmente residenti ai cittadini – è difficile che tale chiusura sia estesa alla quota ordinaria, sfidando così il giudicato della Consulta.

Infine, tale orizzonte concettuale di progressivo attaccamento dello straniero allo Stato italiano non solo è incompatibile con l'atrofia della disciplina legislativa sulla quota degli ingressi legali per lavoro (e con le attuali modalità ad imbuto, che dovrebbero essere rimpiazzate nuovamente dal sistema degli *sponsor*) – che lascia la clandestinità quale unica alternativa sul campo – ma richiede di agevolare la condizione di chi arriva regolarmente nel nostro territorio, attraverso un sistema di permessi di durata via via maggiore, prima di arrivare al permesso di lungo soggiornante, mentre, attualmente, il permesso per lavoro a tempo indeterminato non può superare la durata di due anni. Credo invece che dopo un primo permesso di un anno e un secondo permesso di tre, il terzo potrebbe già essere quello di lungo soggiornante, che prelude l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero extracomunitario molto prima dei dieci anni. È evidente che si tratta di scelte di *politica dell'immigrazione*, ma la discrezionalità del legislatore, che nessuno qui contesta, deve pur sempre essere guidata dal principio personalistico, ne deve comunque rispettare la direzione fondamentale.

5. *Esiste un rovescio della medaglia? La mancata integrazione come causa di perdita dello status civitatis. La logica sottesa all'art. 14 del del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "decreto sicurezza") sulla revoca della cittadinanza*

Le diverse ricostruzioni sulla natura della cittadinanza possono influire in maniera differente sul problema della revoca della cittadinanza, come sembra dimostrare anche il ricordato d.l. n. 113 del 2018 che ha introdotto nuove fattispecie in materia integrando la l. n. 91 del 1992 con l'aggiunta dell'art. 10-*bis*. Si tratta di un punto assai delicato, rispetto al quale si fa sentire con maggiore forza il peso della Costituzione, posto che il suo art. 22 costituisce – come si ricordava – il vero punto di rottura rispetto al passato, ponendo un argine a privazioni arbitrarie della cittadinanza, realizzate "per motivi politici". Tale articolo, poche volte utilizzato come parametro in un giudizio di costituzionalità<sup>42</sup>, non si limita

<sup>42</sup> Sulle quali, cfr. M. CUNIBERTI, *Art. 22*, in *Commentario della Costituzione*, Vol. I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, spec. 479 ss. Com'è noto, non sempre in dottrina le ricostruzioni della portata e del significato dell'art. 22 Cost. convergono: ad esempio, per C. SALAZAR, "Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Pol. dir.*, 3/2001, 375, «l'art. 22 della Carta repubblicana (...) assimila la cittadinanza alla capacità

ad arginare l'asserita de-costituzionalizzazione formale delle scelte sui criteri di perdita della cittadinanza, ma, pur presupponendo la discrezionalità legislativa in materia, è particolarmente carico di plusvalenza assiologica, in quanto fondato sul trittico *cittadinanza, capacità giuridica e nome* che riassume caratteristiche fondamentali della soggettività e, dunque, della "dignità" quale tratto (questo, sì, ontologico) della persona. Simili nessi delineano con evidenza i contorni di un peculiare spazio – non solo giuridicamente, ma anche – costituzionalmente rilevante nel quale le limitazioni alle leggi in materia di cittadinanza devono essere riempite di senso alla luce del complessivo quadro finalistico vincolante l'attività di indirizzo politico<sup>43</sup>.

Ci si deve dunque chiedere quali siano le *ipotesi* e le *modalità* di revoca della cittadinanza precluse da tale "sistema normativo".

È evidente che, da un punto di vista generale, quasi tutte le ipotesi di revoca della cittadinanza potrebbero avere una connessione col concetto di politico, specie se inteso in senso lato, ovvero come ciò che incide sulla vita della collettività. Basti pensare all'ipotesi di revoca, prevista dall'art. 12, I c., per non aver ottemperato all'invito intimato dal Governo ad abbandonare l'impiego o la carica pubblica accettata presso un altro Stato (o un ente internazionale cui non partecipi l'Italia) o il servizio militare reso per un altro Paese, oltre alle ipotesi previste per il tempo di guerra dal secondo comma. Si tratta di ipotesi abbastanza comuni nel panorama comparato, in cui storicamente la perdita della cittadinanza serviva a rinforzare il legame di *allegiance* del *civis* col proprio Stato ed era legata ai casi di tradimento, offesa agli interessi fondamentali dello Stato, frode o acquisto della cittadinanza di altro Stato o di una carica pubblica presso un altro

---

giuridica ed al nome per tratteggiarne la natura di garanzia minima indispensabile della libertà/dignità del singolo nei confronti dei poteri pubblici, più che di criterio indicativo dell'inclusione dello stesso nel popolo, inteso quale elemento costitutivo dello Stato», mentre secondo E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano, 1997, 114, in tale articolo può essere intravisto «un fattore di integrazione-resistenza dell'elemento personale di fronte alla modifica dei valori riposti nel patto costituente e la cui intima adesione è sottoposta alla verifica, come mezzo non ulteriore, ma strettamente correlato alla rappresentanza "nazionale" affidata ai componenti delle assemblee legislative».

<sup>43</sup> Si accede qui alla ricostruzione triadica offerta da A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» storico. Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, spec. 373 ss., che distingue: 1) uno spazio giuridicamente indifferente; 2) uno spazio giuridicamente rilevante ma costituzionalmente neutro e, infine, uno spazio (anche) costituzionalmente rilevante (al cui interno va poi individuato, secondo ragionevolezza, un campo assiologico intangibile: c.d. nucleo duro costituzionale, resistente alla revisione ex art. 138). Il primo potrebbe riferirsi *in teoria* a materie non direttamente disciplinate in Costituzione, ma va delimitato necessariamente *in concreto*, visto che una specifica questione, pure afferente ad una delle materie indicate, potrebbe nondimeno chiamare in causa una norma costituzionale: del resto, è ciò che può spesso accadere in virtù del carattere trasversale del principio di eguaglianza.

Paese. A tali ipotesi si aggiungono diversi casi in cui la perdita della cittadinanza è legata al compimento di gravi reati contro lo Stato o altri reati.

Ora, la perdita della cittadinanza non è un completo residuo storico, anche se spesso mancano statistiche disaggregate (in relazione alle diverse cause che possono determinarla) per i singoli Stati ed è normalmente indicata la cifra assoluta del numero di revoche per anno, non la percentuale in rapporto al numero dei cittadini<sup>44</sup>. Certo, l'attualità delle ipotesi di revoca legate alla "fedeltà" allo Stato aveva conosciuto da tempo un lento declino, ancorché non in tutti i Paesi, complici anche la stabilizzazione dei rapporti pacifici e le crescenti interconnessioni economiche fra gli Stati. Si tratta di un processo che ben s'accorda con la graduale accettazione – sebbene non in tutti i Paesi e con limiti diversi – del possesso di una "doppia cittadinanza" (oltre che della cittadinanza dell'Unione europea, per i cittadini degli Stati membri), che è segno non di una vera e propria erosione del carattere politico dello *status civitatis* statale, ma certo di una sua vistosa rimodulazione che non esclude la permanenza di legami significativi col Paese di origine. Tuttavia, l'ondata securitaria creata dagli attentati terroristici iniziati con il crollo delle *Twin Towers* nel 2001 ha prodotto in alcuni Stati conseguenze di breve e di medio periodo sulle legislazioni o ha comunque inciso sulla frequenza con cui i cittadini possono essere privati della cittadinanza per aver commesso crimini contro lo Stato o altri crimini, mentre in altri Paesi l'introduzione della perdita della cittadinanza per terrorismo è spesso un tema costante dell'agenda politica.

Peraltro, la perdita involontaria della cittadinanza per i motivi sopra ricordati può essere talvolta riferita solo ad alcune categorie di cittadini, secondo una duplice distinzione. In alcuni Stati tali ipotesi di "revoca" operano esclusivamente nei confronti di chi abbia acquistato la cittadinanza *dopo* la nascita (Belgio, Lussemburgo, Irlanda e, limitatamente ai dieci anni successivi l'acquisto, Francia) – il che può costituire una specifica garanzia unicamente per chi è divenuto cittadino *iure sanguinis* (come in Lussemburgo), oppure anche in virtù di ulteriori criteri (si pensi al *doppio ius soli* previsto in Francia e in Spagna) – mentre in altri Stati si prescinde dalle modalità di acquisto dello *status civitatis*. Inoltre, a volte la privazione della cittadinanza può operare solo qualora il soggetto posseda anche la cittadinanza di un altro Stato (così in Danimarca, Francia e UK<sup>45</sup>), mentre in altri casi tale condizione manca e potrebbero dunque crearsi situazioni di

<sup>44</sup> Per alcuni dati, v. H. WALDRAUCH, *Statistics on acquisition and loss of nationality*, in AA.VV., *Acquisition and Loss of Nationality, Volume 1: Comparative Analyses Book. Policies and Trends in 15 European Countries*, a cura di R. Bauböck, E. Ersbøll, K. Groenendijk, H. Waldrauch, Amsterdam University Press, 2006, 269 ss.

<sup>45</sup> Nel Regno Unito, il principio è ribadito, in materia di terrorismo, dalla *Court of Appeal in Secretary of State for the Home Department (Appellant) v Al-Jedda (Respondent)*, [2013] UKSC 62, del 9 ottobre 2013.

apolidia (Belgio, Grecia, Irlanda e Lussemburgo)<sup>46</sup>. Infine, talvolta la decadenza dalla cittadinanza presuppone la previa valutazione di un giudice, sotto forma di una pronuncia sul caso concreto o di un parere reso all'autorità chiamata ad adottare il provvedimento di revoca (come avviene, ad esempio, in Francia per il Consiglio di Stato, secondo quanto previsto dall'art. 25 c.c.).

Ora, pur potendosi intravedere nell'art. 22 Cost. il compito di stabilizzazione della condizione fondamentale di cittadino, se è vero che la sopravvivenza dello Stato costituzionale è il primo e decisivo strumento affinché esso possa continuare a garantire i diritti fondamentali della persona umana si deve evidentemente ritenere che *non* costituisca violazione dell'art. 22 della Costituzione ogni disposizione legislativa volta a connettere la perdita della cittadinanza alla commissione di gravi reati contro lo Stato, per quanto tali interventi normativi ed il concreto ricorso a tale strumento devono costituire evidentemente l'*extrema ratio* nella vita di una comunità politica, in quanto spezzano la garanzia ed il legame di affidamento del cittadino. Ovviamente, il retroterra storico di tale articolo è pur sempre l'incidenza arbitraria sulla condizione dei cittadini determinata da intenti palesemente discriminatori *fra cittadini*: in tal senso, le leggi di Norimberga del 1935 e quelle razziali (in Italia) del 1938 costituiscono l'esempio storico di ciò che oggi cozzerebbe frontalmente con il divieto di privazione della cittadinanza per motivi politici.

Come ricordato, il recente d.l. n. 113 del 2018 introducendo l'art. 10-*bis* nella legge n. 91 del 1992, stabilisce nuove cause di perdita della cittadinanza legate alla condanna definitiva per i delitti: 1) commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale; 2) di assistenza ai membri di associazioni sovversive o con finalità di terrorismo; 3) di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale. Si tratta di delitti di particolare gravità, ben distanti, ad esempio, dalla più ampia panoplia di reati la cui commissione impedisce l'*acquisto* della cittadinanza italiana per matrimonio ai sensi dell'art. 6 della l. n. 91/1992<sup>47</sup>.

È previsto, inoltre, che la revoca sia adottata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna. La formula appena richiamata non brilla certo di chiarezza. Se la proposta ministeriale si spiega *ratione competentiae*, la locuzione utilizzata e riferita al decreto di revoca («è adottata») non sembra

<sup>46</sup> Per una più analitica disaggregazione dei dati, cfr. H. WALDRAUCH, *Loss of nationality*, in AA.VV., *Acquisition and Loss of Nationality*, cit, 183 ss.

<sup>47</sup> Per L. RONCHETTI, *Anche la cittadinanza diventa precaria*, in *Menabò*, 95/2018, 17 dicembre 2018, si tratta di «fattispecie penali (...) talmente ampie e generiche da suscitare preoccupazione e varie perplessità rispetto al principio costituzionale della determinatezza dei reati».

lasciare margini di discrezionalità al Capo dello Stato, ma ci si deve chiedere se la proposta ministeriale sia vincolata o facoltativa, anche considerato il fatto che è già intervenuta una sentenza definitiva di condanna. Ora, la formulazione delle norme in questione non consente di riportare la revoca prevista né alla figura della pena accessoria – con la necessità di porre un argine agli automatismi, ampiamente emersa nella stessa giurisprudenza costituzionale – né al novero delle tradizionali misure di sicurezza. Il decreto presidenziale sembra invece costituire il momento finale di un procedimento il cui esito apparirebbe vincolato dalla saldatura *decreto legge-sentenza definitiva di condanna* per uno dei reati previsti. Altro ovviamente, *una volta adottato il decreto di revoca dello status civitatis*, è riconoscere la piena discrezionalità al Ministro dell'Interno nel valutare se sussistano le condizioni – legate alla pericolosità sociale del soggetto, divenuto straniero, ed alle esigenze di prevenzione del terrorismo – per disporre anche l'espulsione dell'*ex* cittadino. Ovviamente, trattandosi di revoca di uno *status* fondamentale, la normativa diventa ancor più discutibile laddove si ritenga invece che essa riconosca in capo al Ministro ampia discrezionalità sulla proposta al Presidente della Repubblica. Alla luce di tali considerazioni – e della possibile congiunzione fra la revoca della cittadinanza e, in seguito, l'eventuale espulsione – diventano davvero gravi due scelte operate dal Governo nel decreto *de quo*.

Innanzitutto, la perdita della cittadinanza può operare esclusivamente nei confronti: 1) dello straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età e abbia dichiarato di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data (art. 4, II c.); 2) di chi abbia acquistato tale *status* contraendo matrimonio con un cittadino italiano, alle condizioni previste (art. 5), oppure 3) attraverso la naturalizzazione per residenza e nelle altre ipotesi previste dall'art. 9<sup>48</sup>. È evidente che la norma introduce una discriminazione *fra cittadini* che non solo rompe, in modo incostituzionale, l'unitarietà dello *status* di *civis*, ma potrebbe integrare la fattispecie di

---

<sup>48</sup> Segnatamente, si tratta: 1) dello straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente da almeno tre anni, comunque fatto salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera c); 2) dello straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione. Quest'ultima ipotesi riguarda specificamente l'adozione "ordinaria" dello straniero avvenuta quando quest'ultimo era già maggiorenne e non ha effetti sulla condizione dei cittadini maggiorenni che abbiano acquistato il loro *status civitatis* da minori, per effetto della trascrizione del provvedimento di adozione internazionale nei registri dello stato civile. Va inoltre ricordato che, a seguito degli emendamenti introdotti in sede di conversione del decreto legge (e, segnatamente, del nuovo art. 9.1. aggiunto nella legge sulla cittadinanza), la concessione della cittadinanza ai sensi degli articoli 5 e 9 della l. n. 91 del 1992 è ora subordinata al possesso, da parte dell'interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue (QCER).

perdita arbitraria della cittadinanza *per motivi politici* di cui all'art. 22, configurandosi in questo caso come «una vera e propria ipotesi di perdita della cittadinanza *per punizione*»<sup>49</sup>. Si può sostenere che tale distinzione non è poi sconosciuta agli altri ordinamenti: la stessa Costituzione spagnola impedisce la privazione della cittadinanza unicamente allo «spagnolo d'origine» (art. 11, II c.). Tuttavia, nel nostro ordinamento tale diversità di trattamento non può rivendicare a suo sostegno nessun argomento irresistibile; semmai, essa può condurre all'estremo paradosso di agevolare, a fronte del compimento del medesimo reato, chi ha acquistato la cittadinanza *iure sanguinis* in una famiglia che risiede da generazioni all'estero – immune alla perdita – rendendo invece precaria la condizione dello straniero nato in Italia che abbia acquistato la cittadinanza con la maggiore età dopo ben diciotto anni di residenza regolare e continuativa (e, realisticamente, vantando la frequenza di diversi cicli scolastici).

Sotto il profilo analitico, poi, potrebbe sorprendere il fatto che, da un lato, siano rimaste fuori dalla revoca le limitate ipotesi di acquisto della cittadinanza *iure soli* dirette ad evitare la creazione di situazioni di apolidia, mentre, dall'altro lato, la perdita della cittadinanza per le situazioni previste possa operare *anche laddove il cittadino italiano non posseda la cittadinanza di un altro Stato*. Per quanto la Costituzione italiana non contenga una statuizione simile all'art. 16 del GG della R.F.T.<sup>50</sup>, è parimenti pacifica l'illegittimità di tale parte del decreto per violazione di fonte internazionale interposta, sotto forma di contrasto con la Convenzione del 1961 sulla riduzione dell'apolidia, oramai in vigore sul piano internazionale e ratificata ed eseguita nel nostro ordinamento con legge 29 settembre 2015 n. 162. Difatti, in base all'art. 8 di quest'ultima, «Uno Stato Contraente non priverà una persona della sua cittadinanza, qualora tale privazione rendesse tale persona apolide» e tale clausola di salvaguardia è fatta salva anche nell'ipotesi in cui uno Stato membro abbia invece specificato, in sede di firma, ratifica o adesione, l'intenzione di conservare tale diritto nei casi in cui il cittadino, violando il suo dovere di fedeltà verso lo Stato, si sia comportato in modo da recare grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato. Sicché, sebbene l'Italia si sia espressamente riservata tale facoltà nell'art. 2, II c., della ricordata legge del 2015, ciò non basta a superare il vizio di incostituzionalità delle ricordate norme del D.L. Peraltro, accanto alla violazione dell'art. 117, I c., della Costituzione, si potrebbe prospettare anche il *vulnus* al principio fondamentale di cui all'art. 10, II c., sempre che si ritenga sussistente il requisito richiesto dalla Corte costituzionale, ovvero che il Trattato o la Convenzione (in questa fattispecie, relativa alla riduzione dei casi

<sup>49</sup> Così, E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2019, 10.

<sup>50</sup> ... secondo cui «La cittadinanza tedesca non può essere revocata. La perdita della cittadinanza può avvenire soltanto in base ad una legge e, nel caso che l'interessato si opponga, solo se questi non divenga in conseguenza di ciò apolide».



di apolidia) rientri fra i Trattati specificamente e unicamente rivolti alla disciplina della condizione giuridica dello straniero, conclusione non pacifica, ma patrocinabile ove in quest'ultimo termine si ricomprenda anche l'apolide, secondo l'uso linguistico invalso nel d.lgs. n. 286/1998 (T.U. imm.).

Né si potrebbe richiamare, a sostegno della disciplina, il fatto per cui già la legge n. 91 del 1992, per i casi di perdita della cittadinanza previsti dal ricordato art. 12, non limiti l'operatività della norma a chi possiede una doppia cittadinanza. A parte l'ormai scarsa rilevanza pratica di tale disposizione, proprio in base alle argomentazioni sopra riportate, tale disciplina può essere considerata incostituzionale in via sopravvenuta (quantomeno, *in parte qua*).

Neppure il legislatore sembra essersi adeguatamente preoccupato delle conseguenze sulla titolarità della cittadinanza europea, visto che la perdita della cittadinanza italiana potrebbe determinare non solo l'insorgere di una condizione di apolidia, ma anche la privazione dello *status* di cittadino UE. Peraltro, se pure in teoria i tre anni successivi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna potrebbero consentire all'interessato, ancora cittadino italiano, di creare le condizioni per l'acquisto della cittadinanza di un altro Stato membro (o quantomeno il riacquisto dell'eventuale cittadinanza originaria), il probabile risultato finale sarà la creazione di una situazione di apolidia e la contestuale privazione *anche* della cittadinanza UE.

V'è di più: se pure in sede di conversione il Parlamento avesse deciso di conformarsi, sotto tale aspetto, alla ricordata Convenzione – limitando l'operatività della norma ai soli casi di doppia cittadinanza – neppure si avrebbe avuto la certezza che la disciplina fosse in grado di uscire indenne da un sindacato costituzionale secondo eguaglianza. Difatti, solamente per alcuni cittadini ed indipendentemente dalla loro volontà (il non avere acquisito la cittadinanza nello Stato di origine), la commissione di uno stesso reato produrrebbe ulteriori, pesanti conseguenze in tema di conservazione dello *status civitatis*. Siamo di fronte ad una di quelle *condizioni personali* che rendono comunque sospetta una differenziazione di disciplina che da essa viene a dipendere, un sospetto che diventa ancor più grave alla luce dello stesso art. 22 della Carta. Certo, una simile differenza di trattamento potrebbe ritrovarsi anche in altri Paesi europei e – oltre ad essere già prevista dall'art. 3 della legge sulla cittadinanza nel caso in cui l'adozione del minore straniero sia revocata per fatto dell'adottato, eventualità che determina la perdita della cittadinanza solo laddove l'adottato sia in possesso di altra cittadinanza o la riacquisti – potrebbe forse vantare a sua giustificazione il necessario rispetto del diritto internazionale e, realisticamente, anche dell'art. 10, II c., della Costituzione.

Nel complesso, però, al di là dei problemi che tale normativa pone e dei vizi da cui risulta inficiata, credo che l'insieme di tali singolari scelte normative sia invece espressione (purtroppo) coerente della tesi, prima ricordata e rigettata,

del “cittadino ontologico”. Innanzitutto, la misura colpisce le tradizionali vie mediante le quali gli *stranieri* possono acquistare la cittadinanza, mentre risulta per definizione esclusa la categoria dei cittadini “di sangue”, non solo o tanto per il fatto che molto probabilmente in questo caso la perdita della cittadinanza creerebbe una situazione di apolidia, ma perché un’ipotesi del genere farebbe crollare come un castello di carte tutta la costruzione del cittadino esemplare modellato sull’astratta figura di chi nasce e cresce virtuosamente in una famiglia di cittadini (e questo spiega il senso della scelta di escludere dalla revoca chi acquisti la cittadinanza per adozione). Ovviamente, siamo ben consapevoli del ruolo storico e culturale che il criterio del sangue possiede, ma ciò non sembra giustificare il fatto che solo gli “altri” cittadini possano – e debbano – essere declassati ogni qualvolta dimostrano di non corrispondere più al modello: questa soluzione costituisce addirittura la valvola di sfogo di un “sistema teorico” non palesato ma che, in barba al teorema di Kurt Gödel, pretende di essere completo. Peraltro, la mancanza di un’eccezione per chi non possieda altra cittadinanza può essere facilmente spiegata – certo, non giustificata – alla luce del fatto che il legislatore, nel prevedere la perdita, ha sostanzialmente in mente proprio quello *straniero* a cui l’ordinamento italiano ha consentito non solo di acquistare la cittadinanza italiana, ma anche di conservare al contempo la sua originaria cittadinanza. Si tratta di una *presunzione* pericolosa in quanto *iuris et de iure*, non potendosi invece escludere il caso di un soggetto privo di altro *status civitatis* o incapace di reperire i documenti attestanti la sua cittadinanza originaria.

Inoltre, tale circostanza – che stravolge il senso della scelta di ammettere nel nostro ordinamento la doppia cittadinanza – chiarisce pure il motivo che ha spinto il legislatore ad escludere dalla revoca quanti abbiano acquistato la cittadinanza *iure soli* (art. 1, I c., lett. *b*, e II c., l. n. 91 del 1992), casi nei quali è probabile che l’assenza di altra cittadinanza alla nascita perduri anche successivamente. In definitiva, anche qui siamo di fronte ad una *blind vision*, un’ossessione accecante per il sangue, che non solo ignora dati di fatto – si pensi ai *foreign fighters* nati da famiglie di cittadini<sup>51</sup> – ma porta la sopra ricordata finzione dell’“ottimo cittadino” al parossismo.

Mettendo ora da parte le specifiche ipotesi previste dal d.l. appena esaminato, è chiaro che anche una diversa ricostruzione del ruolo della cittadinanza – intesa come tappa del cammino integrazione valutata in un quadro orientato al principio personalista – non può ignorare il problema della perdita dello *status civitatis*. Di certo, l’introduzione di ulteriori ipotesi di perdita della cittadinanza è

---

<sup>51</sup> È di qualche mese fa la frase *shock* della cantante Sinéad O’Connor che, convertitasi da poco all’Islam, si è definita un “soldato” – ancorché quest’ultimo termine potrebbe in teoria anche legarsi ad una accezione diversa del *jihad*, ovvero non la guerra santa contro gli infedeli, ma lo sforzo di ciascuno all’interno del suo “combattimento” spirituale – ed ha etichettato come “disgustosi” i “bianchi non musulmani”, attirandosi le critiche dello stesso ambiente islamico.

sempre collegata al rischio del c.d. piano inclinato, perché rende più fragile tale *status* non solo nell'immediato, ma anche, in prospettiva, rispetto ad eventuali, futuri rischi di irrazionalismo e di demagogia populista. Del resto, non si deve dimenticare che nelle autocrazie della prima metà del secolo scorso, si è considerato tradimento anche il *dissenso* politico, elevato a reato di disfattismo. L'esperienza autoritaria fascista e quella totalitaria nazista dimostrano peraltro come le leggi razziali siano state precedute dal tentativo di abituare "gradualmente" l'opinione pubblica all'orrore, spingendola in maniera inavvertita e a piccoli passi verso l'abisso. Ciò potrebbe avvenire anche mediante discriminazioni per *etnia o religione* camuffate sotto le spoglie di regole di perdita della cittadinanza diversa a seconda dei modi di acquisto. Sicché, non solo qualsiasi norma in materia è destinata ad un sindacato rigoroso di costituzionalità, ma deve essere oggetto di particolare attenzione da parte della sfera pubblica, a partire da quella, specialistica, degli studiosi di diritto.

Sicuramente, il diverso punto di partenza da cui qui si muove – la necessità di un costante cammino civico per *tutti* i (potenziali e reali) cittadini – rende ingiustificata ed arbitraria qualsiasi differenziazione sulle modalità di acquisto della cittadinanza. In aggiunta, a differenza della tesi sul "cittadino ontologico", qui non c'è nessuna incoerenza da evitare, visto che tale ricostruzione non ha bisogno di difendere finzioni legate al cittadino "di sangue". Qualunque *civis* (reale o potenziale) deve mettersi o rimettersi in moto nel solco dei doveri costituzionali, specie quelli più specifici: di contribuzione fiscale, di dovere di difesa della Patria (in modo non armato, se non si è ancora formalmente cittadini o se si è cittadini obiettori), di solidarietà sociale, che danno corpo all'art. 54, I c., Cost., ecc.

Laddove, poi, il legislatore ritenga indispensabile introdurre l'istituto della revoca della cittadinanza per casi gravissimi – purché ovviamente questa non riproponga discriminazioni e situazioni di apolidia, com'è invece da ultimo avvenuto – i postulati qui accolti imporrebbero quantomeno uno scrupoloso rispetto del principio di proporzionalità modulato in relazione al livello di radicamento del cittadino e (dunque, ma non solo) al numero degli anni trascorsi dall'acquisto della cittadinanza. Un esempio, nel panorama comparato, può essere quanto stabilito dall'art. 25 del c.c. francese, secondo cui il *civis* – ma solo quello "naturalizzato" – può essere involontariamente privato del suo *status* solo entro dieci anni dall'acquisto della cittadinanza<sup>52</sup>. Ovviamente, il costo sarebbe molto alto, dovendosi frantumare l'unità della cittadinanza allo scopo di limitare l'impatto di misure assai dirompenti sulla condizione stessa della persona umana, all'interno di un bilanciamento condotto a partire da situazioni estreme. Peraltro, non è detto che anche questo tragico sforzo di bilanciamento generi soluzioni costituzionalmente accettabili, proprio alla luce del principio personalistico.

<sup>52</sup> Per approfondimenti, cfr. ancora E. CAVASINO, *op. cit.*, 12 ss.

## 6. Conclusioni

Piaccia o meno, in uno Stato costituzionale, la scelta politica sui criteri di acquisto e di perdita della cittadinanza, per quanto rimessa normalmente (ma non sempre) alla discrezionalità del legislatore, non può ritenersi priva di limiti costituzionali. Del resto, l'attenzione dell'opinione pubblica critica ed il concreto contenuto di tali criteri ci dicono che tipo di società siamo e vogliamo divenire, perché ogni scelta in materia incide sulla nostra identità, e dunque sul futuro della Repubblica, non solo sulla vita degli "altri". Questo tempo assai convulso ci dimostra, del resto, che ci possano sempre essere motivi per creare confini e rivendicare differenze, così come per autoproclamarsi indipendenti (si veda la Catalogna) o speciali (si pensi al dibattito sulla nascita di Regioni ampiamente "differenziate" in Italia). Perché permane intatta la scelta dentro ciascuno di vedere l'altro come *alter* (la diversità di cui ho bisogno) o, piuttosto, come *aliud* (l'altro da cui separarmi). Nella nostra Repubblica pluralista la scelta di ciascuno è un atto di responsabilità indispensabile, per chi è già cittadino e per chi vorrebbe diventarlo, ma andrebbe anche ispirata da un'azione politica all'altezza dei valori costituzionali. Ciò richiede impegno, competenza e solidarietà, virtù civiche che, a dispetto di qualsiasi teoria biologica o genetica, non si acquistano alla nascita e neppure sono assicurati dal crescere nelle nostre "tradizionali" famiglie<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Così, come felicemente conclude il ricordato articolo di Giuliano Amato, «La storia non è determinista. Ci può sempre fare sorprese, buone o cattive; così come noi, se vogliamo e ne siamo capaci, possiamo fare delle sorprese a lei».

**Abstract**

Access to citizenship as a means of integration

by Alessio Rauti

The paper aims to analyze the relationship between the integration needs of foreigners and the legislative choices on the criteria of citizenship acquisition and loss. In particular, we highlight the critical issues tied to the concepts of *ontological* citizenship and *market* citizenship: the first – which still supports entirely the Law on Italian citizenship – relies on questionable presumption of blood citizen supplied with civic virtues; instead, the second one is beginning to appear in European Countries and it's not less dangerous because of his potentially discriminatory power and the lack of a “genuine link” between the citizen and the political community. Arguing the postulate that the legislative power is not completely free in the choice of the criteria for the acquisition and the loss of citizenship, a reconstruction is proposed in terms of constitutional policy, starting from the development of personalistic principle.

*Parole chiave:* Cittadinanza; Integrazione degli stranieri; Decreto sicurezza; Revoca della cittadinanza; principio personalista.

*Keywords:* Citizenship; Integration of Foreigners; Security Decree; Withdrawal of Citizenship; Personalist Principle.

# I “super poteri” dell’ANAC: contraddizioni e paradossi delle misure di prevenzione anticorruzione sulle imprese “sospette”

di Dario Capotorto

SOMMARIO: 1. Premessa e perimetro della ricerca. – 2. La *ratio legis* delle misure secondo l’ANAC e la giurisprudenza amministrativa. – 2.1. Le singole misure e il campo d’azione degli amministratori. – 2.2. Il regime dei commissari: l’assenza di trasparenza nelle procedure selettive e gli effetti perversi dell’esonero di responsabilità. – 2.3. L’accantonamento degli utili. – 2.4. La questione della natura giuridica del commissariamento. – 2.5. I soggetti destinatari. – 2.6. I presupposti oggettivi di applicazione. – 2.7. La procedura di adozione delle misure e le cause di cessazione anticipata degli effetti. – 3. Il commissariamento dell’impresa colpita da interdittiva antimafia. – 3.1. La gestione degli utili nel commissariamento con finalità antimafia. – 4. Profili critici. – 4.1. Le misure con finalità anticorruptive. – 4.2. Le misure con finalità antimafia. – 5. Considerazioni conclusive.

«Sventurata la terra che ha bisogno di eroi»

(B. BRECHT, *Vita di Galileo*, scena 13)

## 1. *Premessa e perimetro della ricerca*

L’esigenza di individuare nuovi e più efficaci strumenti di lotta alla corruzione e la pressione delle organizzazioni internazionali – in particolare l’ONU ed il Consiglio d’Europa che hanno richiamato gli Stati nazionali a concentrare l’attenzione sulle misure preventive e non solo sulle risposte repressive – ha indotto il Legislatore domestico ad adottare una serie di interventi succedutisi negli ultimi anni.

Con la legge Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190) si è istituito un sistema di prevenzione basato su misure organizzative indirizzate alle amministrazioni e alle società pubbliche, principalmente dirette alla individuazione dei rischi e all’elaborazione delle misure di mitigazione degli stessi, accompagnate da meccanismi di monitoraggio e sanzione<sup>1</sup>.

Contestualmente, si è assistito alla nascita dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (che, come noto, ha ereditato le funzioni della CIVIT)<sup>2</sup> e al suo processo

---

<sup>1</sup> Per un commento organico alla l. n. 190/2012, cfr. AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013.

<sup>2</sup> Sul punto, cfr. G.M. RACCA, *Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, pp. 345 ss.; AA. VV., *La nuova autorità anticorruzione*, a cura di R. Cantone e F. Merloni, Torino, 2015; N. PARISI, M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell’A.n.a.c. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 2/2015, pp. 149 ss.; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2015,

di rafforzamento, avviato con l'incorporazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e proseguito con un progressivo accumulo di funzioni, accentuatosi con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)<sup>3</sup>, con effetti nefasti subito evidenziati dalla dottrina più autorevole<sup>4</sup>.

L'oggetto della presente ricerca ha un perimetro circoscritto alle peculiari misure di prevenzione congegnate per le imprese private affidatarie di contratti o concessioni pubbliche su cui gravino indizi di condotte illecite o eventi criminali, non meglio tipizzati dal legislatore.

Ci si riferisce alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese appaltatrici o concessionarie introdotte dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (c.d. decreto anticorruzione, convertito con modificazioni convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) oggetto di successivi e ripetuti interventi di regolazione<sup>5</sup> finalizzati a integrare il lacunoso testo normativo<sup>6</sup>.

Si tratta di misure affidate all'ANAC e alle prefetture territorialmente competenti, introdotte con l'ambizione di conciliare le esigenze di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi (e più generale illeciti) nell'ambito dell'affidamento ed esecuzione delle concessioni e dei contratti pubblici<sup>7</sup>, con

pp. 454-466; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2015, pp. 757-767.

<sup>3</sup> Sul punto cfr. le notazioni di M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 3/2016, p. 751, il quale ha evidenziato che «considerare la disciplina dei contratti pubblici dall'angolo visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza».

<sup>4</sup> Cfr. S. CASSESE, *Contrastare la corruzione senza rinunciare all'efficienza*, intervista rilasciata per il Foglio il 24 gennaio 2017, reperibile su [www.irpa.eu/wp-content/uploads/2017/02/Intern.-S.-Casse-se-Il-Foglio-24-gennaio-2017.pdf](http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2017/02/Intern.-S.-Casse-se-Il-Foglio-24-gennaio-2017.pdf).

<sup>5</sup> Prime Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture – UTG e Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa; Seconda Linea Guida per l'applicazione delle Misure straordinarie di Gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia; Terze Linee Guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal prefetto ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10 del decreto-legge n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia; Quarta Linea Guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2-bis e 10 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502; Quinta Linea Guida per la gestione degli utili derivanti dalla esecuzione dei contratti d'appalto o di concessione sottoposti alla misura di straordinaria gestione ai sensi dell'art. 32 del decreto-legge 90/2014. Da ultimo, sono state adottate le Linee Guida per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.A.C. di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014.

<sup>6</sup> Rubricato *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*.

<sup>7</sup> Sul tema, cfr., fra i molti, F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2012, pp. 177 ss.; M.G. VIVARELLI, *Il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim.*



quelle di continuità e di completamento delle prestazioni affidate all’impresa appaltatrice<sup>8</sup>.

Gli istituti in esame sono stati concepiti sull’onda del dibattito acceso attorno a vicende giudiziarie che hanno avuto grande risonanza mediatica. Ci si riferisce, in particolare, alle indagini penali che hanno riguardato il Grande Evento EXPO 2015 e il completamento del Mose di Venezia, con il coinvolgimento dei vertici delle autorità amministrative e delle aziende appaltatrici.

Il legislatore ha avuto riguardo all’esigenza di garantire l’ultimazione dei programmi legati a importanti e indifferibili scadenze, seppure cercando di dare un segnale di rottura rispetto al passato, mostrando all’opinione pubblica la capacità dei pubblici poteri di intervenire efficacemente su situazioni di conclamata compromissione delle regole di evidenza pubblica, pur se non accompagnate da accertamenti giurisdizionali definitivi.

Con il presente lavoro si cercherà di evidenziare le luci e le ombre di questi istituti ormai consolidati nell’ordinamento. Si partirà dall’analisi della disciplina introdotta con l’art. 32, d.l. 90/2014, ricostruendo il dibattito dottrinale e la fitta casistica giurisprudenziale sviluppatasi a seguito della sua entrata in vigore, per poi valutare se gli obiettivi perseguiti dal legislatore possano dirsi effettivamente raggiunti. In quest’ottica sarà opportuno il confronto con istituti paralleli che perseguono finalità analoghe in contesti simili. In particolare, occorrerà tener conto dell’impatto della normativa contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e, successivamente, dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55) e nel Codice Antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, di recente modificato ad opera della l. 17 ottobre 2017, n. 161), che, pur avendo innegabili punti di contatto con il citato art. 32, d.l. n. 90/2014, quantomeno sotto il profilo degli obiettivi di prevenzione e contrasto dell’illegalità nell’ambito del settore della contrattualistica pubblica, presentano differenze profonde e creano interferenze e contraddizioni che rischiano di compromettere la coerenza dell’ordinamento. L’analisi permetterà di evidenziare come le misure in esame si stiano rilevando spesso inutili, e, per certi versi, finanche controproducenti, perché, se da una

---

*app.*, 2/2009, pp. 359 ss.; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2015, pp. 325-344; A. CANCRINI, *Corruzione e contrattualistica pubblica: ordinamento nazionale e nuove prospettive*, in M. D’ALBERTI, *Combattere la corruzione*, Soveria Mannelli, 2016, pp. 241 ss.

<sup>8</sup> Per un primo commento dell’art. 32, d.l. 90/2014, cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in *L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, a cura di L.A. Nicotra, Torino, 2014, pp. 71 ss.; M. GIUSTINIANI, *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani e O. Toriello, Roma, 2014; A. SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l’art. 32 del D.L. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Nuovo dir. amm.*, 2/2015, pp. 61-89.

parte appaiono fortemente invasive e prive delle correlate garanzie, specie in ordine all'accertamento dei presupposti che ne legittimano l'adozione, d'altra parte finiscono per pregiudicare in taluni casi in modo irreversibile gli interessi degli operatori economici virtuosi, lasciando permanere gli effetti distorsivi che i fenomeni corruttivi producono sul mercato e sul corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

E del resto, la decretazione di urgenza (impiegata per introdurre le misure *de quibus*) non appare certamente lo strumento più idoneo per innestare nell'ordinamento istituti concepiti per limitare l'impatto di taluni fenomeni criminosi ma destinati a comprimere la libertà di iniziativa economica ed il principio di parità di trattamento degli operatori concorrenti<sup>9</sup>. Misure di questo tipo, anche per il rango costituzionale degli interessi su cui incidono, rendono viceversa doveroso l'impiego di tecniche legislative che assicurino un'attenta ponderazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dal progetto di regolazione, al fine di individuare lo strumento più utile e meno invasivo per il perseguimento degli obiettivi prefissati<sup>10</sup>.

## 2. *La ratio legis delle misure*

Prima di analizzare le singole misure di prevenzione, occorre soffermarsi sulla *ratio* dell'intervento normativo, la cui ricostruzione non è supportata da alcuna indicazione nella relazione di accompagnamento al decreto legge n. 90/2014.

In occasione della prima sperimentazione concreta dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014, avvenuta a poche settimane di distanza dall'entrata in vigore del medesimo decreto (rispetto a presunti illeciti compiuti in data ampiamente anteriore al citato decreto legge), l'ANAC ha chiarito le principali finalità perseguite dalla norma: garantire, pur in presenza di episodi di grave illegalità nelle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, la completa realizzazione delle opere appaltate nei tempi programmati, senza che le imprese sospettate di comporta-

<sup>9</sup> Sul tema dell'abuso del decreto legge cfr. A. CELOTTO, *L'“abuso” del decreto-legge: profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997; F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3232; A. CELOTTO, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009. Sulle ragioni politiche che hanno determinato un incremento esponenziale della decretazione d'urgenza già negli anni Novanta, cfr. A. PACE, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, p. 396; F. SORRENTINO, G. CAPORALI, voce *Legge (Atti con forza di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 123.

<sup>10</sup> Il riferimento è, in particolare, agli strumenti di misurazione preventiva dell'impatto della regolazione (AIR) e di valutazione successiva dell'impatto della regolazione (VIR). Sul tema cfr. M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *www.treccani.it*; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

menti illeciti ottengano ingiusti vantaggi economici connessi alla propria attività<sup>11</sup>.

A conclusioni analoghe è giunta anche la giurisprudenza amministrativa, chiamata a confrontarsi sempre più di frequente con gli istituti in esame<sup>12</sup>. Il punto di equilibrio è stato individuato nell’esigenza di consentire (*rectius* imporre) alle amministrazioni aggiudicatrici di mantenere in essere contratti stipulati con imprese che abbiano alterato il corretto svolgersi delle gare pubbliche, penalizzando queste ultime mediante l’applicazione di misure amministrative, fortemente limitative della libertà economica privata. Si è ritenuto che un simile equilibrio tutelasse in primis le stazioni appaltanti, sollevate dall’onere di indire nuove procedure di gara qualora il contratto sia già stato stipulato, e preservasse al contempo i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa<sup>13</sup>.

A tal fine, il Governo ha attribuito al Presidente dell’Anticorruzione, in qualità di affidatario del controllo sulla trasparenza e della lotta alla corruzione, e al Prefetto competente per territorio, quale titolare, a livello locale, delle competenze dello stato in materia di pubblica sicurezza<sup>14</sup>, ampi poteri di intervento sull’amministrazione e gestione delle imprese nella fase di esecuzione delle commesse pubbliche, affinché questa possa svolgersi in una situazione di legalità controllata, al riparo dal pericolo di ulteriori episodi di corruzione o condizionamenti della criminalità organizzata. L’ingerenza nella vita delle imprese risulta apparentemente circoscritta, almeno con riferimento alla misura più severa e maggiormente utilizzata nella prassi del c.d. commissariamento, alle attività

---

<sup>11</sup> Cfr. Provvedimento del Presidente dell’ANAC, recante Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a. con riferimento all’appalto relativo alle “Architetture di servizio” afferenti al sito per l’esposizione universale EXPO 2015 (art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90), 1- 2, in *www.anticorruzione.it*, ove si individuano i seguenti obiettivi: «Un primo è quello di evitare che le doverose indagini della magistratura penale su fatti illeciti connessi alla gestione di appalti possa impedire e/o ritardare la conclusione di opere pubbliche, soprattutto quando esse abbiano importanza strategica per il Paese; un altro, invece, è di evitare che l’esigenza comunque di completamento dei lavori non si traduca in un (indebito) vantaggio per l’autore dell’illecito, consentendogli cioè, dopo essersi aggiudicato in modo non legittimo un appalto per un lavoro pubblico e/o una fornitura, di conseguire il profitto del proprio illecito, ottenendo gli utili conseguenti l’attività».

<sup>12</sup> Fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563; 10 gennaio 2018, n. 93, ove si ribadisce l’idea secondo cui il legislatore con le misure in esame abbia inteso perseguire l’ambizioso obiettivo di contemperare l’interesse pubblico alla completa e tempestiva esecuzione degli appalti con l’esigenza di neutralizzare il rischio di infiltrazioni criminali nelle attività.

<sup>13</sup> Cfr. in termini TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici*, cit., pp. 70-71, in cui si chiarisce che la scelta legislativa di attribuire il potere al Presidente dell’ANAC e non al collegio è giustificata dalla volontà di assicurare maggiore speditezza e celerità al procedimento e di prevedere due fasi endoprocedimentali simmetriche, gestite da due distinte autorità amministrative monocratiche.

aziendali connesse all'esecuzione del singolo contratto in relazione al quale sono emersi i profili di illegalità.

### 2.1. *Le singole misure e il campo d'azione degli amministratori*

L'impianto predisposto dal legislatore con l'art. 32, d.l. n. 90/2014, riconosce alle autorità amministrative competenti il potere di adottare tre diverse tipologie di misure straordinarie fra loro alternative, graduate in ragione della gravità dei fatti illeciti riconducibili ai soggetti aggiudicatari di contratti pubblici. Si tratta, nello specifico, dell'ordine di rinnovazione degli organi sociali mediante allontanamento e sostituzione del soggetto coinvolto nei fatti di corruzione (art. 32, comma 1, lett. *a*) e comma 2); della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, da applicarsi direttamente, «nei casi più gravi» (art. 32, comma 1, lett. *b*) e comma 2) o in via sussidiaria, qualora l'impresa non provveda alla rinnovazione degli organi sociali entro il termine prescritto dalla legge (art. 32, comma 1, lett. *a*) e comma 2); del sostegno e monitoraggio dell'impresa da parte di esperti nominati dal Prefetto (c.d. *tutorship*, art. 32, comma 8)<sup>15</sup>.

Ora, procedendo con ordine, dalla più mite alla più severa, la misura sicuramente meno invasiva è quella che prevede l'inserimento nella *governance* aziendale di esperti nominati dall'autorità prefettizia competente per territorio in numero non superiore a tre, attivata nelle ipotesi meno gravi di compromissione degli operatori economici<sup>16</sup>.

A differenza delle altre misure con finalità anticorruptive di cui all'art. 32, quella del sostegno e monitoraggio non comporta modificazioni significative nell'organizzazione interna dell'azienda: i consulenti prefettizi si limitano ad affiancare, senza sostituirvisi, gli organi sociali originari, con l'obiettivo di ripristinare una gestione virtuosa dell'impresa, che si svolga entro i parametri della legalità e della trasparenza<sup>17</sup>. A tal fine, gli esperti devono fornire all'azienda «prescrizioni operative elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo», rifacendosi, per esempio, alle linee guida

<sup>15</sup> Nel silenzio della norma, si ritiene che anche in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni impartite dagli esperti di nomina prefettizia venga attivato il commissariamento dell'impresa inadempiente. Cfr. Prime Linee Guida, cit., p. 11.

<sup>16</sup> Cfr. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici*, cit., p. 76. Gli Autori evidenziano che il sostegno e il monitoraggio, seppur introdotto dal legislatore come strumento di carattere residuale, si è rivelato nella prassi di grande efficacia in quanto, a differenza delle altre misure, consente di trascendere il singolo appalto che ha originato il procedimento, promuovendo una revisione virtuosa dell'impresa nel suo complesso.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2014, p. 1030, il quale osserva che i consulenti nominati dal Prefetto possono anche agire sottotraccia per segnalare eventuali illeciti come *whistleblower*.

per la costruzione dei modelli organizzativi di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231<sup>18</sup> e dei piani triennali per la prevenzione della corruzione.

La minore severità della misura sembra essere giustificata dal ruolo dei soggetti coinvolti negli illeciti oggetto di indagine, identificati nei «componenti di organi societari diversi da quelli di cui al precedente primo comma». Sotto tale aspetto, la formulazione della norma non brilla certo per chiarezza poiché detti soggetti vengono individuati per esclusione rispetto a quelli del primo comma, che si limita, tuttavia, ad indicare i presupposti oggettivi di applicazione delle misure, facendo solo un generico riferimento agli «organi sociali». Sul punto, alcune precisazioni sono state fornite dall’ANAC che ha subordinato la disciplina dell’ottavo comma alla circostanza che gli illeciti riguardino figure societarie apicali, capaci di condizionare in concreto l’operato dell’impresa, ma diverse dagli organi di amministrazione in senso stretto, presi viceversa in considerazione dal primo comma<sup>19</sup>. Secondo quanto affermato dall’ANAC, la misura può inoltre operare qualora non sia riscontrabile l’eccezionale gravità dei fatti, né il carattere seriale delle condotte criminose<sup>20</sup>.

A metà strada fra la «consulenza forzosa»<sup>21</sup> del sostegno e monitoraggio delle imprese e il vero e proprio commissariamento, si colloca l’ordine di rinnovazione degli organi sociali.

In questo caso, i fenomeni corruttivi vengono arginati attraverso l’allontanamento del soggetto coinvolto negli illeciti, imponendo all’impresa destinataria di risolvere il relativo rapporto di lavoro. Misura analoga è prevista quale indice

---

<sup>18</sup> Così, Prime Linee Guida, cit., p. 10.

<sup>19</sup> Così, Seconde Linee Guida, cit., p. 4-5, in cui si indica a titolo esemplificativo il direttore tecnico o gli organi societari di imprese diverse da quella aggiudicataria, quali gli amministratori della controllante. Nello stesso senso, cfr. anche la *Proposta di applicazione della misura del sostegno e del monitoraggio della Igeco Costruzioni s.p.a.*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), fondata sulla circostanza che il soggetto coinvolto nelle indagini penali non ricopriva alcuna carica direttiva nell’ambito degli organi di gestione e di amministrazione della società, rivestendo solo il ruolo di responsabile tecnico. In dottrina, cfr. F. SGUBBI, T. GUERINI, *L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), pp. 9-10, secondo i quali il riferimento agli «organi sociali» del primo comma va inteso in senso restrittivo, come riferito a coloro che amministrano la società. Secondo gli Autori la norma è da interpretare alla luce della riforma del diritto societario del 2003 che ha previsto tre distinti sistemi di amministrazione e controllo: il sistema tradizionale, quello dualistico e quello monistico. Nel caso in cui sia stato adottato un sistema tradizionale la norma trova applicazione nei confronti degli amministratori; in caso di sistema dualistico, nei confronti dei membri del consiglio di gestione; in caso di sistema monistico, invece, nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione e dei membri del comitato per il controllo sulla gestione.

<sup>20</sup> Cfr. *Proposta di applicazione della misura del sostegno e del monitoraggio della Igeco Costruzioni s.p.a.*, cit.

<sup>21</sup> V. TORANO, *Prime considerazioni sulle misure amministrative di gestione temporanea e straordinaria, sostegno e monitoraggio delle imprese nell’ambito del contrasto della corruzione e della criminalità organizzata*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2/2015.

di dissociazione dell'impresa dalle condotte penalmente rilevanti poste in essere da soggetti incardinati nella compagine sociale per la partecipazione alle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sostituito dall'art. 80, d.lgs. n. 50/2016<sup>22</sup>. Essa può rilevare, inoltre, ai fini dell'operatività del c.d. self cleaning aziendale (art. 80, commi 7 ss., d.lgs. n. 50/2016) per dimostrare l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico per l'ammissione in gara, nonostante l'esistenza di motivi di esclusione.

L'applicazione della misura della rinnovazione degli organi sociali produce un impatto sull'organizzazione aziendale ancora minimo, in quanto nella prassi accade di frequente che sia lo stesso soggetto responsabile dei fatti di rilevanza penale a dimettersi spontaneamente dal proprio incarico. Qualora ciò non si verifichi, l'impresa mantiene comunque la facoltà, entro trenta giorni dall'intimazione del Prefetto, di scegliere autonomamente i sostituti. Il termine è da ritenersi perentorio poiché, decorsi inutilmente i tempi prescritti dalla legge, l'operatore economico decade dalla facoltà di rinnovare la *governance* aziendale. Dal mancato adeguamento all'intimazione del Prefetto discende, infatti, l'applicazione della misura più grave del commissariamento<sup>23</sup>, disposta nei dieci giorni successivi attraverso la nomina di uno o più amministratori, nel numero massimo di tre, che restano in carica per il tempo necessario alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione.

Fra le due misure straordinarie non appare possibile, tuttavia, individuare una continuità che giustifichi la scelta di surrogare l'una all'altra. Benché orientate a perseguire le medesime finalità di prevenzione della corruzione, i presupposti di applicazione e gli effetti che producono all'interno delle imprese destinatarie sono, infatti, radicalmente diversi. Mentre la rinnovazione degli organi sociali impone una modificazione strutturale dell'assetto societario nel suo complesso, tanto che l'ordine non si considera adempiuto qualora il soggetto da sostituire conservi incarichi anche de facto all'interno dell'impresa<sup>24</sup>, la gestione commissariale sembrerebbe, invece, circoscritta da un punto di vista funzionale (o temporale, come si avrà modo di vedere nel prosieguo) al ramo dell'azienda impegnato nell'esecuzione del contratto "incriminato". In tal senso

---

<sup>22</sup> Nella Determinazione n. 1, 12 gennaio 2010, dell'ANAC (già AVCP), in *www.anticorruzione.it*, si legge quanto segue: «A titolo esemplificativo, la dissociazione potrebbe consistere nell'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale».

<sup>23</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa le due misure si pongono in relazione di "consecutività" l'una rispetto all'altra. Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 aprile 2018, n. 2800.

<sup>24</sup> Così, Seconde Linee Guida, cit., p. 5, in cui viene specificato in maniera espressa che l'effetto-esclusione cui mira l'ordine di rinnovazione degli organi sociali deve essere riferito all'intera organizzazione aziendale e non soltanto a quella sua parte o ramo che è impegnata nell'esecuzione del contratto, in relazione al quale è stato adottato l'ordine stesso.

depone anche la formulazione dell’art. 32, comma 1, lett. *a*), che sembra riferire l’inciso «limitatamente alla completa esecuzione del contratto d’appalto o della concessione» alla sola ipotesi dell’amministrazione straordinaria. Occorre, peraltro, evidenziare che i commissari nominati dal Prefetto non si sostituiscono in via definitiva agli organi gestori, come avviene per i soggetti sostituiti nel caso di rinnovamento degli organi sociali, ma ne assumono temporaneamente le relative funzioni fino al completamento dell’opera.

Nelle ipotesi “più gravi” di allontanamento dagli standard di legalità e correttezza, il commissariamento dell’impresa viene disposto, invece, in via diretta e immediata, senza il preventivo ordine di rinnovo degli organi sociali<sup>25</sup>. Anche questa volta la formulazione della norma è vaga e indeterminata in quanto non specifica quali siano i casi “più gravi” che richiedono un intervento incisivo del Prefetto sull’assetto organizzativo dell’impresa. Una lettura sistematica dell’art. 32 induce a ritenere che una siffatta limitazione della libertà di iniziativa economica possa essere giustificata solo da una diffusa e consolidata situazione di illegalità all’interno dell’azienda, non utilmente fronteggiabile con l’estromissione di singoli soggetti o con mere attività di tutoraggio.

Questa volta l’intervento sull’amministrazione e gestione delle imprese è, dunque, fortemente penetrante: le autorità amministrative non si limitano a inserire nella compagine societaria un presidio di legalità o ad ordinare l’estromissione di un singolo soggetto, ma dispongono l’integrale sostituzione degli organi di amministrazione, spossessati dei loro poteri gestori che vengono trasferiti, seppur temporaneamente, ai commissari esterni.

Secondo l’impostazione dell’ANAC, finora condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, l’ingerenza nella vita dell’impresa sarebbe controbilanciata dalla limitata operatività della misura, circoscritta alla «completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell’accordo contrattuale o della concessione»<sup>26</sup>. Secondo tale ricostruzione, l’inciso sarebbe finalizzato a porre un limite di carattere funzionale al commissariamento, in ragione del quale gli amministratori devono sostituire i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri solo per la gestio-

---

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, ord. 4 settembre 2014, n. 4011, nella quale i giudici romani, all’indomani dell’entrata in vigore della norma, hanno precisato che l’intimazione a provvedere al rinnovo degli organi sociali, prevista dal secondo comma dell’art. 32, deve essere letta in combinato disposto con il primo comma del medesimo articolo e deve essere interpretata nel senso che il Presidente dell’ANAC, in situazioni di particolare gravità, può proporre al Prefetto di disporre direttamente la misura del commissariamento. Il Prefetto nei dieci giorni successivi, ove ne ricorrano i presupposti, provvede all’adozione di tale misura.

<sup>26</sup> Nelle Prime Linee Guida, cit., p. 8, si afferma che tale inciso conferma la natura ad *contractum* della misura del commissariamento che sarebbe finalizzata alla “sterilizzazione” del singolo appalto. In giurisprudenza, cfr. fra le molte Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563, in cui si precisa che l’istituto del commissariamento si manifesta come strumento di autotutela contrattuale.



ne delle attività connesse all'esecuzione dell'appalto inquinato<sup>27</sup>. In tale prospettiva, la misura non è destinata ad incidere in modo irreversibile sulla *governance* dell'azienda, ma si traduce in una netta separazione tra gli assetti gestionali e quelli proprietari della stessa: gli amministratori sono tenuti, in definitiva, a realizzare una forma di gestione separata e a tempo del segmento di impresa legato all'esecuzione dello specifico contratto, mentre gli organi di gestione ordinari restano in carica per le residue attività<sup>28</sup>.

La disposizione è stata diversamente intesa dai primi commentatori, che hanno evidenziato i numerosi problemi operativi derivanti da una simile interpretazione del testo, soprattutto in assenza di specifiche indicazioni circa le modalità di coordinamento fra la gestione straordinaria e quella ordinaria<sup>29</sup>. All'inciso è stato, quindi, attribuito un significato di carattere temporale. Così intesa, la norma impone dunque di procedere ad una riorganizzazione della *governance* aziendale nella sua interezza, ma per un tempo limitato alle esigenze dell'appalto. A confortare tale soluzione è la stessa norma ove è previsto che «per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura».

Anche se smentita in sede di applicazione, è comunque da rilevare come una simile lettura dell'art. 32 consentirebbe di avviare un più intenso ed efficace processo di risanamento delle imprese, esteso a tutti i rami dell'azienda e non limitato agli uffici competenti per la fase di esecuzione di singoli contratti. Del resto, la stessa ANAC, seppur riferendosi a ipotesi particolari in cui il perimetro della gestione commissariale coincide integralmente con l'attività contrattuale dell'impresa, ha ammesso la possibilità di una sospensione totale delle funzioni degli organi sociali<sup>30</sup>.

In questo contesto, sufficientemente confuso, si colloca poi la disposizione

<sup>27</sup> TAR Campania, sez. I, n. 943/2016, ha precisato che il commissariamento deve necessariamente ricomprendere tutte le attività connesse alla corretta esecuzione del contratto oggetto della misura di gestione e, quindi, anche quelle ad essa immediatamente serventi, pena la vanificazione dell'obiettivo del legislatore di sterilizzare i pericoli di condizionamento criminale.

<sup>28</sup> Così, TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 3 febbraio 2016, n. 1519; TAR Campania, sez. I, 25 gennaio 2016, n. 943; C.G.A.R.S., 17 giugno 2016, n. 180.

<sup>29</sup> Sul punto, cfr. M. GIUSTINIANI, *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, cit., il quale evidenzia che la gestione di un contratto pubblico, salvo casi eccezionali, non costituisce un "compartimento stagno" all'interno delle imprese, che potrebbero dover impegnare i beni, i mezzi e il personale utilizzati nel cantiere commissariato anche per la gestione di altre commesse pubbliche. Nello stesso senso, cfr. R. MANGANI, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7/2014; L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in [www.igitalia.it](http://www.igitalia.it).

<sup>30</sup> Cfr. ANAC, *Relazione annuale 2016*, p. 259.

del comma 7 dell’art. 32, ove è previsto che durante l’applicazione della misura i pagamenti all’impresa siano corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori; la norma è di difficilissima applicazione pratica se solo si pensa che può riguardare contemporaneamente più contratti riferiti a distinti committenti, ciascuno dei quali onerato del trattenere il compenso o una misteriosa quota di questo e mal si concilia con il successivo comma 9 che pone il compenso degli amministratori a carico dell’impresa. Ma il punto è un altro e cioè che la previsione, così congegnata, sembra riportare gli amministratori all’area circoscritta dall’esecuzione del contratto, legando il loro compenso e fors’anche il loro destino alla commessa che hanno il compito di gestire.

Tuttavia, nella indicata prospettiva di una estensione del campo di intervento dei commissari al complesso dell’attività aziendale, vi è che lo scopo assicurato dall’intervento prefettizio andrebbe invece ben oltre l’esecuzione del singolo affidamento e finirebbe per identificarsi nella sopravvivenza stessa dell’impresa, così al riparo da provvedimenti limitativi dell’attività, intesa evidentemente come valore sociale ed economico rilevante per la collettività, e d’altra parte nella necessità di conformare alla legalità l’attività sociale nel suo complesso e non solo la fase esecutiva della singola commessa; il che, se appare condivisibile sotto un profilo teleologico generale, è viepiù logico se solo si considera che nella stragrande maggioranza dei casi le ragioni dell’intervento del Prefetto travalicano il settore aziendale preposto all’esecuzione dell’appalto ed interessano per lo più la fase di acquisizione dei contratti, gli uffici preposti cioè alla preparazione delle gare e all’attività commerciale.

## *2.2. Il regime dei commissari: l’assenza di trasparenza nelle procedure selettive e gli effetti perversi dell’esonero di responsabilità*

L’attività dei commissari è qualificata dallo stesso d.l. n. 90/2014 come di «pubblica utilità» (art. 32, comma 4), in quanto risponde, in via prioritaria, quantomeno all’interesse generale di assicurare la realizzazione dell’opera appaltata, del servizio o della fornitura<sup>31</sup>.

Sia gli amministratori straordinari che gli esperti nominati dal Prefetto devono essere in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità previsti dalla legge per i commissari giudiziali e straordinari<sup>32</sup>. Inoltre, la loro individuazione

<sup>31</sup> In termini, Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563; 10 gennaio 2018, n. 93; 28 aprile 2016, n. 1630.

<sup>32</sup> L’art. 32, d.l. n. 90/2014 fa, infatti, riferimento al regolamento adottato ai sensi dell’art. 39, comma 1, d.lgs. 270/1999 relativo ai requisiti di professionalità e onorabilità dei commissari giudiziali e straordinari delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che sono stati successivamente definiti dal d.m. 60/2013, adottato di concerto con il Ministero della Giustizia.

deve avvenire secondo criteri di rotazione e trasparenza, evitando così situazioni di cumulo di incarichi o di conflitto di interessi, e attraverso valutazioni che consentano di tenere conto del loro background professionale<sup>33</sup>.

Sotto tale aspetto, maggiori garanzie di trasparenza nella selezione degli amministratori e dei consulenti prefettizi sarebbero state, senza dubbio, assicurate ricorrendo agli stessi criteri di scelta previsti dal nuovo Codice Appalti per i commissari di gara<sup>34</sup>. In tal senso, si sarebbe potuto istituire, al pari di quanto già previsto per i componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, un apposito albo. Ovvero, si sarebbe potuta qualificare l'attività svolta dai commissari come appalto di servizi, imponendo così il ricorso ad una rigorosa procedura selettiva per il relativo affidamento.

L'esenzione da qualsiasi forma di evidenza pubblica nella scelta dei commissari appare ancor più distonica dal confronto con il rigoroso sistema previsto per l'affidamento dei servizi legali, oggi ulteriormente acuitosi con l'intervento di regolazione dell'ANAC che ha imposto l'espletamento di procedure di gara anche per attività pienamente fiduciarie<sup>35</sup>.

Ad ogni modo, nel decreto di nomina dei commissari il Prefetto deve indicare la durata della misura, da fissare in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera e comunque non oltre il collaudo. La necessità di predeterminare i relativi tempi di applicazione contribuisce a differenziare la gestione straordinaria dalle altre misure anticorruptive che si presume vengano applicate a tempo indeterminato, per quanto riguarda l'ordine di rinnovo degli organi sociali; prescindendo dall'indicazione specifica delle tempistiche, inevitabilmente legate alla capacità di adeguamento delle imprese alle indicazioni degli esperti, nel caso del sostegno e monitoraggio.

Nel decreto il Prefetto è tenuto, altresì, a quantificare il compenso spettante ai commissari, posto interamente a carico dell'azienda<sup>36</sup>. Quanto all'individuazione dei compiti loro attribuiti, il comma 3 dell'art. 32 stabilisce che agli stessi vengano assegnati, per l'intera durata della misura, tutti i poteri e le funzioni normalmente spettanti agli organi di amministrazione ordinari. Anche l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari viene sospeso fino alla revoca o alla cessazione della gestione straordinaria, così come i poteri dell'assemblea, qualora l'impresa sia stata costituita in forma societaria.

<sup>33</sup> Così Prime Linee Guida, cit., 9.

<sup>34</sup> Per una disamina della disciplina applicabile ai componenti delle commissioni giudicatrici, cfr. Linee Guida n. 5 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it). In dottrina, cfr. A. MAURO, *Selezione delle offerte (artt. 77-82)*, pp. 289 ss., in *I nuovi appalti pubblici*, a cura di M. Corradino, S. Sticchi Damiani, Milano, 2017.

<sup>35</sup> Cfr. Linee guida n. 12/2018, *Affidamento dei servizi legali*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018 e pubblicate in G.U. in data 13 novembre 2018.

<sup>36</sup> Per la quantificazione del compenso, l'art. 32 fa riferimento alle tabelle allegate al decreto di cui all'art. 8, d.lgs. 14/2010. Cfr. Terze Linee Guida, cit.

A fronte di poteri ampi e penetranti ci si sarebbe aspettati un proporzionale e commisurato regime di responsabilità, che tenesse anche conto dei peculiari rischi di mala gestio connessi alla circostanza che i commissari non sono espressione dei soci e potrebbero essere più facilmente indotti a non tutelare gli interessi della proprietà, su cui grava solo l’onere dei compensi.

Al contrario il Legislatore ha ritenuto di contemplare un esonero di responsabilità degli amministratori esterni per eventuali diseconomie nella gestione dell’appalto, salvo i casi di dolo o colpa grave<sup>37</sup>. Anziché prevedere forme di responsabilità aggravata in ragione dei rischi legati all’assenza di raccordo tra commissari/amministratori e soci dell’azienda amministrata, che acuisce i rischi ordinariamente insiti nel modello economico principal-agent (cd. Teoria dell’agenzia<sup>38</sup>), si è dunque previsto un esonero che appare del tutto irragionevole e ingiustificato, soprattutto se confrontato con il gravoso regime di responsabilità previsto dal Codice Civile per gli amministratori di società tenuti ad adempiere i doveri essi imposti con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze (art. 2392 c.c.).

Se ciò si vuole attribuire ad una particolare lungimiranza del Legislatore, basti constatare le nomine in concreto disposte dalla singole Prefetture, tendenzialmente indifferenti a criteri di selezione volti ad individuare soggetti dotati di comprovate capacità manageriali.

Si è quindi in presenza di un regime che rischia di creare delle sanzioni “occulte”, sia perché i commissari non vengono scelti attraverso procedure di evidenza pubblica che consentano di individuare i più competenti sul mercato, sia per la pericolosa esenzione di responsabilità, che rischia di produrre danni agli interessi societari, e di riflesso occupazionali, senza che l’azienda possa attivare efficaci rimedi giurisdizionali per ottenerne un equo ristoro, con piena e immediata lesione di interessi di rango costituzionale tutelati dagli artt. 3 e 24 Cost., se solo si considera che le misure di cui si tratta sono adottate sulla base di presupposti meramente indiziari ed in assenza di accertamenti definitivi.

### 2.3. L’accantonamento degli utili

Il sistema di tutela si completa con l’accantonamento degli utili di impresa derivanti dai contratti (e dalle concessioni) oggetto delle misure di commissariamento (cfr. art. 32, comma 7, d.l. n. 90/2014). La misura, di natura provvisoria, permane sino all’esito del giudizio penale e si attua mediante la creazione di un

---

<sup>37</sup> Sulla responsabilità degli amministratori nominati dal Prefetto cfr. S. ADAMO, *Contratti pubblici e anticorruzione. Commissario ex art. 32 legge 114/2014: limiti, equilibri e responsabilità anche dell’ANAC e della Prefettura*, in *App. contr.*, 12/2017, pp. 39 ss.

<sup>38</sup> Per un’approfondita analisi dei rapporti di agenzia applicabili alla pubblica amministrazione cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

fondo speciale con l'accensione di un conto corrente vincolato; l'ammontare del fondo è determinato dagli amministratori anche in via presuntiva<sup>39</sup>. Per l'intera durata della misura, le somme accantonate non possono essere distribuite né pignorate<sup>40</sup>.

In giurisprudenza è stato precisato che il congelamento degli utili costituisce una misura di accessoria rispetto a quella principale della gestione straordinaria e temporanea, rappresentandone una conseguenza tipizzata dalla legge, circoscritta, sotto il profilo soggettivo, all'operatore economico destinatario del commissariamento e, sotto quello oggettivo, al contratto connesso ai fatti illeciti<sup>41</sup>. Da un punto di vista funzionale, l'accantonamento consente di affiancare alla garanzia di realizzazione dell'opera o del servizio la salvaguardia del recupero patrimoniale che può conseguire dalla definizione dei procedimenti penali. Si evita di far percepire all'impresa il profitto dell'attività contrattuale, preservando la concreta applicabilità delle disposizioni che consentono di disporre (nel processo penale) la confisca del profitto derivante dal reato<sup>42</sup>.

L'accantonamento degli utili costituisce una misura che deve essere disposta quale conseguenza automatica del decreto di commissariamento dell'impresa, tanto che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno di recente affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il trattenimento degli utili. Ciò in ragione della riscontrata assenza di margini di discrezionalità nell'adozione della misura, ritenuta frutto dell'esercizio di un potere vincolato incidente su una posizione giuridica di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo<sup>43</sup>.

Questione più complessa, e totalmente trascurata dal legislatore, è quella legata alla possibilità di utilizzare gli utili derivanti dall'esecuzione di una commessa per compensare le perdite registrate da altri contratti. Ed infatti la stessa definizione di utili data dalla norma è del tutto impropria, atteso che l'utile sociale non può che essere riguardato con riferimento all'intera situazione patrimoniale

---

<sup>39</sup> F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac*, cit., osserva che sul piano patrimoniale si costituisce una sorta di *blind trust* con doppia funzione: da un lato protezione delle risorse pubbliche impiegate per il singolo contratto e dall'altro sottrazione di diritti patrimoniali a soggetti che si presumono coinvolti in attività illecite.

<sup>40</sup> Nelle Quinte Linee Guida, cit., p. 2, si precisa che in via ordinaria la modalità operativa con cui si assolve l'obbligo di cui all'art. 32, comma 7, consiste nell'accensione di un conto corrente vincolato, con potere dispositivo esclusivo degli amministratori straordinari, sul quale confluiscono le somme per l'accantonamento dell'utile.

<sup>41</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 9 gennaio 2017, n. 244. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563 che, ribaltando TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 29 dicembre 2016, n. 12868, ha esteso la regola di cui all'art. 32, comma 7, anche agli utili spettanti ad alcune imprese che eseguivano i lavori per conto del concessionario con il quale erano consorziate.

<sup>42</sup> Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563.

<sup>43</sup> Cass., Sez. Un., ord. 11 maggio 2018, n. 11576, pronunciata dalla Suprema Corte a seguito di un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione.

della società. Sotto questo profilo, le misure di cui trattasi trovano una ratio, non solo nella possibilità di completare l’opera, obiettivo questo che potrebbe essere soddisfatto anche mediante la repentina sostituzione con altro operatore, ma nell’esigenza di preservare i profili occupazionali e l’esistenza stessa di una realtà aziendale e del suo indotto, seppure sterilizzando gli interessi di chi è sospettato di aver tenuto condotte illecite. Risulta dunque poco comprensibile che si debbano necessariamente separare ed accantonare gli utili di una commessa, meglio sarebbe chiamarli margini, con il rischio di acuire, anche irreversibilmente, l’eventuale crisi finanziaria dell’impresa dovuta alle perdite registrate in altre commesse o comunque all’indebitamento pregresso, precludendo alla società una gestione finanziaria ordinata, fisiologica e complessiva dei costi e dei ricavi. D’altra parte la stessa circostanza che i poteri dell’assemblea restino sospesi per l’intera durata della misura impedisce ai titolari dell’impresa qualsiasi distribuzione dei profitti eventualmente conseguiti.

In ogni caso, in assenza di specifiche indicazioni normative sulle sorti delle somme accantonate, l’ANAC si è inizialmente limitata ad affermare che laddove il giudizio penale si risolve in senso favorevole all’impresa, alla stessa spetterà la restituzione dell’utile realizzato dagli amministratori prefettizi; in caso opposto, si apre un’alternativa: o vengono attivati gli strumenti individuati dall’autorità giudiziaria competente a conoscere della fattispecie penale, oppure la stazione appaltante, secondo l’ANAC, potrà incamerare gli utili precedentemente accantonati, altrimenti spettanti all’impresa<sup>44</sup>.

A causa della lacunosa disciplina relativa alla gestione delle somme accantonate, si è reso, tuttavia, necessario un nuovo intervento dell’Autorità di regolazione che, di concerto con il Ministero dell’Interno, ha adottato in via definitiva le Quinte Linee Guida, a seguito del parere favorevole rilasciato dal Consiglio di Stato<sup>45</sup>. Nell’atto di indirizzo in esame sono state fornite indicazioni interpretative e operative distinte, a seconda che la misura del commissariamento sia stata disposta per fatti di matrice corruttiva o per motivi di infiltrazione mafiosa, in ragione dell’autonomia delle due ipotesi che si fondano, rispettivamente, sul procedimento penale avente ad oggetto le fattispecie di cui al comma 1 dell’art. 32 d.l. n. 90/2014 oppure sull’interdittiva antimafia adottata dalla Prefettura competente<sup>46</sup>. Non viene preso, invece, in considerazione, il diverso, e più incerto, caso in cui la gestione commissariale sia riconducibile a situazioni anomale o meramente sintomatiche di condotte illecite attribuibili all’impresa interessata.

---

<sup>44</sup> In tal senso, cfr. *Secondo Linee Guida*, cit., p. 18.

<sup>45</sup> Il Consiglio di Stato, tramite una Commissione speciale riunitasi in data 11 maggio 2018, ha reso il parere 18 giugno 2018, n. 1567, sullo schema di *Quinte Linee Guida*

<sup>46</sup> *Quinte Linee Guida*, cit., p. 3, in cui si precisa che le due misure gestionali postulano la sussistenza di presupposti applicativi del tutto differenti e rispondono a finalità diverse, seppur entrambe di natura lato sensu preventiva.

Ad ogni modo, con riferimento alla prima delle ipotesi sopra indicate, il congelamento degli utili è da considerarsi strumentale al sequestro preventivo o alla confisca delle somme<sup>47</sup>, in ragione della stretta connessione genetica esistente fra il commissariamento e il rispettivo giudizio penale.

In particolare, il giudice penale potrebbe considerare l'utile netto d'impresa, derivante dall'esecuzione del contratto, ai fini della quantificazione del profitto del reato commesso, disponendone il sequestro preventivo o la confisca in via diretta; aggredendo le somme appositamente accantonate, o per equivalente, utilizzando le stesse come parametro di calcolo ai fini della determinazione del quantum da assoggettare alla misura cautelare di competenza del giudice penale. In entrambe le ipotesi, qualora il soggetto sottoposto al procedimento penale sia anche titolare del capitale sociale dell'impresa, l'autorità giudiziaria potrà disporre il sequestro preventivo o la confisca degli utili accantonati nei limiti della sua partecipazione; laddove anche l'impresa nel suo complesso sia ritenuta perseguibile in base al d.lgs. n. 231/2001 e impegnata in solido con le persone fisiche per i reati per cui si procede, la misura disposta dal giudice penale potrà avere ad oggetto l'intera somma accantonata a titolo di utile come valore corrispondente all'unico e identico profitto derivante dal reato attribuito non solo alle persone fisiche, ma anche all'impresa in quanto tale<sup>48</sup>.

Specifiche considerazioni sono state, poi, formulate con riferimento all'individuazione dei criteri di quantificazione delle somme da accantonare nelle ipotesi del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento.

Nel primo caso, qualora siano sottoposti ad un'unica gestione commissariale gli operatori economici facenti parte di un RTI, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, ciascuna impresa partecipante deve essere considerata singolarmente ai fini dell'accantonamento dell'utile sulla base della rispettiva quota di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione delle prestazioni contrattuali<sup>49</sup>. Nel secondo caso, tenuto conto che il profitto dell'ausiliaria rappresenta a carico dell'ausiliata un corrispondente costo, qualora sia quest'ultima ad essere coinvolta nei fatti di matrice corruttiva, potrà procedersi all'accantonamento degli utili solo a carico della stessa<sup>50</sup>.

Quanto alla questione relativa alla sorte degli utili accantonati, la problema-

---

<sup>47</sup> Sul punto, cfr. ancora *Quinte Linee Guida*, cit., p. 5-6, in cui si ricorda che il sequestro preventivo mira ad evitare che la durata del giudizio penale possa pregiudicare l'efficacia di una eventuale sentenza di condanna impedendo al soggetto di depauperare nelle more il proprio patrimonio da beni e utilità suscettibili di confisca e quest'ultima serve, invece, ad espropriare definitivamente il soggetto dei propri beni a favore dello Stato. In entrambi i casi, i provvedimenti incidono solo sul patrimonio del soggetto sottoposto a procedimento, colpendo in via diretta i beni che servirono o furono destinati a commettere il reato e le utilità che ne costituiscono il prodotto o il profitto oppure, in alternativa, beni diversi e utilità superiori ritenuti di valore equivalente.

<sup>48</sup> *Quinte Linee Guida*, cit., p. 6.

<sup>49</sup> *Quinte Linee Guida*, cit., p. 7.

<sup>50</sup> *Quinte Linee Guida*, cit., p. 8.



tica è di facile soluzione solo laddove il procedimento penale venga archiviato o si concluda con un provvedimento favorevole per il soggetto coinvolto, escludendone la responsabilità dalle vicende penali poste a base dello stesso commissariamento (sentenza di non luogo a procedere adottata per motivi diversi dall’estinzione del reato, sentenza di assoluzione emessa ai sensi dell’art. 530, comma 1, c.p.p.): in tale ipotesi occorrerà, infatti, procedere alla revoca della misura e all’immediata e definitiva restituzione delle somme sottratte all’impresa.

Tale automatismo è, invece, assente nelle altre ipotesi individuate dal diritto processuale penale (sentenza di proscioglimento per motivi diversi da quelli sopraesposti, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall’autorità giudiziaria), poiché in questi casi si rende indispensabile una valutazione discrezionale, ai fini dell’eventuale cessazione del commissariamento, e non più solo del congelamento degli utili, diretta a verificare se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia effettivamente venuto meno anche il profilo di responsabilità addebitato all’impresa<sup>51</sup>. L’esigenza di mantenere una gestione vigilata dei contratti ottenuti con metodi corruttivi o fraudolenti emerge, in particolare, nel caso in cui il giudizio si concluda con una sentenza di patteggiamento, con cui l’imputato riconosca la commissione dei fatti delittuosi contestatigli. La conservazione della misura gestionale pone, però, un problema in relazione alla gestione degli utili, poiché la lettera della previsione contenuta nell’art. 32, comma 7, d.l. n. 90/2014, consente di paralizzare le somme accantonate «fino all’esito dei giudizi penali». Ne deriva che in costanza di gestione straordinaria, gli amministratori di nomina prefettizia devono continuare ad accantonare gli utili, senza possibilità di distribuirli, in applicazione di quanto disposto dal precedente comma 3, che prevede la sospensione dei poteri di direzione e gestione dei titolari dell’impresa, anche ove costituita in forma societaria, per l’intera durata del commissariamento, ma con conseguente venir meno del provvisorio vincolo di indisponibilità<sup>52</sup>.

La doverosa permanenza dell’accantonamento, prevista nelle Linee Guida e licenziata con favore dal Consiglio di Stato, è prevista anche nel caso in cui la misura commissariale cessi prima della definizione del procedimento penale, dovendosi attendere gli eventuali provvedimenti di sequestro preventivo o di confisca da parte dell’autorità giudiziaria<sup>53</sup>.

Da un punto di vista operativo, al termine della misura gli amministratori straordinari dovranno presentare al Prefetto competente un rendiconto della loro gestione con specifico riguardo a ciascun contratto sottoposto a commissariamento. L’autorità prefettizia a sua volta comunicherà al Procuratore della

<sup>51</sup> In termini, Prime Linee Guida, cit, pp. 9-10.

<sup>52</sup> Quinte Linee Guida, cit., p. 9.

<sup>53</sup> Quinte Linee Guida, cit., p. 11.

Repubblica l'ammontare degli utili confluiti nel fondo vincolato, così da consentirgli di assumere ogni determinazione sulla relativa sorte e di stabilire in via definitiva il quantum confiscabile.

A questo punto, il Prefetto dovrà adottare i provvedimenti necessari alla chiusura definitiva della gestione commissariale. Qualora quest'ultima cessi prima che il giudizio penale sia giunto al termine, essi consisteranno nella stipulazione di una convenzione con un istituto di credito, finalizzata alla costituzione di un apposito conto corrente intestato all'impresa, ma vincolato alla preventiva autorizzazione del Prefetto per eventuali disposizioni delle somme ivi depositate.

Una volta definito il giudizio, gli utili precedentemente accantonati saranno restituiti, previa autorizzazione dell'autorità prefettizia, all'operatore economico, se destinatario di una sentenza liberatoria; in caso di sentenza di condanna o di patteggiamento, allo stesso spetteranno le somme residuali al netto di quelle confiscate o sequestrate in sede penale.

Analoga disciplina trova applicazione anche nel caso in cui la misura di gestione straordinaria termini solo dopo la conclusione del giudizio penale, definito con pronuncia non liberatoria: il Prefetto dovrà, infatti, autorizzare gli amministratori straordinari a svincolare l'importo di utile che residua al netto delle somme definitivamente confiscate. Nel primo gruppo di ipotesi, il Prefetto procederà poi a chiudere il conto corrente vincolato, appositamente costituito con la banca; in quella da ultimo indicata, procederà invece a chiudere il conto ancora intestato alla gestione commissariale.

La disamina così succintamente condotta è sufficiente a comprendere la farraginosità del sistema e lascia intravedere l'intensità degli aggravati procedimentali sotto i quali è destinata ad affogare la gestione separata degli utili delle singole commesse; il mero congelamento della distribuzione degli utili dell'impresa, nel suo complesso, avrebbe invece consentito, come si è già osservato, un più efficace utilizzo della totalità delle risorse aziendali ed evitato l'apertura di conti correnti *ad hoc* o la complessità del meccanismo della trattenuta delle somme da parte delle singole stazioni appaltanti, atteso che, nel vigore delle misure disposte dal Prefetto, le somme tutte sarebbero comunque rimaste nell'esclusiva disponibilità degli amministratori. La disfunzionalità della disciplina così introdotta è da ascrivere con ogni probabilità all'equivoco di fondo, non risolto ed anzi generato dal Legislatore, in ordine ai confini dei poteri degli amministratori di nomina prefettizia che, da una parte, sono descritti come gestori di singole commesse, il che postulerebbe che i titolari originari possano beneficiare degli utili sociali, dall'altra, come detentori di un potere generale sull'impresa capace di sostituire anche quelli straordinari tipicamente riservati all'assemblea.

#### 2.4. *La questione della natura giuridica del commissariamento*

Valutati congiuntamente, lo spossessamento, seppur temporaneo, dei poteri di direzione e gestione dell’impresa, l’onere di spesa per il pagamento dei compensi agli amministratori posto interamente a carico del soggetto commissariato e il congelamento degli utili per un arco temporale indefinito, dimostrano come la misura della gestione straordinaria pregiudichi fortemente gli interessi aziendali, al punto da far dubitare della qualificazione riconosciuta sul piano giuridico dall’ANAC e dalla giurisprudenza in termini di misura amministrativa con finalità cautelare e di tipo preventivo. Ciò vale anche nell’ipotesi di cui all’art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, per effetto del quale l’impresa destinataria di informazione antimafia interdittiva e di successivo commissariamento è costretta ad eseguire le prestazioni senza poter conseguire gli utili correlati.

In sede di impugnazione dei provvedimenti che hanno disposto l’applicazione della misura in commento, le imprese ricorrenti ne hanno sottolineato, in maniera condivisibile, la natura sanzionatoria di carattere penale o amministrativo. A sostegno di tale tesi, è stata richiamata la giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea dei diritti dell’uomo che, in virtù della c.d. concezione autonomista del reato e della pena, prescinde dalla natura giuridica attribuita dagli ordinamenti nazionali ad un determinato provvedimento, facendo rientrare nella c.d. materia penale anche misure che, seppur non formalmente identificate come sanzioni penali, producono in concreto gli stessi effetti, con conseguente applicabilità delle garanzie personali e processuali previste dall’art. 6 CEDU<sup>54</sup>.

Tale concezione risale, come noto, alla celebre sentenza *Engel e al. c. Paesi Bassi* del 1976<sup>55</sup> in occasione della quale sono stati elaborati i criteri ermeneutici (c.d. criteri Engel), fra loro alternativi e non cumulativi<sup>56</sup>, da utilizzare al fine di stabilire la natura sostanzialmente penale delle misure: qualificazione giuridica dell’illecito e della misura in causa secondo il diritto nazionale (primo criterio, da ritenersi, tuttavia, non decisivo in quanto le indicazioni fornite dal diritto interno hanno valore relativo); natura oggettiva degli stessi (secondo criterio); grado di severità dell’impianto sanzionatorio (terzo criterio)<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> In argomento, cfr. diffusamente M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; ID., *Un’analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali attraverso la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 669 ss.

<sup>55</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71.

<sup>56</sup> La Corte europea dei diritti dell’uomo ha in più occasioni precisato che è possibile adottare un approccio cumulativo se l’analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una “accusa in materia penale”.

<sup>57</sup> Facendo applicazione di tali criteri, i giudici di Strasburgo hanno di recente affermato la

Come osservato da autorevole dottrina<sup>58</sup>, l'esigenza di una diversa qualificazione di determinate misure, che tenga conto della gravità delle ripercussioni complessive prodotte in concreto sugli interessi dei soggetti destinatari, si è posta peraltro non soltanto con riferimento alle sanzioni irrogate dagli organi amministrativi, ma più in generale per provvedimenti che, seppur non ricondotti dal diritto nazionale nel novero delle sanzioni in senso stretto, presentano comunque una "componente sanzionatoria"<sup>59</sup>. Quest'ultima è rintracciabile nei provvedimenti sfavorevoli, caratterizzati da un contenuto molto gravoso per il destinatario e riconducibili ad un giudizio negativo sulla sua condotta<sup>60</sup>.

Applicati alla gestione straordinaria e temporanea di cui all'art. 32, i suesposti criteri farebbero dunque propendere per una qualificazione del commissariamento in termini di misura repressiva di carattere penale o, in ogni caso, come sanzione amministrativa. La questione assume rilevanza non tanto da un punto di vista formale, ma per ragioni di ordine sostanziale perché dalla collocazione della misura in una prospettiva sanzionatoria discenderebbe l'operatività di fondamentali principi dell'ordinamento, altrimenti non applicabili<sup>61</sup>. Uno per tutti il

---

natura essenzialmente penale delle sanzioni della Consob, nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento svolto dinnanzi alla citata Autorità. La vicenda è nota: si tratta della sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, pronunciata in tema di manipolazioni del mercato. Nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte ha optato per l'applicazione del profilo penale dell'art. 6 CEDU, valorizzando il carattere affittivo delle sanzioni desumibile dalla gravità delle conseguenze derivanti in capo ai soggetti destinatari e dalle finalità in concreto perseguite dalle misure stesse: preventiva, poiché volte a dissuadere gli interessati da ulteriori condotte illecite, e repressiva, in quanto dirette a perseguire un'irregolarità. In tal senso deponeva anche la circostanza che le stesse fossero inflitte in ragione della gravità delle condotte poste in essere. Per un commento della pronuncia cfr. M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2014, pp. 1053 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di Mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il Caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 693 ss.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 868 ss.; G.M. BOZZI, *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dei principi dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 3099 ss.

<sup>58</sup> A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 4/2014, pp. 627 ss.

<sup>59</sup> A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., p. 642. L'Autore ritiene che la componente sanzionatoria di un provvedimento amministrativo, ove presente, sia da considerarsi prevalente e rappresenti, dunque, un elemento decisivo ai fini della qualificazione giuridica dell'atto.

<sup>60</sup> Ancora, A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., p. 644, il quale individua una «componente sanzionatoria», per esempio, nelle situazioni in cui venga preclusa un'attività contrattuale con la pubblica amministrazione ai sensi del previgente art. 38, d.lgs. n. 163/2006 o nei provvedimenti interdittivi da cariche amministrative o politiche o, ancora, nei provvedimenti di secondo grado che privano di effetto titoli abilitativi rilasciati dall'amministrazione.

<sup>61</sup> Per esempio, cfr. la recente sentenza del Cons Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93. In quell'occasione, l'impresa ricorrente muovendo dalla qualificazione del commissariamento in termini di sanzione penale, secondo la nozione elaborata dalla Corte EDU, o di sanzione amministrativa aveva lamentato la violazione da parte del Presidente dell'ANAC e del Prefetto del principio di

principio che imporrebbe un contraddittorio preventivo con il destinatario del provvedimento, circondato da specifiche garanzie.

Si consideri inoltre, a fondamento della natura sanzionatoria della misura, che una disposizione molto simile è dettata anche in materia penale, nella disciplina sulla responsabilità degli enti, e in quel caso sono state attribuite alla misura finalità afflittive, con conseguente applicazione delle necessarie garanzie. Il riferimento è all’art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2001 che prevede la nomina di un commissario, da parte però di un giudice – chiamato ad indicarne compiti e poteri – e non di un’ autorità amministrativa, per consentire la prosecuzione dell’attività dell’ente in una situazione di recuperata legalità organizzativa, qualora ricorrano le condizioni per l’applicazione di sanzioni interdittive che ne determinerebbero, invece, la paralisi<sup>62</sup>. Si tratta, nello specifico, di ipotesi in cui lo svolgimento di un pubblico servizio o esigenze occupazionali non consentono di procedere alla sospensione dell’attività dell’ente<sup>63</sup>. È poi previsto, anche in questo caso, ma in modo più chiaro di quanto non faccia l’art. 32, d.l. n. 90/2014, che, in applicazione del parametro della c.d. frazionabilità delle sanzioni interdittive

---

irretroattività, poiché i fatti ad essa contestati erano tutti risalenti ad un’epoca anteriore all’entrata in vigore del d.l. n. 90/2014.

<sup>62</sup> Per completezza espositiva si segnala che l’art. 15, d.lgs. n. 231/2001 dispone quanto segue: «1. Se sussistono i presupposti per l’applicazione di una sanzione interdittiva che determina l’interruzione dell’attività dell’ente, il giudice, in luogo dell’applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell’attività dell’ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l’ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l’interruzione dell’attività dell’ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull’occupazione. 2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell’attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l’illecito da parte dell’ente. 3. Nell’ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l’adozione e l’efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice. 4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell’attività viene confiscato. 5. La prosecuzione dell’attività da parte del commissario non può essere disposta quando l’interruzione dell’attività consegue all’applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva».

<sup>63</sup> Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. VI, sent. 31 maggio 2010, n. 20560, in cui si afferma espressamente che «Il commissariamento giudiziale è configurato nell’art. 15 cit. come una misura sostitutiva delle sanzioni interdittive, diretta ad evitare che l’accertata responsabilità dell’ente si risolva in un pregiudizio per la collettività ogni qual volta la sanzione inflitta dal giudice incida sul servizio pubblico svolto dall’ente, provocandone l’interruzione, ovvero quando l’interruzione dell’attività dell’ente, sempre per effetto della sanzione interdittiva, provochi rilevanti ripercussioni sull’occupazione: in presenza di queste distinte situazioni, da cui possono derivare conseguenze negative per il pubblico interesse, in luogo della sanzione interdittiva, idonea ad interrompere l’attività dell’ente, si prevede una sorta di espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali, che vengono assunti dal commissario nominato dal giudice, che assicura la prosecuzione dell’attività».

e del fondamentale principio di proporzionalità, la misura non possa operare in modo generalizzato, ma limitatamente alla specifica attività dell'ente cui si riferiscono gli illeciti<sup>64</sup>.

Nonostante la persuasività delle suesposte argomentazioni, la giurisprudenza amministrativa e l'ANAC sono, tuttavia, ferme nel riconoscere alla misura del commissariamento una funzione cautelare di carattere esclusivamente amministrativo, diretta a garantire il perseguimento dei rilevanti interessi connessi all'esecuzione del contratto e a cui resterebbe estranea ogni finalità punitiva dell'impresa<sup>65</sup>. Tali conclusioni non sembrano però considerare il complesso degli effetti prodotti in concreto sulla vita delle aziende e appaiono ispirate dalla volontà di estenderne il relativo ambito di operatività, pur sacrificando taluni profili di coerenza sistematica.

### 2.5. I soggetti destinatari

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, destinatari delle misure possono essere le imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, comprese quelle che, in qualità di componenti di ATI o di consorzio, abbiano stipulato il contratto<sup>66</sup>; i concessionari di lavori pubblici e i contraenti generali<sup>67</sup>.

L'attuale formulazione della norma è il risultato delle modifiche apportate prima dalla legge di conversione, che ne ha esteso l'ambito di operatività ai concessionari di lavori pubblici e ai *general contractors*<sup>68</sup>, e successivamente, dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208<sup>69</sup>, che ha ulteriormente ampliato il novero dei potenziali destinatari, includendovi anche le imprese che operano nel settore sanitario.

<sup>64</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2010, n. 20560; 28 settembre 2011, n. 43108.

<sup>65</sup> Cfr., fra le molte, TAR Campania, sez. I, 27 aprile 2018, n. 2800, in cui i giudici partenopei concludono precisando che «salvaguardandone l'esecuzione, il commissariamento del contratto – così come anche il rinnovo delle cariche sociali – finisce per procurare un vantaggio all'impresa, in termini di conservazione della propria attività commerciale, diversamente preclusa in modo radicale dall'efficacia interdittiva dell'informazione antimafia».

<sup>66</sup> Così, Prime Linee Guida, cit., p. 6.

<sup>67</sup> Nelle Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., p. 4, si afferma che le condotte illecite devono essere ascrivibili, anche in via presuntiva, ad un operatore economico e devono avere un nesso di diretta e specifica pertinenza con la commessa pubblica, di cui lo stesso operatore economico è risultato affidatario.

<sup>68</sup> Secondo TAR Lazio, Roma, sez. II, 19 dicembre 2014, n. 12437, già il testo originario dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014 si prestava ad un'interpretazione estensiva con riferimento ai contraenti generali, posto che l'affidamento a contraente generale rientra nella nozione di appalto di lavori di cui all'art. 3, comma 12 del vecchio Codice dei Contratti Pubblici, e ai concessionari di lavori (e servizi).

<sup>69</sup> La modifica è stata apportata dall'art. 1, comma 704, l. n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016).

Alcuni dubbi interpretativi, superati in senso positivo dall’ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa, si erano posti con riferimento alla possibilità di ricomprendere fra i soggetti destinatari anche i concessionari di servizi, sebbene non formalmente menzionati dalla norma. Sul punto, si è optato per un’interpretazione estensiva della locuzione «appalti di servizi», idonea a ricomprendere tutti i sistemi contrattuali di affidamento delle commesse pubbliche, anche quello concessorio, a condizione che tale strumento sia assistito da un modello contrattuale di regolamentazione del rapporto<sup>70</sup>.

Già nelle more della conversione del decreto, la giurisprudenza aveva applicato in via analogica la disciplina originaria di cui all’art. 32 anche ai concessionari di servizi, valorizzando la *ratio* della norma. Muovendo dalla considerazione che le misure straordinarie contenute nel d.l. n. 90/2014 sono finalizzate a garantire che, in caso di discostamento dagli standard di legalità e correttezza, l’esecuzione del contratto non venga pregiudicata da tali situazioni, i giudici amministrativi hanno osservato come tale esigenza sia riferibile ad entrambi i contratti sia agli appalti di servizi, sia alle concessioni, sostanzialmente assimilati anche a livello legislativo<sup>71</sup>. In tale ottica, analoghe osservazioni possono essere formulate anche a seguito delle modifiche apportate alla norma in sede di conversione, nonostante il relativo ambito di operatività sia stato esteso esplicitamente ai soli concessionari di lavori<sup>72</sup>.

Tuttavia, le posizioni della giurisprudenza sollevano numerose perplessità in quanto appaiono dettate, ancora una volta, dalla volontà di estendere la disciplina in esame oltre i confini del consentito, ammettendone l’applicazione in via analogica anche a fattispecie non espressamente contenute nell’art. 32.

Tale opzione ermeneutica, in ragione della natura sostanzialmente affittiva delle misure in esame (invero disconosciuta dalla giurisprudenza ancora incline

---

<sup>70</sup> In termini TAR Campania, n. 943/2016, che conclude precisando che in definitiva «ciò che rileva ai fini dell’applicabilità della normativa in questione è la presenza di un contratto o convenzione per la disciplina di esercizio del servizio pubblico, indipendentemente dal fatto che l’espletamento di tale servizio sia in quadrabile nello schema dell’appalto in senso stretto o della concessione».

<sup>71</sup> TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 4011/2014; sez. II, n. 12437/2014 in cui si precisa che «considerata la *ratio* della misura della gestione straordinaria e temporanea dell’impresa aggiudicataria [...] sussiste l’*eadem ratio* laddove i “gravi fatti” o i “gravi elementi sintomatici” siano riferibili alla fase dell’esecuzione di un contratto pubblico di concessione di servizi, perché – giova ribadirlo – l’art. 3, comma 12, del decreto legislativo n. 163/2006 definisce la concessione di servizi come “un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”».

<sup>72</sup> Ancora TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 12437/2014, in cui si afferma che le modifiche apportate dalla legge di conversione del decreto non devono indurre ad escludere che il testo originario dell’art. 32 si prestasse ad un’interpretazione analogica, né si può ritenere che la stessa legge n. 114/2014 avrebbe fornito «una sorta di implicita interpretazione autentica» della norma in esame.



ad attribuire alle stesse una velenza meramente preventiva), si scontra con il principio di tassatività sancito con riguardo alle sanzioni amministrative dall'art. 1 della l. 24 novembre 1981, n. 689, che ha sostanzialmente recepito i principi elaborati in materia penale dall'art. 14 delle disp. prel. al c.c., che esclude la possibilità di ricorrere all'analogia, almeno con riguardo alle norme sanzionatorie<sup>73</sup>; e sancito altresì, a livello costituzionale e di normativa primaria (dagli artt. 1 e 199 c.p.)<sup>74</sup>.

## 2.6. I presupposti oggettivi di applicazione

Le misure straordinarie possono trovare applicazione qualora l'autorità giudiziaria stia procedendo per uno dei delitti indicati dall'art. 32 d.l. n. 90/2014 o in presenza di situazioni anomale e sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili all'impresa aggiudicataria di un contratto pubblico. Come già si è osservato, caratteristica peculiare della disciplina introdotta è da rinvenirsi nella circostanza che non sia richiesto un accertamento definitivo in ordine alla condotta criminosa riferibile al soggetto interessato, pur prevedendosi che i fatti riscontrati debbano essere in ogni caso "gravi e accertati".

Rispetto al primo presupposto, i reati sono quelli contro la Pubblica Amministrazione e quelli connessi all'affidamento di commesse pubbliche<sup>75</sup>. L'elencazione di tali delitti non è però da considerarsi tassativa, potendo rilevare anche fattispecie prodromiche alla loro commissione o ad essi contigue<sup>76</sup>.

Desta più di qualche perplessità la genericità della formula utilizzata in apertura: l'adozione delle misure è infatti subordinata alla circostanza che l'autorità giudiziaria "stia procedendo" per uno dei delitti indicati, senza meglio specifi-

<sup>73</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2016, pp. 110-111.

<sup>74</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 107.

<sup>75</sup> Nello specifico, i delitti menzionati dalla norma sono quelli di: concussione (art. 317 c.p.); corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 e 319 *bis* c.p.); corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.); induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.); corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.); istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.); peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee, di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 *bis* c.p.); traffico di influenze illecite (art. 346 *bis* c.p.); turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.); turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.).

<sup>76</sup> Nelle Prime Linee Guida, cit., p. 6 vengono indicate, a titolo esemplificativo, le seguenti fattispecie: truffa aggravata (art. 640 *bis* c.p.); riciclaggio (648 *bis* c.p.); dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero con altri artifici; emissione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti; occultamento o distruzione di documenti contabili finalizzati all'evasione fiscale (artt. 2, 3, 8 e 10, d.lgs. n. 74 del 2000); false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.p.). Sul punto, cfr. anche Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., p. 4.

care lo stato che il procedimento penale debba raggiungere affinché le autorità amministrative siano legittimate ad attivarsi. La lettera della norma suggerisce, però, di ritenere sufficiente la mera iscrizione della notizia criminis nel registro delle notizie di reato *ex art. 335 c.p.p.* ed è questa la linea interpretativa seguita sinora dall’ANAC<sup>77</sup>.

Più problematica è la definizione del secondo presupposto, quello delle “rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche” di condotte illecite o eventi criminali, la cui formulazione vaga e indefinita si presta a seri dubbi di compatibilità con il principio di certezza del diritto<sup>78</sup>. La mancata individuazione di precisi margini di azione comporta, infatti, il rischio di un eccessivo utilizzo delle misure in commento che mal si concilia con la loro natura straordinaria e con l’invasività delle stesse. Nelle proprie Linee Guida, l’ANAC ha tentato, in maniera invero non del tutto soddisfacente, di ricostruirne la portata precisando che le “situazioni anomale” rilevanti ai fini dell’applicazione della norma in esame possono essere, per esempio, ricondotte a fattispecie distorsive della regolarità e della trasparenza delle procedure di gara<sup>79</sup>.

L’art. 32 considera peraltro sufficiente che tali situazioni siano meramente “sintomatiche” di condotte illecite o eventi criminali, escludendo così l’esigenza che gli elementi riscontrati siano supportati dalla certezza probatoria tipica del diritto penale, essendo sufficienti situazioni indicative della probabile esistenza delle predette condotte da valutarsi sulla base delle circostanze del caso concreto. Con la precisazione che le stesse devono essere, comunque, connotate da tratti di pregnanza e attualità<sup>80</sup>.

Infine, si prevede che le situazioni sintomatiche siano state semplicemente “rilevate” dall’Autorità di Vigilanza anche attraverso l’ordinario esercizio di poteri ispettivi e di controllo, senza che sia necessario un intervento dell’autorità giudiziaria.

---

<sup>77</sup> Nello stesso senso, cfr. *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro s.p.a.*, cit., p. 4.

<sup>78</sup> La dottrina penalistica, riferendosi a tale presupposto, parla di «florilegio di termini impropri, privi di ogni tradizione interpretativa o addirittura giuridicamente scorretti che costituiscono l’archetipo dell’approssimazione legislativa e del varco all’arbitrio»: così, T. GUERINI, F. SGUBBI, *L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit., p. 2.

<sup>79</sup> Così, Prime Linee Guida, cit., pp. 6-7, in cui vengono indicate a titolo esemplificativo la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali fra le imprese partecipanti alla gara; la rilevata sussistenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favorire l’aggiudicazione nei confronti di un’impresa; l’accertata violazione di principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica, qualora da elementi di contesto possa formularsi un giudizio di probabile riconducibilità del fatto a propositi di illecita interferenza. In dottrina, cfr. F. SGUBBI, T. GUERINI, *L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, cit., p. 6. Gli Autori rilevano, in senso critico, che alla categoria delle “situazioni sintomatiche” può ricondursi una molteplicità indifferenziata di deviazioni rispetto al modello ideale di gestione dell’impresa.

<sup>80</sup> Ancora, Prime Linee Guida, cit., p. 7.

Così intesa, la norma finisce per consegnare nelle mani degli organi amministrativi competenti un potere di intervento pressoché illimitato, esercitabile in presenza di molteplici fattispecie non individuabili a priori o di mere anomalie nello svolgimento delle gare pubbliche per le quali è sufficiente l'avvio delle indagini preliminari o a prescindere dall'esistenza stessa di procedimenti penali.

L'unico limite è dato dal grado di rilevanza che devono aver raggiunto le fattispecie di reato, o le situazioni anomale di cui al primo comma, affinché il Presidente dell'ANAC possa formulare la proposta di adozione delle misure straordinarie. L'esercizio di tale potere è, infatti, subordinato alla circostanza che i fatti riscontrati siano "gravi e accertati". L'accertamento richiesto non deve essere, però, quello definitivo del diritto penale, avendo la misura carattere cautelare, ma è sufficiente che i fatti siano corroborati da riscontri oggettivi. Quanto al requisito della gravità, richiamato sia dal primo comma con riferimento alle valutazioni iniziali cui è chiamato il Presidente dell'ANAC, sia dal secondo comma per quelle definitive del Prefetto, esso presuppone che i fatti «abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine di impresa»<sup>81</sup>. A tal fine si potrà tenere conto, per esempio, del complessivo comportamento tenuto dal soggetto autore dell'illecito o del grado di coinvolgimento dell'impresa in meccanismi di illiceità nella gestione degli appalti pubblici<sup>82</sup>.

Così interpretati, i presupposti per l'applicazione delle misure in esame appaiono per molti versi analoghi a quelli, altrettanto indeterminati, delle informazioni interdittive antimafia di cui al d.lgs. n. 159/2011, rilasciate dal Prefetto in presenza di tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, tendenti a condizionare le attività economiche delle imprese. Al pari di quanto avviene per le misure di gestione straordinaria, anche per l'adozione delle informative prefettizie, non sono richiesti accertamenti di carattere definitivo in ordine alla commissione di specifici fatti di rilevanza penale, essendo sufficienti elementi meramente sintomatici e indiziari di un collegamento dell'impresa con la criminalità organizzata<sup>83</sup>.

Ebbene, l'estrema genericità dei presupposti di applicazione delle misure di cui all'art. 32 – ma le medesime considerazioni possono valere anche per le interdittive prefettizie – solleva dei seri dubbi di legittimità costituzionale della relativa disciplina, che sembrano trovare oggi conferma nella nota sentenza De Tommaso<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Prime Linee Guida, cit., p. 7.

<sup>82</sup> Così, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltaura s.p.a.*, cit., p. 5. Sul punto, cfr. anche Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., p. 10, ove si individuano dei criteri valutativi e degli indici di rilevanza per ponderare la gravità dei fatti.

<sup>83</sup> Sul punto la giurisprudenza è granitica. Cfr., fra le molte, TAR Campania, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1017; TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 19 luglio 2017, n. 8737; Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2017, n. 1866.

<sup>84</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. Per un primo commento della sentenza, cfr., fra i molti, A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non*

Seppur riferita alle diverse misure di prevenzione personale – e in particolare alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza – fondate sulle fattispecie di c.d. pericolosità generica, originariamente contenute nella l. 27 dicembre 1956, n. 1423, e poi trasfuse nel Codice Antimafia<sup>85</sup>, i rilevanti principi enunciati dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in quell’occasione sembrano attagliarsi perfettamente anche alla normativa in esame<sup>86</sup>.

Le medesime criticità rilevate dai giudici di Strasburgo con riguardo all’insufficiente precisione e chiarezza della legislazione italiana nel predeterminare i casi in cui le misure di prevenzione possano operare, rendendo imprevedibile per i destinatari, e quindi non conforme alle norme convenzionali, la loro concreta applicazione, possono essere infatti riscontrate anche con riferimento alla formulazione dell’art. 32, soprattutto nella parte in cui individua quali presupposti legali di attivazione delle misure le “situazioni anomale e sintomatiche di condotte illecite”, senza fornire ulteriori specificazioni. Anche in questo caso, l’imposizione delle misure è ricondotta, non solo ad un giudizio dell’autorità amministrativa, anziché di quella giudiziaria, ma per l’operatività della stessa non sono stati chiaramente e dettagliatamente individuati i comportamenti da prendere in considerazione per stabilire la necessità di un controllo pubblico sull’impresa, al punto da potersi dubitare che possa trattarsi di attività discrezionale in senso proprio, e non più semplicemente arbitraria e, soprattutto, che vi siano i presupposti minimi per dare ingresso ad un efficace sindacato di legittimità. Vieppiù se si considera che la norma non si è data la pena di introdurre una tutela rinforzata per quelle garanzie minime che connotano procedimenti dall’esito molto meno invasivo, quali il previo contraddittorio ed il diritto alla partecipazione; garanzie che tuttavia debbono farsi discendere dai principi generali e che le stesse Linee Guida Anac, seppur in modo laconico, richiamano. L’ordinamento, con riferi-

---

*fa primavera*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017, pp. 1 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso contro Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); M. CERASE, *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 7/2018, pp. 2670 ss.

<sup>85</sup> Il riferimento è all’art. 1 del d.lgs. 159/2011 che stabilisce quanto segue: «1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l’integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

<sup>86</sup> In particolare, con la sentenza De Tommaso la Corte EDU ha statuito che la normativa italiana in materia di misure di prevenzione contrasta con l’art. 2, Prot. 4, CEDU che, tutelando la libertà di circolazione dell’individuo, ne consente la limitazione a patto che la legge fissi in modo chiaro le condizioni per garantirne la prevedibilità e per limitare un’eccessiva discrezionalità nella relativa attuazione.

mento ad altre fattispecie, è tuttavia infarcito di cautele molto più stringenti delle quali in queste sede si perdono le tracce<sup>87</sup>.

Occorre quindi seriamente interrogarsi sulla compatibilità delle misure in esame con i fondamentali principi di tassatività e legalità, ritenuti peraltro comprensivi, anche sulla base del diritto sovranazionale, del concetto di prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla propria condotta e di giusto procedimento. Infatti, la genericità dei concetti impiegati dalla fattispecie rende tutt'altro che agevole il positivo superamento di un eventuale (ma auspicabile) vaglio della Corte EDU.

### *2.7. La procedura di adozione delle misure e le cause di cessazione anticipata degli effetti*

Il procedimento amministrativo di adozione delle misure straordinarie in commento si articola in due fasi che si svolgono, rispettivamente, dinnanzi al Presidente dell'ANAC, quella dell'iniziativa, e al Prefetto competente per territorio, quella della decisione vera e propria<sup>88</sup>.

In prima battuta, il Presidente dell'Anticorruzione, avuto notizia di attività illecite rilevanti ai sensi del primo comma dell'art. 32 d.l. n. 90/2014<sup>89</sup>, ne informa il procuratore della Repubblica. Reciproci obblighi di comunicazione sono imposti dall'art. 129 delle disposizioni di attuazione del c.p.p., come modificato dalla l. 27 maggio 2015, n. 69, a carico del pubblico ministero in favore dell'Autorità di regolazione qualora eserciti l'azione penale per delitti di corruzione<sup>90</sup>. Verificata la gravità dei fatti, il Presidente dell'ANAC formula al Prefetto proposta motivata di adozione della misura ritenuta più idonea ed efficace, tenuto conto delle peculiarità del caso di specie.

Ricevuta la proposta dell'ANAC, l'autorità prefettizia competente per territorio, che a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto è quella del luogo in cui ha sede la stazione appaltante<sup>91</sup>, è tenuta ad effettuare

<sup>87</sup> Si veda la disciplina delle sanzioni nei rapporti di pubblico impiego: si veda il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, dopo l'intervento del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 che ha modificato la disciplina del procedimento disciplinare nel pubblico impiego.

<sup>88</sup> Nelle Prime Linee Guida, cit., p. 7, si precisa che i due segmenti del procedimento non costituiscono "compartimenti stagni", ma fanno parte di un'unica procedura a "formazione progressiva". Nello stesso senso, cfr. Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., pp. 2-3. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 12437/2014.

<sup>89</sup> Sul punto, cfr. Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., pp. 6-7.

<sup>90</sup> L'art. 129 delle disposizioni di attuazione al c.p.p., come modificato dall'art. 7 della l. 69/2015, prevede nell'ultima parte del terzo comma che «Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell'imputazione».

<sup>91</sup> La norma, nella sua originaria formulazione, non specificava il criterio interpretativo cui fare riferimento per l'individuazione della competenza territoriale. Già nelle more della legge di conversione, l'ANAC aveva suggerito, nelle Prime Linee Guida, cit., pp. 5-6, di rimettersi al medesimo criterio

un’autonoma valutazione circa la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma dell’art. 32 e sulla gravità dei fatti, nonché sull’adeguatezza e proporzionalità della misura proposta. Si tratta di valutazioni connotate da ampia discrezionalità, sindacabili in sede giurisdizionale.

Nell’ambito di tale procedura, la proposta del Presidente dell’ANAC è atto necessario, ma non vincolante per il Prefetto che può discostarsene fornendone un’adeguata motivazione. In quanto atto endoprocedimentale, la proposta dell’Autorità di vigilanza è stata ritenuta non autonomamente impugnabile, assumendosi l’ineidoneità della stessa a ledere in via diretta e immediata la sfera giuridica dell’interessato. Il solo provvedimento impugnabile in sede giurisdizionale è dunque il decreto prefettizio di applicazione della misura, che conclude la sequenza procedimentale<sup>92</sup>.

Il procedimento amministrativo di adozione delle misure in questione è, come si è detto, soggetto all’applicazione degli istituti di partecipazione di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, attraverso la comunicazione di avvio del procedimento ai sensi degli artt. 7 e ss. e il riconoscimento del diritto degli interessati all’accesso agli atti introduttivi della procedura e alla presentazione di memorie e documenti, che devono essere prese in considerazione ai fini dell’adozione del provvedimento finale. Per circostanze di particolare complessità ovvero per specifiche esigenze, le parti possono,

---

utilizzato dal Codice antimafia per il rilascio delle informazioni interdittive e quindi, alternativamente, a quello del luogo in cui hanno sede le stazioni appaltanti o del luogo in cui hanno residenza o sede i soggetti nei cui confronti viene richiesta la stessa informazione. Con la legge di conversione, la competenza è stata incardinata in capo al Prefetto del luogo dove ha sede la stazione appaltante sul presupposto che, operando nell’ambito territoriale in cui è stato aggiudicato l’appalto, l’autorità amministrativa potrà disporre di maggiori elementi valutativi sulle condizioni di illiceità che hanno giustificato l’adozione della misura. Così, *Seconde Linee Guida*, cit., p. 12. Qualora venga in rilievo una pluralità di contratti e altrettante stazioni appaltanti, in caso di commissariamento il Presidente dell’ANAC indirizza la proposta a tutti i prefetti territorialmente competenti, evidenziando però l’opportunità di individuare un’unica prefettura in qualità di referente principale sulla base, ad esempio, del criterio del valore o dello stato di attuazione dei singoli contratti ovvero della loro concentrazione in una determinata provincia; nel caso del sostegno e monitoraggio, il Presidente indirizza la proposta a tutti i prefetti territorialmente competenti e a quello del luogo ove ha la sede legale l’impresa, al quale spetterà il compito di adottare il provvedimento finale che dispone la misura. Così, *Linee Guida per la disciplina del procedimento*, cit., pp. 17-18.

<sup>92</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa, la regola in base alla quale l’atto endoprocedimentale non è autonomamente impugnabile incontra delle eccezioni solo nel caso di: a) atti di natura vincolante (pareri o proposte) idonei come tali ad esprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva; b) atti interlocutori, idonei ad arrecare un arresto procedimentale capace di frustrare l’aspirazione dell’istante ad un celere soddisfacimento dell’interesse pretensivo prospettato; c) atti soprassessori che determinino un arresto procedimentale a tempo indeterminato. Sul punto, cfr. fra le molte TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 gennaio 2015, n. 523; TAR Lazio, Roma, sez. I, sent. 15 gennaio 2014, n. 1799; Cons. Stato, sez. IV, 8 marzo 2011, n. 2961. Sull’individuazione degli atti amministrativi autonomamente impugnabili, cfr. in dottrina G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 271-272.

altresì, rivolgere una richiesta motivata di audizione<sup>93</sup>. In ogni caso, la procedura si conclude – di regola – nel termine di 180 giorni a decorrere dalla comunicazione di avvio del procedimento; in tale termine non sono computati i periodi concessi o utilizzati per acquisire gli elementi informativi e documentali necessari alle attività istruttorie<sup>94</sup>.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 32, d.l. n. 90/2014, le misure di cui al precedente comma 2 e, quindi, stando al tenore letterale della disposizione, quelle della rinnovazione degli organi sociali e del commissariamento, vengono meno, anticipatamente rispetto alla completa esecuzione del contratto, qualora intervenga un provvedimento giudiziario che disponga la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa o che preveda l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti della stessa. Analoga conseguenza è prevista anche laddove sia disposta l'archiviazione del procedimento penale.

Anche in questa parte, l'interpretazione della norma non è agevole. In primo luogo, vengono richiamate solo due delle tre misure straordinarie disciplinate dall'art. 32, con esclusione, almeno apparente, del sostegno e monitoraggio. La scelta, se di scelta consapevole si tratta e non di mera "svista" del legislatore, potrebbe spiegarsi alla luce dei diversi effetti prodotti dalla misura da ultimo citata, che comportando il solo svolgimento di attività di tutoraggio da parte degli esperti nominati dal Prefetto, potrebbe continuare a trovare applicazione nonostante la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa, al fine di promuovere un percorso di revisione virtuosa dell'impresa.

In secondo luogo, non appare chiaro neanche il generico riferimento alle «misure di cui al comma 2» contenuto sempre nel quinto comma dell'art. 32. Nello specifico, non si comprende come le cause di cessazione sopra indicate possano operare con riferimento alla misura della rinnovazione degli organi sociali, posto che la sostituzione del soggetto coinvolto negli illeciti è da ritenersi definitiva. Ne consegue che la formula utilizzata nella disposizione in commento non può che riferirsi al solo commissariamento, sia esso disposto direttamente dal Prefetto o, in via sussidiaria, dopo l'intimazione di rinnovo della *governance* aziendale.

Infine, desta qualche perplessità anche la scelta legislativa di attribuire rilevanza alla sola archiviazione del procedimento penale e non anche ad altri provvedimenti giudiziari favorevoli all'impresa commissariata. L'ANAC ha, però, esteso l'ambito di applicazione del comma 5 anche ai casi in cui l'autorità giudiziaria adotti una sentenza di proscioglimento che escluda la responsabilità dell'operatore nelle vicende che hanno dato luogo alle misure. Viceversa, nel caso in cui sia stata pronunciata, per esempio, una sentenza di patteggiamento o provvedimenti che facciano venire meno le misure cautelari, la revoca della misura straordinaria non è automatica, ma necessita di una nuova valutazione congiunta del Prefetto d'intesa con il Presidente dell'ANAC<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., pp. 8-9.

<sup>94</sup> Linee Guida per la disciplina del procedimento, cit., p. 14

<sup>95</sup> Prime Linee Guida, cit., pp. 9-10. Secondo l'ANAC, in caso di sentenze di non luogo a procedere



La norma che attribuisce rilevanza ai provvedimenti dell’autorità giudiziaria di segno positivo sembra dimenticare gli altri casi di applicazione della misura che prescindono dalla pendenza di procedimenti penali e che conseguono semplicemente all’aver rilevato situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali. È tuttavia pacifico che, a prescindere dalle ipotesi specificamente indicate, la misura disposta sia in ogni momento revocabile all’esito di un procedimento amministrativo di secondo grado ed in questo senso l’Autorità di regolazione si è fatta carico di rammentare che è da ammettersi anche la revoca del decreto prefettizio nell’esercizio del generale potere di autotutela di cui all’art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, laddove ne ricorrano i presupposti<sup>96</sup>.

### 3. *Il commissariamento dell’impresa colpita da interdittiva antimafia*

Un breve approfondimento merita infine l’ipotesi delineata dal comma 10 dell’art. 32, d.l. n. 90/2014, per certi versi più complessa rispetto alle precedenti, in quanto estende le misure straordinarie o, se si segue la linea interpretativa dell’ANAC, il solo commissariamento<sup>97</sup>, anche alle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva.

---

adottate per motivi diversi dall’estinzione del reato e sentenze di assoluzione adottate ai sensi dell’art. 530, comma 1, c.p.p. verrebbero meno i presupposti sulla base dei quali è stata adottata la misura straordinaria. Invece, in caso di sentenze di proscioglimento per motivi diversi da quelli indicati, sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ovvero provvedimenti che determinano la cessazione delle misure cautelari disposte dall’Autorità Giudiziaria, occorrerà valutare se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere venuto meno il profilo di responsabilità dell’impresa o che esso si sia attenuato.

<sup>96</sup> Prime linee guida, cit., p. 9.

<sup>97</sup> In un comunicato del Presidente dell’ANAC del 27 maggio 2015, in *www.anticorruzione.it*, si legge, infatti, che «sulla base di un’interpretazione sistematica delle disposizioni relative alla informazione interdittiva antimafia e nell’ottica di utilizzare un criterio uniforme nei confronti delle imprese raggiunte dal provvedimento, non sussistendo, in tali casi, elementi oggettivi per parametrare e differenziare la gravità dei fatti che hanno dato luogo al provvedimento prefettizio, l’unica misura efficace deve ritenersi quella della straordinaria e temporanea gestione dell’impresa di cui all’art. 32, comma 1, lett. b)» del d.l. n. 90/2014. Analoghe osservazioni erano già state formulate dall’Autorità in occasione della Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della CLP Sviluppo Industriale S.p.A. e nella Relazione annuale 2014, pp. 152-153 entrambe consultabili in *www.anticorruzione.it*. In particolare, nella Relazione si precisa che la posizione dell’ANAC ha trovato riscontro nel *modus operandi* delle prefetture che, nella quasi totalità dei procedimenti conclusi con provvedimenti di adozione delle misure straordinarie di cui all’art. 32, comma 10, hanno disposto il commissariamento dell’impresa. In altri casi le autorità prefettizie hanno invece disposto, e la decisione è stata condivisa anche dal Presidente dell’ANAC, il sostegno e il monitoraggio del soggetto destinatario di informativa antimafia, non avendo riscontrato una situazione di eccezionale gravità all’interno dell’impresa. Cfr. Provvedimento Prefettizio n. 6113/Area I, dell’11 marzo 2015, con cui è stata disposta la misura del sostegno e del monitoraggio di cui al comma 8 dell’art. 32, d.l. n. 90/2014, nei confronti della ECO.SE.I.B. s.r.l.

In particolare, per effetto dell'applicazione dell'art. 32, gli operatori economici conservano, nonostante il pericolo di condizionamenti mafiosi, i rapporti contrattuali in corso, in deroga alla disciplina generale dettata dal Codice antimafia, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici la caducazione di tutti i contratti stipulati con operatori economici raggiunti medio tempore da provvedimenti inibitori<sup>98</sup>.

L'eccezionalità della previsione trova una giustificazione o nell'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto o nella necessità di una sua prosecuzione per ragioni di interesse generale quali «la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali»<sup>99</sup>; «la salvaguardia dei livelli occupazionali»<sup>100</sup> o «l'integrità dei bilanci pubblici»<sup>101</sup>. Esula, invece, dalle finalità perseguite dall'art. 32, comma 10, il mero interesse dell'impresa a vedersi applicata una delle misure straordinarie di cui al d.l. n. 90/2014 nell'intento di conservare, seppur sotto controllo di legalità, il rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione<sup>102</sup>. La prima delle valutazioni, ovvero la necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione, era in precedenza riservata più correttamente alla stazione appaltante, finquando il Legislatore,

---

<sup>98</sup> Nello specifico, l'art. 94, d.lgs. 159/2011, prevede due ordini di rimedi a seconda che l'informazione interdittiva antimafia intervenga prima o dopo la stipulazione del contratto. Nel primo caso, la norma vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti con l'operatore economico coinvolto da tentativi di infiltrazione mafiosa (comma 1); nel secondo caso, qualora il provvedimento del Prefetto venga adottato nelle more dell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante ha l'obbligo di revocare le autorizzazioni e le concessioni o di recedere dai contratti già stipulati (comma 4). Per una ricostruzione dell'istituto, si veda in dottrina R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, pp. 825 ss.; F. DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2012, pp. 50 ss.; G.F. NICODEMO, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*, in *Urb. app.*, 9/2009, pp. 1088 ss.; G. CORSO, *La normativa antimafia*, pp. 3425 ss., in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008; R. CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9/2013, pp. 888-899. Per un'approfondita analisi delle misure di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nella Pubblica Amministrazione, cfr. N. GULLO, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017.

<sup>99</sup> Nelle Seconde Linee Guida, cit., p. 2, si precisa che tale espressione fa riferimento all'esigenza di evitare interruzioni nell'erogazione di prestazioni indispensabili per consentire alla collettività di esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti.

<sup>100</sup> Sempre nelle Seconde Linee Guida, cit., pp. 2-3, si specifica che l'espressione utilizzata dal legislatore fa riferimento alla necessità di mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico o in un determinato comparto produttivo.

<sup>101</sup> Ancora, cfr. Seconde Linee Guida, cit., p. 3, in cui si evidenzia che l'art. 32, comma 10, fa riferimento alla necessità di evitare che l'interruzione di determinate attività produca un danno diretto e immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica.

<sup>102</sup> Seconde Linee Guida, cit., p. 3.

sospinto probabilmente dal desiderio di mostrare i muscoli, non ha introdotto una specifica previsione (senza considerarne – come sempre più spesso accade – le ricadute pratiche devastanti) che impone, salvo specifici casi eccezionali, e previo accertamento dell’insostituibilità dell’appaltatore, la risoluzione dei contratti in corso non appena l’impresa sia raggiunta da una informativa prefettizia interdittiva<sup>103</sup>.

La necessità di ponderare l’utile conclusione del contratto è dunque rientrata in campo “dalla finestra” con l’inconveniente che la decisione non è più affidata alla stazione appaltante, funzionalmente deputata alla realizzazione dell’opera o all’esecuzione del servizio e dunque portatrice dei relativi interessi la cui prevalenza è da valutare, ma allo stesso Prefetto.

Al ricorrere dei presupposti appena indicati, il Prefetto è infatti legittimato a commissariare l’impresa in relazione ai contratti per cui sussiste l’urgente necessità di prosecuzione o completamento, fatta salva l’operatività dell’interdittiva per tutti gli altri rapporti contrattuali in corso<sup>104</sup>. La decisione del Prefetto è quindi espressione di un potere discrezionale di bilanciamento fra i diversi interessi pubblici in gioco<sup>105</sup>: quello alla prosecuzione di contratti già stipulati con soggetti probabilmente contigui alla criminalità organizzata e quello all’estromissione dal mercato di imprese ritenute inaffidabili. Costituendo il commissariamento ipotesi eccezionale rispetto agli effetti “paralizzanti” dell’interdittiva, l’onere motivazionale sarà rafforzato laddove venga accordata prevalenza al primo dei due.

Sotto il profilo procedurale, la disciplina di cui al comma 10 dell’art. 32 presenta alcune variazioni rispetto a quella prevista per le misure straordinarie con finalità anticorruptive di cui al precedente comma 1. La prima riguarda i presupposti di applicazione, che nel caso delle misure con finalità di contrasto della criminalità organizzata consistono: i) nell’adozione di un’informazione interdittiva antimafia nei confronti del soggetto contraente, senza che siano necessari ulteriori accertamenti del Prefetto in punto di elementi indiziari; ii) nella sussistenza di ragioni di urgenza connesse alla tutela degli interessi pubblici specificatamente individuati dalla norma, da soddisfare attraverso la pronta esecuzione del contratto<sup>106</sup>.

La seconda differenza concerne, invece, il procedimento di adozione che, rispetto a quello “ordinario”, prende avvio non più per iniziativa del Presidente

<sup>103</sup> Art. 94, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>104</sup> In giurisprudenza è stato precisato che «l’effetto dell’informativa antimafia è di carattere generale ed investe tutti i rapporti contrattuali o concessori dell’impresa che ne risulti destinataria con l’amministrazione, quello della deroga presuppone una concreta valutazione del rapporto contrattuale, che si ritiene si debba mantenere in essere»: così, Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3400.

<sup>105</sup> La qualificazione della discrezionalità come ponderazione dei vari interessi coinvolti dalla scelta dell’amministrazione si deve come noto a M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

<sup>106</sup> In termini, TAR Campania, sez. I, sent. 27 aprile 2018, n. 2800.

dell'ANAC, ma dell'autorità prefettizia competente per l'interdittiva<sup>107</sup>. Una volta adottato il provvedimento inibitorio, il Prefetto è tenuto d'ufficio a verificare la sussistenza degli ulteriori presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, dandone comunicazione, in caso di esito positivo, al Presidente dell'ANAC<sup>108</sup>. In tal senso dispone il comma 2 bis dell'art. 92, d.lgs. n. 159/2011, aggiunto per coordinare la disciplina antimafia con il d.l. anticorruzione al fine di garantire il coordinamento e la collaborazione fra le autorità<sup>109</sup>.

Nell'ambito di tale procedura, l'impresa coinvolta è legittimata ad esercitare esclusivamente gli strumenti di partecipazione previsti dagli artt. 7, 8 e 10 della l. n. 241/1990, ma, secondo la giurisprudenza, non sarebbe legittimata a chiedere l'avvio della procedura stessa<sup>110</sup>.

Nella prassi gli operatori economici hanno tentato di utilizzare, talora strumentalmente, le misure conservative in esame invocandone, in sede giudiziale, l'applicazione preventiva rispetto alle interdittive prefettizie, quale presupposto di legittimità delle stesse.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la lettura combinata dell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 e dell'art. 92, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 159/2011 consente di affermare che l'informativa non deve essere preceduta dall'adozione delle misure di cui all'art. 32. Il Prefetto, contestualmente o anche dopo l'emissione del provvedimento interdittivo, è tenuto a valutare la sussistenza dei presupposti di cui al d.l. 90/2014, senza che ciò determini la violazione dei canoni amministrativi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza. Fino all'eventuale commissariamento dell'impresa l'informazione prefettizia mantiene, dunque, inalterati i propri effetti interdittivi, con conseguente obbligo della stazione appaltante di recedere da tutti i contratti già conclusi<sup>111</sup>. Qualora l'informativa antimafia sia stata, invece, emessa a carico di un'impresa già sottoposta a commissariamento ai sensi del primo comma dell'art. 32, si ritiene che il Prefetto, ove ritenga necessario proseguire l'esecuzione del contratto incriminato

---

<sup>107</sup> In base all'art. 90, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, l'informazione antimafia è rilasciata «a) dal prefetto della provincia in cui le persone fisiche, le imprese, le associazioni o i consorzi risiedono o hanno la sede legale ovvero dal prefetto della provincia in cui è stabilita una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato per le società di cui all'articolo 2508 del codice civile; b) dal prefetto della provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, hanno sede per le società costituite all'estero, prive di una sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato».

<sup>108</sup> In base al comunicato del Presidente dell'ANAC del 27 maggio 2015, sia il provvedimento prefettizio di commissariamento dell'operatore economico già interdetto, sia il semplice avvio del procedimento per l'applicazione delle misure straordinarie di cui all'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 devono essere comunicati all'ANAC al fine della relativa annotazione nel casellario informatico.

<sup>109</sup> L'art. 92, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 159/2011, è stato aggiunto dall'art. 3, d.lgs. n. 153/2014.

<sup>110</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2017, n. 2085.

<sup>111</sup> Cfr., fra le molte, Cons. Stato, sez. III, n. 2085/2017; Cons. Stato sez. III, n. 1630/2016.

in applicazione del comma 10, debba limitarsi a prendere atto della precedente gestione commissariale che proseguirà fino alla revoca o cessazione del relativo provvedimento<sup>112</sup>.

La disposizione in esame trova applicazione anche qualora ricorrano i presupposti di cui all’art. 94, comma 3 d.lgs. n. 159/2011 che consente in via del tutto eccezionale alle amministrazioni aggiudicatrici, e previa adeguata motivazione, di non recedere dal contratto nonostante l’interdittiva nel caso in cui l’opera sia in corso di ultimazione o l’impresa che fornisce beni e servizi essenziali per l’interesse pubblico non sia sostituibile in tempi rapidi<sup>113</sup>. Secondo l’ANAC tale ultima previsione sarebbe recessiva rispetto alla disposizione dell’art. 32, comma 10 d.l. 90/2014: nel caso in cui il Prefetto ravvisi la necessità di salvaguardare i prevalenti interessi pubblici ivi indicati sarà quindi tenuto ad adottare le misure straordinarie necessarie per consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale in un regime di legalità controllata, anche nel caso in cui la stazione appaltante si sia determinata per la relativa prosecuzione ai sensi dell’art. 94, comma 3 d.lgs. n. 159/2011<sup>114</sup>.

I commissari nominati dal Prefetto sono quindi tenuti ad eseguire, in via preliminare, una ricognizione di tutti i contratti pubblici ancora efficaci di cui l’impresa è titolare, per poi selezionare quelli per i quali sussiste l’opportunità di prosecuzione in un “regime di legalità controllata” tramite la gestione straordinaria. Restano esclusi da tale valutazione i contratti già revocati dalla stazione appaltante per effetto dell’interdittiva, ma non quelli per i quali sia stata disposta la prosecuzione ai sensi dell’art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011.

Nel periodo che intercorre fra l’interdittiva o la nomina degli amministratori e la definitiva individuazione dei contratti da commissariare, la stazione appaltante conserva quindi il potere – dovere di recedere dal contratto o di disporre la risoluzione ovvero, nei casi eccezionali previsti dall’art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011, di optare per la loro prosecuzione. Una volta intervenuto il provvedimento di cui all’art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, gli effetti interdittivi dell’informativa e il potere di valutazione dell’amministrazione vengono, invece, “azzerati” dalla decisione del Prefetto, almeno con riferimento ai contratti sottoposti alla gestione commissariale<sup>115</sup>. Anche la stessa ANAC ha rilevato come tale sistema ponga diverse criticità sul piano applicativo. Nella prassi si è infatti riscontrata la tendenza delle stazioni appaltanti a recedere con immediatezza dai contratti pubblici stipulati con imprese interdette, probabilmente nel timore di

---

<sup>112</sup> Così, Relazione annuale 2014, cit., p. 153.

<sup>113</sup> Sul tema cfr. C. CONTESSA, *La mancata revoca dell’affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia. Il commento*, in *Urb. app.*, 2/2015, pp. 203 ss.

<sup>114</sup> Cfr. *Seconde Linee Guida*, cit., pp. 8-9.

<sup>115</sup> Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 gennaio 2016, n. 1; Cons. Stato, sez. III., n. 1630/2016.

essere smentite da una diversa valutazione del Prefetto in ordine ai singoli affidamenti, vanificando di fatto le valutazioni che quest'ultimo deve compiere ai fini del commissariamento<sup>116</sup>. Va da sè che, quando le funzioni si sovrappongono, peraltro in modo così maldestro, la competizione nel rincorrere la verginità tende di frequente ad offuscare le menti e compromettere i risultati.

Una breve considerazione merita l'ipotesi in cui ad essere colpito da informazione interdittiva antimafia sia l'operatore economico che abbia partecipato alla gara pubblica in formazione soggettivamente complessa, come impresa mandataria di un'ATI. Al riguardo, l'art. 48, comma 17, d.lgs. n. 50/2016, al pari del previgente art. 37, comma 18, d.lgs. n. 163/2006, prevede un meccanismo di sostituzione della società sospettata di infiltrazioni mafiose, applicabile anche in fase di esecuzione del contratto, al fine di tutelare l'interesse degli altri componenti del raggruppamento alla prosecuzione dell'appalto. La stazione appaltante è, infatti, tenuta a proseguire il rapporto contrattuale «con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto». In presenza di un'istanza di sostituzione della mandataria che si trovi nella situazione ostativa alla conservazione del contratto, esiste dunque un obbligo specifico per l'amministrazione aggiudicatrice di verificare l'operatività del meccanismo sostitutivo espulsivo. Secondo la giurisprudenza<sup>117</sup> tale criterio deve ritenersi prevalente sulla misura straordinaria di cui all'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014<sup>118</sup>, succedanea ed eventuale rispetto ad una richiesta di applicazione del rimedio di cui all'art. 48, d.lgs. n. 50/2016 (e 37, d.lgs. n. 163/2006). In altri termini, una volta richiesta la sostituzione da parte delle associate superstiti, la stazione appaltante ha innanzitutto l'obbligo di verificare la sussistenza delle condizioni per l'applicazione del meccanismo di avvicendamento. Solo ove tale verifica abbia dato esito negativo o sia mancata una proposta in tal senso, il Prefetto potrà legittimamente esercitare il potere di applicazione delle misure straordinarie nei confronti dell'impresa sospetta<sup>119</sup>. Nella seconda parte dell'art.

---

<sup>116</sup> Comunicato del Presidente dell'ANAC del 15 luglio 2015.

<sup>117</sup> TAR Campania, Napoli, sez. I, 14 settembre 2016, n. 4283.

<sup>118</sup> Nella pronuncia del TAR Campania, Napoli, sez. I, 14 settembre 2016, n. 4283, si precisa che il criterio sostitutivo espulsivo deve ritenersi prevalente poiché tutela con maggiore efficacia l'interesse pubblico alla neutralizzazione di contaminazioni mafiose posto che estromette radicalmente i soggetti imprenditoriali che ne siano veicolo; tutela l'autonomia negoziale degli altri associati, presuntivamente incolpevoli e comunque estranei al rapporto amministrativo di pubblico sicurezza, di potersi affrancare dall'impresa sospetta, conservando il rapporto contrattuale. Inoltre, la sostituzione costituisce un obbligo per la stazione appaltante (e una facoltà per le imprese superstiti) che potrà recedere dal contratto solo in assenza delle condizioni di qualificazione in capo alle altre imprese associate.

<sup>119</sup> Ancora, nella sentenza del TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. 14 settembre 2016, n.

32, comma 10, d.l. n. 90/204, vengono infine elencate le cause di revoca o cessazione anticipata delle misure straordinarie, sostanzialmente connesse alle sorti della determinazione antimafia. È infatti previsto che il commissariamento cessi di produrre i propri effetti con il passaggio in giudicato della sentenza che annulli l’interdittiva; con l’ordinanza che accolga in via definitiva l’istanza cautelare eventualmente proposta; nonché con l’aggiornamento dell’esito dell’informazione, ai sensi dell’art. 91, comma 5 d.lgs. n. 159/2011<sup>120</sup>.

### 3.1. *La gestione degli utili nel commissariamento con finalità antimafia*

Anche per le misure conseguenti alle interdittive prefettizie, così come per le misure con finalità anticorruptive, trova applicazione la regola dell’accantonamento in apposito fondo degli utili derivanti dal contratto oggetto di commissariamento.

Nelle Quinte Linee Guida, l’ANAC si è soffermata, in particolare, sull’accantonamento degli utili derivanti dal contratto assoggettato a commissariamento a seguito di interdittiva antimafia. In tal caso, l’impresa appaltatrice, tenuta a portare a termine il compimento del programma negoziale nonostante la sua vicinanza alla criminalità organizzata<sup>121</sup>, ha diritto esclusivamente al rimborso dei costi e delle spese sostenute (connotazione restitutoria e non corrispettiva) per l’attività prestata che andrebbe altrimenti a costituire un ingiustificato arricchimento per l’Amministrazione beneficiaria<sup>122</sup>. Ne deriva che il profitto d’im-

---

4283, il Collegio ha dichiarato l’illegittimità del provvedimento di applicazione della misura straordinaria adottato dal Prefetto nei confronti della società ricorrente. Ciò in quanto la richiesta di sostituzione della mandataria colpita da interdittiva antimafia, di cui la stazione appaltante non aveva verificato la sussistenza dei presupposti, aveva dato avvio ad un procedimento di competenza dell’amministrazione aggiudicatrice la cui obbligatoria conclusione con provvedimento espresso si poneva in rapporto di necessaria pregiudizialità logica e giuridica rispetto al potere *extra ordinem* di competenza del Prefetto.

<sup>120</sup> L’art. 91, comma 5, d.lgs. 159/2011 dispone che «Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell’interessato, aggiorna l’esito dell’informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell’accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa». Nelle Seconde Linee Guida, cit., si precisa che in caso di rinnovo degli organi sociali ai sensi del comma 10, la cessazione dalle cariche sociali, per dimissioni o allontanamento del titolare dell’organo non può essere considerata condizione da sola sufficiente a fondare una decisione del Prefetto volta a rimettere automaticamente in bonis l’operatore economico.

<sup>121</sup> Sul punto, l’ANAC ha precisato che l’originario accordo contrattuale risulta superato dal provvedimento del Prefetto e riprodotto, unitamente alle pattuizioni patrimoniale, sulla falsariga di una novazione del programma negoziale e del rapporto obbligatorio, potendosi accostare tale fattispecie, secondo una prospettiva quasi-contrattuale, allo schema generale della negotiorum gestio (gestione di affari altrui imposta), con identità meramente formale della prestazione da eseguire. In termini, Quinte Linee Guida, cit., p. 13.

<sup>122</sup> Nelle Quinte Linee Guida, cit., p. 15, si precisa che la preclusione per l’impresa interditta di conseguire anche l’utile deve essere opportunamente interpretata alla luce del principio generale



presa oggetto dell'accantonamento rappresenta, a fronte dell'esecuzione della prestazione, un obiettivo risparmio di spesa. Tale circostanza è stata valorizzata dapprima dal Consiglio di Stato in sede consultiva e successivamente dall'ANAC, al fine di individuare correttamente il soggetto cui restituire le somme sottratte all'impresa, qualora il giudizio avverso il provvedimento interdittivo si concluda in senso sfavorevole per l'operatore economico o in caso di decorrenza del relativo termine di impugnazione.

Le Seconde Linee Guida avevano risolto la questione prevedendo l'attribuzione delle somme, sottratte all'impresa interdetta, in favore della stazione appaltante nel cui interesse viene eseguita la prestazione contrattuale<sup>123</sup>. I giudici amministrativi, non condividendo del tutto tale impostazione, hanno precisato che il destinatario delle somme derivanti dal contratto commissariato e accantonate deve coincidere, sempre nell'ottica del divieto di arricchimento senza giusta causa, con il soggetto concretamente ed effettivamente depauperato dall'erogazione delle corrispondenti risorse finanziarie, non necessariamente ravvisabile nell'amministrazione<sup>124</sup>.

Recependo tali indicazioni, l'ANAC ha quindi specificato che laddove la provvista finanziaria necessaria alla realizzazione della commessa pubblica sia stanziata da un terzo, in qualità di soggetto finanziatore, sarà quest'ultimo a beneficiare della quota corrispondente al profitto d'impresa accantonato; in caso di finanziamento esterno parziale, in compartecipazione con risorse della stazione appaltante, gli utili saranno invece devoluti pro quota ad entrambi i soggetti, nella misura corrispondente all'incidenza percentuale delle rispettive erogazioni sul valore complessivo dell'appalto<sup>125</sup>. Correlativamente, al termine della misura, gli amministratori dovranno indicare nel resoconto della loro attività di gestione, indirizzato alla Prefettura, gli affidamenti realizzati con risorse finanziarie stanziate, in tutto o in parte, da soggetti diversi dalla stazione appaltante, avendo cura di specificare, per ciascuna commessa, il soggetto finanziatore, l'entità della provvista erogata e la sua incidenza<sup>126</sup>.

Al pari di quanto avviene per le misure con finalità anticorruptive, qualora la misura di cui all'art. 32, comma 10, cessi prima della definizione del giudizio di impugnazione dell'interdittiva, potrà essere stipulata una convenzione con un istituto di credito per costituire un apposito conto corrente intestato all'impresa, ma vincolato all'autorizzazione del Prefetto per la relativa utilizzazione, diretto a salvaguardare la consistenza del fondo in vista della restituzione delle somme al

---

che sancisce il divieto di arricchimento senza causa soprattutto in un caso, come quello in esame, nel quale il guadagno patrimoniale è riconducibile ad un comportamento antigiridico.

<sup>123</sup> In tal senso, Seconde Linee Guida, cit., pp. 18-20.

<sup>124</sup> Parere della Commissione speciale sullo schema di Quinte Linee Guida, cit.

<sup>125</sup> In termini, Quinte Linee Guida, cit, p. 14.

<sup>126</sup> Quinte Linee Guida, cit., p. 15.

soggetto finanziatore. Una volta concluso il gravame, in caso di annullamento del provvedimento inibitorio, gli utili saranno restituiti all’impresa; saranno, invece, devoluti ai soggetti finanziatori, in caso di consolidamento dell’interdittiva. In particolare, nelle Linee Guida in esame si prevede l’attribuzione delle somme alla stazione appaltante, la quale a sua volta dovrà restituire ai soggetti finanziatori la quota di spettanza. Nell’individuare l’importo dell’utile da indirizzare all’amministrazione si terrà conto, altresì, di eventuali maggiori crediti vantati dall’operatore economico<sup>127</sup>.

#### 4. *Profili critici*

##### 4.1. *Le misure con finalità anticorruptive*

Il primo profilo di criticità che emerge dall’analisi degli istituti afferisce al mancato coordinamento degli stessi con l’impianto del nuovo Codice dei Contratti Pubblici e in particolare con il sistema dei requisiti c.d. di moralità.

Il d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto correttivo) e dal d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri), nel riscrivere la disciplina di settore, dando così attuazione anche alla relativa normativa europea<sup>128</sup>, ha notevolmente rafforzato la discrezionalità riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti nel valutare l’integrità morale e professionale degli operatori economici. L’opzione seguita risulta pienamente coerente con gli obiettivi del Legislatore europeo che, con le direttive di ultima generazione, ha ampliato le ipotesi di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica per evitare che imprese colpevoli di gravi illeciti professionali possano aggiudicarsi commesse pubbliche<sup>129</sup>.

In particolare, occorre richiamare alcune previsioni contenute nell’art. 80, d.lgs. n. 50/2016 che elenca dettagliatamente i requisiti di ordine generale che le imprese devono possedere per poter essere ammesse a contrattare con la pubblica amministrazione<sup>130</sup>. Tra questi, vale la pena menzionare quelli indicati dal quinto comma, lett. c) della norma citata<sup>131</sup> che, al fine di tutelare il vincolo

<sup>127</sup> Ancora Quinte Linee Guida, cit., p. 16.

<sup>128</sup> Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti e Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

<sup>129</sup> Tale obiettivo è previsto dal considerando n. 100 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>130</sup> Per un’analisi approfondita della disciplina sui requisiti di moralità anche in chiave critica cfr. S. VINTI, *I “garbugli” della nuova disciplina delle esclusioni nel nuovo codice appalti*, in *www.giustamm.it*, 2/2017. Sul punto cfr. anche C. GUCCIONE, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, pp. 495 ss.

<sup>131</sup> L’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 prevedeva, in origine, l’esclusione delle imprese qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi

fiduciario tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, consente alle prime di tenere conto di qualsiasi condotta, non tipizzata, ipoteticamente idonea a rendere dubbia l'integrità morale e professionale degli aspiranti concorrenti, purché la stessa risulti dimostrata da "mezzi adeguati", che tuttavia non richiedono la sussistenza di un accertamento giudiziale definitivo passato in giudicato<sup>132</sup>.

Ove vengano accertate condotte illecite, i successivi commi 7 e ss. della medesima norma consentono comunque alle stazioni appaltanti di ammettere in gara le imprese negligenti, a condizione che le stesse abbiano adottato efficaci misure di risanamento aziendale (c.d. *self cleaning*), la cui adeguatezza è interamente rimessa all'apprezzamento discrezionale delle stesse amministrazioni<sup>133</sup>.

A dimostrazione della crescente attenzione riservata alle qualità morali degli operatori economici, merita poi di essere evidenziata la scelta dell'ANAC,

---

rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione». Si riporta qui di seguito il nuovo testo dell'art. 80, comma 5, lettera c), così come risultante dalle modifiche introdotte con il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12: «c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa». La nuova previsione trova applicazione per le procedure di gara i cui bandi siano stati pubblicati in data successiva al 15 dicembre 2018.

<sup>132</sup> A tale principio si ricollega la c.d. teoria della onnicomprensività della dichiarazione sul possesso dei requisiti di ordine generale che impone al concorrente di dichiarare tutte le vicende pregresse idonee ad incidere sull'integrità professionale. Cfr., fra le molte, TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 novembre 2018, n. 666.

<sup>133</sup> In particolare, l'art. 80, commi 7 e 8 prevedono che, in caso di illeciti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Qualora la stazione appaltante ritenga sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.

condivisa dal Consiglio di Stato, di attribuire rilevanza escludente anche a provvedimenti di condanna non ancora definitivi, aventi ad oggetto alcune fattispecie di reato particolarmente gravi, idonee ad incidere negativamente sull’affidabilità delle imprese, fra le quali vengono ricomprese anche quelle connesse all’affidamento di commesse pubbliche; ovvero, quella di consentire alle stazioni appaltanti di tenere conto di provvedimenti sanzionatori meramente esecutivi (pur ancora non confermati con sentenze passate in giudicato), emessi dall’AGCM per pratiche commerciali scorrette o per gravi illeciti antitrust<sup>134</sup>.

Inoltre, il medesimo art. 80 prevede ulteriori regole, più stringenti rispetto a quelle del sistema previgente, dirette a precludere in maniera radicale l’accesso al mercato dei contratti pubblici a operatori economici che non siano in grado di soddisfare le necessarie esigenze di professionalità e correttezza richieste per poter instaurare rapporti di carattere patrimoniale con le amministrazioni pubbliche. Anche in questo caso gli esempi sono molteplici.

Basti pensare alla scelta di richiedere, a pena di esclusione del concorrente, il possesso dei medesimi requisiti di ordine generale anche in capo ai subappaltatori indicati in sede di offerta, nelle ipotesi di cui all’art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50/2016<sup>135</sup>. Sempre nella stessa direzione si colloca anche quanto previsto alla lett. d) del quinto comma dell’art. 80, d.lgs. n. 50/2016 che, in maniera innovativa rispetto al precedente d.lgs. n. 163/2006, applica la sanzione dell’esclusione dalla gara anche laddove la partecipazione dell’impresa determini l’insorgere di una situazione di conflitto di interesse non altrimenti risolvibile.

Tale concetto è a sua volta definito dal precedente art. 42, comma 2 che, proprio al dichiarato fine di evitare episodi di corruzione o distorsione della concorrenza nelle procedure di aggiudicazione<sup>136</sup>, impone l’astensione dalle gare laddove sussistano le condizioni indicate dalla norma<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Sul punto, cfr. Linee Guida n. 6, recanti “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice” e Cons. Stato, comm. Spec., 25 settembre 2017, parere n. 2042.

<sup>135</sup> Nello specifico, l’art. 80, d.lgs. 50/2016 prevede l’esclusione dell’operatore economico dalla gara anche nel caso in cui le cause di esclusione di cui al primo o quinto comma si riferiscano ad un suo subappaltatore nei casi di indicazione obbligatoria della terna dei subappaltatori in sede di offerta di cui all’art. 105, comma 6 del medesimo decreto. È da segnalare che per effetto del d.l. «Sblocca cantieri» tale previsione è sospesa fino al 31 dicembre 2020.

<sup>136</sup> Al riguardo, il primo comma dell’art. 42, d.lgs. 50/2016, stabilisce espressamente che «le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici».

<sup>137</sup> La norma prevede che «si ha conflitto d’interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene

Ancora, si consideri la previsione di cui all'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50/2016<sup>138</sup> che, positivizzando il principio di diritto già enucleato dalla giurisprudenza amministrativa nella vigenza del vecchio Codice Appalti, in base al quale i requisiti di moralità e onorabilità devono essere posseduti per l'intera durata della procedura, consente alle stazioni appaltanti di estromettere in qualsiasi momento gli operatori economici che siano incorsi nelle cause di esclusione enunciate dalla medesima norma poiché non più meritevoli di essere titolari di rapporti giuridici con soggetti pubblici.

Si tratta, a ben vedere, di disposizioni che tutelano in via prioritaria gli interessi delle amministrazioni, ma anche il regolare funzionamento del mercato degli appalti nel suo complesso, contribuendo ad assicurare che le relative procedure di aggiudicazione si svolgano entro i confini della legalità e della trasparenza, garantendo così anche una corretta gestione delle risorse pubbliche.

Se raffrontata con la nuova formulazione della norma sui requisiti di ordine generale, l'art. 32 del d.l. n. 90/2014 appare, in definitiva, una norma in controtendenza. Ciò non solo perché determina il completo azzeramento dell'autonomia di valutazione delle stazioni appaltanti, tenute a conservare i rapporti contrattuali in essere per volere di autorità amministrative estranee al rapporto contrattuale, ma anche poiché comporta la dequotazione dei requisiti di moralità e professionalità degli operatori economici, che il nuovo Codice Appalti e la corrispondente normativa europea reputano, invece, indispensabili per assumere commesse pubbliche. Le medesime condotte vengono, infatti, valutate in modo differente dal Legislatore, producendo, nel caso di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016, la definitiva estromissione delle imprese dalla procedura ad evidenza pubblica, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, consentendo alle medesime imprese l'esecuzione del contratto già stipulato. In proposito, viene quindi da domandarsi se la circostanza che le predette norme prendano in considerazione fasi distinte della vita dell'appalto, rispettivamente quella pubblicistica della procedura selettiva e quella privatistica del rapporto contrattuale, sia di per sé idonea a giustificare la diversità delle rispettive discipline, la prima apparentemente più efficace della seconda nella gestione del rischio di fenomeni corruttivi.

---

nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62». Sulla nozione di conflitto di interesse, cfr. fra le molte TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 aprile 2018, n. 524; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415.

<sup>138</sup> Tale disposizione prevede consente alle stazioni appaltanti di escludere «un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5».

Inoltre, l’art. 32 non è in linea neanche con le previsioni del nuovo Codice che pure privilegiano la conservazione dei contratti già stipulati nonostante la presenza di situazioni ad essa ostative.

Si tratta, in particolare, del meccanismo dello scorrimento della graduatoria di cui all’art. 110, d.lgs. n. 50/2016, così come modificato dal decreto correttivo. La norma prevede che qualora ricorrano i presupposti ivi indicati<sup>139</sup>, ampliati rispetto al previgente art. 140, d.lgs. n. 163/2006<sup>140</sup>, in presenza dei quali l’esecuzione e il completamento dei lavori, dei servizi e delle forniture non può proseguire con l’aggiudicatario originario, la stazione appaltante, pur mantenendo in essere le condizioni contrattuali già concordate, procede ad un nuovo affidamento della commessa nei confronti degli altri operatori economici collocati in graduatoria. L’obbligo – e non più la facoltà come previsto in precedenza – di interpellare tutte le imprese che avevano partecipato alla gara – e non più fino al soggetto quinto in graduatoria – posto a carico dell’amministrazione aggiudicatrice consente di dare piena attuazione ai principi di concorrenza e parità di trattamento vigenti nella materia degli appalti pubblici, riconducendo così a sistema anche ipotesi eccezionali che suggerirebbero l’indizione di una nuova selezione. Analoghe conclusioni non possono essere, invece, formulate con riguardo all’art. 32 d.l. n. 90/2014, la cui applicazione viene espressamente fatta salva dallo stesso art. 110<sup>141</sup>, con conseguente conservazione dei contratti da parte di imprese “sospette”.

Infine, la norma in commento non appare coerente neppure con lo spirito che ha animato alcuni recenti interventi legislativi con i quali sono stati introdotti o ridefiniti istituti diretti a prevenire e contrastare l’insorgenza di fenomeni corruttivi o infiltrazioni delle organizzazioni criminali nel settore dei contratti pubblici.

---

<sup>139</sup> Il primo comma dell’art. 110, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.l. n. 32/2019, stabilisce che «fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti, le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero di risoluzione del contratto ai sensi dell’articolo 108 del presente Codice ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell’articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all’originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l’affidamento dell’esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture».

<sup>140</sup> L’art. 140, d.lgs. n. 163/2006 prevede, invece, quanto segue: «Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell’appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell’articolo 11, comma 3 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all’originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l’affidamento del completamento dei lavori».

<sup>141</sup> L’art. 110, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, infatti, che «restano ferme le disposizioni previste dall’articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione».

Il riferimento è soprattutto ai protocolli di legalità e ai patti d'integrità, esaminati dalla giurisprudenza amministrativa anche in occasione della prima sperimentazione concreta dell'art. 32, d.l. 90/2014, nell'ambito della nota vicenda Expo<sup>142</sup>. Tali accordi sono stati regolati dalla l. 190/2012, che all'art. 1, comma 17, ha riconosciuto alle stazioni appaltanti il potere di prevedere nella *lex specialis* di gara l'automatica esclusione delle imprese che violino le clausole contenute nei predetti accordi. Attraverso la loro sottoscrizione da parte delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, le parti firmatarie si impegnano a tenere comportamenti eticamente corretti nelle diverse fasi della gara e nella gestione del contratto<sup>143</sup>.

Già l'art. 176, comma 3, lett. e), d.lgs. n. 163/2006, prescriveva la stipulazione da parte del soggetto aggiudicatore di accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica del programma di esecuzione dei lavori in vista del monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. Tali accordi prevedevano l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria. L'art. 176 citato si riferiva, tuttavia, alla sola ipotesi di affidamento a contraente generale, mentre la l. n. 190/2012 ha esteso l'applicazione dei protocolli di legalità ad ogni appalto, al fine di rafforzare l'azione di prevenzione e repressione della corruzione e della criminalità nel settore dei contratti pubblici.

Al di là delle numerose questioni interpretative sollevate dagli accordi in esame, sottoposte anche all'attenzione dei giudici europei<sup>144</sup>, in questa sede interessa soffermarsi brevemente sulle conseguenze derivanti dalla violazione, nella fase di esecuzione del contratto, degli obblighi di correttezza previsti nei protocolli al fine di raffrontarle con quanto previsto dall'art. 32. Nello specifico, qualora la mancata ottemperanza agli impegni assunti sia accertata durante la fase pubblicistica dell'affidamento, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente interessato; invece, nella diversa ipotesi in cui la condotta inadem-

<sup>142</sup> TAR Lombardia, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

<sup>143</sup> In argomento, cfr. S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2016; ID., *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *www.giustamm.it*, 2/2016; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, pp. 125 ss., in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella, Torino, 2013; G. FERRARI, *Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 86 ss.

<sup>144</sup> Corte giust., sez. X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14.



piante venga posta in essere dopo la stipulazione del contratto, si prevede la sua automatica risoluzione o la revoca dell’aggiudicazione, con l’obiettivo di tutelare efficacemente anche la fase privatistica di esecuzione dell’appalto.

Ancora una volta, dunque, i medesimi fatti danno luogo a conseguenze diverse, con inevitabili ricadute negative in termini di certezza del diritto. Tanto è vero che nell’ambito del medesimo giudizio Expo, i giudici amministrativi di primo e secondo grado si sono diversamente orientati nel risolvere la questione rimessa al loro esame. A fronte delle condotte illecite poste in essere dall’impresa aggiudicataria al fine di condizionare la procedura di gara in suo favore, il Tar Lombardia ha optato per la caducazione del contratto per violazione delle regole contenute nel protocollo di legalità stipulato tra la Prefettura di Milano e la società Expo in qualità di stazione appaltante e richiamate nel bando di gara, escludendo l’operatività dell’art. 32, d.l. n. 90/2014, entrato in vigore poche ore prima dello svolgimento del giudizio<sup>145</sup>. Di diverso avviso si è mostrato, invece, il Consiglio di Stato, il quale in sede di appello ha riformato la sentenza di primo grado ritenendo applicabili, poiché prevalenti, le sopravvenute misure straordinarie di gestione del contratto<sup>146</sup>, con l’effetto di lasciare la commessa nelle mani dell’impresa “sospetta”, impedendo il subentro dell’operatore che lamentava la violazione dei protocolli di legalità, sulla base degli stessi elementi indiziari che avevano indotto l’ANAC a disporre il commissariamento dell’appaltatore.

#### 4.2. *Le misure con finalità antimafia*

Specifiche considerazioni devono essere, poi, formulate con riferimento all’ipotesi di commissariamento con finalità di contrasto della criminalità organizzata che pone una serie di questioni di non facile soluzione. Esse sono, innanzitutto, connesse all’idoneità della misura a travolgere, almeno in parte, le conseguenze interdittive dell’informativa, la cui capacità di “pulizia” del mercato viene quindi sensibilmente indebolita. Alle imprese esposte al pericolo di condizionamento mafioso non è più automaticamente preclusa la possibilità di avere rapporti economici con le pubbliche amministrazioni, in un’ottica di anticipa-

---

<sup>145</sup> TAR Lombardia, sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802. Al riguardo, meritano di essere segnalate le osservazioni formulate dai giudici milanesi i quali, nell’escludere l’applicabilità dell’art. 32, hanno affermato che la soluzione opposta «a) nulla aggiungerebbe in termini di speditezza ed efficienza, all’ipotesi di stipulazione del contratto con il RTI ricorrente, dovendosi considerare che quest’ultimo, avendo elaborato l’offerta per l’appalto in questione, conosce in modo approfondito lo stato dei luoghi, la natura dei lavori e il cronoprogramma degli stessi; b) che non potrebbe garantire la definizione degli insorti conflitti, dal momento che l’eventuale provvedimento emesso dal Prefetto in accoglimento della proposta del Presidente dell’ANAC potrebbe essere oggetto di impugnazione e incidere ancor di più sui tempi di consegna delle opere».

<sup>146</sup> Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

zione della soglia della difesa sociale contro la criminalità organizzata<sup>147</sup>, ma si garantisce la possibilità di portare a termine la singola opera o servizio. Di fatto, la gestione commissariale può consentire ad imprese sottoposte ad ingerenze mafiose anche la prosecuzione di tutti i contratti pubblici e delle concessioni in corso di esecuzione, qualora l'organo prefettizio ravvisi la sussistenza delle necessarie esigenze di continuità con riguardo all'intero perimetro dell'attività contrattuale dell'operatore economico sottoposto alla misura. L'ipotesi è tutt'altro che remota e le conseguenze appaiono altrettanto significative e sono testimoniate dai casi tutt'altro che infrequenti in cui le stesse imprese "in odore di mafia" si sono attivate anche in sede giurisdizionale per sollecitare l'applicazione delle misure in esame; ciò al fine di salvare le proprie attività economiche.

Si registra, quindi, un netto passo indietro rispetto agli scopi perseguiti dalla normativa antimafia sia in termini di prevenzione e protezione dell'ordine pubblico, sia in termini di tutela del mercato. D'altra parte il sistema delle informative non è certo immune da critiche: si tratta pur sempre di misure che, al pari di quelle di cui all'art. 32, vengono adottate in sede amministrativa e non giudiziale, in assenza di contraddittorio e a prescindere da rigorosi accertamenti di responsabilità penale in capo ai soggetti destinatari; riposano frequentemente su rapporti di polizia alquanto vaghi e valorizzano circostanze spesso per nulla idonee a corroborare ipotesi accusatorie (si pensi alle interdittive fondate sulla mera parentela e sulla partecipazione in associazione temporanea ad una gara d'appalto con altra impresa sospetta di infiltrazioni). E ciò nonostante determinano, in modo tranciante, la sostanziale paralisi dell'attività d'impresa al pari di una misura di carattere sanzionatorio, facendo sorgere anche dubbi sulla costituzionalità della relativa disciplina<sup>148</sup>. Dalla loro hanno, però, il merito di estromettere dal mercato operatori economici a beneficio non solo delle amministrazioni aggiudicatrici, ma anche delle altre imprese che operano entro i confini della legalità e secondo le regole del libero mercato. Si fronteggiano così

<sup>147</sup> L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha di recente ricordato che l'interdittiva antimafia esclude che un imprenditore, pur dotato di adeguati mezzi economici e di un'adeguata organizzazione, meriti la fiducia delle pubbliche amministrazioni e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con le stesse. Nello specifico, il provvedimento prefettizio in commento produce in capo al soggetto destinatario una particolare forma di incapacità giuridica *ex lege* dello stesso ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi o interessi legittimi) che determinino rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3.

<sup>148</sup> Cfr. E.G. SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 6/2013. Sempre dello stesso Autore, cfr., *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *www.giustamm.it*, 6/2018, il quale evidenzia che l'aggravamento della disciplina legislativa di cui al Codice antimafia, determinato soprattutto dall'interpretazione estensiva della giurisprudenza amministrativa, «aumenta (forse) l'efficacia della lotta alla mafia, ma incide negativamente sulla costituzionalità della disciplina e [...] rischia di compromettere lo sviluppo economico delle zone inquinate».

esigenze di rapidità nella realizzazione delle opere o nell’erogazione dei servizi, di tutela dei livelli occupazionali e di integrità dei bilanci pubblici, da una parte, ed esigenze di massima trasparenza e correttezza nello svolgimento delle gare pubbliche, dall’altra.

Se il metodo approntato per la tutela del secondo dei due obiettivi fosse immune dalle criticità suesposte, dovrebbe senz’altro prevalere sul primo ma probabilmente non è un caso se il legislatore ha deciso di invertire l’ordine dei valori e, di fronte ad un sistema privo di garanzie e dagli effetti devastanti, abbia deciso di assicurare la continuità aziendale con previsioni non esenti anch’esse da critiche, sia sotto il profilo della tutela del mercato e della concorrenza, sia sotto il profilo dei risultati utili da un punto di vista socio-criminologico.

Sotto il primo profilo, è appena il caso di rilevare che gli interessi pubblici di cui al comma 10 dell’art. 32, e in particolare la salvaguardia dei livelli occupazionali, potrebbero essere efficacemente garantiti ricorrendo ad altri istituti già previsti dalla normativa di settore. Si pensi, ad esempio, alle c.d. clausole sociali di riassunzione che prevedono, in caso di successione delle imprese nell’appalto, il riassorbimento dei dipendenti dell’appaltatore cessato da parte dell’appaltatore subentrante, in modo tale da garantire la continuità del servizio e dell’occupazione in caso di discontinuità dell’affidatario<sup>149</sup>. Al dichiarato fine di promuovere la stabilità occupazionale, l’art. 50, d.lgs. n. 50/2016 consente poi alle stazioni appaltanti di inserire nella *lex specialis* di gara le clausole sociali contenute nei CCNL in modo tale da vincolare gli operatori economici alla loro osservanza, pur sempre nel rispetto del principio di concorrenza e della libertà di impresa<sup>150</sup>. Applicate alle ipotesi di informazioni antimafia interdittive nei confronti di soggetti aggiudicatari di appalti pubblici, tali clausole di protezione permetterebbero dunque il reimpiego dei lavoratori che operano alle dipendenze delle imprese colpite da provvedimento inibitorio da parte dei nuovi affidatari, individuati, per esempio, mediante un più largo utilizzo del rimedio dello scorrimento della graduatoria originaria di cui all’art. 110, d.lgs. n. 50/2016. A ciò si aggiunge, peraltro, la possibilità di salvaguardare tramite il sistema appena delineato anche i diritti di coloro che lavorano alle dipendenze delle altre imprese partecipanti all’originaria procedura di gara, pregiudicati invece dall’attuale rimedio.

Anche le altre esigenze di carattere generale di cui all’art. 32, comma 10, e quindi la continuità nell’erogazione di servizi indifferibili per la collettività e l’integrità delle finanze pubbliche, potrebbero essere efficacemente soddisfatte affidando l’appalto agli altri concorrenti che hanno lealmente partecipato alla sele-

---

<sup>149</sup> TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6; TAR Toscana, Firenze, sez. III, n. 231/2017. Per una breve ricostruzione dell’istituto delle c.d. clausole sociali cfr. R. PROIETTI, *Contratti della P.A. Le c.d. “clausole sociali ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Giur. It.*, 12/2017, p. 2715.

<sup>150</sup> Sul punto, cfr., fra le molte, Cons. Stato, sez. V, n. 731/2018; n. 272/2018.

zione. Qualora poi non fosse possibile procedere con celerità all'individuazione del nuovo soggetto aggiudicatario, già l'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 consente alle stazioni appaltanti di optare per la prosecuzione di contratti che abbiano a oggetto la fornitura di beni e servizi essenziali per il perseguimento degli interessi pubblici. Analogo rimedio è previsto anche nel caso in cui l'opera sia in fase di ultimazione. Tale ipotesi, unitamente a quella della sostituzione del soggetto colpito da interdittiva, implicitamente richiamata dall'art. 94, comma 3 citato, appare maggiormente coerente con le finalità di tutela del mercato e dell'ordine pubblico perseguite dalla normativa antimafia, in quanto contribuisce a configurare la prosecuzione del contratto come ipotesi del tutto residuale rispetto alla regola generale del recesso. L'assoluta eccezionalità del rimedio sembra giustificare anche il mancato esercizio di controlli da parte di amministratori esterni a carico dell'impresa affidataria. Le predette limitazioni non sono state, invece, riprodotte nel testo dell'art. 32, comma 10 che finisce quindi per ampliare l'ambito di operatività delle misure conservative in esame.

Un'ulteriore differenza fra le due discipline sta nell'individuazione del soggetto chiamato a valutare la necessità di proseguire o meno il rapporto contrattuale. L'art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011 affida tale compito all'amministrazione aggiudicatrice e la scelta appare condivisibile per due ordini di ragioni: in primo luogo, viene così rimessa all'autonomia della stazione appaltante, interessata a selezionare operatori idonei da un punto di vista morale e professionale, la valutazione in merito all'opportunità di continuare ad affidare l'erogazione del servizio ad un'impresa sospetta di infiltrazioni, al ricorrere di determinate e specifiche esigenze di carattere generale; in secondo luogo, si garantisce che un simile bilanciamento di interessi sia realizzato da un soggetto direttamente coinvolto nell'appalto.

L'art. 32, d.l. n. 90/2014 attribuendo, invece, tale potere al Prefetto, finisce per affidare le predette valutazioni, aventi peraltro ad oggetto i medesimi fatti di cui all'art. 94, d.lgs. n. 159/2011, in capo ad un soggetto estraneo al rapporto contrattuale. La criticità di tale previsione si coglie più chiaramente se si considera che la stessa autorità amministrativa, chiamata in un primo momento ad emettere il provvedimento interdittivo nei confronti dell'impresa interessata, attestando così la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, ne sospende successivamente gli effetti, nonostante il permanere delle condizioni di presunta illiceità che ne avevano giustificato l'adozione.

Più opportuno sarebbe stato, in tal senso, predisporre un sistema di regole unitario, intervenendo direttamente sul testo dell'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 al fine di implementare o meglio definire gli interessi primari da tutelare, facendo salvo, per il resto, quanto già previsto dall'ordinamento.

Ulteriori perplessità sorgono, poi, con riferimento all'adeguatezza della misura in concreto individuata dal legislatore per la realizzazione delle finalità di

carattere generale fissate dalla norma. In particolare, non è pienamente convincente la scelta di far completare a operatori economici, per i quali sia stata accertata la contiguità al fenomeno mafioso, l’esecuzione dei contratti commissariati senza il contestuale avvio di un processo di risanamento dell’impresa nella sua interezza, al pari di quanto avviene, per esempio, con l’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 d.lgs. 159/2011<sup>151</sup>. In questo caso, il giudice competente, in presenza di sufficienti indizi di ingerenza delle organizzazioni mafiose nelle attività economiche del soggetto destinatario, nomina un amministratore che sostenga l’azienda fino alla “bonifica” delle attività economiche inquinate e non limitatamente alle esigenze connesse ai singoli contratti incriminati<sup>152</sup>.

Tale quadro, già di per sé alquanto problematico, è stato ulteriormente complicato dalle modifiche di recente apportate al Codice antimafia dalla l. n. 161/2017<sup>153</sup>. Fra le principali novità vi è, infatti, l’istituto del controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende previsto dal nuovo art. 34-*bis*, d.lgs. n. 159/2011, inserito fra le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca. In estrema sintesi, quest’ultimo può essere applicato dal tribunale, anche d’ufficio, per un periodo di tempo limitato, qualora l’agevolazione degli interessi mafiosi da parte dell’azienda interessata sia meramente occasionale e sempre che sussistano indizi rivelatori del pericolo concreto di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. Al ricorrere di tali presupposti, l’autorità giudiziaria può imporre obblighi di comunicazione a carico dell’impresa o, in alternativa, nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario cui è affidato il compito di riferire periodicamente gli esiti dell’attività di controllo al pubblico ministero e al giudice stesso.

---

<sup>151</sup> In sintesi, l’art. 34 del Codice Antimafia prevede che, qualora sussistano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente condizionato dalla criminalità organizzata o possa agevolare l’attività di soggetti destinatari di misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dallo stesso d.lgs. n. 159/2011, il tribunale competente dispone l’amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche. Tale misura è adottata per un periodo non superiore ad un anno e può essere prorogata di ulteriori sei mesi per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni, laddove si ravvisi la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

<sup>152</sup> Sulla funzione dell’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche, cfr. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l’esempio milanese*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Sempre dello stesso Autore, cfr. *Strategie di contrasto dell’inquinamento criminale dell’economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2014, pp. 705 ss.

<sup>153</sup> La norma è stata introdotta dall’art. 11, l. n. 161/2017, recante «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate».

Analogamente a quanto si verifica con il commissariamento introdotto dal d.l. anticorruzione, non si prevede un radicale spossessamento dei poteri gestori, ma l'intervento si risolve in una vigilanza prescrittiva condotta dal commissario nominato dal tribunale, al quale viene affidato il compito di monitorare dall'interno l'adempimento di una serie di obblighi di compliance definiti dall'autorità giudiziaria<sup>154</sup>.

La previsione più significativa consiste però nel potere riconosciuto direttamente alle imprese colpite da informazioni antimafia, che siano state già impugnate dinanzi al giudice amministrativo, di richiedere direttamente l'applicazione del controllo. In caso di accoglimento dell'istanza, la misura determina la sospensione degli effetti interdittivi del provvedimento prefettizio, al dichiarato fine di garantire il prevalente interesse alla realizzazione di opere pubbliche (art. 34-*bis*, comma 7)<sup>155</sup>.

Al di là dei dubbi che possono sorgere in ordine all'efficacia della misura sul piano della prevenzione amministrativa antimafia, ancora non risolti dalla giurisprudenza penalistica che ha tentato di circoscriverne la portata applicativa<sup>156</sup>, il nuovo istituto del controllo giudiziario c.d. "a domanda" appare molto simile, seppur con le dovute differenze, all'ipotesi di cui al comma 10 dell'art. 32, d.l. n. 90/2014. In entrambi i casi il presupposto di applicazione della misura è, infatti, l'emissione di un'interdittiva antimafia i cui effetti vengono sospesi e sostituiti dall'attività di controllo esercitata dagli amministratori di nomina prefettizia o giudiziaria, a seconda dei casi; per effetto delle misure in questione si consente alle imprese di rimanere in attività, nonostante il pericolo di infiltrazioni criminali, al fine di garantire la realizzazione di opere pubbliche o per il soddisfacimento di interessi di carattere generale. In particolare, il controllo giudiziario presenta numerosi punti di contatto con la misura del sostegno e monitoraggio di cui al comma 8 dell'art. 32, realizzandosi in entrambi i casi un'attività di tutoraggio sulle aziende da parte di soggetti esterni. A pochi anni di distanza dal d.l. n.

---

<sup>154</sup> Cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, pubblicata in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>155</sup> Con Circolare del 22 marzo 2018, il Ministero dell'Interno ha precisato che l'art. 34 bis deve essere interpretato nel senso di rendere doverosa per il Prefetto anche l'iscrizione nella *white list* richiesta dall'impresa destinataria di informazione interdittiva che abbia impugnato il relativo provvedimento e ottenuto, dal Tribunale competente per le misure di prevenzione, l'applicazione del controllo giudiziario.

<sup>156</sup> Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. V, 20 luglio 2018, n. 34526, nella quale si afferma che l'ammissione dell'impresa al c.d. controllo giudiziario a domanda non può ritenersi automatica, dovendo il Tribunale competente verificare la sussistenza dei presupposti individuati dalla legge. Questi ultimi non consistono solo in quelli processuali dell'esistenza di un'interdittiva prefettizia e della relativa impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, altrimenti lo scrutinio sarebbe meramente formale e l'applicazione della misura si tradurrebbe in un diritto potestativo dell'impresa, ma devono ricomprendere anche il connotato della occasionalità del contagio mafioso di cui al primo comma dell'art. 34-*bis*.

90/2014, il legislatore ha quindi introdotto una nuova misura riferita alle imprese in odore in mafia senza preoccuparsi, tuttavia, di prevedere adeguati meccanismi di raccordo fra le diverse discipline, dando luogo così a inevitabili incertezze interpretative e applicative che si aggiungono alle altre sopra evidenziate<sup>157</sup>, rendendo il quadro complessivo del tutto irrazionale, contraddittorio e fortemente ridondante.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

È emerso, dalle pagine che precedono, un sistema sfilacciato dalle difficoltà di coordinamento fra i vari interventi legislativi e fiaccato dalle incerte e talvolta paradossali ricadute applicative che ne derivano.

Trattasi di inconvenienti non infrequenti, ogniqualvolta ci si avventuri nell’analisi di un complesso di norme, e che tuttavia dottrina e giurisprudenza sono inclini a diluire nella valorizzazione delle scelte di politica legislativa che l’introduzione di un sistema nuovo intende perseguire e valorizzare.

In questo caso tuttavia, anche una lettura orientata a misurare l’efficacia complessiva delle misure approntate dal Legislatore, mostra i limiti di un complesso normativo pieno di contraddizioni, all’interno del quale l’interprete non trova nemmeno il supporto di un filo conduttore che consenta di colmarne le lacune o risolverne i conflitti interpretativi.

Due, infatti, sono le prospettive dalle quali osservare il coacervo di istituti che abbiamo cercato di descrivere succintamente. La prima è quella di chi volesse attribuire al complesso meccanismo disegnato dal legislatore il merito di un contrasto efficace delle patologie del sistema, premiando gli operatori virtuosi. La seconda è quella di chi volesse rintracciare nelle pieghe dei diversi istituti un sistema che componga in modo coerente la lotta al crimine con il diritto ad esercitare l’impresa e soprattutto con l’esigenza di non paralizzare il settore degli affidamenti pubblici. Entrambe le aspettative resterebbero deluse.

Quanto al primo aspetto. In primo luogo, le misure in commento non si pongono certo nell’ottica di premiare i concorrenti più virtuosi, ed anzi, proprio sotto questo profilo, pongono rilevanti problemi di compatibilità con i fondamentali principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione degli operatori economici, fortemente valorizzati a livello europeo come strumento di efficienza del mercato dei contratti pubblici. Infatti, la scelta legislativa di conservare il rapporto contrattuale scaturito dall’originario affida-

---

<sup>157</sup> Sul punto, anche l’Autorità Anticorruzione ha evidenziato la necessità di individuare in via legislativa o quantomeno interpretativa un sistema di coordinamento tra la nuova misura giurisdizionale del controllo giudiziario delle aziende e quelle amministrative di cui all’art. 32, d.l. n. 90/2014. Cfr. ANAC, Relazione annuale 2017, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), pp. 263-265.



mento sospettato di illiceità, anche in presenza di un provvedimento interdittivo antimafia, finisce per qualificare come recessivo l'interesse delle altre imprese, che hanno lealmente partecipato alla gara, a subentrare nel contratto di appalto o nella concessione, in funzione della sollecita realizzazione di opere ritenute urgenti<sup>158</sup> o di non meglio precisate esigenze erariali.

In secondo luogo, sorgono dubbi anche in ordine alla reale efficacia delle misure prescelte dal legislatore, per la durata delle stesse, legata alla completa esecuzione dell'appalto acquisito in modo illecito e non subordinata, invece, ad un "risanamento" integrale dell'impresa, nonché per la natura circoscritta delle attività sottoposte al controllo; atteso che le misure straordinarie di cui all'art. 32, stando al tenore letterale delle norme, non colpiscono le attività e i rami dell'azienda coinvolti nella fase di aggiudicazione del contratto o in quella precedente di selezione del contraente, maggiormente esposte al rischio di accordi corruttivi, ma quelli deputati all'esecuzione dell'appalto, spesso estranei alle attività illecite.

In terzo luogo, la norma non appare coerente neppure con la disciplina contenuta nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici e nel Codice Antimafia, i quali, escludendo dal mercato gli operatori economici colpevoli di condotte illecite ed espressive di complessiva inaffidabilità morale e professionale, finirebbero per tutelare più efficacemente il settore dei contratti pubblici e la preminente esigenza di garantire un sano confronto concorrenziale, non alterato da fenomeni collusivi, se la portata applicativa di queste non fosse incisa dalle norme in commento.

Quanto al secondo aspetto. Il meccanismo complessivamente introdotto dal legislatore a più riprese non sembra garantire la sollecita esecuzione dei contratti, nè tanto meno il libero esercizio dell'impresa e financo la sua proprietà.

Innanzitutto, al provvedimento di nomina degli amministratori prefettizi si arriva sulla base di elementi che non hanno superato il benchè minimo vaglio giudiziale e senza specifiche garanzie di contraddittorio. In secondo luogo, la disciplina prevista per l'attività di costoro è del tutto inadeguata e pone una serie di problemi che finiscono per incidere fortemente ed irreversibilmente sulla vita stessa delle imprese; si pensi, da un parte, al limite operativo posto con riferimento ai contratti da eseguire e, dall'altra, alla contraddittoria norma che azzeri tutti i poteri del socio; si pensi ancora alla trattenuta alla fonte del margine generato

---

<sup>158</sup> Così, Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, in cui si evidenzia che, con la disciplina di cui al d.l. n. 90/2014, il Legislatore ha «bilanciato unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera pubblica e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara a monte. Tale ultimo interesse, se del caso, potrà trovare tutela in via risarcitoria attraverso la costituzione di parte civile nel giudizio penale ovvero attraverso la proposizione di autonoma azione nei confronti di coloro che dovessero risultare responsabili di reati (laddove, quanto ai pubblici funzionari, l'effettivo e definitivo accertamento della loro responsabilità penale confermi l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica con l'Amministrazione di appartenenza)».

dalla singola commessa, che impedisce di utilizzare risorse provenienti da un affidamento per colmare perdite di altre commesse o far fronte e all’indebitamento complessivo dell’azienda; si pensi infine all’assenza di criteri che garantiscano competenze manageriali adeguate alla dimensione dell’impresa.

Il merito di aver scontentato garantisti e giustizialisti allo stesso tempo va tuttavia riconosciuto ed è figlio di una schizofrenia legislativa incline a metabolizzare suggestioni del momento trasferendole in regole di rango primario per poi approntare, a valle di queste, strumenti atti a mitigare le devastanti conseguenze che ne derivano.

Una volta che si è data la singolare possibilità alle stazioni appaltanti di escludere un operatore per fatti e circostanze ritenute gravi, ma prive di accertamento giudiziale (art. 80 c. 5 del codice dei contratti pubblici), e una volta stabilito che i motivi di esclusione individuati dal primo comma dell’art. 80 possono essere fatti valere anche in corso d’opera e portare alla risoluzione del contratto (art. 108, comma 1 del codice dei contratti pubblici), che senso ha assumere che gli stessi fatti, o fatti ancor più gravi, possano legittimare la nomina degli amministratori prefettizi e però assicurare la completa esecuzione di quegli stessi contratti?

Una volta accertato che il sistema che regola le interdittive antimafia è totalmente privo di garanzie ed è capace di provocare effetti devastanti ed irreversibili, pur in assenza del benchè minimo accertamento che vada oltre le fumose e non ostensibili informazioni che la prefettura riceve, avrebbe avuto più senso riformare questo sistema, limitando l’interdizione dalla stipula e dalla esecuzione dei contratti a casi conclamati, o introdurre un meccanismo che, a prescindere dalla gravità e fondatezza dei fatti contestati, porta a sterilizzare gli effetti dell’interdittiva non mancando tuttavia di arrecare comunque danni ingentissimi agli operatori sulla base di meri sospetti?

Manca un filo conduttore, manca un quadro chiaro di obiettivi e di interessi e di soggetti competenti ad averne cura.

Anche volendo percorrere la strada del massimo rigore, sarebbe bastato lasciare alle stazioni appaltanti le prerogative riconosciute dal nuovo codice dei contratti pubblici, che quantomeno restano soggette al sindacato del giudice amministrativo, disciplinare in modo congruo i poteri del Prefetto in materia di interdittive e lasciare al giudice penale e agli strumenti di cui dispone (anche il sequestro) la tutela della legalità, alla cura della quale non possono essere chiamati in modo raffazzonato più soggetti in concorso, ma meglio in contrasto, tra loro, pena la confusione generale ed un ingente dispendio di risorse mal utilizzate.

**Abstract**

The “super powers” of the ANAC (National Anti-Corruption Authority): contradictions and paradoxes of anti-corruption prevention measures on “suspicious” companies

by Dario Capotorto

The essay examines the controversial issue of extraordinary measures for the management, support and monitoring of companies that are successful tenderers of public contracts for the construction of public works, services or supplies of suspected illicit origin, introduced by article 32, of legislative decree 24 June 2014, n° 90 (i.e. anti-corruption decree, converted with amendments to the law of 11 August 2014, n° 114). After a detailed analysis of these measures, also in the light of the case-law and the practice established in the first five years of application, the author highlights the interpretative issues and difficulties of application, focusing in particular on the paradoxes and inconsistencies produced by this new legislation. In particular, it should be noted that the effect of conservation of public procurement contracts in progress – assured by the new management tools – produces serious prejudices regarding the correct functioning of competitive mechanisms, as well as significant coordination problems with other laws.

*Parole chiave:* ANAC; misure preventive anticorruzione; commissariamenti ANAC; contratti pubblici; regolazione.

*Keywords:* National Anti-Corruption Authority; anti-corruption prevention measures; public procurement contracts; regulation.

*Note e commenti*



# Competenze legislative statali e regionali nella determinazione della disciplina del procedimento amministrativo: il caso della Conferenza di servizi. (Commento a Corte costituzionale 25 gennaio 2019 n. 9)

di Mario Palma

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte Costituzionale 25 gennaio 2019 n. 9. – 2. Attività amministrativa tra esercizio in via autoritativa e erogazione di prestazione a tutela degli interessi meritevoli. – 3. Le norme sul procedimento amministrativo *ex* legge 7 agosto 1990 n. 241 e i livelli essenziali di prestazioni *ex* art. 117 Cost. – 4. La conferenza di servizi e i livelli essenziali di prestazioni: una ricostruzione in chiave finalistica.

## 1. *La sentenza della Corte Costituzionale 25 gennaio 2019 n. 9*

Con la sentenza n. 9 del 25 gennaio 2019 la Corte costituzionale ha deciso in ordine alla questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dallo Stato nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri avverso la legge regionale della Lombardia n. 36 del 12 dicembre 2017 recante le «disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento regionale ai decreti legislativi n. 126/2016, n. 127/2016, n. 222/2016 e n. 104/2017, relative alla disciplina della conferenza dei servizi, ai regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti e a ulteriori misure di razionalizzazione» per violazione dell'art. 117, comma 2, lettere m) e s), della Costituzione.

La legge regionale della Lombardia n. 36/2017 contiene disposizioni volte ad adeguare l'ordinamento regionale alla normativa statale in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), di conferenza di servizi, di regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, di valutazione di impatto ambientale di progetti pubblici e privati (VIA), nonché di ulteriori misure di razionalizzazione.

In particolare, con il ricorso proposto dallo Stato dinanzi alla Corte Costituzionale sono state oggetto di impugnazione le disposizioni di cui agli artt. 2, comma 1, lettera b), e 10, comma 1, lettera d), numero 9, della citata legge regionale n. 36/2017.

L'art. 2, comma 1, lettera b, della legge regionale citata aggiungeva il comma 1-quater nel corpo dell'art. 13 della legge della Regione Lombardia 1 febbraio 2012, n. 1; tale comma prevedeva che: «qualora la determinazione da assumere in conferenza di servizi presupponga o implichi anche l'adozione di un provvedimento di competenza di un organo di indirizzo politico, tale provvedimento è acquisito prima della convocazione della conferenza di servizi o successivamente alla determinazione motivata di conclusione della stessa conferenza. In caso di

acquisizione successiva del provvedimento di cui al precedente periodo, l'efficacia della determinazione di conclusione della conferenza di servizi è sospesa nelle more della formalizzazione dello stesso provvedimento».

Il successivo art. 10, comma 1, lettera d), numero 9, aggiungeva il comma 6-ter all'art. 4 della legge della Regione Lombardia 2 febbraio 2010, n. 5 (Norme in materia di valutazione di impatto ambientale). Il citato nuovo comma disponeva che: «Qualora per l'approvazione degli interventi in progetto o per l'espressione di atti di assenso, comunque denominati, la determinazione da assumere in conferenza di servizi presupponga o implichi anche l'adozione di un provvedimento di competenza di un organo di indirizzo politico, si applica quanto previsto all'articolo 13, comma 1-quater, della l.r. 1/2012».

Tali norme, a parere dello Stato, introducevano delle disposizioni contrarie alla disciplina statale in materia di conferenza di servizi in violazione delle competenze legislative statali esclusive dettate dall'art. 117, comma 2, lettere m) ed s).

Come è noto, l'art. 117, comma 2, alla lettera m) prevede la competenza esclusiva dello Stato in ordine all'individuazione dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che vanno garantiti su tutto il territorio nazionale mentre la lettera s) del medesimo comma attribuisce allo Stato la tutela in via esclusiva dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

La violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia ambientale sarebbe da ricollegarsi, secondo quanto affermato dallo Stato, alla circostanza che la deroga alla disciplina contenuta nel decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, relativa alla procedura in materia di valutazione di impatto ambientale, sancisce un'ipotesi di silenzio assenso che la previsione di una fase successiva di integrazione dell'efficacia della determinazione conclusiva della conferenza di servizi da parte dell'organo di indirizzo politico regionale renderebbe illegittimamente inoperante.

La violazione della competenza esclusiva in ordine alla individuazione dei livelli essenziali di prestazioni invece, sarebbe da ricondurre alla natura della conferenza di servizi qualificata alla stregua di "prestazione amministrativa".

Secondo la difesa statale, il modello procedimentale dettato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, fondato sul silenzio assenso, sulla natura sostitutiva della determinazione conclusiva della conferenza di servizi e sulla sua immediata efficacia, con l'unica deroga ammessa ai sensi dell'art. 14-*quater*, sarebbe «radicalmente alterato» dalla normativa regionale impugnata che consente alla deliberazione dell'organo di indirizzo politico regionale non solo di inibire gli effetti del silenzio assenso ma anche di sospendere l'efficacia della determinazione conclusiva espressa della conferenza di servizi fino al momento della sua formalizzazione.

In merito, la difesa regionale ha affermato che non vi sarebbe stata violazione dell'art. 117 comma 2, lettera s), relativo alla competenza esclusiva statale



nella materia ambientale in quanto le norme impugnate disciplinerebbero esclusivamente il procedimento e non i livelli di tutela ambientale. Inoltre, secondo la difesa regionale l'art. 7-*bis*, comma 8, del d.lgs. n. 152/2006 farebbe salvo il potere regionale di stabilire regole particolari e ulteriori per la semplificazione dei procedimenti e per il coordinamento dei provvedimenti e delle autorizzazioni di competenza regionale e locale.

Rispetto alla violazione dell'art. 117, comma 2, lettera m), invece, relativo alla competenza esclusiva in ambito di individuazione dei livelli essenziali di prestazioni in ordine ai diritti civili e sociali, la difesa regionale ha rilevato che il d.lgs. 16 giugno 2017 n. 104 ha stabilito l'adozione del provvedimento unico come modalità procedimentale obbligatoria solo in caso di VIA di competenza regionale mentre tale procedura sarebbe solo facoltativa in caso di VIA di competenza statale. In ragione di tale diversità di trattamento la difesa regionale ha sostenuto che il procedimento unico non sarebbe stato considerato dal legislatore statale come afferente ai livelli essenziali.

Inoltre, secondo la difesa della Regione Lombardia le norme impugnate dallo Stato non derogherebbero ai livelli essenziali fissati dalla legislazione nazionale nemmeno rispetto ai termini di durata del procedimento realizzato mediante conferenza di servizi in quanto la prevista adozione del provvedimento di competenza dell'organo di indirizzo politico non inciderebbe sui termini della sua conclusione, poiché acquisito al di fuori dei lavori della conferenza stessa.

Nella decisione in commento, il giudice delle leggi ha ritenuto fondate le censure statali riscontrando la violazione da parte delle norme regionali impugnate dell'art. 117, comma 2, lettera m), Cost<sup>1</sup>; le censure relative violazione

---

<sup>1</sup> Sui livelli essenziali delle prestazioni si rinvia, senza pretese di completezza, a: M. CALABRÒ, *Livelli essenziali delle prestazioni sociali e politiche pubbliche per l'integrazione*, in [www.gustamm.it](http://www.gustamm.it), 2015; S. CAVALIERE, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018; C. BOTTARI (a cura di), *Livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014; P. URBANI, *Garanzia dei livelli minimi essenziali delle prestazioni amministrative e procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività economiche: il caso della SCLA*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 2660 ss.; D. MESSINEO, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali: dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012; A. ANZON DENMIG, *Potestà legislativa regionale e livelli essenziali delle prestazioni* ([*Osservazione a*] *Corte cost.*, 15 gennaio 2010, n. 10), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 155 ss.; V. CAMPIONE, A. POGGI, *Sovranità decentramento regole: i livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, Bologna, 2009; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; M. GIORDANO, *Sui livelli essenziali di assistenza e la competenza delle Regioni e delle Province ad autonomia speciale (in margine alla sentenza della Corte Costituzionale n. 134 del 31 marzo 2006)*, in *Giustizia amministrativa*, 2006, 307 ss.; E. BALBONI, P. G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, 1014 ss.; E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1733 ss.; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare*

dell'articolo 117, comma 2, lettera s) sono invece state dichiarate assorbite dal giudice costituzionale.

Come si evince dalla lettura della sentenza n. 9/2019, il giudice costituzionale ha ritenuto che la disciplina regionale di cui alla legge della Regione Lombardia n. 36/2017, incidente sul procedimento di approvazione della VIA mediante indizione di una conferenza di servizi, abbia violato la competenza legislativa esclusiva dello Stato in ordine ai livelli essenziali di prestazioni.

Il giudice costituzionale, per il vero, ha chiarito che la disciplina della conferenza di servizi non sia da ritenere una materia ricadente nella sua interezza nell'ambito dei livelli essenziali di prestazioni.

Tuttavia, la Corte costituzionale ha anche precisato che non si può escludere che singoli aspetti peculiari della legislazione statale nell'ambito della conferenza di servizi siano ricollegabili alla materia dei livelli essenziali di prestazioni *ex art.* 117, secondo 2, lettera m).

Una simile conclusione appare coerente con la giurisprudenza pregressa del giudice delle leggi rispetto alla natura delle disposizioni sul procedimento amministrativo inquadrabili alla stregua di norme interposte rispetto all'art. 117, comma 2, lettera m), Cost. in ragione della loro adeguatezza a garantire determinati standard uniformi di tutela di interessi rilevanti.

Nello specifico, l'interesse tutelato dalle disposizioni statali viene nel caso di specie identificato con le finalità semplificatorie perseguite, secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale, dalla normativa sul procedimento relative alla conferenza di servizi.

---

*autonomia ed uguaglianza*, in *www.consultaonline.it*; E. PESARESI, F. LANCHESTER, S. LARICCIA, T. SERRA, *I livelli essenziali delle prestazioni e la cittadinanza sociale tra ordinamento interno ed evoluzione costituzionale dell'Europa*, Roma, 2005; F. GIGLIONI, *Le procedure di determinazione dei livelli essenziali di assistenza* [Commento a Consiglio di Stato, sez. 4, 4 febbraio 2004, n. 398], in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1103 ss.; E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di) *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004; L. CUOCOLO, *I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze attuative*, in *Diritto dell'economia*, 2003, 389 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1063 ss.; E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1183 ss.; M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 613 ss.; R. BIFULCO, *"Livelli essenziali", diritti fondamentali e statuti regionali*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi, M. Olivetti, Torino, 2003, 137 ss.; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lettera m), II comma, art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 1141 ss.; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte alcune prime indicazioni su regolamenti del Governo e "livelli essenziali" nelle materie regionali*, in *Le Regioni*, 2003, 1199 ss.; A. POLICE, *Federalismo asimmetrico e dequotazione dell'uguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto dell'economia*, 2002, 489 ss.; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 881 ss.; G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 26 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2002, 352 ss.

Come si vedrà, tale obiettivo è stato più volte posto alla base dell'inquadramento di specifiche disposizioni poste dal legislatore statale in relazione al procedimento amministrativo in termini di prestazioni aventi carattere essenziale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

## 2. *Attività amministrativa tra esercizio in via autoritativa e erogazione di prestazione a tutela degli interessi meritevoli*

Appare opportuno soffermarsi in merito al carattere di prestazione riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale in capo alle attività amministrative ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m).

Come è noto, ai sensi dell'art. 1174 c.c. la nozione di prestazione, suscettibile di valutazione economica, deve essere inquadrata alla stregua di «un interesse anche non patrimoniale del creditore».

Tradizionalmente, l'attività della pubblica amministrazione è stata inquadrata nei termini di prestazione nell'ipotesi in cui spetti alla p.a. di fornire ai cittadini servizi espressione dei diritti riconosciuti a livello costituzionale; è il caso di quelle attività che si riconnettono alla materia dei servizi pubblici<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Per servizio pubblico, secondo una tradizionale definizione dottrinale, si intenderebbe quell'attività non giuridica della pubblica amministrazione verso i cittadini in quanto singoli o intesi come collettività volta a fornire una utilità; il servizio pubblico secondo tale nozione, definita soggettiva è qualsiasi prestazione di utilità riconducibile allo Stato o a un ente pubblico. Una seconda nozione di pubblico servizio, invece, partendo dal combinato disposto degli articoli 41, comma 3, e 43 Cost. da rilievo non alla natura del soggetto erogatore dell'attività o sulla sua finalità pubblica ma alla destinazione di questa al pubblico; in tal senso si individua una concezione di servizio pubblico oggettiva non legata alla natura del soggetto gestore ma funzionale alla soddisfazione dei bisogni della collettività. Il carattere economico e produttivo delle attività, non riconducibili necessariamente all'esercizio di funzioni amministrative, sembra essere alla base della nozione di servizio pubblico e di prestazione erogata dalla pubblica amministrazione. Nel senso di non individuare un'unica nozione di servizi pubblici si esprime G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 27 ss. nonché R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 30. Sui servizi pubblici in generale si rinvia a: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. II, parte III, Milano 1920, 235 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1953, 115; F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, 215 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1994, 459 ss.; G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 201 ss.; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, vol. III, Bologna, 1997, 7 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, a cura di E. Picozza, Santarcangelo di Romagna, 1998, 687 ss.; A. ROMANO, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Diritto amministrativo*, 2000, 41 ss.; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna 2001, vol. I, 923 ss.; F. TRIMARCHI BANFI,

Va rilevato, tuttavia, che si è assistito da alcuni anni ad una tendenza a ricostruire anche l'esercizio delle funzioni amministrative svolte in via autoritativa in termini di prestazione.

Tale orientamento sembra fondarsi sulla ricostruzione dell'attività amministrativa in termini non «di esercizio di poteri autoritativi ma di attività diretta al conseguimento di interessi pubblici»<sup>3</sup>.

In dottrina si è richiamata una concezione di amministrazione pubblica non più intesa come esercizio delle funzioni autoritative ma come servizio volto a soddisfare interessi della collettività<sup>4</sup>.

Al riguardo va rilevato come accanto alle tradizionali categorie di servizi pubblici economici e dei servizi sociali<sup>5</sup> si sia riconosciuta una ulteriore categoria, quella dei servizi burocratici che ricomprende nel novero dei servizi pubblici quelle attività che venivano in precedenza qualificate come mere attività burocratiche ausiliarie rispetto alle altre attività pubbliche.

È stato osservato in dottrina che l'individuazione di tale terza categoria di servizi pubblici possa essere ritenuta una conseguenza dell'inquadramento alla stregua di prestazioni dell'attività amministrativa<sup>6</sup>.

---

*Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2002, 945 ss.; W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, 83 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, 91 ss.; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. VI, Milano 2006, 5517 ss.; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti, G. Greco, Tomo IV, 2007, 1791 ss.; G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Studi in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, 2007, 145 ss.; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino 2014, 634 ss.

<sup>3</sup> F.G. SCOCA, *L'attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol VI, Milano, 2002, 89.

<sup>4</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010, 1.

<sup>5</sup> In merito si rinvia a A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio* [Nota a sentenza: C. Cost., 27 luglio 2004, n. 272], in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831 ss.; C. CACCIAVILLANI, *I diritti sociali: tra valore personale e valori di tutti*, Padova, 2015; P. GRIMAUDDO, *L'evoluzione del sistema integrato dei servizi sociali tra livelli essenziali, ruolo delle Autonomie, principio di sussidiarietà orizzontale e logiche di costo*, in *Nuove autonomie*, 2014, 95 ss.; L. GIANI, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, 665 ss.; V. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 475 ss.; ID., *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004*, in *Foro italiano*, 2005, 2652 ss.; R. CAMELI, *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 903 ss.; G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 355 ss.

<sup>6</sup> B. G. MATTARELLA, *Attività amministrativa* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 2006, 528.

Per il vero, in merito all'inquadramento delle attività autoritative della p.a. in termini di prestazioni ed alla riconduzione della relativa disciplina di cui alla legge n. 241/1990<sup>7</sup> nel novero dei livelli essenziali delle prestazioni di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), occorre distinguere tra la fase precedente all'introduzione dell'art. 29, comma 2 bis, della citata legge del 1990 da parte della legge n.18 giugno 2009 n. 69 e la fase successiva.

La qualificazione in termini di principi dell'azione amministrativa delle disposizioni sul procedimento di cui alla legge n. 241/1990, operata a livello normativo con la legge 11 febbraio 2005 n. 15<sup>8</sup>, è stata oggetto di riflessione da parte degli studiosi che hanno sottolineato la non sempre agevole interpretazione delle novelle legislative.

In dottrina si è compiuto un ampio e condivisibile sforzo facendo leva sul carattere di garanzia per la posizione dei cittadini di parte delle disposizioni sul procedimento amministrativo, al fine di inquadrare tali norme in termini di principi che le Regioni non potessero derogare<sup>9</sup>.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, la maggior parte delle disposizioni della legge n. 241/1990 venivano qualificate come norme interposte, attuative di principi costituzionali e in quanto tali non derogabili dalle Regioni, mentre

<sup>7</sup> Sulla valenza delle disposizioni contenute nella legge n. 241/1990 a seguito della riforma costituzionale del 2001 si rinvia a: M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, in particolare, 35-37, ed a E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 415 ss.

<sup>8</sup> Prima dell'introduzione delle modifiche di cui alla legge n. 15 del 2005 l'art. 29 della legge sul procedimento amministrativo sanciva che i principi desumibili dalla legge n. 241 del 1990 fossero direttamente applicabili alle Regioni, in quanto qualificati come principi generali dell'ordinamento. Secondo la disciplina precedente alla riforma del 2005 le norme statali avrebbe dovuto trovare applicazione fino al momento in cui le Regioni non avessero legiferato in materia. In merito alle problematiche sorte a seguito della riforma del 2005 v. N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La Pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, Torino, 2005; G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. N. 241/1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, in particolare, si rinvia alla parte 6; B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 817 ss.; A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corriere giuridico*, 2005, 449 ss.; E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Il Consiglio di Stato*, 2005, 1419 ss.; A. CELOTTO, *Il nuovo art. 29 della l. N. 241 del 1990: norma utile, inutile o pericolosa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

<sup>9</sup> In dottrina, peraltro, è stato rilevato come già nella prima fase della sua attuazione, i giudici costituzionali, avessero concepito alcuni principi generali espressi nella legge n. 241 del 1990 (l'accesso agli atti, la partecipazione, la motivazione) quali regole inderogabili dell'azione amministrativa valutando la legittimità delle eventuali norme derogatorie sulla base di un parametro di ragionevolezza. In merito M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, 727.

il riferimento ai livelli essenziali di prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. era possibile solo per le disposizioni della legge n. 241/1990, relative all'accesso<sup>10</sup>.

Parte della dottrina, invece, anche prima dell'esplicita qualificazione in termini di livelli essenziali di prestazioni di alcune specifiche norme nell'ambito del procedimento amministrativo operata dal legislatore a partire dalla citata legge n. 69/2009<sup>11</sup>, si è espressa a favore della qualificazione delle disposizioni contenute nella legge n. 241/1990 come ricadenti nella materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. in modo più netto<sup>12</sup>.

Tale tesi appare rafforzata, dall'articolo 29, comma 2 *bis*, della legge n. 241/1990, introdotto dall'articolo 10, comma 1, lettera b), numero 2), della legge n. 69/2009, che ha qualificato esplicitamente come attinenti ai livelli essenziali di prestazioni la disciplina relativa agli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un

<sup>10</sup> Al riguardo si rinvia a quanto affermato da A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di gordio"* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2005; gli Autori inquadrano la disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990 come risultante a seguito della riforma del 2005 esaminando le singole disposizioni e riconducendone la maggior parte, seppure in base a titoli diversi (il principio di eguaglianza, l'imparzialità ed il buon andamento dell'attività amministrativa, ecc.), nell'ambito dei principi generali vincolanti per le Regioni.

<sup>11</sup> Sulla legge n. 69 del 2009 ed i suoi effetti sul procedimento amministrativo v. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la teoria del Big Rip. Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1133 ss.; N. GULLO, *Prime note sull'accesso ai documenti amministrativi degli enti locali dopo la l. n. 69 del 2009*, in *Nuove autonomie*, 2009, 87 ss. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009, il testo dell'art. 29 è stato riscritto e sono stati aggiunti i commi 2 *bis*, 2 *ter*, 2 *quater* e 2 *quinquies*; con la modifica del 2009 vengono introdotte nella normativa del 1990 i riferimenti ai livelli essenziali di prestazioni in relazione a specifici aspetti del procedimento amministrativo. v. in merito P.M. VIPIANA, *Il procedimento amministrativo nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, 2010.

<sup>12</sup> A favore della qualificazione in termini di livelli essenziali di prestazioni si esprime A. ROMANO TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto – M. A. Sandulli*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2006, 4, che, in riferimento ai livelli essenziali di prestazioni, precisa come tale materia: «può considerarsi, oggi, la nuova concretizzazione del principio di eguaglianza, da intendersi non più come uguaglianza di trattamento normativo, bensì come eguaglianza di trattamento sostanziale dei cittadini». In merito si rinvia anche a M. CORRADINO *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, facendo leva sul carattere di garanzia delle disposizioni della legge sul procedimento, precisa come: «è solo ai *principi di garanzia* che si riferisce l'art. 29, comma II, della legge n. 241/1990, rispettoso dell'autonomia regionale ma al contempo fermo nel garantire l'unitarietà dell'ordinamento giuridico nelle sue strutture fondamentali. Il compito dell'interprete, allora, non è tanto quello di provare la legittimazione costituzionale della norma dell'art. 29, comma II, che in quest'ottica trova fondamento sia nell'art. 117, comma II, lett. m) Cost. (nel suo richiamo ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), sia nell'art. 120, comma II, Cost. che attribuisce allo Stato il compito di presidiare l'unità giuridica ed economica».



responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.

Il successivo comma 2 *ter* del citato articolo 29, come modificato in ultimo dall'art. 3, comma 3, lett. f), del d.lgs. 30 giugno 2016 n. 126, ha poi chiarito che attengono ai livelli essenziali delle prestazioni le disposizioni concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, facendo salva la possibilità di individuare, con intese da realizzarsi in sede di Conferenza unificata Stato/Regioni, dei casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.

La disposizione in parola inoltre, al successivo comma 2 *quater*, precisa che Regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni<sup>13</sup>.

La sentenza 10 gennaio 2012 n. 203 della Corte Costituzionale<sup>14</sup> ha a sua volta affermato in merito alla qualificazione dell'attività amministrativa proceduralizzata in termini di prestazione che: «l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di “prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati»<sup>15</sup>.

In dottrina, tuttavia, l'inquadramento delle attività amministrative proceduralizzate in termini di prestazioni è stato oggetto di critiche in quanto si è osservato come mentre la nozione di prestazione, *ex art.* 1174 c.c., presuppone una relazione inter-soggettiva dalla struttura tipicamente *bilaterale* (con il coinvolgimento di un debitore, obbligato a tenere un certo comportamento, e un creditore, titolare di un interesse destinato ad essere soddisfatto), nell'ambito dei rapporti nascenti per l'effetto dell'esercizio di poteri amministrativi in via autoritativa, invece, si affrontano vicende che coinvolgono una pluralità di soggetti con la necessità di bilanciare una pluralità di interessi (pubblici e privati)<sup>16</sup>.

Peraltro, l'esplicita qualificazione operata a livello normativo dalla legge n. 69/2009 non è stata sufficiente a sopire il dibattito in ordine alla natura delle norme sul procedimento di cui alla legge del 1990; in merito la Corte Costituzio-

---

<sup>13</sup> Così la sentenza della Corte costituzionale 27 dicembre 2018 n. 246: «l'art. 29, comma 2-*quater*, della legge n. 241 del 1990 – coerentemente con la necessaria lettura finalistica della formula dei «livelli essenziali delle prestazioni» – consente alle Regioni e agli enti locali di «prevedere livelli ulteriori di tutela», vietando loro di stabilire «garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter*».

<sup>14</sup> In merito si rinvia a D. MESSINEO, *Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 4856 ss.

<sup>15</sup> Nello stesso senso si esprime la sentenza n. 207/2012 della Corte Costituzionale.

<sup>16</sup> D. MESSINEO, *Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale?*, cit., 4861.



nale ha precisato, nella decisione 10 giugno 2010 n. 207, che: «la qualificazione legislativa non vale ad attribuire alle norme una natura diversa da quella ad esse propria, quale risulta dalla loro oggettiva sostanza».

Tale posizione, che non riconosce rilievo decisivo alla qualificazione formale delle disposizioni, appare condivisibile ma presenta lo svantaggio di rendere di difficile definizione i limiti della competenza legislativa statale e regionale e ciò in quanto non appare agevole definire quale sia l'oggettiva sostanza delle disposizioni.

La Corte costituzionale, in diverse pronunce, si concentra sulla finalità delle disposizioni statali evidenziandone il carattere semplificatorio ed acceleratorio delle procedure amministrative quale criterio per qualificarle come norme interposte rispetto all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

Si tratta di una scelta che, pur se comprensibile alla luce delle riforme poste in essere dal legislatore ai fini di migliorare il funzionamento dell'amministrazione, appare essere orientata all'applicazione di un parametro decisionale, quale quello del fine semplificatorio delle norme da qualificare come interposte, forse troppo poco definito alla luce dei rilevanti interessi oggetto di giudizio.

3. *Le norme sul procedimento amministrativo ex legge 7 agosto 1990 n. 241 e i livelli essenziali di prestazioni ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*

La qualificazione in termini di livelli essenziali di prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lettera m), Cost. delle norme statali in ordine al procedimento amministrativo ha conseguenze di notevole rilievo, finendo per incidere in modo rilevante sulle competenze regionali anche alla luce del riconosciuto carattere trasversale delle disposizioni in materia.

L'orientamento del giudice costituzionale che riconduce nel novero dei livelli essenziali di prestazioni la disciplina di determinati aspetti del procedimento amministrativo sia a livello generale sia nel caso di ipotesi legate al soddisfacimento di funzioni specifiche, come precedentemente chiarito, sembra far leva sul presupposto che anche le attività amministrative svolte a favore del cittadino vadano considerate alla stregua di prestazioni, nel senso che a tale nozione si può attribuire in relazione alle disposizioni di cui al comma 2, lett. m) dell'articolo 117 Cost.

Come è noto, i livelli essenziali di prestazioni sono stati oggetto di ampio dibattito e di numerosi interventi della Corte Costituzionale a partire dal periodo immediatamente successivo alla riforma costituzionale di cui alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3.

I livelli essenziali di prestazioni relativi ai diritti civili e sociali con riferimento alla materia sanitaria, furono oggetto di esame da parte della Corte Costituzio-

nale già con la nota sentenza n. 26 giugno 2002 n. 282 che qualificò tale materia come trasversale<sup>17</sup>.

Secondo il giudice delle leggi l'attribuzione allo Stato della competenza esclusiva e trasversale in relazioni ai livelli essenziali di prestazioni si concretizza nella «determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto»<sup>18</sup>.

La decisione del giudice delle leggi 15 gennaio 2010 n. 10 chiarisce al riguardo che: «la ratio di tale titolo di competenza e l'esigenza di tutela dei diritti primari che è destinato a soddisfare consentono di ritenere che esso può rappresentare la base giuridica anche della previsione e della diretta erogazione di una determinata provvidenza, oltre che della fissazione del livello strutturale e qualitativo di una data prestazione, al fine di assicurare più compiutamente il soddisfacimento dell'interesse ritenuto meritevole di tutela, quando ciò sia reso imprescindibile, come nella specie, da peculiari circostanze e situazioni, quale una fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa».

L'attribuzione del potere legislativo allo Stato in via esclusiva risponde all'obiettivo di riconoscere un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, e ciò anche in un sistema che si caratterizza per l'accresciuto livello di autonomia riconosciuto a Regioni e enti locali<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> In merito la decisione n. 282/2002 ha precisato che: «Quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni delle concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di garanzie, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle». Al riguardo si rinvia a M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani, G. Cerrina Feroni, Torino, 2011, 11 ss.; V. MOLASCHI, *Livelli essenziali delle prestazioni* e *Corte costituzionale: prime osservazioni (Nota a Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *Foro italiano*, 2003, 398 ss.; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 2037 ss.

<sup>18</sup> In tal senso si rinvia a Corte cost., 10 giugno 2010 n. 207; 17 aprile 2009 n. 322; 27 febbraio 2008 n. 50; 23 maggio 2008 n. 168; 23 novembre 2007 n. 387; la decisione 14 novembre 2008 n. 371, tuttavia, precisa che non sono «inquadabili in tale categoria le norme volte ad altri fini, quali, ad esempio, l'individuazione del fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali o la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni».

<sup>19</sup> V. Corte cost., 12 gennaio 2011 n. 8; la decisione in parola precisa inoltre che: «la conseguente forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regioni e delle Province autonome» comporta «che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori»; in merito si richiamano anche le decisioni della Corte costituzionale 31 marzo 2006 n. 134 e 27 marzo 2003 n. 88.

Il richiamo dell'attività amministrativa nel novero della materia di competenza esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni si rinviene nella decisione 27 giugno 2012 n. 164 che ha precisato come l'azione amministrativa può essere qualificata come «“prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati»<sup>20</sup>.

La riconducibilità delle prestazioni erogate nell'ambito dei servizi pubblici nel novero di tale orientamento appare agevole; il richiamo alla posizione di diritto di cui i soggetti privati sono titolari si contrappone all'obbligo di prestazione da parte della p.a. nelle diverse forme consentite e regolate dalla legge.

In dottrina si è precisato al riguardo che: «I diritti civili e sociali sono da intendere come il complesso delle pretese che il cittadino può vantare nei confronti dell'amministrazione, intesa come amministrazione autorità, e ciò vale segnatamente per i diritti civili, e come amministrazione che eroga servizi e prestazioni, e ciò vale per i diritti sociali. La disciplina dell'attività e del procedimento amministrativo, perciò, è riconducibile a questa materia»<sup>21</sup>.

Al riguardo, la sentenza n. 203/2012 del giudice delle leggi citata, che ha affrontato il problema della disciplina della SCIA e della sua riconducibilità alla materia dei livelli essenziali di prestazioni, con la conseguente potestà legislativa esclusiva statale in tale ambito, ha chiarito che l'attività amministrativa in oggetto configurerebbe una prestazione attinente all'art. 41 Cost. poiché sarebbe «finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica» poiché tutelerebbe «il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima»<sup>22</sup>.

La prestazione da fornire al privato da parte dell'amministrazione non appare volta a garantire direttamente il diritto di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost. ma il diritto ad un sollecito esame dei presupposti per l'autorizzazione allo svolgimento di un'attività; l'inquadramento in termini di prestazioni delle attività procedurali della p.a. sembra essere finalizzato ad offrire indirettamente tutela all'iniziativa economica privata *ex* art. 41 Cost. mediante l'individuazione di un interesse strumentale di garanzia della qualità e dell'efficienza del servizio reso dall'amministrazione.

In dottrina tale diritto alla qualità ed efficienza del servizio reso dalla p.a.,

---

<sup>20</sup> Nello stesso senso v. la decisione n. 207/2012.

<sup>21</sup> C.E. GALLO, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo v della nuova costituzione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

<sup>22</sup> Definire l'attività amministrativa proceduralizzata alla stregua di prestazione è da tempo oggetto di dibattito in dottrina in merito si rinvia, senza pretese di completezza, a: G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; P. SANTINELLO, *Disciplina generale del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale (qualche riflessione a proposito dell'art. 29 della l. n. 241/1990)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006; M. COCCONI, *Il giusto procedimento tra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, 1021 ss.

che sembra essere strumentale rispetto al soddisfacimento di un interesse sostanziale oggetto dell'attività autoritativa, si collega alla «rilevanza economica o sociale delle prestazioni amministrative, che oggi ricomprendono servizi di diretta rilevanza economica (es. trasporti), servizi ad alta valenza sociale (es. sanità) talvolta resi in concorrenza con i privati, servizi burocratici tradizionali (certificati, passaporti, permessi di soggiorno), provvedimenti abilitativi aventi rilevanza economica diretta (es. attività di impresa) o indiretta (permessi di costruire)»<sup>23</sup>.

Il rapporto tra amministrazione e cittadino sembra potersi ricostruire sulla base di tale orientamento in termini di pretesa ad una prestazione in grado di garantire efficienza e qualità del “servizio” offerto dalla p.a. e del risultato che l'attività amministrativa intende conseguire<sup>24</sup>.

Tale ricostruzione non implica il riconoscimento in capo ai terzi di un diritto alla soddisfazione dell'interesse sostanziale che superi il dovere dell'amministrazione di tutelare l'interesse pubblico ma sembra impegnare la p.a. al rispetto di *standard* qualitativi e di efficienza nell'erogazione dei propri servizi intesi in senso ampio, includendo anche l'attività autoritativa.

In particolare, in diversi precedenti giurisprudenziali del giudice delle leggi l'inquadramento in termini di prestazioni riconducibili ai livelli essenziali di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. di determinati aspetti della disciplina del procedimento amministrativo sembra rispondere al fine di assicurare un adeguato *standard* di semplificazione procedimentale.

Ciò è avvenuto anche alla luce degli illustrati interventi del legislatore statale che a partire dal 2009 hanno qualificato in termini di livelli essenziali di prestazioni determinati ambiti del procedimento amministrativo con l'obiettivo di garantire la semplificazione delle procedure.

Con la decisione del giudice delle leggi n. 207 del 2012 sembra emergere un ampio settore di attività riconducibile alla materia dei livelli essenziali di prestazioni che trova la sua ragion d'essere nell'obiettivo di assicurare, mediante la semplificazione delle procedure, che il procedimento amministrativo non sia eccessivamente gravoso per i privati<sup>25</sup>.

L'obiettivo di assicurare la semplificazione amministrativa, assurge a criterio

---

<sup>23</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza*, cit., 1.

<sup>24</sup> In merito all'attenzione posta al risultato nell'azione amministrativa si rinvia a G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2011; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza*, cit.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazioni di risultati*, Torino, 2004; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 101.

<sup>25</sup> La decisione citata precisa che il riconoscimento della potestà esclusiva statale nell'ambito della disciplina dell'autorizzazione paesaggistica e la sua riconduzione alla materia dei livelli essenziali di prestazioni trova la sua ragion d'essere nell'esigenza «di impedire che le funzioni amministrative risultino inutilmente gravose per i soggetti amministrati ed è volta a semplificare le procedure, evitando duplicazione di valutazioni, in un'ottica di bilanciamento tra l'interesse generale e l'interesse particolare all'esplicazione dell'attività».

per la qualificazione delle attività regolate dalle disposizioni sul procedimento come ricadenti nell'ambito dei livelli essenziali *ex art.* 117, comma 2, lettera m), Cost.; le Regioni possono introdurre norme che prevedano nuovi ed ulteriori livelli di tutela (nel caso di specie una maggiore semplificazione delle procedure) ma non è possibile superare la disciplina statale uniformemente applicabile.

Va, tuttavia, rilevato come l'adozione di un criterio finalistico, che è per sua natura di ampio respiro, venga temperato dal giudice costituzionale.

Non appare infatti possibile per le Regioni adottare discipline difformi rispetto a quelle statali seppure aventi il dichiarato scopo di semplificare le procedure<sup>26</sup>.

Dalla giurisprudenza costituzionale sembra emergere un ulteriore criterio di legittimità per le norme regionali rispetto alle norme statali sul procedimento, interposte rispetto all'art. 117 comma 2, lett. m), Cost; la potenziale portata delle disposizioni regionali, sembra essere limitata in ragione di un criterio di omogeneità rispetto alla disciplina statale interposta.

Infatti, non solo occorre valutare nel merito se le scelte operate dal legislatore regionale garantiscono un ulteriore livello di protezione rispetto alle disposizioni statali ma anche verificarne il grado di coerenza rispetto al modello procedurale posto dalle norme statali.

I criteri di omogeneità e di adeguatezza rispetto all'obiettivo della semplificazione amministrativa sembrano essere stati applicati anche nel caso della decisione n. 9/2019 in commento, che, come precedentemente chiarito, attiene

---

<sup>26</sup> Al riguardo, la decisione della Corte Costituzionale n. 246/2018 ha precisato come: «la previsione statale di «moduli unificati e standardizzati» – peraltro concordati con le Regioni nel caso di «istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali» – contribuisce ad assicurare livelli uniformi di semplificazione su tutto il territorio nazionale e, al tempo stesso, a porre gli operatori economici nelle medesime condizioni di partenza. Ciò non esclude, in linea di principio, che una Regione possa dotarsi di una normativa che preveda «livelli ulteriori di tutela», secondo l'indicazione fornita dal legislatore statale (art. 29, comma 2-quater, della legge n. 241 del 1990) sul modello di quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. La Regione può perciò intervenire su specifici profili o segmenti del procedimento amministrativo delineato dalla legge statale, variandoli in senso migliorativo in termini di semplicità, snellezza o speditezza. Così, per esempio, fermo restando il rispetto delle attribuzioni statali in altre materie, potrebbe ridurre i termini assegnati all'amministrazione per provvedere o eliminare singoli passaggi procedurali. Ciò che invece resta precluso al legislatore regionale è di introdurre un modello procedimentale completamente nuovo e incompatibile con quello definito a livello statale, giacché un intervento di questo tipo, anche se, come nel caso in esame, si autoqualificasse come diretto a perseguire l'obiettivo della semplificazione, per un verso sarebbe di assai difficile, se non impossibile, raffronto con quello statale al fine di apprezzarne la maggiore o minore semplificazione, e per altro verso finirebbe per complicare le attività connesse allo svolgimento di un'impresa, imponendo ai suoi destinatari l'onere aggiuntivo della non facile individuazione della normativa in concreto applicabile». Sulla decisione n. 246/2018 della Corte costituzionale v. A. SIMONATI, *Semplificazione dell'attività amministrativa e livelli essenziali delle prestazioni: la Consulta e il regionalismo "temperato"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2019.

al mancato rispetto da parte della disciplina legislativa, posta dalla Regione Lombardia, delle disposizioni statali in ordine alla procedura per la valutazione di impatto ambientale mediante conferenza di servizi<sup>27</sup> di cui al decreto legislativo n. 152/2006.

La conferenza di servizi è stata definita nella giurisprudenza amministrativa come «un'occasione procedimentale di accelerazione e coordinamento dei casi complessi» volta a consentire «un'accelerazione dei tempi procedurali (e dunque per la speditezza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa) attraverso un esame contestuale di tutti gli interessi pubblici coinvolti»<sup>28</sup>.

Il carattere finalistico delle disposizioni relative alla conferenza di servizi, riconosciuto dal giudice amministrativo, appare coerente rispetto alla logica seguita dalla Corte costituzionale per la qualificazione come livelli essenziali delle relative attività di natura procedimentale.

Orbene, la decisione in commento, ha annullato la disciplina regionale in quanto non assicurava «livelli ulteriori di tutela», e anzi chiaramente sacrifica le finalità di semplificazione e velocità alla cui protezione è orientata la disciplina statale. Essa configura inoltre un modello di conferenza di servizi del tutto squilibrato e contraddittorio: squilibrato, perché assegna una netta prevalenza alla valutazione degli organi di indirizzo politico (senza precisare inoltre che cosa avvenga in caso di coinvolgimento di più organi politici); contraddittorio, perché, sebbene la decisione da assumere in conferenza presupponga o implichi un provvedimento di questi organi, la loro valutazione è separata da quella degli altri soggetti interessati. Sicché si deve parimenti escludere che il modello così prefigurato costituisca sviluppo coerente e armonioso del quadro definito dalle norme statali interposte».

La decisione n. 9/2019 sembra avere effettuato una valutazione di adeguatezza delle disposizioni regionali rispetto all'obiettivo della semplificazione posto dalla disciplina statale che stabilisce gli standard minimi ed uniformi da rispettare.

---

<sup>27</sup> Sulla conferenza di servizi v. M. AVVISATI, *Conferenza di servizi e ponderazione degli interessi sensibili*, in *Munus*, 2018, 177 ss.; G. COCOZZA, *La conferenza di servizi nella Riforma Madia: nuovi raccordi tra procedimenti e ruolo dell'amministrazione procedente* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2018; M. BENEDETTI, *L'attuazione della nuova Conferenza di servizi [Opinioni]* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 297 ss.; G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.AA. e nella conferenza di servizi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 305 ss.; F. PUBUSA, *Attribuzioni e competenze nel procedimento amministrativo con conferenza di servizi decisoria*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 169 ss.; M. COCCONI, *La nuova Conferenza di servizi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2016; R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016; G. SCIULLO, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1138 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi* (voce), in *Enciclopedia del diritto, annali*, Milano, 2007; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 255 ss.

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1718.

Le disposizioni statali, assurgono a parametro interposto di legittimità costituzionale<sup>29</sup>, non in quanto riferibili secondo un criterio di razionalità ad un dato ambito materiale (quello della conferenza di servizi e più in generale della disciplina del procedimento amministrativo) direttamente riconducibile alla lettera dell'art. 117, comma 2, lettera m), Cost., ma in quanto ritenute disciplina idonea a garantire l'uniforme tutela di uno specifico interesse rilevante, individuato nella semplificazione amministrativa.

In tal senso sembra confermata l'applicazione del criterio finalistico già emerso in precedenza volto ad assicurare la semplificazione delle procedure tuttavia, i riferimenti posti nella decisione in commento alla coerenza delle disposizioni regionali rispetto a quelle statali fa senza dubbio emergere anche un esame relativo all'omogeneità e in ultima analisi alla razionalità delle norme in esame rispetto alla disciplina statale interposta.

#### 4. *La conferenza di servizi e i livelli essenziali di prestazioni: una ricostruzione in chiave finalistica*

Il riferimento della disciplina della Conferenza di servizi alla materia dei livelli essenziali di prestazioni, va in primo luogo, esaminato alla luce della collocazione delle disposizioni sul procedimento della legge n. 241/1990 nel quadro della competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2, lettera m), Cost.*

In merito, infatti, va ribadito come alcune norme contenute nella legge n. 241/1990, a partire dal 2009, qualificano espressamente parte della disciplina relativa al procedimento come attinente ai livelli essenziali di prestazioni.

Il valore di tale indicazione è tuttavia non decisivo, in quanto come precedentemente chiarito, la Corte Costituzionale ha affermato che la qualificazione operata dal legislatore statale non appare un limite alla verifica dell'attinenza di una disciplina rispetto ad una data materia indicata dall'art. 117 Cost<sup>30</sup>.

Dalla giurisprudenza costituzionale emergono due profili rilevanti; un primo profilo è che la Corte Costituzionale, non sorprendentemente, si riserva di verificare la qualificazione operata dal legislatore statale delle proprie disposizioni rispetto alle materie poste dall'art. 117, comma 2, Cost. nella sua potestà esclusiva.

<sup>29</sup> Sulla nozione di norme interposte v. S. M. CICONETTI, *Creazione del diritto e norme interposte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 565 ss.; M. SICLARI, *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio. V. La tecnica delle 'norme interposte'*, in *Foro italiano*, 1998, 377 ss.

<sup>30</sup> Al riguardo si rinvia a quanto affermato dalla citata decisione n. 207/2010 che ha precisato che: «Per individuare la materia alla quale devono essere ascritte le disposizioni oggetto di censura, non assume rilievo la qualificazione che di esse dà il legislatore, ma occorre fare riferimento all'oggetto e alla disciplina delle medesime, tenendo conto della loro ratio e tralasciando gli effetti marginali e riflessi, in guisa da identificare correttamente anche l'interesse tutelato».



Un secondo profilo, tuttavia, attiene al criterio che la Corte costituzionale ritiene di applicare nel verificare la corretta qualificazione delle disposizioni statali che non è limitato alla valutazione dell'oggetto individuato (inteso come ambito materiale di applicazione) e dalla disciplina posta dal legislatore statale ma si estende, tenendo conto della *ratio* delle norme, anche all'individuazione dell'interesse tutelato.

Sembra che il giudice costituzionale non intenda limitarsi ad una verifica della coerenza delle disposizioni rispetto ad un dato ambito materiale ma anche verificarne l'adeguatezza rispetto allo scopo che le disposizioni legislative intendano conseguire secondo un'interpretazione sistematica delle stesse.

Un giudizio di tal fatta non può che configurarsi come una verifica della ragionevolezza della norma rispetto ad un dato obiettivo intendendosi con tale termine fare riferimento ad un interesse ritenuto meritevole di tutela e non all'ambito materiale in cui le norme sono collocate.

Tale ricostruzione appare peraltro coerente con il carattere di materia trasversale dei livelli essenziali di prestazioni *ex* art. 117, comma 2, lettera m), Cost.

Della qualificazione delle disposizioni sul procedimento, e in particolare delle norme sulla conferenza di servizi, alla stregua di materie ricadente nell'ambito dei livelli essenziali di prestazioni *ex* art. 29 comma 2 *bis* e comma 2 *ter* della legge n. 241/90 si è già accennato.

Va rilevato che la qualificazione della disciplina della conferenza di servizi alla stregua di prestazione di cui il legislatore statale debba assicurare un livello minimo di fruizione da parte di tutti i portatori di interessi meritevoli di tutela non è sempre pacifica e non attiene all'intero quadro delle regole applicabili.

La giurisprudenza amministrativa ha peraltro riconosciuto come le disposizioni sul procedimento dettate dalle disposizioni citate della legge n. 241/1990 ricadessero nella potestà legislativa statale precisandone la portata rispetto alla potestà legislativa regionale<sup>31</sup>.

Seguendo lo schema delineato dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla disposizioni miranti a garantire la semplificazione amministrativa, che viene considerata come un obiettivo di preminente rilevanza, tanto da consentire di qualificare gli interventi volti a concretizzarlo come "prestazioni" *ex* art. 117, comma 2, lettera m), Cost., la conferenza di servizi sembrerebbe potere essere ricondotta nell'ambito della disciplina dei livelli essenziali di prestazioni di competenza esclusiva statale.

In tal senso si esprime la citata decisione 27 dicembre 2018 n. 246 che precisa come: «singoli profili della disciplina della conferenza di servizi siano riconducibili alla competenza legislativa statale in materia di determinazione dei livelli essenziali».

---

<sup>31</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5226.

La medesima sentenza, nell'esaminare la fondatezza di una delle eccezioni sollevate dallo Stato in sede di giudizio di legittimità in via principale contro la normativa regionale ritenuta difforme rispetto alla disciplina del silenzio assenso *ex art. 17 bis* della legge n. 241/1990, ha ritenuto che tale disposizione sia riferibile al medesimo ambito delle norme regolanti le conferenze di servizi e sia quindi riconducibile ai livelli essenziali di prestazioni fungendo, di conseguenza, da idoneo parametro interposto per il giudizio di legittimità costituzionale<sup>32</sup>.

Più che esaminare la coerenza di una disposizione rispetto alla materia che si ritiene essere oggetto di regolazione la Corte costituzionale, in coerenza con gli orientamenti sopra illustrati nella citata decisione del 2018, prende in esame l'adeguatezza delle norme sul procedimento amministrativo che fungono da parametro interposto rispetto al raggiungimento di una data finalità; è solo a seguito di tale verifica di adeguatezza rispetto ad un dato scopo (nel caso di specie, la semplificazione amministrativa) che la disposizione viene ricondotta nell'ambito dei livelli essenziali di prestazioni e non in quanto logicamente riconducibile ad un dato ambito materiale che non appare delimitabile in modo oggettivo.

Il giudice costituzionale coerentemente con la ricostruzione in senso finalistico della materia dei livelli essenziali di prestazioni, ha individuato quale scopo della norma statale sul procedimento in materia di conferenza di servizi, il perseguimento della semplificazione amministrativa, intesa come un obiettivo preminente verso cui tendere; il giudice delle leggi ha, inoltre, valutato l'adeguatezza della disciplina statale rispetto alla necessità di temperare l'esigenza di salvaguardia dell'ambiente con la garanzia di speditezza dei procedimenti amministrativi.

Orbene, tale ricostruzione sembra essere riconfermata anche nella decisione in commento in quanto con la decisione n. 9/2019 il giudice costituzionale, in

---

<sup>32</sup> In senso analogo si è espresso sul silenzio assenso il Consiglio di Stato, Ad. comm. spec., parere 13 luglio 2016, n. 1640: «pur essendo, nel caso di specie, al cospetto di rapporti orizzontali tra amministrazioni, e non essendoci, quindi – a differenza di quello che accade rispetto al silenzio-assenso di cui all'articolo 20 – un coinvolgimento diretto dei diritti del privato, ciò nonostante il nuovo istituto, prevenendo gli effetti preclusivi dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni, concorre comunque all'obiettivo di favorire la tempestiva conclusione dei procedimenti amministrativi e dunque, sotto tale profilo, all'attuazione del valore costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa. Soccorre, sotto tale profilo, anche la qualificazione, desumibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale, dell'attività amministrativa come “prestazione” diretta a soddisfare diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lett. *m*) Cost.), il cui livello essenziale può essere unitariamente predeterminato dallo Stato mediante la previsione di adeguati meccanismi di semplificazione. Nella logica del ‘primato dei diritti’, i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa, che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima».

primo luogo, ha verificato se la disciplina regionale impugnata avesse violato quei «singoli profili della disciplina della conferenza di servizi» di competenza del legislatore statale che vanno ricondotti ai livelli essenziali di prestazioni.

La decisione in commento ha esaminato in dettaglio la disciplina regionale e le deroghe da questa poste alla disciplina statale, rilevando il carattere di norma interposta di specifiche disposizioni tra quelle regolanti la conferenza di servizi *ex* legge n. 241/1990 e *ex* d.lgs. n. 152/2006, con la conseguente violazione da parte della Regione dell'art. 117, comma 2, lettera m), Cost.

Al riguardo, va rilevato come le norme in materia di conferenza di servizi esaminate dal giudice costituzionale siano qualificate nella decisione in commento come «idonee a garantire uno standard strutturale [e] qualitativo di prestazioni determinate [...] in linea con il secondo comma, lettera m), dell'art. 117 Cost.»<sup>33</sup>.

Se con tale affermazione la Corte richiama le sue precedenti pronunce in materia di livelli essenziali di prestazioni e norme sul processo amministrativo, si deve porre in rilievo come il giudice delle leggi ponga particolare attenzione nell'evidenziare il carattere di standard qualitativo delle disposizioni relative alla conferenza di servizi poste quale parametro interposto di legittimità costituzionale.

Più specificamente, la Corte precisa che le disposizioni poste quale parametro relative agli art. 14 *ter* e *quater* della legge 241/1990: «definiscono la “struttura” essenziale della determinazione conclusiva della conferenza di servizi e per l'altro verso, imponendo l'esame contestuale dei diversi punti di vista, investono la “qualità” delle valutazioni effettuate in conferenza che si caratterizzano così, in quel contesto, come equiordinate»<sup>34</sup>.

Si tratta di disposizioni di cui si riconosce l'adeguatezza a garantire la “qualità” delle valutazioni e la tutela degli interessi rilevanti, lette in chiave finalistica rispetto al soddisfacimento di determinati interessi di cui la Costituzione richiede tutela uniforme ai sensi dell'art 117 comma 2, lett. m).

---

<sup>33</sup> V. in merito Consiglio di Stato, sez. IV, 1 dicembre 2016, n. 5044: «la conferenza di servizi non costituisce solo un momento di dell'azione amministrativa, come indicato dal capo IV, l. 7 agosto 1990, n. 241, ma anche e soprattutto un momento di migliore esercizio del potere discrezionale della Pubblica amministrazione, mediante una più completa ed approfondita valutazione degli interessi pubblici (e privati) coinvolti, a tal fine giovandosi dell'esame dialogico e sincronico degli stessi; in effetti la valutazione tipica dell'esercizio del potere discrezionale, e la scelta concreta ad essa conseguente, si giova proprio dell'esame approfondito e contestuale degli interessi pubblici di modo che la stessa, ove avvenga in difetto di tutti gli apporti normativamente previsti, risulta illegittima perché viziata da eccesso di potere per difetto di istruttoria, che si riverbera sulla completezza ed esaustività della motivazione».

<sup>34</sup>Al riguardo anche il Consiglio di Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4280 ha precisato che: «La conferenza di servizi è uno strumento di semplificazione amministrativa che, consentendo la valutazione congiunta e in unica sede di tutti gli interessi pubblici in gioco, attua i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento cui deve improntarsi, ai sensi dell'art. 97 Cost., l'azione della p.a., realizzando anche i corollari di speditezza, economicità, efficacia ed efficienza».

Tali interessi, la cui tutela è oggetto di bilanciamento nelle disposizioni statali che ne rappresentano, di conseguenza, lo standard minimo ed inderogabile, in coerenza con le precedenti pronunce in materia del giudice delle leggi, sono individuati, dalla decisione in commento, nell'esigenza di semplificazione procedimentale, nell'esigenza di salvaguardia delle competenze delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati nonché nell'interesse del privato proponente o istante, che può essere invitato alla conferenza e negli interessi ad esso contrapposti dei privati che si oppongono alla conclusione positiva del procedimento.

Il processo logico seguito dal giudice delle leggi sembra essere quindi coerente rispetto alle pronunce precedenti.

Le disposizioni statali sono ricondotte nel novero dei livelli essenziali di prestazioni non in base alla mera individuazione sul piano materiale del loro ambito di applicazione, che peraltro sarebbe difficile alla luce della nozione di livelli essenziali di prestazioni *ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, ma prendendo in esame l'adeguatezza di tali norme a garantire la tutela uniforme di interessi ritenuti rilevanti.

La valutazione della legittimità delle disposizioni regionali avviene sulla base di un doppio criterio; in primo luogo si deve verificare l'omogeneità tra le norme statali interposte e quelle regionali impugnate.

Il criterio di omogeneità assume carattere proprio di requisito di validità delle norme ed è inoltre funzionale alla verifica nel merito delle disposizioni impugnate in quanto consente la loro comparazione con la disciplina statale e la valutazione del rispetto del livello minimo di tutela da queste indicate.

Il modello delineato, che si caratterizza per l'applicazione di criteri finalistici per la delimitazione degli ambiti materiali riconducibili alla materia dei livelli essenziali di prestazioni *ex art. 117 Cost.*, tende ad assicurare una tutela dinamica degli interessi dei soggetti privati che tenga conto dell'evoluzione della società e assicurare il bilanciamento della loro tutela rispetto agli interessi, pubblici e privati, confliggenti.

### Abstract

State and regional legislative powers in determining the administrative procedure: the case of the Services Conference (*Conferenza di servizi*). (Note to Constitutional Court no. 9 of January 25, 2019).

by Mario Palma

With the sentence no. 9 of January 25, 2019, the Constitutional Court deemed that the regional regulation set forth under the law of the Lombardy Region n. 36/2017, governing the procedure for the approval of the environmental impact assessment through a service conference, breached the exclusive legislative competence of the State with regard to the essential service levels – pursuant to art. 117 second paragraph, letter m) of the Constitution. The qualification as essential service levels pursuant to art. 117 paragraph 2, letter m) of the Constitution – of the State rules governing the administrative proceedings significantly affects regional competences. The decision of the Constitutional Court n. 9/2019 examined in detail the regional regulations and the exceptions set by the latter to State regulation, highlighting the nature of interposed norms of specific provisions among those regulating the services conference under law n. 241/1990. State provisions are included in those setting essential levels of services, not on the basis of their scope of application but in light of the adequacy of these rules to guarantee uniform protection of significant interests.

*Parole chiave:* competenze; livelli; prestazioni; conferenza.

*Keywords:* competences; levels; services; conference.



Recensione al volume di Pasquale Pantalone,  
*Autorità indipendenti e matrici della legalità*,  
Napoli, Editoriale scientifica, 2018

di Vincenzo Desantis

La ricerca condotta dall'Autore si inserisce nell'ampia serie di dibattiti sul sottosistema delle Autorità indipendenti.

La diffusione e il consolidamento delle nuove attribuzioni delle *authorities* sembrano, infatti, dischiudere l'ennesima area di crisi della materia, imponendo agli operatori del settore un'accorta verifica in ordine alla loro sostenibilità.

Più precisamente, i poteri e le prerogative di ultima devoluzione sembrerebbero aver delineato un sistema di amministrazione indipendente che mal si concilia con le consuete declinazioni del principio di legalità e con tutto ciò che ne consegua in termini garanzia e legittimità costituzionale.

Gli sforzi ricostruttivi dello studio in esame si prefiggono l'obiettivo di vagliare la concreta tenuta del principio di legalità alla luce delle numerose tensioni che l'attuale funzionamento delle *authorities* sembra costantemente evidenziare.

Cimentandosi con la complessità del tema, l'Autore aggredisce la questione proponendo un approccio metodologico rigoroso, analitico e almeno in parte innovativo.

La scomposizione dei profili critici del tema si accompagna, infatti, alla disamina di una vasta serie di punti problematici, successivamente ridotta a sintesi da un'originale visione d'insieme.

Per tutto il corso della ricostruzione, il prudente apprezzamento di esigenze contrapposte consente di vagliare ogni possibile infrazione della legalità alla stregua dell'attuale sensibilità giuridica e della necessità di adeguare le categorie tradizionali all'evoluzione dei tempi.

La considerazione dei nuovi sviluppi del diritto vivente sembrerebbe, infatti, proporre uno stemperamento del consueto rigore ricostruttivo, favorendo l'emersione di un concetto di legalità che ammetta di essere attenuato là dove una piena garanzia di predeterminazione non appaia, invero, possibile.

Dopotutto, le esigenze ipoteticamente sottese allo sviluppo dell'Amministrazione indipendente impongono, forse, un ripensamento degli insegnamenti più tradizionali o, quantomeno, una loro lettura evolutiva.

La peculiarità del presente lavoro prende le mosse da tale consapevolezza.

Attraverso una puntuale analisi del principio, l'Autore provvede ad isolare molte delle possibili declinazioni della legalità, proponendosi di vagliarne caso per caso l'attuale e concreta tenuta.

Il filo conduttore della lunga serie di verifiche risiede nella preoccupazione



di ridurre a sistema una rete di organismi evidentemente anomala, diffusa e dotata di poteri marcatamente *extra ordinem*.

Con l'incedere dell'analisi, l'Autore propone l'osservazione di una serie di discipline problematiche, mettendone in evidenza l'apparente difficoltà di coordinamento con le garanzie della legalità.

A questo fine, l'individuazione dei vari profili di contrasto viene condotta con adeguatezza e precisione.

Come già in altri contributi in tema di Amministrazione indipendente, anche il presente lavoro investe a principale oggetto della propria indagine l'ampio bagaglio di attribuzioni delle *authorities*, considerando il fenomeno sia dal punto di vista più generale, sia avendo riguardo alle specificità di alcune recenti devoluzioni.

In aggiunta, condivisibili esigenze di chiarezza suggeriscono l'esposizione dei singoli profili problematici entro uno schema bipartito.

Con riguardo alla legalità, i cedimenti riconducibili al difetto o all'insufficienza delle norme attributive del potere sono affrontati in uno con altri tipi di antinomie e problemi: primo fra tutti quello della conciliabilità di alcune *authorities* allo schema tipico delle autorità più discusse, da molti ritenute pseudo plenipotenziarie.

Le ragioni che sembrano giustificare l'attribuzione di potere normativo in capo ad alcune delle più importanti Autorità, non sembrano riproporsi fedelmente in tutte le ipotesi di devoluzione, lasciando presagire che le violazioni di principio possano consumarsi sia sul piano oggettivo che sul piano soggettivo.

L'Autore cerca di evidenziarlo, affiancando la trattazione dei possibili cedimenti oggettivi all'esposizione delle anomalie che riguardano la conformazione soggettiva di alcuni attori, primo fra tutti l'Anac.

Si comincia, così, con l'annosa questione dei c.d. *poteri impliciti* (pp. 30-46), i quali, per quasi unanime opinione degli interpreti, costituiscono quasi sempre una diretta scaturigine del riconoscimento di potestà regolatorie.

Nella ricostruzione dell'Autore, l'affermazione di poteri per via implicita integrerebbe un evidente cedimento della legalità oggettiva, specie laddove la vaga formulazione delle norme attributive sembri prestare il fianco a vere e proprie auto-attribuzioni di potestà (sia normative che provvedimenti).

Annidandosi tra gli interstizi lasciati liberi dalle fonti primarie, la finalistica auto-devoluzione di prerogative e attribuzioni rischierebbe, infatti, di risolversi in un grave pregiudizio delle più basilari esigenze della legalità.

In aggiunta a quanto detto, le problematiche connesse al *deficit* di legittimazione delle autorità e la mancanza di un'adeguata prevedibilità dell'azione amministrativa si assommerebbero ad altri tipi di valutazioni, come quella per cui le esigenze della regolazione non sarebbero, forse, tali da giustificare attenuazioni di principio. E ciò quantomeno con riguardo all'azione di alcune Autorità.

Il riferimento corre, naturalmente, all'Autorità nazionale anticorruzione ed

al suo concreto assetto e funzionamento. L'Autore non manca di evidenziarne la peculiarità suggerendo, anzi, che la strana conformazione dei suoi atti e poteri sia tale da mettere in crisi la legalità anche dal punto di vista della sua stessa esistenza (cedimento soggettivo). Le ragioni che sono solite presidiare l'Amministrazione indipendente non sembrano, infatti, particolarmente riconoscibili con riguardo alle attribuzioni e all'attività dell'Anac.

Il presente lavoro insiste molto su questo aspetto, segnalando che le peculiarità strutturali e funzionali dell'Autorità siano tali da problematizzare oltremisura il rapporto che gli atti da questa emanati possano intrattenere con la legalità.

Il tema involge, tra le altre cose, le note problematiche in tema di potestà normativa e fuga dal regolamento, ma non è di certo estraneo a profili come la legittimazione e l'*accountability*, difettando i quali molta dell'attività svolta da questo soggetto dovrebbe ritenersi immancabilmente illegittima.

Non solo, la strana conformazione delle prerogative Anac e la particolarità della *mission* istituzionale che le è affidata sembrerebbero consegnarci un soggetto giuridico *sui generis* anche per ciò che concerne i classici profili di neutralità ed indipendenza: tratti che si vogliono tipici e trasversali presso le varie *authorities*.

Più precisamente, l'eterogeneità dei ruoli e delle finalità istituzionali di Anac, renderebbero l'Autorità un soggetto giuridico a potenziale contatto politico, portato, da un lato, al contrasto di illegalità e corruzione e tenuto, dall'altro, al mantenimento di una certa imparzialità istituzionale.

Un temperamento difficile, specie laddove si ritenga – come pure è stato ipotizzato – che le attività dell'Autorità rischino, alle volte, di sovrapporsi ai compiti tipici della magistratura requirente.

La singolarità di Anac nel panorama dell'Amministrazione indipendente non sembra, tuttavia, l'unica ragione che lascerebbe supporre che la sua stessa esistenza possa rappresentare un'ipotesi itinerante di violazione della legalità.

Indugiando sul profilo del cedimento soggettivo, il prosieguo del lavoro sottolinea che il principio legalitario possa ritrarre profili di tensione anche dalla scarsa tecnicità dell'attore in esame (pp. 63-66)<sup>1</sup>.

Una delle componenti che ha consentito l'attuale sviluppo del modello amministrativo indipendente risiede, infatti, nella complessità delle questioni tecniche oggetto della regolazione e nella non trascurabile qualificazione che i componenti e l'attività delle *authorities* dovrebbero garantire nei settori sensibili.

Il mercato dei contratti pubblici non sembra, in verità, riprodurre le stesse esigenze. Anzi, la stessa appropriatezza della locuzione *mercato dei contratti pubblici* è messa seriamente in dubbio in più di un luogo del testo. Basti pensare che

---

<sup>1</sup> Sui profili dell'indipendenza, della dubbia legittimazione tecnica e sulla problematica riconducibilità del settore dei contratti pubblici al concetto di mercato cfr., tra gli altri, E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdiction. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2018.

l'Autore se ne serve usando l'accortezza di inserire tra virgolette la parola *mercato* (cfr., *ex multis*, p. 66).

L'illustrazione del possibile cedimento soggettivo, in uno con la tematica del cedimento oggettivo realizzato per via implicita, preparano il terreno per la successiva esposizione di casi paradigmatici, alla stregua dei quali poter giudicare se il concreto funzionamento del sistema delle *authorities* e gli attuali indirizzi interpretativi della giurisprudenza possano rendere tollerabili gli aspetti di un'anomalia sistemica per certi versi molto preoccupante.

Uno dei principali obiettivi dell'indagine consiste, infatti, nell'individuazione di una soglia di tollerabilità entro la quale i vari cedimenti della legalità possano ritenersi ammessi o, *pro futuro*, ammissibili.

In questo contesto, l'importanza della *mission* affidata alle varie *authorities* sembra privilegiare una lettura smitizzante della legalità, consentendone una deroga, almeno parziale, ogniquale le esigenze di funzionalità paiano insopprimibili.

D'altro canto, una più rigorosa impostazione del principio, negherebbe l'esercizio di poteri che non siano stati espressamente previsti dalla legge, ritenendo che l'unica lettura possibile della legalità sia nel senso di escludere attribuzioni in via implicita.

Nel tentativo di comporre il quadro, l'Autore prende accortamente atto dei problemi in gioco, asserendo che la vaghezza della base legale non possa che accompagnarsi ad un quasi fisiologico ricorso alla tesi dei poteri impliciti.

Allo stesso tempo, lo svolgimento della trattazione mostra di condividere l'orientamento per cui l'espansione delle potestà a fini istituzionali debba, comunque, limitarsi alle sole prerogative che non incidano in via diretta la sfera di attribuzioni dei singoli cittadini.

Un ostacolo di tale genere sarebbe, difatti, imposto da una lettura sistematica dell'intero ordinamento, il quale ammette di comprimere le posizioni dei singoli solo laddove tale possibilità sia riconosciuta da una fonte normativa di rango primario.

Radicando questa idea, l'Autore sembra suggerire che i possibili scostamenti dal paradigma della legalità possano essere compensati da altri tipi di garanzie, tra le quali, ad esempio, il riconoscimento di limiti ordinamentali derivanti da una lettura sistematica delle norme, gli apparati di principi a presidio del sindacato giudiziale e, non da ultimo, il recupero di un controllo sul potere per il tramite della legalità c.d. procedurale.

Con la descrizione delle problematiche in oggetto, il contributo cerca di porre le basi dei propri futuri sviluppi, annunciando, tra le altre cose, il censimento delle attribuzioni Anac ed alcune riflessioni di verifica in ordine alla sostenibilità o alla non sostenibilità dell'attuale quadro in termini di legalità.

La chiosa di tale prima parte del lavoro consente, peraltro, la ricognizione di almeno un paio di dati rilevanti, presenti per tutto il corso del contributo.

Il primo risiede nell'importanza di propugnare un approccio conciliativo, che tenga presente che l'attuale orientamento regolatorio non riesca a fare il

paio con il rigore di molte classiche formulazioni di principio, tra le quali anche quella della legalità.

Una volta riconosciuta l'esigenza di dotare le amministrazioni di strumenti innovativi e flessibili, la strenua predeterminazione della gamma dei poteri esercitabili non appare, invero, possibile.

Tuttavia, se la vaghezza delle norme attributive del potere pare candidarsi a diventare un elemento quasi imprescindibile di talune fattispecie amministrative, non è meno vero che qualunque esercizio della funzione pubblica debba, comunque, tenere conto del principio di legalità, in quanto garanzia insopprimibile dello Stato di diritto.

La consapevolezza dei problemi in esame ha suggerito una rilettura delle classiche formulazioni della legalità, proponendo di conciliare le difficoltà di predeterminazione con le esigenze di tutela del principio.

Ne è seguita l'idea per cui un arretramento del rigore in fase di predeterminazione, potrebbe anche essere compensata dal rafforzamento di altri istituti di garanzia, in modo che quanto inevitabilmente perso tra la vaghezza e la flessibilità possa essere recuperato su altri piani.

L'efficacia di un tale tentativo di recupero resta, naturalmente, oggetto di verifiche caso per caso, ma l'idea di una scomposizione del principio di legalità atta a isolare tutte le istanze di garanzia tutelate dal principio stesso sembra, di certo, un'idea suggestiva.

Configurando il principio di legalità come un vero e proprio meccanismo di garanzia costituito da componenti diverse, si può, infatti, ovviare al difetto di predeterminazione, facendo sì che la sua tutela avvenga calibrando, in modo diverso e caso per caso, l'entità delle singole parti che lo animano.

Resta, tuttavia, inteso, che ogni opera di composizione cui si voglia dare luogo non dovrebbe, comunque, ammettere il totale indebolimento di una componente.

In quel caso, qualunque operazione compensativa in ipotesi esperibile non sarebbe, infatti, in grado di colmare la perdita derivante dal sacrificio integrale di una delle varie anime del principio.

In prosieguo, il dipanarsi della discussione prende a coinvolgere noti e dolenti profili del tema in questione.

Si indaga, in primo luogo, il rapporto tra l'istituto della riserva di legge e la legalità intesa nella sua accezione sostanziale. A tal fine, le osservazioni dell'Autore sembrano animarsi del tentativo di comporre il quadro per la via razionale.

In questo modo, la conduzione dei lavori cerca di individuare la soglia di massima tollerabilità delle frizioni, interrogandosi sul livello di intrusione che la norma attributiva del potere possa eventualmente disporre a scapito della riserva.

L'esame dell'apparente stato dell'arte mostrerà, tuttavia, l'evidente evanescenza di eventuali limiti, inducendo l'Autore ad esprimere sincera preoccupazione per l'attuale assetto della disciplina.

L'elevata conflittualità nei riguardi di legalità sostanziale e riserva di legge rende, infatti, l'attuale sottosistema delle *authorities* una sorta di campo minato, in cui l'esigenza di modernizzare flessibilizzando sembra irridere le più note ricostruzioni del principio in oggetto. Dottrina e giurisprudenza costituzionale sono, difatti, concordi nel ritenere che la legalità possa essere violata anche allorché ci si limiti alla specificazione dei soli fini.

Stesso discorso qualora difettino il requisito della raffrontabilità e la pedissequa indicazione degli elementi su cui debba vertere il contenuto del provvedimento. Se l'attuale assetto dell'Amministrazione indipendente sia suscettibile di superare in modo incontrollato tutti i *checkpoint* a presidio della legalità è questione che impegna ed impegnerà gli autori.

Per il momento, resta certo che nemmeno le (più o meno espresse) devoluzioni di potere normativo sembrano idonee a superare, sempre ed in ogni caso, l'assenza di una previa determinatezza del contenuto degli atti.

Come già detto, la potestà di adottare fonti secondarie non sempre sembra giustificarsi per tutti gli attori del presente quadro istituzionale.

L'Autore lo evidenzia ponendo il problema anche al livello sovranazionale (pp. 111-120).

Dopo aver valutato la presenza e la consistenza del principio di legalità anche con riguardo alle interpretazioni della Cedu, i passaggi del lavoro sembrano attribuire alla legalità convenzionale un atteggiarsi fluido e modulabile.

Riecheggiando le suggestioni di un bilanciamento interno alle varie anime del principio, anche in questo caso, le conclusioni dell'Autore attribuiscono alla legalità una conformazione a geometria variabile, suggerendo che il rigore del principio in oggetto possa essere modulato in base alle caratteristiche della posizione soggettiva di volta in volta incisa.

Ad essere più precisi, l'esame della giurisprudenza Cedu sembra rivelare che mentre l'ipotetica lesione di diritti e libertà sconsigli, in ogni caso, di consentire attenuazioni di sorta, l'eventuale pregiudizio di prerogative legate alla sfera economica possa anche ammettere la dequotazione della legalità sostanziale, purché si disponga il conseguente rafforzamento della sua variante procedurale.

Alla luce di ciò, scomporre e bilanciare le varie anime del principio sembrerebbe, dunque, l'unico modo per garantire l'osservanza della legalità in un'epoca di cambiamenti come quella che ci accingiamo a vivere<sup>2</sup>.

Se una ricostruzione del genere sia davvero l'unica in grado di consentire un'attuale sopravvivenza del principio di legalità è questione che meriterebbe una altrettanto compiuta analisi e risposta.

Allo stato, non si può, però, non notare che la ricostruzione in oggetto

---

<sup>2</sup> Sulla mutevolezza delle declinazioni della legalità cfr. anche V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, in *Dir. econ.*, 3/2007, p. 618.

abbia il grande merito di portare a sintesi un insieme di esigenze dichiaratamente contrastanti.

A fronte di un sistema legislativo che pare sempre più costretto ad abdicare la legalità in favore della celerità, l'individuazione e il conseguente bilanciamento delle singole anime del principio si candidano ad individuare suppletive soluzioni di sintesi, vigili delle nuove esigenze e conscie delle possibili violazioni.

Un tentativo di componimento bilancerebbe, infatti, tutte le spinte, temperando l'esigenza di flessibilità derivante da una certa idea di efficientismo con le garanzie tipiche che hanno determinato l'affermazione e lo sviluppo della legalità.

In tale quadro, la dilatazione della legalità si presenta, dunque, come un'esigenza esistenziale: l'unica che, secondo l'Autore, sarebbe in grado di garantire la sopravvivenza del principio ad un suo presunto (e non condiviso) stato di crisi (pp. 124-132).

In pieno accordo a quanto affermato in esordio, l'Autore procede, dunque, ad individuare le diverse matrici della legalità, arricchendo la consueta dicotomia dell'endiadi formale e sostanziale con altre declinazioni del principio.

Alle concezioni classiche, l'Autore affianca infatti l'idea della legalità non già come compatibilità rispetto ad una norma attributiva del potere, ma come sua riconducibilità entro le spire dell'intero ordinamento.

Segue l'elencazione di altre anime del principio come la legalità-indirizzo, la legalità-raffrontabilità (o legalità-non contraddittorietà), la legalità per principi e la legalità procedurale.

Attraverso l'analisi di casi ed applicazioni concrete, l'approdo conclusivo del presente lavoro cerca di comprendere se la materiale conduzione dell'attività di regolazione abbia leso il principio di legalità in maniera tollerabile.

Il susseguirsi delle riflessioni conclusive porterà l'Autore ad interrogarsi sulla tenuta di ogni singola matrice del principio, evidenziando quali anime abbiano tratto maggior pregiudizio dalla diffusione del sistema delle *authorities*, quali di esse possano dirsi rimaste intatte e quali, invece, possano averne ritratto vigore.

L'intento di vagliare la sostenibilità o l'insostenibilità delle anomalie di sistema si risolve in un'ottima occasione di riflessione, capace di arricchire il bagaglio di conoscenze personali del lettore e di suscitare, allo stesso tempo, la consapevolezza della probabile erroneità di visioni polari sul tema.

Nelle pagine finali del contributo (pp. 281 e ss.), le varie declinazioni del principio di legalità prendono a dialogare l'una con l'altra, segnando le linee di demarcazione dei compromessi pure stilabili tra le varie esigenze contrapposte.

Ad una visione che fa del contemperamento il suo obiettivo primario, si affianca, infatti, l'apprezzabile attenzione a non legittimare abusi, in modo che il gioco di attenuazioni e compensazioni delle varie componenti non si risolva mai in una perdurante giustificazione del generale stato di anomalia in cui versa il settore.

Al contrario, lo scrutinio sulla tenuta del principio si appunta sulle specificità di ogni singola matrice, dettando le direttive per l'individuazione di un possibile discrimine tra tollerabile ed intollerabile.

Allo stesso tempo, le pagine conclusive del lavoro tornano ad allarmare circa la problematicità di un dato di partenza. Il tentativo di condurre interpretazioni concilianti in vista del raggiungimento di soluzioni di sintesi si scontra, infatti, con l'originaria carenza di legittimazione da cui parrebbero essere affetti alcuni attori. Anche in questo caso, il riferimento corre all'Autorità nazionale anticorruzione ed ai suoi atti, il cui statuto, quanto mai incerto, sembra portare a sublimazione tutte le diatribe che il contributo ha inteso risolvere<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sull'incerto statuto degli atti attuativi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione cfr., *ex multis*: M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3/2016, p. 273; M. RAMAJOLI, *Intervento al seminario dal titolo Le linee guida dell'ANAC: nuove fonti?*, Trento, 23 febbraio 2017.



*Hanno collaborato a questo numero:*

Dario Capotorto

*Dottore di ricerca in diritto ed economia presso l'Università Luiss Guido Carli – Roma*

Vincenzo Desantis

*Dottorando di ricerca in studi giuridici comparati ed europei presso l'Università degli Studi di Trento*

Laura Lorello

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo.*

Francesco Manganaro

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria.*

Mario Palma

*Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università Europea di Roma*

Marco Ragusa

*Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo*

Alessio Rauti

*Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

Anna Romeo

*Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Messina*

Ornella Spataro

*Professoressa associata di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo*

Alberto Zito

*Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI NOVEMBRE 2019  
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI